

USA

LA SECULARIZACIÓN DEL MATRIMONIO Y EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL MATRIMONIO A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

Óscar Celador Angón
Universidad Carlos III de Madrid

La sentencia del Tribunal Supremo federal que resolvió el asunto *Obergefell et al. v. Hodges*, Director, Ohio Department of Health¹, está llamada a desempeñar un papel central en el desarrollo del derecho de familia estadounidense, ya que, por una parte, reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio; y por otra, rompe con la ausencia de uniformidad que existía en este terreno, ya que los Estados habían regulado de forma dispar esta temática.

Hasta la decisión del tribunal Supremo el matrimonio entre parejas del mismo sexo era factible en 37 Estados, en 26 de ellos por decisión judicial², en 8 porque así lo prevé la legislación expresamente³ y en 3 Estados la decisión se adoptó mediante referéndum⁴; de forma opuesta, 13 Estados prohibían expresamente en sus respectivos textos constitucio-

¹ El texto de la sentencia puede obtener en la página web del Tribunal Supremo federal, http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.

² Alabama (2015), Alaska (2014), Arizona (2014), California (2013), Colorado (2014), Connecticut (2008), Florida (2015), Idaho (2014), Indiana (2014), Iowa (2009), Kansas (2014), Massachusetts (2004), Montana (2014), Nevada (2014), New Jersey (2013), New México (2013), North Carolina (2014), Oklahoma (2014), Oregón (2014), Pennsylvania (2014), South Carolina (2014), Utah (2014), Virginia (2014), West Virginia (2014), Wisconsin (2014), Wyoming (2014). Un excelente compendio de información estadística en este terreno puede encontrarse en <http://gaymarriage.procon.org/view.resource.php?resourceID=004857>.

³ Delaware (2013), Hawaii (Dic. 2, 2013), Illinois (2014), Minnesota (2013), New Hampshire (2010), New York (2011), Rhode Island (2013), Vermont (2009).

⁴ Maine (2012), Maryland (2013), Washington (2012).

nales la celebración de matrimonios entre parejas del mismo sexo, y en 12 de estos se prohibía adicionalmente en su regulación matrimonial⁵. La decisión del Tribunal Supremo anula las disposiciones, bien constitucionales, bien legales, vigentes en 13, y configura al matrimonio entre personas del mismo sexo como un derecho de alcance y garantía federal.

El supuesto de hecho fue el siguiente. Los ordenamientos jurídicos de los Estados de Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee, definían el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. Antes estos hechos, 14 parejas del mismo sexo y 2 varones cuyas parejas del mismo sexo habían fallecido denunciaron que la regulación mencionada lesionaba su derecho al debido proceso garantizado en las enmiendas quinta y decimocuarta a la Constitución federal, pues, por una parte, no les permitía contraer matrimonio con sus respectivas parejas, y por otra, impedía reconocer validez jurídica a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados.

El derecho al debido proceso está protegido en la quinta enmienda de forma que “nadie puede ser forzado a declarar contra sí mismo en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”; por su parte la sección primera de la decimocuarta enmienda, señala que: “[...] Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes”⁶.

⁵ Arkansas (2004, 1997), Georgia (2004, 1996), Kentucky (2004, 1998), Louisiana (2004, 1999), Michigan (2004, 1996), Mississippi (2004, 1997), Missouri (2004, 1996), North Dakota (2004, 1997), Ohio (2004, 2004), South Dakota (2006, 1996), Tennessee (2006, 1996), Texas (2005, 1997). En el caso de Nebraska (2000) sólo se prohibía a nivel constitucional.

⁶ Esta enmienda fue aprobada después de la Guerra civil estadounidense, y ha sido utilizada tradicionalmente por el Tribunal Supremo federal para exigir a los Estados miembros el cumplimiento y garantía de los derechos contenidos en las ocho primeras enmiendas a la Constitución federal. Vid. Palomino, R., *Las objeciones de Conciencia*, Montecorvo, Madrid, 1994, p. 28. Choper, J., *The Free Exercise Clause: A Structural Overview and an Appraisal of Recent Developments*, en *William and Mary Law Review*, Vol. 27 (1986), pp. 943-61. Laycock, D., *Waelbroeck, S. E., Academic Freedom and Free Exercise of Religion*, en *Texas Law Review*, Vol. 66, (1988), pp. 1455-75. Pepper, S., *Taking the Free Exercise Clause Seriously*, en *Brigham Young University Law Review*, Vol. 1986, (1986) pp. 299-336.

