

OBERGEFELL CONTRA HODGES:
LA SENTENCIA DE LA CORTE
SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS
SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE
PERSONAS DEL MISMO SEXO

DAVID DELGADO RAMOS

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LOS ESTADOS UNIDOS. 2.1 El principio de igualdad y el matrimonio en la Constitución norteamericana. 2.2 Evolución jurisprudencial. 3. LA SENTENCIA OBERGEFELL V. HODGES. 3.1 Antecedentes: United States v. Windsor. 3.2 La sentencia. 3.3 Votos particulares 3.4 Originalism versus Living Constitution. 4. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 17.11.2016
Fecha aceptación: 31.01.2017

OBERGEFELL CONTRA HODGES: LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

DAVID DELGADO RAMOS¹

1. INTRODUCCIÓN

El 26 de junio de 2015, justo dos años después del primer precedente, *United States v. Windsor*, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América consagraba la legalidad constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo, poniendo fin a una enconada batalla judicial que, junto al aborto, se había convertido en el principal objetivo de los defensores de los derechos civiles, de la comunidad LGTB² y de algunos sectores de la sociedad estadounidense³.

Una batalla en la que, además de la consustancial dimensión ideológica y social, largo tiempo enfrentada, no sólo a nivel estatal sino, fundamentalmente, a nivel federal, se oponían las dos interpretaciones constitucionales clásicas que, en el ámbito del *Common Law*, —y, en el caso concreto del matrimonio, en relación con el principio de igualdad—, creen encontrar acomodo en la Constitución de los Estados Unidos.

¹ David Delgado Ramos, Doctor en Derecho. Calle Padre Damián, 43. 28036 Madrid. Email: d.delgadoramos@gmail.com

² Sigla que hace referencia al colectivo que reivindica los derechos de las personas lesbianas, gais, transexuales y bisexuales.

³ Sobre evolución de la sociedad estadounidense en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo desde finales de los años ochenta, *cfr.* BAUNACH, Dawn Michelle. «Changing same-sex marriage attitudes in America from 1988 through 2010». *Public Opinion Quarterly*, vol. 76. N.º 2, junio 2012.

Esas dos interpretaciones son el «originalismo» y la «constitución viviente», —o doctrina del «árbol vivo»⁴, para el derecho constitucional canadiense—. Interpretaciones que, en síntesis, sostienen que la Constitución ha de ser interpretada tal y como fue promulgada en 1787, —la tesis de los defensores del *originalismo*—, o bien desde un criterio esencialmente flexible y dinámico, dúctil, adaptado a la realidad social y al contexto político-social en el que la Constitución «vive», está *en vigor*, —que es, naturalmente, la tesis de los partidarios de la *Constitución viviente*—.

En ese sentido, la interpretación que hacen los jueces de la Corte Suprema en la sentencia *Obergefell contra Hodges*, no unánime⁵, pone fin a un largo conflicto en el que, de nuevo, la presión social obligó a un criterio hermenéutico basado en la doctrina constitucional de la *constitución viviente*.

Una interpretación que ha sido utilizada, en suma, para que un texto con más de doscientos años de vigencia e historia, con pocas enmiendas en su dilatada vigencia⁶, siga definiendo los derechos y libertades de la sociedad norteamericana con los mismos parámetros con los que los *Padres Fundadores* lo hicieron a finales del siglo XVIII. O no.

2. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LOS ESTADOS UNIDOS

2.1 *El principio de igualdad y el matrimonio en la Constitución norteamericana*

La Constitución de los Estados Unidos de América, a diferencia de las constituciones de otros países, carece de un artículo específico en relación con el

⁴ *Originalism* y *Living Constitution*, además, son interpretaciones que han sido asociadas, tradicionalmente, a las corrientes conservadora y progresista de la Corte Suprema, respectivamente.

⁵ De los nueve miembros de la Corte Suprema, votaron a favor de la sentencia cinco (Anthony Kennedy, ponente, Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan), frente a los cuatro jueces restantes, que votaron en contra (John Roberts, Antonin Scalia, Clarence Thomas y Samuel Alito). De aquellos nueve, —ocho tras el fallecimiento de Scalia, en febrero de 2016—, dos fueron designados por Ronald Reagan (Antonin Scalia y Anthony Kennedy), uno por George H. W. Bush (Clarence Thomas), dos por Bill Clinton (Ruth Bader Ginsburg y Stephen Breyer), otros dos por George W. Bush (John Roberts y Samuel Alito), y los dos últimos por Barack Obama (Sonia Sotomayor y Elena Kagan). En conclusión, cinco de ellos fueron nominados por Presidentes provenientes del Partido Republicano y cuatro, por Presidentes del Partido Demócrata.

⁶ Veintisiete, para ser exactos. La última fue promulgada el 7 de mayo de 1992.

derecho al matrimonio, fundamentalmente debido al contexto histórico-político en el que se gestó, en el que el matrimonio no era considerado un derecho, por lo que no fue incluido ni en el propio texto de la Constitución ni en sus sucesivas enmiendas posteriores⁷.

En ese sentido, el amparo jurídico-constitucional de los defensores del matrimonio entre personas del mismo sexo radica en el principio de igualdad, recogido, de forma indirecta, en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, dado que no se recogía en el texto original de la Constitución⁸, sino que fue introducido progresivamente en tres estadios jurídicos, mediante las llamadas *Reconstruction Amendments*, entre 1865 y 1870.

Primero con la Decimotercera Enmienda⁹, —el 6 de diciembre de 1865, que abolió, tras la Guerra de Secesión, la esclavitud—, posteriormente, con la Decimocuarta Enmienda¹⁰, —ratificada el 9 de julio 1868, que consagró el principio

⁷ Como es conocido, la Constitución de los Estados Unidos carece de una Carta de Derechos al uso, cuyo primer exponente surgiría poco después en Francia, en 1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. La Carta de Derechos de los Estados Unidos, de 1789, —dos años después de la promulgación de la Constitución—, y ratificada en 1791, recoge las diez primeras enmiendas a la propia Constitución, como, por ejemplo, las libertades de expresión, religiosa, de prensa, el derecho de reunión y el de petición (Enmienda 1.^a), el derecho de milicia y a tener y llevar armas (Enmienda 2.^a), la inviolabilidad del domicilio (Enmienda 4.^a), el derecho a un proceso justo, *non bis in idem*, derecho a no declarar contra sí mismo y derecho a la propiedad privada (Enmienda 5.^a), el derecho a un juicio con jurado, el derecho de *habeas corpus* (Enmienda 6.^a) y el derecho a un juicio civil con jurado (Enmienda 7.^a).

⁸ Como apunta Martín Vida, «*Al margen de las alusiones a la igualdad natural en las Declarations of Rights de las colonias americanas y en el texto de la Declaración de Independencia de 1776, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 no incluyó inicialmente ninguna referencia a la igualdad, a diferencia de los primeros textos constitucionales franceses posteriores a la Revolución*. Fueron algunas de las Enmiendas a la Constitución que se añadieron a ésta a raíz de la Guerra Civil y de la labor de los movimientos abolicionistas de la esclavitud las que proporcionaron la base textual para el desarrollo jurisprudencial y doctrinal del principio de igualdad en los Estados Unidos, cuya problemática fundamental ha estado siempre centrada en la cuestión racial». MARTÍN VIDA, María Ángeles. «Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, 2003, pp. 151-152.

⁹ Decimotercera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos:

«1. *Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente condenado.*

2. *El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas*». Traducción del inglés en: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

¹⁰ Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos:

«1. *Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar*

de igualdad mediante las cláusulas de la *citizenship clause*, la *privileges or immunities clause*, la *due process clause* y la *equal protection clause*—, y la Decimoquinta Enmienda¹¹, —de 3 de febrero de 1870, que consagró el derecho al sufragio a todos los ciudadanos sin importar su raza o su pasado como esclavos—.

Este iter jurídico, centrado de forma directa e indirecta en la cuestión racial, resulta de particular interés para comprender el nacimiento del principio de

efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.

2. *Los representantes se distribuirán proporcionalmente entre los diversos Estados de acuerdo con su población respectiva, en la que se tomará en cuenta el número total de personas que haya en cada Estado, con excepción de los indios que no paguen contribuciones. Pero cuando a los habitantes varones de un Estado que tengan veintiún años de edad y sean ciudadanos de los Estados Unidos se les niegue o se les coarte en la forma que sea el derecho de votar en cualquier elección en que se trate de escoger a los electores para Presidente y Vicepresidente de los Estados Unidos, a los representantes del Congreso, a los funcionarios ejecutivos y judiciales de un Estado o a los miembros de su legislatura, excepto con motivo de su participación en una rebelión o en algún otro delito, la base de la representación de dicho Estado se reducirá en la misma proporción en que se halle el número de los ciudadanos varones a que se hace referencia, con el número total de ciudadanos varones de veintiún años del repetido Estado.*

3. *Las personas que habiendo prestado juramento previamente en calidad de miembros del Congreso, o de funcionarios de los Estados Unidos, o de miembros de cualquier legislatura local, o como funcionarios ejecutivos o judiciales de cualquier Estado, de que sostendrían la Constitución de los Estados Unidos, hubieran participado de una insurrección o rebelión en contra de ella o proporcionando ayuda o protección a sus enemigos no podrán ser senadores o representantes en el Congreso, ni electores del Presidente o Vicepresidente, ni ocupar ningún empleo civil o militar que dependa de los Estados Unidos o de alguno de los Estados. Pero el Congreso puede derogar tal interdicción por el voto de los dos tercios de cada Cámara.*

4. *La validez de la deuda pública de los Estados Unidos que este autorizada por la ley, inclusive las deudas contraídas para el pago de pensiones y recompensas por servicios prestados al sofocar insurrecciones o rebeliones, será incuestionable. Pero ni los Estados Unidos ni ningún Estado asumirán ni pagarán deuda u obligación alguna contraídas para ayuda de insurrecciones o rebeliones contra los Estados Unidos, como tampoco reclamación alguna con motivo de la pérdida o emancipación de esclavos, pues todas las deudas, obligaciones y reclamaciones de esa especie se considerarán ilegales y nulas.*

5. *El Congreso tendrá facultades para hacer cumplir las disposiciones de este artículo por medio de leyes apropiadas.*

Traducción del inglés en: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

¹¹ Decimoquinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos:

«1. *El derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos a votar no será negado o disminuido por los Estados Unidos o por cualquier Estado debido a raza, color, o condición anterior de servidumbre. 2. El Congreso tendrá el poder de hacer cumplir este artículo a través de la adecuada legislación.*

Traducción del inglés en: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

igualdad en el derecho constitucional de los Estados Unidos, dado el contexto histórico y las particularidades socioeconómicas del país.

