

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*

*Briefing on Recent Pronouncements of the Supreme
Court of the United States on Same-Sex Marriage in 2013
and 2015: the Windsor, Perry and Obergefell Cases*

JORGE PÉREZ ALONSO

I. LOS ANTECEDENTES. LA TIPIFICACIÓN PENAL DE LA SODOMÍA: DE *BOWERS* A *LAWRENCE*.—II. LAS SENTENCIAS DEL AÑO 2013: *UNITED STATES V. WINDSOR* Y *HOLLINGSWORTH V. PERRY*: 1. *United States v. Windsor*. 2. *Hollingsworth v. Perry*.—III. EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL: *OBERGEFELL V. HODGES*.—IV. CONCLUSIÓN.

I. LOS ANTECEDENTES. LA TIPIFICACIÓN PENAL DE LA SODOMÍA:
DE *BOWERS* A *LAWRENCE*

El día 30 de junio de 1986 se daba una doble circunstancia en el seno del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: no sólo era el último día del año judicial, sino también la última vez que Warren Burger ocuparía su lugar en los estrados como *chief justice*, pues había renunciado a su cargo y sería sustituido a finales de septiembre por William Rehnquist. Fue precisamente ese mismo día cuando se hizo pública la sentencia *Bowers v. Hardwick* [478 U.S. 186 (1986)], donde por una mayoría de cinco votos frente a cuatro se avaló la constitucionalidad de una ley estatal del estado de Georgia que criminalizaba la relaciones homosexuales incluso en el ámbito estrictamente privado.

Los hechos del caso *Bowers* se remontaban al mes de agosto de 1982, cuando Hardwick fue detenido y acusado de mantener relaciones homosexuales en el dormitorio privado de otro individuo del sexo masculino, infringiendo con ello una ley del estado de Georgia que tipificaba como delito dicho comportamiento; pese a todo, el fiscal de distrito rechazó presentar cargos ante el gran ju-

rado por considerar no había pruebas suficientes para sostener la acusación. No obstante, Hardwick presentó una demanda en el juzgado de distrito impugnando la constitucionalidad de la ley estatal que penalizaba la sodomía, demanda que fue inadmitida a trámite por dicho órgano judicial. Tal resolución fue recurrida y el Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito estima el recurso y anula la sentencia de instancia, estimando las pretensiones del demandante al entender que, en efecto, la normativa estatal vulneraba los derechos fundamentales del recurrente dado que, al entender del Tribunal, las relaciones homosexuales implican una relación de naturaleza estrictamente privada y, por tanto, al encontrarse protegida por la decimocuarta enmienda, la regulación estatal no debe interferir («a private and intimate association that is beyond the reach of state regulation by reason of the Ninth Amendment and the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment»), remitiendo el asunto al juzgado de instancia a fin de dar la oportunidad al estado de Georgia para que justificase los motivos que le habían llevado a aprobar dicha ley y si la misma podría estar justificada por algún interés público que avalase su promulgación. Dado que existía una división jurisprudencial entre los diversos tribunales de apelación, el asunto llegó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos. La gran división interna entre los magistrados se solventó finalmente gracias al voto del moderado Lewis Powell (quien, poco después, lamentaría su decisión) inclinando al Tribunal hacia la revocación de la sentencia, avalando la constitucionalidad de la ley georgiana. En una resolución de la que fue ponente Byron White (magistrado que había llegado a dicha institución de la mano de John F. Kennedy) y que contó con el apoyo del entonces *chief justice* Warren Burger así como de los *associate justices* William Rehnquist, Lewis Powell y Sandra Day O'Connor (los tres primeros llegaron al cargo de la mano del republicano Richard Nixon y O'Connor de Ronald Reagan) se rechazaban tajantemente las tesis del Tribunal de Apelaciones. La sentencia comienza rechazando que su misión sea enjuiciar la bondad, el acierto u oportunidad de la normativa impugnada, sino determinar si la normativa federal otorgaba al demandante un derecho fundamental al mantenimiento de relaciones homosexuales y si dicha protección federal implicaba la inconstitucionalidad de las numerosas legislaciones que a nivel estatal penalizaban las relaciones homosexuales («This case does not require a judgment on whether laws against sodomy between consenting adults in general, or between homosexuals in particular, are wise or desirable. It raises no question about the right or propriety of state legislative decisions to repeal their laws that criminalize homosexual sodomy, or of state court decisions invalidating those laws on state constitutional grounds. The issue presented is whether the Federal Constitution confers a fundamental right upon homosexuals to engage in sodomy, and hence