La competencia para conceder licencias matrimoniales es exclusiva de los Estados, con independencia del sexo o la orientación sexual de los contrayentes. Desde esta perspectiva, cuando un Estado no concede a una pareja del mismo sexo una licencia matrimonial está impidiendo que los miembros de la pareja puedan ejercer el derecho al matrimonio de acuerdo con su orientación sexual y, según los demandantes lesionando su derecho al debido proceso.

Desde la perspectiva histórica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal en este terreno se ha caracterizado por garantizar y ampliar el ejercicio del derecho al matrimonio a colectivos que en determinados momentos históricos se han visto privados del mismo. Por ejemplo, en el asunto *Loving v. Virginia*⁷ el tribunal estableció que la prohibición de celebrar matrimonios interraciales, contenida en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados, eran contrarias a la Constitución federal. Asimismo, el tribunal estimó en el asunto *Richard John Baker v. Gerald R. Nelson* que la normativa penitenciaria que prohibía a las personas privadas de libertad en instituciones penitenciarias contraer matrimonio era inconstitucional⁸. En las decisiones señaladas, el Tribunal Supremo ha venido definiendo el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, e incluso en el asunto *Baker v. Nelson* el Tribunal Supremo no entró a valorar una decisión del Tribunal Supremo del Estado de Minnesota, que re-conducía el matrimonio a las parejas de diferente sexo, al entender que esta competencia no era federal⁹.

La primera vez que el Tribunal Supremo federal se pronunció de forma expresa sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, fue con ocasión del recurso presentado con el Acta en Defensa del Matrimonio, aprobada durante la administración Clinton en 1996. El tribunal estimó en el asunto *United States v. Windsor*¹⁰ que la sección tercera de la ley, que definía el matrimonio en el ámbito federal como una unión legal entre un hombre y una mujer, era discriminatoria y contraria al derecho al

⁷ 388 U.S. 1 (1967).

⁸ *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

⁹ *Richard John Baker v. Gerald R. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971), 409 U.S. 810 (1972).

¹⁰ *United States v. Windsor*, 570 U.S. - (2013). El texto de la sentencia puede obtener en la página web del Tribunal Supremo federal, http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf.

debido proceso legal garantizado en la quinta enmienda a la Constitución federal.

El Tribunal estableció que el matrimonio entre personas del mismo sexo es un derecho garantizado por las enmiendas quinta y decimocuarta, y que por lo tanto las leyes estatales que impidan o prohíban el ejercicio de este derecho son inconstitucionales.

El tribunal soportó su decisión en los siguientes argumentos:

En primer lugar, el tribunal estimó que el derecho de las personas a desarrollar su personalidad en el contexto de las relaciones personales de pareja se deriva de su derecho a la autonomía individual. En concreto, el tribunal recordó su posición en el asunto Loving¹¹, donde anuló las legislaciones de los Estados que prohibían el matrimonio entre personas de diferente raza al amparo del principio de libertad contenido en la decimocuarta enmienda, y estableció que los Estados no pueden aprobar normas que limiten arbitrariamente la libertad de las personas, toda vez que la decisión sobre con quién contraer matrimonio es una de las decisiones más personales e íntimas que existen.

El segundo argumento utilizado por el tribunal fue la configuración del derecho al matrimonio como un derecho fundamental "inherente a la libertad del ser humano"¹², que debe respetar y garantizar una decisión íntima y personalísima de dos individuos que está llamada a tener un papel central en el libre desarrollo de su personalidad. La conceptualización del derecho al matrimonio como un derecho fundamental ha sido una constante en la jurisprudencia del tribunal, y esto ha permitido reconocer primero derechos a las parejas de diferente sexo, y posteriormente ampliar dicho reconocimiento a las parejas del mismo sexo. En este sentido, destacan las decisiones del tribunal en el asunto Griswold v. Connecticut, donde estableció que la constitución garantiza el derecho de las parejas casadas a utilizar medios anticonceptivos¹³; y en el asunto Lawrence v. Texas, donde estableció que el alcance y contenido del derecho a la intimidad y a no ser objeto de persecución penal por razón de la orientación

¹¹ 388 U.S. 1 (1967).