Particularmente relevantes resultan las cláusulas contenidas en la Decimocuarta Enmienda. Cláusulas que, desmontando la praxis judicial existente de apoyo a la esclavitud¹², pretendieron garantizar el cumplimiento del principio de igualdad, especialmente en los Estados del sur, contrarios a la abolición y donde, pese a la introducción, en la posguerra civil estadounidense, de la abolición de la esclavitud vía Decimotercera Enmienda, *de facto* no se cumplía, lo que obligó al legislador estadounidense a asegurar, *de iure*, su abolición mediante la Decimocuarta Enmienda a través de una serie de cláusulas que limitasen su incumplimiento¹³.

Cláusulas que, en la práctica, mitigaron en muchos aspectos, —sin resolver la problemática de fondo, aún latente—, la discriminación racial. Discriminación que, pese a todo, siguió viva hasta finales de los años sesenta, —y aún lo sigue en algunos aspectos, fundamentalmente económicos y sociales—, cuando sonoros casos, como el de Rosa Parks¹⁴ o el de la Universidad de Alabama¹⁵,

¹² Como ejemplo preclaro de ello destaca la sentencia del caso *Dred Scott v. Sandford*, que en 1857 permitió a la Corte Suprema declarar que los afroamericanos, fuesen o no esclavos, no eran ciudadanos estadounidenses, pues carecían del derecho a la ciudadanía.

¹³ Como señala Martín Vida, la Decimotercera Enmienda «fue aprobada en 1865 y supuso la definitiva abolición de la esclavitud en los Estados Unidos, aunque inmediatamente algunos Estados sureños adoptaron los llamados «black codes» (códigos negros) a través de los cuales imponían a los negros recién emancipados severas restricciones legales. Para acabar con ellas el Congreso adoptó la Civil Rights Act (Ley de Derechos Civiles) de 1866, pero como quedasen dudas sobre la suficiente base constitucional que a esta norma podía proporcionar la Decimotercera Enmienda, se aprobó en 1868 la Decimocuarta Enmienda a la Constitución, que incorpora en su sección primera la equal protection clause». MARTÍN VIDA, María Ángeles. *Op. cit.*, p. 152.

¹⁴ En diciembre de 1955, Rosa Parks, afroamericana, rehusó ceder su asiento en un autobús de la ciudad de Montgomery, capital del Estado de Alabama, a un hombre blanco, tras petición del conductor del autobús, como legalmente establecía la legislación local. Tras una enconada y mediática batalla judicial y social, que incluyó un boicot a los autobuses de la ciudad que duró más de un año, la Corte Suprema confirmó el 13 de noviembre de 1956 la sentencia *Browder v. Gayle*, del Tribunal del Distrito, apelada por la ciudad de Montgomery, ordenando el fin de la segregación racial en los autobuses de la ciudad y en el Estado de Alabama.

¹⁵ Tras el precedente establecido mediante la sentencia *Brown v. Board of Education* (1954), que declaró que las leyes estatales que establecían la segregación en las escuelas públicas eran inconstitucionales, los afroamericanos pudieron inscribirse en universidades del sur de los Estados Unidos. Pese a ello, y aunque muchos lo intentaron, fueron mayoritariamente rechazados, esgrimiendo las universidades en no pocas ocasiones objeciones de escasa relevancia. La Universidad de Alabama fue el caso más representativo, ya que centenares de afroamericanos fueron objeto de rechazo en sus solicitudes. Sin embargo, en junio de 1963, varios estudiantes afroamericanos,

ampliaron la resonancia mediática de los frecuentes casos de discriminación racial amparados por las autoridades locales o estatales sureñas, generando el nacimiento del movimiento por los derechos civiles en los Estados Unidos que, en su lucha por la igualdad iría, poco a poco, diluyendo los ecos sociales del pasado esclavista de la sociedad estadounidense.

Por lo que respecta al derecho al matrimonio, en conexión con la Decimocuarta Enmienda, y particularmente con la discriminación racial, destaca el caso *Loving v. Virginia*¹⁶, resuelto por la Corte Suprema en 1967, que anuló la legislación estatal, —la *Racial Integrity Act*, de 1924—, que prohibía los matrimonios interraciales, declarando inconstitucional su prohibición, vigente entonces en algunos Estados.

En el caso concreto del matrimonio entre personas del mismo sexo, conviene apuntar que no existe legislación federal sino que es cada Estado el que establece su propia legislación. Por ello, la aplicación práctica de la *equal protection clause* en el ámbito del matrimonio homosexual tiene su origen en la normativa de los propios Estados, entre los que destacan los casos de Massachusetts, —por ser el primero en reconocerlo, en el año 2004—, y California, —por resultar el Estado más significativo, al ser el más grande y poblado de los Estados Unidos—.

Sin embargo, en 1996, justo cuando la polémica en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo traspasaba las fronteras estatales y empezaba a encontrar eco federal, el Presidente Bill Clinton promulgó la *Defense of*

Vivian Malone Jones, James Hood y Dave McGlathery, cuya solicitud había sido rechazada, fueron finalmente aceptados tras decisión judicial, por lo que pudieron inscribirse en la universidad, aunque contaron con el rechazo del entonces Gobernador del Estado, del Partido Demócrata, George Wallace, quien protagonizó el célebre incidente del bloqueo en la puerta de la Universidad cuando Vivian Malone y James Hood quisieron inscribirse.

¹⁶ Richard Perry Loving, de raza blanca, y Mildred Delores, afroamericana, residentes en Virginia, se casaron en 1958 en Washington, donde el matrimonio interracial era legal, para evitar la prohibición de su Estado. Tras volver a Virginia, y tras una denuncia anónima, fueron detenidos acusados de vulnerar la ley estatal, pese a que contaban con una licencia matrimonial, aunque emitida por otro Estado. Procesados, fueron condenados a un año de prisión, suspendida por 25 años con la condición de que emigrasen de Virginia, lo que hicieron durante algunos años. En 1964, con el apoyo de la Unión por la Libertades Civiles, recurrieron la sentencia, desestimada en primera instancia, aunque la Corte Suprema finalmente declaró su inconstitucionalidad en 1967. La sentencia, histórica, supuso un punto de inflexión en cuanto a la limitación del derecho al matrimonio, siendo utilizada desde entonces como un argumento de apoyo a las posteriores reivindicaciones de los colectivos homosexuales.

*Marriage Act*¹⁷, conocida como DOMA, con el objetivo de denegar el reconocimiento federal a los matrimonios entre personas del mismo sexo.

La ley, de título completo «*Una ley para definir y proteger la institución del matrimonio*», precisando con claridad sus objetivos, pretendía, en su breve articulado¹⁸, delimitar, a efectos federales y únicamente para los objetivos y propósitos federales, la institución matrimonial tal y como tradicionalmente se consideraba, sorteando así el incipiente movimiento de algunos Estados en pro del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En ese sentido, fueron numerosos los Estados que promulgaron, en un proceso parejo al de la propia reivindicación de derechos por parte del colectivo homosexual, normativa restrictiva en su legislación estatal, bien a través de enmiendas a su propia normativa, o bien mediante enmiendas a la propia constitución del Estado.

De hecho, entre la promulgación de la *Defense of Marriage Act*, en 1996, y la sentencia *United States v. Windsor*, en 2013, treinta y un Estados aprobaron dichas enmiendas¹⁹,

¹⁷ La promulgación, el 21 de septiembre de 1996, de la *Defense of Marriage Act*, no fue sólo fruto del contexto social de la sociedad estadounidense, en el que el matrimonio entre personas del mismo sexo no gozaba de amplio apoyo, sino también del contexto político, dado que fue aprobada poco antes de las elecciones presidenciales de 1996, lo que para determinados sectores fue interpretado como una medida electoral de la candidatura del Presidente Clinton en aras de un segundo mandato.

¹⁸ *Defense of Marriage Act*:

«Section 1. Short title.

This Act may be cited as the «Defense of Marriage Act».

Section 2. Powers reserved to the states.

No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship.

Section 3. Definition of marriage.

In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife.

¹⁹ Alaska (1998, declarada inconstitucional en 2014, mediante la sentencia *Hamby v. Parnell*), Hawaii (1998), Nebraska (2000, inconstitucional tras *Obergefell v. Hodges*, en 2015), Nevada (2000 y 2002, declarada inconstitucional en 2014, en *Sevcik v. Sandoval*), Arkansas (2004, inconstitucional tras *Obergefell v. Hodges*), Georgia (2004, declarada inconstitucional tras la sentencia *Obergefell v. Hodges*), Dakota del Norte (2004, declarada inconstitucional en la sentencia *Obergefell v. Hodges*), Kentucky (2004, inconstitucional con *Obergefell v. Hodges*), Missouri (2004, inconstitucional

con apoyo mayoritario en los referéndums celebrados, con la excepción del Estado de Minnesota²⁰.

Notorio caso lo constituye el del Estado de California, donde en el año 2008 tuvo lugar un referéndum en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo, —la denominada *Proposición Octava*²¹—. La aprobación de este

con la sentencia *Obergefell v. Hodges*, Michigan (2004, inconstitucional tras *Obergefell v. Hodges*), Louisiana (2004, declarada inconstitucional con *Obergefell v. Hodges*), Mississippi (2004, inconstitucional con *Obergefell v. Hodges*), Montana (2004, inconstitucional tras *Rolando v. Fox* en 2014), Ohio (2004, declarada inconstitucional en *Obergefell v. Hodges*), Oklahoma (2004, inconstitucional con la sentencia *Obergefell v. Hodges*), Oregón (2004, inconstitucional en 2014 en *Geiger v. Kitzhaber*), Utah (2004, declarada inconstitucional en 2014, mediante la sentencia *Kitchen v. Herbert*), Kansas (2005, inconstitucional en 2014 tras *Marie v. Moser*), Texas (2005, declarada inconstitucional con *Obergefell v. Hodges*), Alabama (2006, inconstitucional con *Searcy v. Strange*, en 2015), Carolina del Sur (2006, declarada inconstitucional en 2015 en *Condon v. Haley*), Colorado (2006, inconstitucional tras la sentencia de 2014 *Brinkman v. Long*), Dakota del Sur (2006, declarada inconstitucional con *Obergefell v. Hodges*), Idaho (2006, inconstitucional tras *Latta v. Otter*, de 2014), Tennessee (2006, inconstitucional con *Obergefell v. Hodges*), Virginia (2006, inconstitucional en 2013, con *Bastic v. Schaefer*), Wisconsin (2006, declarada inconstitucional tras *Wolf v. Walker* en 2014), Arizona (2008, tras un primer intento, en 2006, cuyo referéndum no fue aprobado, aunque en 2014 fue declarado inconstitucional en la sentencia *Connolly v. Jeanes*), Florida (en 2008, inconstitucional en 2014, con *Brenner v. Scott*), California (2008, declarada inconstitucional en 2013, en *Hollingsworth v. Perry*) y Carolina del Norte (2012, inconstitucional en 2014 con *General Synod of the United Church of Christ v. Cooper*).