invalidates the laws of the many States that still make such conduct illegal, and have done so for a very long time. The case also calls for some judgment about the limits of the Court's role in carrying out its constitutional mandate»). En la última etapa de la era Warren, el propio Tribunal Supremo había sostenido en el caso *Grinswold v. Connecticut* que el derecho a la intimidad («*privacy*») estaba implícito en la normativa constitucional, vinculando el meritado derecho fundamental con el garantizado en la decimocuarta enmienda, algo que reiteró ya en la propia era Burger en el celeberrimo *Roe v. Wade* en relación al tema del aborto; White, que pese a su ideología liberal había formulado un sonoro voto particular discrepante en el caso *Roe*, negaba de forma expresa en el caso *Bowers* que toda la vinculación de los derechos a la intimidad reconocidos en las sentencias anteriores pueda ser aplicable a las relaciones homosexuales (1). Se indica explícitamente que la tipificación de la sodomía tiene hondas raíces en el ordenamiento anglosajón y que aún en 1961 todos los estados de la Unión continuaban penalizando las relaciones homosexuales, si bien en el momento de redactarse la sentencia únicamente eran ventiséis estados así como el Distrito de Columbia quienes mantenían legislaciones que penalizaban tales hechos. Es por ello que, a juicio de la mayoría de los integrantes del Alto Tribunal, se rechazaba por inexacta la tesis de que el derecho a mantener tal tipo de relaciones gozase de arraigo tanto en la historia como tradición patrias («Against this background, to claim that a right to engage in such conduct is “deeply rooted in this Nation's history and tradition” or “implicit in the concept of ordered liberty” is, at best, facetious»); incluso rechaza la tesis del recurrente en el sentido de que, aun manteniendo el tipo penal como válido, éste debía limitarse a las relaciones públicas, mas no a las que tienen lugar en ámbitos físicos estrictamente privados como el domicilio. El *chief justice* Burger emitió un brevísimo voto particular concurrente para recalcar que, en su opinión, «no existe ese derecho fundamental a mantener relaciones sodomitas», extendiendo para acreditar las «arraigadas raíces» de la criminalización de la homosexualidad la moral y la

(1) «We think it evident that none of the rights announced in those cases bears any resemblance to the claimed constitutional right of homosexuals to engage in acts of sodomy that is asserted in this case. No connection between family, marriage, or procreation, on the one hand, and homosexual activity, on the other, has been demonstrated, either by the Court of Appeals or by respondent. Moreover, any claim that these cases nevertheless stand for the proposition that any kind of private sexual conduct between consenting adults is constitutionally insulated from state proscription is unsupported. Indeed, the Court's opinion in *Carey* twice asserted that the privacy right, which the *Griswold* line of cases found to be one of the protections provided by the Due Process Clause, did not reach so far» [...] «The Court is most vulnerable and comes nearest to illegitimacy when it deals with judge-made constitutional law having little or no cognizable roots in the language or design of the Constitution.»

ética judeocristianas, el Derecho romano, el Derecho justinianeo e incluso la legislación británica y los comentarios de sir William Blackstone. Lewis Powell formula también un breve voto particular concurrente, aunque el mismo deja entrever que en cuanto al fondo del asunto su visión no es tan rígida como el parecer mayoritario; en efecto, sostiene que no existe un derecho fundamental a mantener relaciones homosexuales protegido por la *due process clause*, pero sí reconoce que el caso era susceptible de plantear un conflicto con la octava enmienda [que proscribía las penas o castigos excesivos (2)], dado que la legislación penal de Georgia era una de las más severas, mas como el recurrente no había sido procesado y tampoco se había planteado la cuestión ante el Tribunal Supremo, éste no podía entrar a analizar una cuestión jurídica que no era objeto de debate procesal («this constitutional argument is not before us»). Harry Blackmun formuló un voto particular disidente (al que se adhirieron William Brennan, Thurgood Marshall y John Paul Stevens) y otro algo más breve de John Paul Stevens al que se adhieren Brennan y Marshall.