¹² Syllabus, p. 4. En este sentido Vid. Celador Angón, Oscar, El matrimonio entre personas del mismo sexo en el estado de California, o de cómo el activismo judicial puede suplantar el papel del legislador. Análisis comparativo con el modelo matrimonial español, en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, Nº. 8, 2008, pp. 8-52.

¹³ Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

sexual debe ser el mismo para las parejas del mismo sexo que para las parejas de diferente sexo¹⁴. Por este motivo, según el tribunal, cuando un Estado impide expresa o tácitamente que un colectivo pueda ejercer el derecho al matrimonio, o cuando no reconoce efectos jurídicos a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente en otros Estados, está vulnerando la decimocuarta enmienda¹⁵.

En tercer lugar, el tribunal estimó que el reconocimiento del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo permitiría mejorar la protección de los menores que en muchos supuestos conviven con estas parejas, y evitaría en muchos supuestos que los menores sean discriminados, ya sea por interpretar que sus relaciones de parentesco y familiares son de peor calidad que las que tienen los menores que conviven con matrimonios, ya sea porque jurídicamente se equipara en derechos y obligaciones a los miembros de la unidad familiar. Asimismo, se mantiene la línea jurisprudencial del tribunal de disociar matrimonio y procreación, en el sentido de que las parejas no pueden ser tratadas de forma diferente atendiendo a su capacidad para tener hijos.

El cuarto argumento utilizado por el tribunal fue la contribución de la institución matrimonial al mantenimiento del orden social, con independencia de que los titulares del derecho al matrimonio sean las parejas del mismo o de diferente sexo. Según el tribunal, “el hecho de que el ordenamiento jurídico pueda denegar a las parejas del mismo sexo los beneficios previstos para los matrimonios es algo simplemente intolerable. Sería degradante sacar a las parejas del mismo sexo de una institución tan relevante para la sociedad [...] la limitación del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo podía parecer algo natural y justo hace algunos años, pero en la actualidad es incongruente con el contenido del derecho fundamental al matrimonio”¹⁶.

¹⁴ Lawrence v. Texas 539 U.S. 567 (2003).

¹⁵ En palabras del tribunal, “The Fourteenth Amendment requires States to recognize same-sex marriages validly performed out of State. Since same-sex couples may now exercise the fundamental right to marry in all States, there is no lawful basis for a State to refuse to recognize a lawful same-sex marriage performed in another State on the ground of its same-sex character”, pp. 27-28.

¹⁶ P. 17 del voto mayoritario. Asimismo, el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo debe interpretarse de acuerdo con los derechos a la igual protección de las leyes y al debido proceso, contenidos en la decimocuarta enmienda a la Constitución federal y fuertemente conectados en la tradición constitucional estadounidense

Por último, pero de forma central en su argumentación, el tribunal analizó el problema desde la perspectiva del principio, contenido en la decimocuarta enmienda, de que el Estado no puede “negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes”. La legislación de los Estados de Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee, preveía la concesión de una serie de beneficios exclusivamente para los matrimonios, lo cual suponía una doble discriminación para las parejas del mismo sexo pues, primero la legislación de los Estados mencionados les impedía ejercer un derecho fundamental debido a la orientación sexual de los integrantes de la pareja, y después, pero consecuencia de lo anterior, las parejas del mismo sexo no podían disfrutar de los mismos beneficios que las parejas de diferente sexo.

Por lo que respecta al derecho de libertad religiosa, el tribunal fue consciente de que para numerosos grupos religiosos el matrimonio solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer. Sin embargo, el tribunal interpretó que su decisión no afecta a la libertad religiosa de aquellos que quieran celebrar su matrimonio de acuerdo con sus creencias o convicciones, pues se limita a reconocer un derecho a un colectivo históricamente excluido de esta realidad sin mermar los derechos de otros colectivos. Desde esta perspectiva, el derecho a la libertad religiosa permite a las confesiones religiosas explicar a sus fieles cuáles es la opción matrimonial acorde con sus principios religiosos, pero este derecho debe armonizarse con el de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio y a no ser discriminados en ese contexto¹⁷.

La decisión del tribunal se adoptó por una ajustada mayoría de 5 votos contra 4, en la que Kennedy, Ginsburg, Breyer, Sotomayor y Kagan representaron a la mayoría. Roberts, Scalia, Thomas y Alito votaron en contra de la decisión y firmaron votos particulares a los que a continuación vamos a referirnos.