²⁰ Minnesota fue, en 2012, el único Estado en rechazar en referéndum una enmienda constitucional para prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

²¹ El referéndum sobre el matrimonio homosexual en California tiene su origen en una enmienda introducida en el Código Civil de California en 1977, que definía el matrimonio como una relación contractual entre un hombre y una mujer. Dicha enmienda fue introducida tras la confusión generada en torno a la norma previa, que podría dar lugar a que el matrimonio fuese considerado también como la unión entre personas del mismo sexo. En el año 2000 se celebró un referéndum en el Estado, la *Proposición 22*, —la conocida como «California Defense of Marriage Act»—, al objeto de consolidar en el Código de Familia del Estado dicha previsión, impidiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, siendo aprobada por el 61,4% de los votantes. Posteriormente, el 15 de mayo de 2008, la Corte Suprema del Estado declaró, en la sentencia *In re Marriage Cases*, que «*La capacidad de un individuo de mantener una relación estable y duradera con otra persona y de criar y cuidar hijos no puede depender de su orientación sexual*», invalidando el referéndum de la *Proposición 22* por violación de la Constitución de California. Finalmente, en noviembre de 2008 se celebró otro referéndum, el de la *Proposición Octava*, con el siguiente tenor: «*sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido o reconocido en California*», y que fue aprobado por el 52,24% de los votos. Referéndum que fue declarado inválido por inconstitucional en *Perry v. Schwarzenegger* en agosto de 2010, al considerar que «*el género ya ha dejado de formar una parte esencial del matrimonio; matrimonio según el derecho es una unión de iguales*». Esta afirmación, que reclama la ruptura con la tradición matrimonial, es explica por García Pechuán al afirmar que «*la resolución del caso contraria a la constitucionalidad de la reforma constitucional se enhebra, como expone el juez Walker*».

referéndum, que exigía la modificación de la Constitución del Estado de California prohibiendo el matrimonio no heterosexual, ocasionó una demanda, —el caso *Perry v. Schwarzenegger*—, resuelta en 2010, que anuló su resultado, declarándolo inconstitucional, por vulneración de la *due process clause* y la *equal protection clause*, admitiendo de nuevo el matrimonio entre personas del mismo sexo. Finalmente, el matrimonio entre personas del mismo sexo fue legalizado en California el 26 de junio de 2013, tras la inadmisión por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos de un recurso contra la anulación del referéndum, justo el mismo día en el que se hizo pública la sentencia *United States v. Windsor*.

2.2 Evolución jurisprudencial

La *equal protection clause* de la Constitución estadounidense, en lo referente al derecho al matrimonio, ha sufrido una importante evolución, consecuencia de la propia evolución que ha vivido la sociedad estadounidense, principalmente en el último tercio del siglo XX.

Una serie de sentencias, tanto de la Corte Suprema como de los Tribunales Supremos estatales, han pretendido dar respuesta a la realidad jurídico-constitucional del momento, siendo perceptibles dos períodos completamente diversos.

En el primer periodo, que abarca el último tercio del siglo XX, la mayoría de las sentencias, amparadas en la legislación estatal, han sido, desde múltiples enfoques, —aunque centradas de modo directo o indirecto en la *equal protection*—, mayoritariamente negativas al reconocimiento del derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo, siendo el punto de inflexión el año 1999, cuando el Estado de Vermont rompa la tendencia declarando que no conceder el derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo violaba la Constitución del Estado.

en la senda de la doctrina que excluye que la sola tradición pueda constituirse en la base racional para una ley. Precisamente, la evidencia reproducida en el caso aquí sustanciado demostró muy perfiladamente que la tradición de restringir la libertad de elección individual de los esposos basada en el género no puede seguir erigiéndose en calidad de interés racional del Estado por mucho que pueda atestiguarse su característica de ‘añeo linaje’; éste, desde luego, no basta para convertirla en racional, sino que el Estado debe tener un interés aparte del mero hecho de la tradición por sí misma». GARCÍA PECHUÁN, Mariano. «Última evolución jurisprudencial en Estados Unidos y Alemania sobre la noción constitucional de matrimonio: puntos de convergencia en perspectiva de la pendiente decisión de la justicia constitucional española sobre el matrimonio homosexual», en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. II, 2012, p. 2286.

En ese sentido, en 1958, en *One, Inc. v. Olesen*²², la Corte Suprema de los Estados Unidos sentenció por vez primera en relación con un asunto relativo a la homosexualidad en los Estados Unidos, aunque centrado en la libertad de prensa y de información.

Tiempo después, en 1971, el Tribunal Supremo de Minnesota puso, finalmente, el foco de la cuestión en el derecho al matrimonio, al declarar, en *Baker v. Nelson*²³, que una ley estatal que limitase el matrimonio a personas del sexo opuesto no violaba la Constitución de los Estados Unidos. En 1972, la Corte Suprema de los Estados Unidos denegó la apelación que habían solicitado los demandantes, al considerar que faltaba una cuestión federal sustancial.

En 1973, en el Estado de Kentucky, la Corte de Apelación, en *Jones v. Hallahan*, dictaminó que a dos mujeres se les había denegado correctamente una licencia de matrimonio sobre la base de la definición del matrimonio contenida en el diccionario, a pesar de que leyes estatales no restringían el matrimonio a una mujer y un hombre. Para la Corte de Apelación la relación de esas dos mujeres no era un matrimonio.

Poco después, en 1974, la Corte de Apelaciones del Estado de Washington estimó, en *Singer v. Hara*²⁴, que la prohibición de la normativa del Estado del matrimonio entre personas del mismo sexo no viola la constitución estatal y que no plantea ninguna cuestión de alcance federal.

²² En 1953, la editora de la Revista ONE, de temática homosexual, no pudo enviar su número correspondiente a octubre de 1954, dado que el Jefe de la Oficina Postal de Los Ángeles consideró que su contenido era, acorde a la Ley Comstock, obsceno, impidiendo su distribución. La decisión fue recurrida por la editora, que perdió la demanda en 1954 y en 1956 en apelación, siendo finalmente aceptada en la Corte Suprema, dando la razón a la editora de la revista basándose en su precedente *Roth v. United States*, de 1957, que reformulaba el test constitucional para considerar qué constituía material obsceno no protegido por la Primera Enmienda. Este caso reviste una doble importancia, no sólo por la época, finales de los años cincuenta, bajo la presidencia de Eisenhower, sino por la temática, ya que se trató de la difusión en prensa de contenido homosexual, siendo la primera vez que la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunciaba, siquiera indirectamente, sobre la homosexualidad.

²³ *Baker v. Nelson* fue el primer caso en el que, en la Corte Suprema de un Estado, se limitaba el derecho al matrimonio a contrayentes del sexo opuesto. En mayo de 1970 dos estudiantes universitarios, Richard Baker y James Michael McConnell, solicitaron la licencia matrimonial en Minneapolis al objeto de contraer matrimonio. El empleado que debía atender su solicitud, Gerald Nelson, se la denegó porque ambos solicitantes eran del mismo sexo.

²⁴ En 1971, dos activistas homosexuales, John Singer y Paul Barwick solicitaron una licencia de matrimonio al responsable de su expedición, Lloyd Hara, con el único objetivo de demostrar la desigualdad existente, a efectos de la concesión de la licencia matrimonial, entre las parejas heterosexuales y homosexuales. La solicitud, denegada, fue objeto de recurso al considerar que denegar la licencia violaba la *Equal Rights Amendment* de la constitución estatal.

En 1982, *Adams v. Howerton*²⁵, la primera sentencia judicial de carácter supraestatal, de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, señaló que por «cónyuge» y «matrimonio» se entiende el «*significado ordinario*», es decir, «*el que contempla una relación entre un hombre y una mujer*».

Pennsylvania, en 1984, mantendrá la jurisprudencia establecida por los estados de Minnesota, Kentucky y Washington, ya que su *Superior Court*, en *De Santo v. Barnsley*, consideró que una pareja del mismo sexo no puede contraer matrimonio, ya que «*los límites del matrimonio de derecho común deben definirse a la luz de los límites del matrimonio legal*».

Casi diez años después, la Corte Suprema de Hawaii, en *Baehr v. Miike*²⁶, establecerá la primera ruptura de la posición de los Estados al remitir el caso a un tribunal inferior al objeto de determinar si los límites al matrimonio estable-

²⁵ En 1975, Richard Frank Adams, un ciudadano de origen filipino naturalizado estadounidense, y su pareja, Anthony Sullivan Corbett, australiano, obtuvieron la licencia matrimonial en el Estado de Colorado. Tras ello, Richard Frank Adams solicitó a los servicios de inmigración la consideración y clasificación de Sullivan como su pariente inmediato, con base en la ley de Colorado. Su petición fue rechazada al considerar que «*el matrimonio entre dos varones no es válido para fines de inmigración y no puede ser considerado una relación matrimonial de buena fe, ya que ninguna de las partes puede realizar las funciones femeninas en el matrimonio*». La decisión fue objeto de recurso, alegando que su matrimonio era válido bajo la ley de Colorado y la ley de inmigración y que, por lo tanto, la negativa a su reconocimiento violaba la Quinta Enmienda. El recurso fue rechazado, al considerar la *District Court* que «*el Congreso en sus leyes de inmigración no está obligado a seguir la ley del lugar donde se contrajo el matrimonio*», especificando a continuación, para el ámbito concreto del reconocimiento del derecho al matrimonio en el ámbito estatal que, en Colorado, el matrimonio es el de «*un hombre y una mujer*», aunque reconoció que «*Los Estatutos de Colorado no permiten específicamente, ni prohíben específicamente, matrimonios entre personas del mismo sexo*», concluyendo que «*la protección legal y el carácter especial otorgado al matrimonio (siendo definido como una unión de personas de diferente sexo), históricamente ha... sido racionalizado como con el propósito de fomentar la propagación de la raza*». La relevancia de *Adams v. Howerton* es notable, no sólo por constituir el primer intento, a nivel federal, de «romper» con la definición establecida del matrimonio a través de un reconocimiento federal, sino por la propia Corte de Apelaciones, ya que la del Noveno Circuito constituye la de mayor jurisdicción territorial (Alaska, Arizona, California, Hawaii, Idaho, Montana, Nevada, Oregón, Washington, isla de Guam y las islas Marianas del Norte) y la que comprende más población entre las Cortes de Apelaciones de los Estados Unidos. Sin embargo, y pese a la relevancia del caso, hay que tener en cuenta que la sentencia se basa en un recurso relativo a las leyes en materia de inmigración, aunque su trasfondo subjetivo se refiere al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo.

²⁶ En 1990, tres parejas del mismo sexo solicitaron la preceptiva licencia matrimonial en el Departamento de Salud del Estado de Hawaii, reuniendo los requisitos de la ley estatal. Tras registrar la solicitud, el responsable de emitirla requirió a la Fiscalía estatal una opinión, que sostenía que, de acuerdo con la Constitución, el derecho al matrimonio es un derecho fundamental, pero lo es sólo para parejas de distinto sexo. Sobre esta base, el Departamento de Salud denegó las solicitudes de licencia.

cidos en la legislación estatal a parejas de sexo opuesto pueden ser inconstitucionales porque, o bien no se justifican por el interés del Estado o bien no estaban estrictamente diseñados para evitar limitaciones innecesarias de derechos bajo la Constitución de Hawaii. En 1999, y aunque previamente el Tribunal de primera instancia al que se devolvió el caso legalizó el matrimonio homosexual, la Corte Suprema de Hawaii confirmará la prohibición del Estado del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En 1995, el Distrito de Columbia mantuvo el planteamiento de Pennsylvania en *Dean v. District of Columbia*²⁷, confirmando la negativa a otorgar la licencia matrimonial a una pareja de hombres que la habían solicitado.

Poco después, en 1998, tras la *Defense of Marriage Act*, el juez Peter A. Michalski, de la *Superior Court* del Estado de Alaska, en *Brause v. Bureau of Vital Statistics*²⁸, y tras un amplio debate social, con referéndum incluido, dictaminó que el Estado, para poder denegar una licencia matrimonial a una pareja del mismo sexo, necesita una razón convincente que de no concurrir implicaría la inconstitucionalidad de la ley estatal.

Esta jurisprudencia la romperá el Estado de Vermont, considerado de los más progresistas de los Estados Unidos, cuando a finales de 1999 su Corte Suprema

²⁷ En 1995, la pareja formada por Craig Robert Dean y Patrick Gerard Gill, cumplía todos los requisitos establecidos por el distrito para pedir una licencia matrimonial, exceptuando el hecho de que eran del mismo sexo, solicitando, pese a ello, que les otorgasen la licencia. La Corte de Apelaciones confirmó la decisión denegatoria de la licencia, afirmando que la normativa sobre el matrimonio del Distrito no contemplaba los matrimonios entre personas del mismo sexo y que, por lo tanto, la licencia no violó la ley contra la discriminación del Distrito de Columbia y que, en definitiva, denegar la licencia no violaba la *Due Process Clause* (Quinta y la Decimocuarta Enmienda de la Constitución).

²⁸ En 1995 dos hombres, Jay Brause y Gene Dugan, pareja, solicitaron licencia matrimonial en la Oficina de Estadísticas Vitales del Estado de Alaska, porque entendieron que el código matrimonial en Alaska podía llegar a amparar su solicitud, ya que, además de cumplir con todos los requisitos, menos el relativo a no pertenecer al mismo sexo, el tenor literal del código matrimonial en Alaska no establecía el género a los efectos del derecho al matrimonio. La solicitud fue denegada, por lo que recurrieron la decisión con el objetivo de que el estatuto de Alaska fuese declarado inconstitucional por no permitir los matrimonios entre personas del mismo sexo. Sin embargo, con carácter previo al inicio del proceso, la Asamblea de Alaska enmendó el código matrimonial, eliminando el carácter ambiguo del género neutro, restringiendo así el matrimonio a un hombre y una mujer. Los demandantes modificaron su demanda para solicitar una declaración judicial de que este estatuto también era inconstitucional, ya que al no expedirles una licencia de matrimonio el Estado les negó el debido proceso y violó su derecho a la privacidad bajo la Constitución de Alaska. La aprobación en referéndum de la enmienda conllevó formalmente la desestimación del caso.

señale, en *Baker v. Vermont*²⁹, que la exclusión del matrimonio a las parejas del mismo sexo viola la Constitución de Vermont, ordenando a la Asamblea estatal el establecimiento, o bien del matrimonio entre personas del mismo sexo o bien de una unión similar, opción esta última que finalmente adoptó el legislador.

Una tendencia que, cuatro años después, en 2003, seguirá el Estado de Massachusetts, cuando su Tribunal Supremo, en *Goodridge v. Department of Public Health*, lo convirtió en el primer Estado de la Unión en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo³⁰, al declarar que la ley estatal que negaba la licencia matrimonial a las parejas homosexuales violaba la constitución del Estado, dado que no había interés superior en proteger, siendo por lo tanto la legislación estatal inconstitucional, por discriminatoria. A partir de mayo de 2004, tras vencer el plazo de seis meses establecido para que el parlamento estatal procediera a modificar y enmendar la ley sin que esta modificación se produjese, el matrimonio entre parejas del mismo sexo quedó legalizado.

Aún así, en 2005, el Tribunal Supremo de Oregón, en *Li & Kennedy v. State of Oregon*³¹, tras la masiva concesión de licencias matrimoniales a parejas del

²⁹ En 1997, tres parejas del mismo sexo, Stan Baker y Peter Harrigan, Holly Puterbaugh y Lois Farnham y Nina Beck y Stacy Jolles, a quienes se les había denegado la licencia matrimonial, demandaron a las ciudades que se lo había denegado y al propio Estado, solicitando una sentencia declarativa de que la negación de las licencias matrimoniales violó la legislación matrimonial del Estado y la propia constitución estatal. Tras un primer estadio, en el que el Tribunal consideró que la normativa estatal en materia de matrimonio era constitucional, los demandantes recurrieron ante el Tribunal Supremo de Vermont, que declaró que la negación de beneficios de matrimonio constituyía una violación de la constitución estatal. Para el Tribunal, el Estado debe garantizar la misma protección y beneficios a las parejas del mismo sexo de la misma forma que lo hace con las parejas de sexo opuesto, afirmando que la Asamblea estatal debería, en un «*reasonable periodo de tiempo*», encontrar una manera de proporcionar a las parejas del mismo sexo dichos beneficios.

³⁰ La relevancia de esta sentencia y su efecto para el resto de los Estados, tras el reconocimiento del Estado de Vermont, la sintetizó Gee, de modo premonitorio, al afirmar que «*como con los matrimonios antimestizaje 60 años antes, puede ser un éxito la cooperación intrajudicial de tribunales federales y estatales la que permita a los Estados actuar como «laboratorios de experimentación», ensayando los argumentos para el día en el que la Corte Suprema emita su revolución legal*». GEE, Graham. «Same-sex marriage in Massachusetts: judicial interplay between federal and state courts». *Public Law*, núm. 2, 2004, p. 264.

³¹ En marzo de 2004, el condado de Multnomah comenzó a emitir licencias a parejas del mismo sexo tras un dictamen favorable de la fiscalía del condado, lo que conllevó, en pocos días, un aluvión de solicitudes de licencia matrimonial, que fueron concedidas, aunque la fiscalía estatal sosténía que la normativa del Estado prohibía la concesión de licencias matrimoniales a parejas del mismo sexo. Poco después, varias parejas del mismo sexo, encabezadas por Mary Li y Rebecca Kennedy, demandaron a Oregón, ordenando el juez del condado que Multnomah dejase de emitir licencias, mientras ordenaba al Estado que reconociese las más de tres mil licencias ya concedidas. Finalmente, el Tribunal Supremo de Oregón declaró la nulidad de la totalidad de licencias matri-

mismo sexo por un condado al considerar que se violaba la constitución estatal, anuló la totalidad de las licencias concedidas sobre la base del criterio de la competencia, sin valorar el fondo del asunto, es decir, desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

En 2006, en *Lewis v. Harris*³², el Tribunal Supremo de Nueva Jersey se sumó a Massachusetts, al igual que poco después lo harían el Supremo de Maryland en 2007, en *Conway v. Deane*, el de Connecticut en 2008, en *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, y el de Iowa en 2009, en *Varnum v. Brien*, al sostener que la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo violaba la constitución estatal.

Finalmente, en 2013, el Tribunal Supremo del Estado de Nuevo México declaró, en *Griego v. Oliver*³³ que el matrimonio entre personas del mismo sexo debe gozar de los mismos derechos que el matrimonio entre personas del sexo opuesto.

3. LA SENTENCIA *OBERGEFELL V. HODGES*

3.1 Antecedentes: *United States v. Windsor*

El caso *Obergefell* constituye el último eslabón de un largo contencioso judicial entre los defensores del movimiento LGTB y quienes, por el contrario, defienden una concepción única y unívoca del concepto y del derecho al matrimonio, más acorde con el sentido histórico de la institución en los Estados Unidos de América.

En ese sentido, y pese al largo proceso de evolución jurisprudencial en relación con los derechos del colectivo homosexual, el primer precedente de *Oberge-*

moniales emitidas a parejas del mismo sexo al carecer el condado de Multnomah de la autoridad para resolver en su territorio una supuesta violación de la Constitución del Estado de Oregón.

³² *Lewis v. Harris* tiene su origen en la demanda formulada, en 2002, por una serie de parejas del mismo sexo a quienes se les había denegado la licencia matrimonial y que sostenían que la negativa a poder contraer matrimonio violaba la *equal protection* de la Constitución del Estado de Nueva Jersey, en una interpretación recogida por el Tribunal Supremo estatal, declarando que la ley entonces vigente era inconstitucional, aunque el mismo Tribunal no se mostró unánime en cuanto a la solución a adoptar para garantizar la *equal protection*.