El juez Roberts criticó el hecho de que fuera el activismo judicial del tribunal, y no un proceso democrático en el que los ciudadanos de los Estados se pronunciasen al respecto, el que ha permitido adoptar una de-

pues su interpretación conjunta supone el reconocimiento a la igualdad en el ejercicio y titularidad de los derechos contenidos en la Constitución federal Vid. *Zablocki v. Redhail* 434 U.S. 374 (1978).

¹⁷ P. 27.

cisión tan relevante para la sociedad estadounidense. De hecho, la decisión del tribunal era contraria a lo que habían decidido los ciudadanos de varios Estados a través de los cauces democráticos tradicionales, bien directa y expresamente vía referéndum manifestando su opinión contraria a que las parejas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio, o bien indirectamente en los procesos electorales estatales¹⁸. Por los motivos señalados, Roberts estimó que la mayoría del tribunal había creado un derecho en contra de la tradición histórica, el sentir y la opinión de la mayoría de la población estadounidense.

En esta línea, el juez Scalia calificó al voto de la mayoría como una “amenaza al modelo democrático americano”, en la medida en la que supone que “la mayoría de los nueve miembros del Tribunal Supremo se conviertan en el legislador de 320 millones de americanos [...] La revisión constitucional realizada por un comité que no ha sido elegido directamente por el pueblo compuesto por nueve personas, siempre acompañado por alabanzas extravagantes a la libertad, ha robado al Pueblo la libertad más importante que ganó en la Revolución de 1776 y que garantizó la Declaración de la Independencia: la libertad de autogobernarse”¹⁹.

El Juez Alito señaló en su voto particular que la Constitución federal no establece nada en el terreno matrimonial, con el objeto de que sean los Estados los que regulen esta materia tal y como establece la décima enmienda, según la cual “Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los estados, están reservados a los estados o al pueblo”. La incorporación de derechos al ámbito federal a través de la decimocuarta enmienda es factible cuando se trata de

¹⁸ En palabras de Roberts “Federal courts are blunt instruments when it comes to creating rights. They have constitutional power only to resolve concrete cases or controversies; they do not have the flexibility of legislatures to address concerns of parties not before the court or to anticipate problems that may arise from the exercise of a new right [...] That view is more modest and restrained. It is more skeptical that the legal abilities of judges also reflect insight into moral and philosophical issues. It is more sensitive to the fact that judges are unelected and unaccountable, and that the legitimacy of their power depends on confining it to the exercise of legal judgment. It is more attuned to the lessons of history, and what it has meant for the country and Court when Justices have exceeded their proper bounds. And it is less pretentious than to suppose that while people around the world have viewed an institution in a particular way for thousands of years, the present generation and the present Court are the ones chosen to burst the bonds of that history and tradition”, pp. 27, 29.

¹⁹ P. 1. del voto particular.

libertades públicas “fuertemente enraizadas en la historia y la tradición norteamericana”, lo cual no es el caso de la libertad individual para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, pues el debate judicial es relativamente novedoso al comenzar en 2003 cuando el Tribunal Supremo del Estado de Massachusetts se pronunció favorablemente en ese sentido²⁰. En otras palabras, según Alito, la mayoría de los miembros del tribunal decidieron configurar el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio como un derecho protegido por la Constitución federal debido a su carácter de derecho fundamental, pero distorsionando el alcance y contenido de la decimocuarta enmienda.

El juez Thomas también denunció que el voto mayoritario realizó una interpretación atípica de la decimocuarta enmienda, al ordenar a los Estados que emitan licencias matrimoniales para las parejas del mismo sexo que lo soliciten, y reconozcan validez y eficacia jurídica a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados. En palabras de Thomas: “los demandantes han solicitado algo anti democrático. Han pedido a los nueve jueces que componen este tribunal que adopten una definición de matrimonio en el contexto federal, y que impongan la misma a toda la nación ignorando los procesos democráticos de toma de decisiones. El hecho de que la mayoría de los miembros de este tribunal pueda acceder a la petición mencionada, eliminando con un golpe de teclado los resultados de los procesos democráticos desarrollados en más de 30 Estados, ilustra lo peligrosa que es dicha cláusula constitucional”²¹.

²⁰ P. 2 del voto particular, en referencia al asunto *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 701, 720-721 (1997).

²¹ P. 3 del voto particular.