³³ En marzo de 2013, Rose Griego y su pareja, junto con otra pareja, demandaron al condado de Bernalillo por no concederles la licencia matrimonial, fallando en su favor el juez del distrito al considerar su negativa contraria a la Constitución de Nuevo México. En diciembre de ese año, y siguiendo la estela de *United States v. Windsor*, el Tribunal Supremo de Nuevo México dictaminó que la constitución estatal exigía la extensión del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo, sobre la base de la *equal protection clause*.

fell v. Hodes en el ámbito del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo lo constituye la sentencia *United States v. Windsor*, de 26 de junio de 2013, dictada justamente dos años antes de la sentencia definitiva de *Obergefell*.

Esta sentencia tiene su origen en un recurso interpuesto por Edith Windsor tras el fallecimiento de su cónyuge, Thea Spyer, en el año 2009, con la que había contraído matrimonio en Canadá en 2007, matrimonio que fue reconocido posteriormente por el Estado de Nueva York.

Sobre la base de ese reconocimiento, y tras el fallecimiento de Spyer, Edith Windsor, beneficiaria de su herencia, solicitó la exención fiscal establecida para los cónyuges supérstites. La solicitud fue denegada sobre la base de la sección tercera de la *Defense of Marriage Act* (DOMA), entendiendo que el término «esposa» sólo se podía atribuir a matrimonios entre un hombre y una mujer y que, por lo tanto, no podía ser aplicado para el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo.

La decisión fue objeto de recurso, siendo finalmente resuelta, por el conductor del *writ of certiorari*, por la Corte Suprema. La sentencia fue aprobada por una mayoría de cinco frente a cuatro, declarando inconstitucional la sección tercera de la *Defense of Marriage Act*, que contenía la definición, a efectos federales, del matrimonio, que señalaba expresamente que «*Para determinar el significado de cualquier ley federal o de cualquier fallo, regulación o interpretación de las diferentes oficinas y agencias administrativas de los Estados Unidos, la palabra 'matrimonio' significa solamente una unión legal entre un hombre y una mujer como marido y mujer y la palabra "cónyuge" se refiere sólo a una persona del sexo opuesto que es marido o esposa*».

En definitiva, la Corte Suprema estadounidense consideró que, bajo el prisma de la Quinta Enmienda (*Due Process Clause*), la sección tercera era inconstitucional, ya que «*suponía una privación de la libertad de la persona protegida por la Quinta Enmienda*».

La Corte Suprema de los Estados Unidos estimó que se había producido una discriminación debido al distinto reconocimiento del matrimonio en los Estados en función de si se había producido entre parejas del mismo o de distinto sexo, ya que la ley «*asegura que si un Estado decide reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, estas uniones serán tratadas como matrimonios de segunda clase a los efectos de la legislación federal*».

La Corte, en definitiva, estableció el reconocimiento federal³⁴ de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en los Estados, es decir, una

³⁴ Dicho reconocimiento entraña un importante componente subjetivo, de enorme relevancia jurídica, ya que, como apunta Viggiani, «*si el matrimonio entre personas del mismo sexo era en aquel punto reconocido como válido a nivel federal, continuar a reglamentar estas parejas vía institutos alternativos*

cuestión netamente competencial³⁵, aunque no entró en la parte nuclear del conflicto subyacente en torno al derecho al matrimonio: su legitimidad y reconocimiento constitucional³⁶.

3.2 *La sentencia*

Obergefell v. Hodges constituye una muy relevante sentencia desde un punto de vista jurídico, no sólo porque pone punto y final a una de las más enconadas batallas judiciales desde el último tercio del siglo XX entre partidarios y detractores del matrimonio homosexual, sino porque resuelve una cuestión en la que entraba en conflicto la legislación federal y la estatal. Es decir, *Obergefell v. Hodges* zanja en su sentencia una problemática doble, de derechos fundamentales y de orden competencial.

Tras el precedente de *United States v. Windsor*, tres años antes, la Corte Suprema se encontraba con una presión social creciente en pro del reconocimiento constitucional de los matrimonios homosexuales, no sólo por el creciente apoyo

*equivalía a comunicar el mensaje que esas parejas no «valían» lo bastante para acceder a un instituto histórico e importante como el matrimonio». VIGGIANI, Giacomo, «Lezioni americane. Il lungo cammino da Baker v. Nelson a Obergefell v. Hodges», *Politica del diritto*, vol. 46, núm. 4, 2015, p. 613.*

³⁵ *United States v. Windsor* como explica Pérez Alonso, «anula la sección tercera de la Defense of Marriage Act no porque el matrimonio homosexual sea contrario a la Constitución, sino por motivos estrictamente competenciales: la regulación de los requisitos, clases y efectos del matrimonio es una competencia única y exclusivamente estatal, por lo que el precepto en cuestión de la norma federal impugnada podría chocar con la normativa estatal privando a ésta de efectos u ocasionando, como en el caso concreto, que a nivel federal se nieguen los efectos a una unión que gozaba del beneplácito legal en estricta aplicación de la legislación estatal neoyorkina (...). Por ello, al provocar un evidente choque entre la normativa federal y normativa estatal, ello ocasionaba que la Defense of Marriage Act creaba a nivel federal una interpretación del término «matrimonio» que privaría a determinadas parejas legalmente casadas conforme a la legislación de los estados de los derechos reconocidos en esta última». PÉREZ ALONSO, Jorge. «Breve crónica acerca de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el matrimonio homosexual en 2013 y 2015: los casos Windsor, Perry y Obergefell». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 105, 2015, p. 356.

³⁶ Como apunta Castro, «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, 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». CASTRO CRUZATT, Karin. «El matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos de América». *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 22, 2016, p. 14.

social de algunos colectivos de la sociedad estadounidense, sino también por la legitimidad constitucional que internacionalmente le estaban otorgando cada vez más países³⁷, aunque fuese, en todo caso, aún muy minoritario su reconocimiento internacional.

En el caso *Obergefell*, los litigantes, catorce parejas del mismo sexo y dos hombres cuyas parejas habían fallecido, demandaron a los Estados de Kentucky, Michigan, Ohio y Tennessee³⁸ por prohibir los matrimonios homosexuales, al entender que dicha prohibición podía vulnerar la *equal protection clause* de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos en una doble vertiente: la del reconocimiento constitucional del matrimonio homosexual y la relativa al reconocimiento de dichos matrimonios en cualquier Estado.

Los demandantes, que previamente habían iniciado dichos procesos en sus Estados de origen, con sentencia favorable en todos ellos, recibieron sentencia negativa en la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito³⁹, que revocó las sentencias favorables de los tribunales de distrito.

Con estos antecedentes, la Corte Suprema de los Estados Unidos, tras la sentencia *United States v. Windsor*, se encontró por fin ante la necesidad de responder a una cuestión netamente constitucional, de alcance federal, que trascendía el derecho estatal al incardinarse en el principio de igualdad recogido en la Constitución y cuyo debate, a favor y en contra, dividía profundamente a la sociedad norteamericana.

En ese sentido, la Corte Suprema señala en la sentencia la relevancia de la institución matrimonial al reconocer que la historia del matrimonio es una historia «*de continuidad y cambio*», ya que, «*incluso confinada para relaciones de sexo opuesto, ha evolucionado con el tiempo*», planteando así la cuestión desde la perspectiva de la interpretación constitucional de la *living constitution*, de la Constitución viviente.

Con este planteamiento, la Corte incide en su visión del matrimonio como institución cambiante al recordar que con los sucesivos cambios que se han pro-

³⁷ En el momento de dictarse la sentencia *Obergefell v. Hodges*, el matrimonio entre personas del mismo sexo había sido reconocido en diecisiete países, la inmensa mayoría europeos: Países Bajos (2000), Bélgica (2003), Canadá (2005), España (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2008), Suecia (2009), Argentina (2010), Islandia (2010), Portugal (2010), Dinamarca (2012), Brasil (2013), Francia (2013), Nueva Zelanda (2013), Uruguay (2013), Reino Unido (2013) y Luxemburgo (2014).

³⁸ La sentencia en la Corte Suprema resuelve los casos *DeBoer v. Snyder* (Michigan), *Bourke v. Beshear* y *Love v. Beshear* (Kentucky), *Tanco v. Haslam* (Tennessee) y *Obergefell v. Kasich* y *Henry v. Wymyslo* (Ohio).

³⁹ Esta Corte de Apelaciones es la correspondiente para los tribunales de distrito de Kentucky, Michigan, Ohio y Tennessee.

ducido en la institución matrimonial «*estas nuevas perspectivas han fortalecido, no debilitado, la institución del matrimonio. De hecho, concepciones cambiantes de matrimonio son características de una nación donde nuevas dimensiones de la libertad llegan a ser evidentes a las nuevas generaciones, a menudo a través de perspectivas que comienzan en las súplicas o las protestas y luego son consideradas en la esfera política y el proceso judicial».*

En este análisis, la Corte recuerda a renglón seguido la historia del colectivo homosexual, en la que «*hasta mediados del siglo XX, la intimidad de personas del mismo sexo había sido condenada como inmoral por el propio Estado en las naciones más occidentales, una creencia muchas veces incorporada a la ley penal».*

La propia Corte asume la evolución social y cultural sufrida desde entonces, reconociendo que «*las parejas del mismo sexo comenzaron a llevar de forma más abierta y pública su vida y a establecer familias. Este desarrollo fue seguido por una discusión bastante amplia tanto en sectores gubernamentales como privados y por un cambio en las actitudes públicas hacia una mayor tolerancia. Como resultado, las cuestiones sobre los derechos de gays y lesbianas alcanzaron pronto los tribunales, donde el tema podría ser discutido en el discurso formal de la ley».*

Esta conexión entre la evolución de la institución matrimonial y la del colectivo homosexual en los Estados Unidos es utilizada por la Corte Suprema para centrar la cuestión en la posible vulneración de la *Due Process Clause* de la Decimocuarta Enmienda, en conexión con la *Bill of Rights* de la Constitución, sirviendo a la Corte para recordar el sentido extensivo de los derechos, ya que «*Las libertades fundamentales protegidas por esta cláusula incluyen la mayoría de los derechos enumerados en la Carta de Derechos. Además estas libertades se extienden a ciertas opciones personales centrales a la dignidad individual y a la autonomía, incluyendo decisiones íntimas que definen las creencias y la identidad personal».*

Esta línea argumental conecta con el diseño evolutivo de los derechos con el paso del tiempo, ya que, para la Corte, «*la naturaleza de la injusticia es que no siempre la vemos en nuestros tiempos. Las generaciones que escribieron y ratificaron la Carta de Derechos y la Decimocuarta enmienda no pretendieron conocer el alcance de la libertad en todas sus dimensiones, por lo que confiaron a las futuras generaciones la protección del derecho de todas las personas a disfrutar de la libertad a medida que aprendemos su significado. Cuando una nueva visión revela discordancia entre las protecciones centrales de la Constitución y una restricción legal recibida, se debe abordar una alegación a la libertad».*

La Corte Suprema, en ese sentido, reconoce su tradición jurisprudencial desde *Loving v. Virginia*, de 1967, asumiendo que su interpretación en torno al derecho al matrimonio siempre ha partido del reconocimiento de su protección por la Constitución, aunque los casos dictaminados por la Corte partían del

supuesto de una relación entre parejas del sexo opuesto, porque la Corte Suprema «*como muchas instituciones, ha hecho suposiciones definidas por el mundo y el tiempo del que forma parte*».

En definitiva, para la Corte Suprema, la argumentación precedente en torno a la evolución de la naturaleza y el concepto del matrimonio, de la sociedad estadounidense y de la propia jurisprudencia en el último tercio del siglo XX le lleva a concluir que «*las parejas del mismo sexo pueden ejercer el derecho a casarse*».

La Corte Suprema sintetiza su opinión en torno a cuatro grandes argumentos: la autonomía individual, la trascendencia del vínculo entre dos personas, la protección de los niños y las familias y, por último, la naturaleza del matrimonio como pieza esencial del orden social.

Respecto del primer argumento, el relativo a la autonomía individual, la Corte considera que «*el derecho al matrimonio en cuanto a elección personal es inherente al concepto de autonomía individual*», ya que, al igual que las «*opciones sobre la anticoncepción, las relaciones familiares, la procreación y la crianza de los hijos, los cuales están protegidas por la Constitución, las decisiones relativas a matrimonio están entre lo más íntimo que un individuo puede hacer*». Todo ello porque, como concluye la Corte, «*la naturaleza del matrimonio es que, a través de su vínculo perdurable, dos personas juntas pueden encontrar otras libertades de expresión, intimidad y espiritualidad. Esto es cierto para todas las personas, sea cual sea su orientación sexual*».

El segundo argumento considera que el derecho al matrimonio es fundamental porque apoya una unión de dos personas como ninguna otra de su importancia para los individuos comprometidos. La Corte considera, siguiendo la estela argumentativa que sostuvo en *Griswold v. Connecticut*⁴⁰, que «*el matrimonio es ir juntos a mejor o a peor, con esperanza duradera, íntimo por el grado de ser sagrado. Es una asociación que promueve un estilo de vida, no causas; es una armonía vital, no convicciones políticas; una lealtad bilateral, no proyectos comerciales o sociales*». El matrimonio, en suma, para la Corte Suprema «*responde al temor universal de que una persona solitaria puede no encontrar a nadie. Ofrece la esperanza de compañerismo y comprensión y seguridad de que mientras ambos vivan todavía habrá alguien para cuidar del otro*».

⁴⁰ En *Griswold v. Connecticut*, de 1965, se planteó un conflicto en torno a si la legislación estatal puede vulnerar el derecho a la privacidad de los ciudadanos, ya que la ley, de 1879, prohibía el uso de cualquier droga o medicamento para evitar la concepción. La Corte Suprema, por vez primera, reconoció el «derecho a la privacidad», no reconocido hasta entonces por la Constitución. Aunque pueda tener cierta conexión, no se debatía el derecho al aborto, sino la intromisión de las leyes estatales en las decisiones tomadas por los esposos en el matrimonio. La Corte consideró que la Constitución protege el derecho de las parejas casadas a usar anticonceptivos.

En relación con el tercer argumento, el relativo a la protección de los niños y las familias, la Corte Suprema considera que «*bajo las leyes de varios Estados, algunas de las protecciones del matrimonio para los niños y las familias son de índole material. Pero el matrimonio también confiere beneficios más profundos*». Una cuestión que, en caso de excluir del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo, puede llegar a producir graves problemas en los niños, ya que «*sin el reconocimiento, la estabilidad y previsibilidad que ofrece el matrimonio, sus hijos sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera inferiores. También sufren los significativos costes materiales de ser criados por padres solteros, relegados sin ninguna culpa a una más incierta y difícil vida familiar. Las leyes del matrimonio en cuestión dañan y humillan a los hijos de parejas del mismo sexo*

Por último, el cuarto argumento que esgrime la Corte Suprema radica en que el matrimonio es esencial para nuestro orden social, porque esta idea se ha mantenido pese a que «*la institución ha evolucionado de manera sustancial con el tiempo, sustituyendo las reglas relacionadas con el consentimiento de los padres, el género y raza que alguna vez muchos pensaron que era esencial*». Una idea que ha sido reconocida por todos los Estados, porque «*al igual que una pareja se compromete a apoyarse entre sí, también la apoya la sociedad, ofreciendo reconocimiento simbólico y beneficios materiales para proteger y nutrir la unión. De hecho, mientras que los Estados son en general libres de variar los beneficios que confieren a todas las parejas casadas, a lo largo de nuestra historia han hecho del matrimonio la base para una creciente lista de derechos gubernamentales, beneficios y responsabilidades*

Por ello, y porque a juicio de la Corte, en relación con este principio, no hay diferencia entre las parejas del mismo o del sexo opuesto, la negación del derecho al matrimonio les ha privado de los derechos y beneficios de los que sí disfrutan las parejas de distinto sexo. Una privación que no resulta sólo en el orden material, porque «*el Estado hace del matrimonio algo más valioso por el significado que le otorga, la exclusión de sus estatus tiene el efecto de mostrar que los gays y lesbianas son designados en importantes aspectos. Degrada a gays y lesbianas para el Estado por dejarles fuera de una institución central de la sociedad de la nación. Las parejas del mismo sexo también pueden aspirar a los fines trascendentes del matrimonio y buscar satisfacción en su más alto significado*

Este argumento lo conecta con la discriminación sufrida por el colectivo, afirmando que «*la limitación del matrimonio a parejas de sexo opuesto durante mucho tiempo puede haber parecido natural y justa, pero ahora es incompatible con el significado central del derecho fundamental a contraer matrimonio. Con ese conocimiento debe venir el reconocimiento de que las leyes que excluyen el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo imponen un estigma y una lesión prohibidas por nuestra carta básica*

Todo ello le lleva a concluir a la Corte Suprema, en relación con la Decimocuarta Enmienda, que *«el derecho a casarse es un derecho fundamental inherente a la libertad de la persona y bajo la Due Process Clause y la Equal Protection Clause de la Decimocuarta Enmienda las parejas del mismo sexo no pueden ser privadas de ese derecho y esa libertad. La Corte ahora considera que las parejas del mismo sexo puedan ejercer el derecho fundamental a casarse. Esta libertad ya no puede ser negada para ellos»*. Es decir, una ampliación del concepto y los márgenes de la libertad⁴¹ o, incluso, para algún autor, una recuperación o restablecimiento de esa misma libertad⁴².

Por último, y en relación con la otra gran cuestión que se debatía, el reconocimiento en todos los Estados de la Unión de los matrimonios celebrados en cualquier Estado, la conclusión es obvia tras el reconocimiento de su plena constitucionalidad, por lo que *«no hay ninguna base legal para que un Estado se niegue a reconocer un matrimonio homosexual legal celebrado en el suelo de otro Estado por ser de personas del mismo sexo»*.

3.3 Votos particulares

Dado el estrecho margen con el que contó el voto mayoritario de la sentencia, —cinco a cuatro—, la existencia de votos particulares entre la minoría fue relevante y destacada, con cuatro *dissenting opinions*: la del Presidente de la Corte Suprema, el juez Roberts, la del juez Scalia, la del juez Thomas y la del juez Alito.

El Presidente de la Corte, el juez Roberts, emitió una *dissenting opinion* a la que se unieron los jueces Scalia y Thomas. Una *opinion* que se centraba en el método que los demandantes utilizaron para lograr su pretensión, no sobre el reconocimiento constitucional del matrimonio a las parejas del mismo sexo.

En ese sentido, para el juez Roberts, *«este Tribunal no es una Asamblea Legislativa. Si el matrimonio homosexual es una buena idea no nos concierne. Bajo la Constitución, los jueces tienen poder para decir lo que la ley es, no lo que debería ser»*. Con ello, Roberts considera que la decisión tomada en la sentencia puede hurtar a los

⁴¹ Como explica Dermine, *«en el marco de su manipulación de la Decimocuarta Enmienda y el descubrimiento de los derechos subyacentes de que esta última infiere, la Corte ha consagrado una concepción decididamente más abierta y evolutiva de la libertad, movilizando una metodología que corta radicalmente con la convencionalmente privilegiada por la Corte»*. DERMINE, Paul. «Les neuf juges et le mariage homosexuel. Un bref commentaire de l'arrêt Obergefell v. Hodges de la Cour Suprême des Etats-Unis (26 juin 2015)». *Revue belge de Droit Constitutionnel*, núm. 4, 2015, p. 467.

⁴² Así lo entiende Yoshino, para quien *«It does. The Court provided that principle in its synthesis of liberty and equality»*. YOSHINO, Kenji. «A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges». *Harvard Law Review*, Vol. 129, núm. 1, 2015, p. 171.

representantes de los ciudadanos, radicados en el Parlamento, la legitimidad para modificar la ley o su sentido, como pretenden hacer los recurrentes con la legislación estatal.

Por ello, sostiene que *«El derecho fundamental a casarse no incluye el derecho a cambiar la definición de matrimonio de un Estado. Y la decisión de un Estado de mantener el significado del matrimonio que se ha mantenido en todas las culturas a través de la historia humana difícilmente se puede llamar irracional. En definitiva, nuestra Constitución no promulga una teoría del matrimonio. El pueblo de un Estado es libre de ampliar el matrimonio para incluir a las parejas del mismo sexo, o para conservar la definición histórica»*.

En conclusión, el juez Roberts considera que la cuestión debatida no tiene alcance constitucional, sino que ha sido fruto de una mayoría no parlamentaria, de la Corte Suprema, porque *«para aquellos que creen en un gobierno de leyes, no de los hombres, el enfoque de la mayoría es profundamente desalentador. Los partidarios del matrimonio entre personas del mismo sexo han logrado considerable éxito al convencer a sus conciudadanos, —a través del proceso democrático—, de adoptar su visión. Esto termina hoy. Cinco juristas han cerrado el debate y han promulgado su propia visión del matrimonio como una cuestión de derecho constitucional. Hurtar este tema al pueblo para muchos lanzará una nube sobre el matrimonio homosexual, haciendo el dramático cambio social mucho más difícil de aceptar»*.

Roberts, en definitiva, en una visión que compartirá también el juez Alito en su *opinión*, apunta que el debate suscitado se ha planteado en términos equívocos, puesto que la virtualidad de la ley permite establecer una regulación para el matrimonio homosexual ofreciendo, al mismo tiempo, un acomodo jurídico razonable para quienes, por motivos de conciencia, rehúsen participar de dichos matrimonios.

En el caso del voto particular de Scalia, al que también se unió el juez Thomas, se mostró contrario a la opinión mayoritaria al considerar, en un tenor muy similar al que formula el juez Roberts en su *opinión*, que la Corte Suprema, con su poder de revisión constitucional, *«roba al pueblo la libertad más importante que se afirmó en la Declaración de Independencia y ganó en la Revolución de 1776: la libertad de gobernarse a sí mismos»*.

Para Scalia, en una concepción interpretativa claramente orientada por el originalismo, *«cuando la Decimocuarta enmienda fue ratificada en 1868, cada Estado limitaba el matrimonio a un hombre y una mujer, y nadie duda de la constitucionalidad de hacerlo. Esto resuelve estos casos. Cuando se trata de determinar el significado de una vaga disposición constitucional, —como el «debido proceso legal» o la «igual protección de las leyes»—, es incuestionable que el Pueblo que ratificó dicha disposición no la entendió como prohibir una práctica que seguía siendo universal e incontrovertida años después*

de la ratificación. No tenemos base para derogar una práctica que no está expresamente prohibida por el texto de la Decimocuarta enmienda, y que lleva el aval de una larga tradición de uso abierto, generalizado e indiscutido, que se remonta a la ratificación de la enmienda. Puesto que no hay duda que el Pueblo nunca decidió prohibir la limitación del matrimonio a parejas del sexo opuesto, el debate público sobre el matrimonio homosexual debe continuar».

Scalia, renuente al rol que la Corte Suprema pretende adoptar con esta sentencia, especialmente en relación con el derecho de los Estados, afirma que «*excepto limitados por una prohibición constitucional acordada por el Pueblo, los Estados son libres de adoptar las leyes que consideren, incluso aquellas que ofendan lo que los jueces estiman como «juicio razonable». Un sistema de gobierno que hace del Pueblo un subordinado a un comité de nueve juristas no elegidos no merece ser llamado una democracia».*

Todo ello le lleva a calificar de «*putsch judicial*» la sentencia, al considerar que «*los cinco magistrados que componen la mayoría se encuentran totalmente cómodos al concluir que cada estado violó la Constitución durante los 135 años entre la ratificación de la Decimocuarta Enmienda hasta que Massachusetts permitió los matrimonios del mismo sexo en 2003».*

Scalia concluye afirmando, en relación con la Decimocuarta Enmienda, que los cinco jueces de la opinión mayoritaria «*han descubierto en la Decimocuarta enmienda un 'derecho fundamental' pasado por alto por todas las personas en el momento de la ratificación de la enmienda y desde entonces».*

El juez Thomas, por su parte, en su *dissenting opinion*, —a la que también se une el juez Scalia—, sostiene, en conexión con el derecho a la libertad que, «*si definimos 'libertad' como la libertad de circulación o la libertad de acción gubernamental en términos más generales, los peticionarios de ninguna manera se han visto privados de ella. Los peticionarios no pueden reclamar, bajo la definición más plausible de la «libertad» que han sido encarcelados o físicamente coartados por los Estados por participar en relaciones homosexuales. Por el contrario, ellos han sido capaces de convivir y criar a sus hijos en paz. Han sido capaces de tener ceremonias de matrimonio civil en los Estados que reconocen los matrimonios del mismo sexo y ceremonias religiosas privadas en todos los Estados. Han sido capaces de viajar libremente por el país, poniendo su hogar donde les plazca. Lejos de ser encarcelados o físicamente coartados, a los peticionarios les han dejado en paz para ordenar su vida según les convenga».* Es decir, la libertad del colectivo homosexual no ha sido restringida.

Por último, el juez Alito, el último de los cuatro jueces «disidentes» de la *Opinion of the Court*, sostiene en su voto particular, —al que se unen los jueces Scalia y Thomas—, un planteamiento distinto en torno al matrimonio y al papel de los Estados de la Unión, ya que «*la cuestión no es qué es lo que los Estados deben*

bacer en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino si la Constitución responde a esta cuestión. No lo hace. La Constitución deja esta cuestión para ser decidida por el pueblo de cada Estado».

En definitiva, y en relación con el derecho al matrimonio, afirma que la decisión mayoritaria adoptada por la Corte Suprema «*usurpa el derecho constitucional de las personas a decidir si mantienen o alteran la comprensión tradicional del matrimonio*».

3.4 *Originalism versus Living Constitution*

La historia del matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos es, también, la lucha entre las dos corrientes constitucionales que mantienen doctrinal y jurisprudencialmente vivo el debate en torno a la aplicación de la Constitución de los Estados Unidos: el *originalismo*⁴³ y la doctrina de la *constitución viviente*⁴⁴.

Dos debates, dos concepciones que, en el texto de la sentencia se tornan fácilmente perceptibles, asociados políticamente al movimiento conservador⁴⁵, —*originalismo*—, y progresista, —*constitución viviente*—.

⁴³ Como sintetiza Sagüés, en conexión con el planteamiento conservador, «*Las posturas conservadoras, rotuladas también textualistas, originalistas y preservacionistas, cuando no strict constructionists, tienden a considerar la Constitución como un documento escrito, una obra acabada cuya interpretación fiel, para merecer el nombre de tal, debe respetar tanto la palabra como la intención del constituyente histórico. En la tarea exegética, el operador debe interpretar la Constitución con el material que ella brinda, o con los escritos de sus autores que genuinamente permitan acceder a su significado, pero sin recurrir a elementos extra-constitucionales. Por lo demás, sólo hay una interpretación posible de la Constitución: la que siga su letra y espíritu autoral*». SAGÜES, Néstor Pedro. «Un enfoque crítico acerca de la idea de constitución viviente». *Díkaion: revista de actualidad jurídica*, núm. 12, 2003, p. 4.

⁴⁴ De nuevo Sagüés ofrece una visión de conjunto al definir la *living constitution*, como una idea que «*pretende romper definitivamente con el textualismo y el originalismo. En concreto, postula la independencia de la actual comunidad, tanto del texto original como de las valoraciones e intenciones del constituyente histórico. Y en cuanto a la «interpretación», entiende que en realidad no se trata de «interpretar» un documento (lo cual supone hallar en él el sentido de que debe dársele a la Constitución), sino de elaborar respuestas jurídicas constitucionales conforme a las necesidades del presente y a las valoraciones y creencias de la sociedad actual*», SAGÜES, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁵ La visión del *originalismo* asociada al movimiento conservador es explicada por Whittington aclarando éste que el *originalismo* es una teoría de interpretación constitucional y no una «racionalización del conservadurismo» y que su asociación se debe a que el *originalismo* «*está muy comprometido con el texto constitucional democráticamente promulgado y demasiado orientado a la preservación de las decisiones tomadas en el pasado. Para aquellos que gustan de jueces que tengan más flexibilidad para tomar decisiones sobre lo que las normas constitucionales deben regir hoy y en el futuro, el originalismo siempre parecerá demasiado limitante. Para ellos, el originalismo siempre les parecerá demasiado «conservador»*

En ese sentido, en la opinión mayoritaria se percibe con claridad, desde el inicio de la sentencia, la impronta interpretativa de la *living constitution*, de la interpretación basada en la «constitución viviente», ya que considera que la institución matrimonial es una historia «*de continuidad y cambio*», argumento netamente incompatible con la visión de jueces como Scalia, fundamentalmente, Roberts o Thomas.

Un planteamiento que se percibe también en el ataque a la visión histórica de la institución matrimonial que incorpora la sentencia, como cuando expresa, de forma contraria al modo en el que el *originalismo* o los *originalistas* lo plantearían, que «*historia y tradición guían y disciplinan la investigación pero no establecen sus límites exteriores. Cuando una nueva visión revela la discordia entre las protecciones centrales de la Constitución y una restricción legal recibida, se debe abordar una alegación a la libertad*46.

En ese sentido, conviene recordar que la visión interpretativa de los partidarios del *originalismo* se atiene al texto constitucional tal y como fue redactado, conectado con la visión y concepciones que tanto los *Founding Fathers* como la sociedad norteamericana de la época tenían entonces⁴⁷, ya que la esencia de la

dor»». WHITTINGTON, Keith E. «Is originalism too conservative?». *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 34, núm. 1, 2010, p. 41.

⁴⁶ Esta visión, para Rehnquist, se explica porque «*Los redactores de la Constitución hablaban en general sabiamente el lenguaje, y dejaron a las sucesivas generaciones la tarea de aplicar ese lenguaje a los incessantes cambios en el entorno en el que viven. Quienes redactaron, adoptaron y ratificaron las enmiendas a la Constitución de la Guerra Civil utilizaron lo que se ha descrito acertadamente como «majestuosas generalidades» en la composición de la Decimocuarta Enmienda. Simplemente porque una determinada actividad no existiese cuando la Constitución fue adoptada, o porque los redactores no podrían haber concebido un método particular de tramitar asuntos, no quiere decir que el lenguaje general de la Constitución no pueda ser aplicado en tal curso de conducta. Donde los autores de la Constitución han utilizado el lenguaje general, han dado laxitud a los que más tarde interpretarían el instrumento para hacer tal lenguaje aplicable a los casos en los que los redactores no habían previsto*». REHNQUIST, William E. «The notion of living constitution». *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 29, núm. 2, p. 402.

⁴⁷ Obviamente, la interpretación basada únicamente en el texto constitucional se agota pronto, aunque, como recuerda Varol, «*El texto, después de todo, es la fuente más fiable de significado. Pero, a menudo, la Constitución contiene términos ambiguos y sin definir cuyo significado no está claro del contexto que proporciona la Constitución. En este caso, los originalistas del original-significado consultan fuentes extrínsecas para determinar los objetivos del significado —por ejemplo, diccionarios contemporáneos, los borradores usados en la Convención Constitucional y las convenciones de ratificación estatales, los papeles de El Federalista, etc.—. Las intenciones de los redactores todavía pueden ser relevantes en la determinación del significado objetivo, pero mejor como evidencia circunstancial de lo que una provisión constitucional puede haber significado para un observador razonable*». VAROL, Ozan O. «The Origins and Limits of Originalism: A Comparative Study». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, 2011, p. 1250.

sociedad norteamericana, *mutatis mutandis*, se ha mantenido inalterada⁴⁸. Por lo tanto, al no creer en la interpretación de la Constitución, la única vía para modificar los principios constitucionales son las enmiendas al propio texto constitucional.

Así, el juez Scalia, en su voto particular, afirmará que «cuando la *Decimocuarta Enmienda fue ratificada en 1868, cada Estado limitaba el matrimonio a un hombre y una mujer, y nadie dudaba de la constitucionalidad de hacerlo. Esto resuelve estos casos*». Con ello, Scalia centra su argumentación no en lo que el matrimonio pretende ser o es para los demandantes, sino en lo que el matrimonio tradicionalmente ha sido para la sociedad y para los que ratificaron la Constitución de los Estados Unidos lo cual, lejos de alejarlo de la realidad, demuestra que el *originalismo*, como doctrina, «refuerza la interdependencia del derecho constitucional y la cultura política»⁴⁹.

4. CONCLUSIONES

La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Obergefell contra Hodges* no es sino, como señalábamos al comienzo, un ejemplo más del principio hermenéutico aplicado en la doctrina constitucional de la *Living Constitution*, —la «constitución viviente»—, o del *living tree*, —doctrina del «árbol vivo», como es conocida en Canadá—, típica del *Common Law*.

Un principio que permite consolidar la vigencia de un texto que, gracias a la flexibilidad interpretativa de sus criterios, se ha convertido en la Constitución que más tiempo lleva en vigor, gracias a la ductilidad interpretativa del Supremo estadounidense y a la capacidad de éste de adecuar la filosofía jurídica de la Constitución a una sociedad tan plural como la norteamericana.

⁴⁸ La sociedad norteamericana en la que se gestó la Constitución estadounidense era de naturaleza eminentemente rural y agrícola, habiendo paulatinamente evolucionado a una sociedad más urbana e industrial conforme avanzaba el siglo XIX. Este tránsito entre ambos modelos, del rural al urbano, explica para Candia el surgimiento de la doctrina de la *living constitution*, ya que «surge como un instrumento para adaptar una constitución redactada durante el siglo XVIII a las exigencias de la nueva realidad industrial y urbana de Estados Unidos. En la práctica, la promoción de la constitución viviente buscó permitir la expansión de las facultades legislativas de los Estados y el Estado federal en relación con las materias relacionadas con la administración económica del país. Esta autorización exigía la adopción por parte de los tribunales de criterios de deferencia respecto del actuar del legislador». CANDIA FALCÓN, Gonzalo. «Ponderación y constitución viviente como expresión del mismo fenómeno constitucional: la experiencia norteamericana». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, p. 51.

⁴⁹ POST, Robert y SIEGEL, Eva. «Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution». *Fordham Law Review*, vol. 75, núm. 2, 2006, p. 570.

Sin embargo, este principio, en su flexibilidad, y en el caso concreto de *Obergefell v. Hodes*, ha dado la vuelta a la tradicional interpretación del derecho al matrimonio de la inmensa mayoría de los Estados de la Unión, haciendo también visible un sociologismo jurídico con el que pretende imponer una visión del matrimonio que única y exclusivamente puede imponerse desde la ley y desde el Parlamento, sorteando la democracia desde el Tribunal Supremo de los Estados Unidos al introducir una visión del matrimonio que muchos Estados de la Unión, en su sociedad y legislación, pueden no compartir.

Cierto es que, el 26 de junio de 2013, dos años antes de la sentencia, la propia Corte Suprema había avanzado en la cuestión, estableciendo los miembros de *Obergefell* al declarar inconstitucional la Sección tercera de la *Defense of Marriage Act*, que definía el matrimonio, a efectos exclusivamente federales, como una unión entre un hombre y una mujer, aunque no entraba en el fondo del asunto, la existencia o no de discriminación desde un punto de vista de derechos fundamentales, sino sólo en la cuestión competencial, es decir, el reconocimiento federal de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en los Estados.

Obergefell v. Hodes es, jurídicamente, una sentencia mucho más solvente, aunque adolezca de problemas de fondo,—el análisis de la institución matrimonial, el derecho a la libertad y el conflicto entre la interpretación del derecho al matrimonio contenida en la legislación estatal y la federal, entre otros,—, y sea, más bien, el resultado de la presión de ciertos sectores de la sociedad estadounidense,—como los colectivos de LGTB, asociaciones pro derechos civiles y asociaciones médicas, incluyendo también al Partido Demócrata—, como revela la profunda división que generó, con cinco votos a favor y cuatro en contra.

La sentencia, en ese sentido, trata de dar respuesta a dos cuestiones relevantes: la relativa a la institución del matrimonio desde la perspectiva del derecho fundamental y la de su regulación jurídico-constitucional, esto es, la perspectiva competencial, federal o estatal, de dicha regulación.

En primer lugar, y desde la óptica del derecho fundamental, conviene partir de la premisa de que, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el derecho español, el derecho estadounidense carece del concepto de garantía institucional, lo que otorga al análisis una perspectiva diferente, toda vez que dicho concepto exige, *mutatis mutandis*, que la institución del matrimonio se mantenga reconocible al margen de su configuración jurídica concreta.

Quizá por ello, y aunque varios de los jueces se mostraron contrarios al matrimonio entre personas del mismo sexo o, más bien, a la ruptura con el modelo tradicional de matrimonio entre un hombre y una mujer, ninguno de los jueces de la Corte Suprema formula una crítica formal a la licitud constitu-

cional de establecer una regulación al matrimonio entre personas del mismo sexo. La crítica, —de los magistrados disidentes de la opinión mayoritaria—, se centra, por el contrario, en que la Corte se atribuye un poder del que carece hurtando al poder legislativo su competencia para definir y regular el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Así, la interpretación de la vulneración de la *Due Process Clause* y de la *Equal Protection Clause* establecida en la sentencia ha querido recoger más el sentir social de algunos sectores de la sociedad estadounidense que una neta vulneración del principio de igualdad y del proceso debido de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, ya que, como sostiene uno de los jueces en su *dissenting opinion*, las libertades que se reclaman como coartadas, hoy, no lo están.

Cualquier ciudadano estadounidense podía, previamente a *Obergefell*, convivir y desarrollar plenamente su sexualidad sin discriminaciones legales y sin conculcación de sus derechos, ya que sus libertades fundamentales se encontraban plenamente reconocidas y amparadas, como apunta el juez Thomas en su *dissenting opinion*. Incluso podían casarse en aquellos Estados donde existía, al amparo de la legislación de ese Estado, la posibilidad de contraer matrimonio para las parejas del mismo sexo, por lo que afirmar la conculcación de la *Due Process Clause* y de la *Equal Protection Clause* por la negativa de algunos Estados a extender su reconocimiento, —constitucionalmente libres también de hacerlo—, supone más bien la consagración jurídica de una presión social que la resolución jurisdiccional de una vulneración de derechos fundamentales.

En segundo lugar, merece también una mención especial la cuestión competencial, importante en un país federal como los Estados Unidos. En efecto, y más allá del debate en torno al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, se ventila en la sentencia la no menos importante cuestión de la competencia, estatal o federal, de su regulación.

En ese sentido, conviene recordar que la Constitución de los Estados Unidos no incluía un catálogo de derechos, dado que se consideraba correspondía a las respectivas constituciones estatales. Por ello, los Estados fueron regulando el derecho al matrimonio con una concepción que no ocasionó problemas hasta que fue puesta en cuestión por quienes consideraban que debía incluir a los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Obergefell limita la libertad de los Estados al establecer que, al margen de la propia regulación que establezca cada Estado en materia de derecho al matrimonio, existen dos límites a dicha regulación: ningún Estado puede prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo y, además, los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en cualquier Estado deben ser reconocidos por todos, pudiendo celebrarse en cualquiera de ellos. Es decir, otorga el pleno

reconocimiento federal y estatal a cualquier matrimonio homosexual celebrado en los Estados Unidos.

En conclusión, *Obergefell v. Hodges* ha supuesto el fin del largo contencioso judicial en torno a la legalidad constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos, no así el fin del debate social, que sigue enconado, toda vez que la sentencia no ha resuelto las principales incertidumbres que existen sobre el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo.

Title:

Obergefell v. Hodges: The judgement of the Supreme Court of the United States on same-sex marriage

Summary:

1. Introduction. 2. The same-sex marriage in the United States. 2.1 The principle of equality and marriage in the U. S. Constitution. 2.2 Jurisprudential evolution. 3. The Obergefell v. Hodges Judgement. 3.1 Antecedents: United States v. Windsor. 3.2 The Judgement. 3.3 Dissenting opinions. 3.4 Originalism versus Living Constitution. 4. Conclusions.

Resumen:

El 26 de junio de 2015, la Corte Suprema de los Estados Unidos, mediante su sentencia Obergefell v. Hodges, consagró la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, poniendo fin a un intenso y extenso debate que había dividido profundamente a la sociedad estadounidense desde el último tercio del siglo XX. A lo largo de este trabajo se analiza el derecho al matrimonio en los Estados Unidos desde la perspectiva de su marco jurídico-constitucional y su evolución jurisprudencial, tanto a nivel estatal como federal, para concluir con un análisis de la sentencia Obergefell v. Hodges y sus votos particulares.

Abstract:

On 26 June 2015, the Supreme Court of the United States through its judgement Obergefell v. Hodges consecrated the constitutionality of same-sex marriage, ending an intensive and extensive debate

which had deeply divided American society since the last third of the 20th century. Throughout this work the right to marry in the United States is analyzed from the perspective of its legal frame and its jurisprudential evolution, both at State and federal levels, to conclude with an analysis of *Obergefell v. Hodges* and their dissenting opinions.

Palabras clave:

Constitucionalidad, matrimonio, homosexual, igualdad.

Key words:

Constitutionality, marriage, homosexual, equality.