Diecisiete años después del caso *Bowers*, también precisamente a finales del año judicial, el Tribunal Supremo hacía pública la sentencia en el caso *Lawrence v. Texas* [539 U.S. 558 (2003)], que se enfrentaba igualmente a la criminalización de la sodomía en la normativa estatal, en esta ocasión del estado de Texas. Los antecedentes de hecho partían de la entrada de varios agentes de policía en un domicilio particular a consecuencia de una denuncia por disturbios con armas de fuego; al entrar en el domicilio observan a John Lawrence manteniendo relaciones homosexuales con otro individuo, por lo que ambos son arrestados y procesados de acuerdo con el Código Penal de Texas que tipifica dicho comportamiento, si bien no como delito mayor sino un simple *misdemeanor*. Ambos cuestionaron la validez constitucional de la ley penal al ser contraria a la decimocuarta enmienda, pero tanto el juzgado como el Tribunal de Apelaciones rechazaron tales consideraciones al entender que mientras la doctrina *Bowers* no fuese expresamente revocada por el Tribunal Supremo, la misma era aplicable al caso. El asunto llega al Tribunal Supremo que decide plantear como cuestión jurídica a resolver si las condenas penales por las relaciones sodomíticas vulneran el derecho a la *equal protection clause* garantizada en la decimocuarta enmienda pero, sobre todo, y esto era lo más jurídicamente relevante, se sometía de forma expresa al debate procesal si la doctrina *Bowers* debía ser revocada (3).

(2) El texto de la octava enmienda establece que «Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted».

(3) En concreto, el debate procesal en el Tribunal Supremo quedó planteado en los siguientes términos «1. Whether petitioners' criminal convictions under the Texas "homosexual conduct" law

En esta ocasión, y por la misma mayoría que el caso *Bowers*, cinco votos contra cuatro, el Tribunal acuerda declarar inconstitucional la legislación penal de Texas y, por extensión, la de todas las legislaciones estatales que tipificaban como delito el mantenimiento de relaciones homosexuales. La sentencia fue redactada por Anthony Kennedy (quien, curiosamente, había cubierto en 1987 la vacante dejada por Lewis Powell tras la renuncia de éste), y contó con el apoyo de John Paul Stevens, David Souter, Ruth Bader Ginsburg y Stephen Breyer. Se comienza destacando un par de hechos absolutamente relevantes: los recurrentes eran adultos y las relaciones homosexuales se mantuvieron en un ámbito privado (4). Tras analizar varios precedentes en asuntos similares que afectan a la privacidad y abordar el análisis del caso *Bowers*, la sentencia entra de lleno en el fondo del asunto, es decir, que el mantenimiento de relaciones homosexuales, y se concluye que la decisión de mantener relaciones homosexuales pertenece al ámbito estrictamente privado con dos importantes consecuencias, cuales son que con ello las personas mantienen su dignidad como personas libres y que dicha opción sexual, como expresión de la conducta privada entre dos personas, goza de la protección constitucional («This, as a general rule, should counsel against attempts by the State, or a court, to define the meaning of the relationship or to set its boundaries absent injury to a person or abuse of an institution the law protects. It suffices for us to acknowledge that adults may choose to enter upon this relationship in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as a free persons. When sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring. The liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the right to make this choice»). Para refutar la tesis del caso *Bowers* en relación con las «*arraigadas raíces*» de la legislación que tipificaba penalmente la sodomía, la sentencia *Lawrence* ofrece una relectura de los antecedentes históricos que constituían el núcleo central de aquella: reconoce como cierta la legislación citada en el precedente que deroga, pero matiza que su

—which criminalizes sexual intimacy by same-sex couples, but no identical behavior by different sex-couples— violate the Fourteenth Amendment guarantee of equal protection of the laws. 2. Whether petitioner’s criminal convictions for adult consensual sexual intimacy in the home violate their vital interests in liberty and privacy protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. 3. Whether *Bowers v. Harwick* should be overruled.»

(4) Es más, a la hora de iniciar el análisis, el Tribunal se plantea si «the petitioners were free as adults to engage in the *private conduct* in the exercise of their liberty under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to the Constitution» (los subrayados son míos). Esta referencia a la condición de adultos y a la vida privada se repite a lo largo de la sentencia: «The case does involve two adults who, with full and mutual consent from each other, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. The petitioners are entitled to respect for their private lives.»

finalidad no estaba dirigida expresamente frente a los homosexuales (sin que ello supusiera, aclara el texto judicial, que se aprobase dicho comportamiento), sino prohibir las relaciones sexuales con fines no procreativos («Thus early American sodomy laws were not directed at homosexuals as such but instead sought to prohibit nonprocreative sexual activity more generally. This does not suggest approval of homosexual conduct. It does tend to show that this particular form of conduct was not thought of as a separate category from like conduct between heterosexual persons»), recordando igualmente que la mayoría de las legislaciones estatales que tipifican la homosexualidad no se aprobaron sino a finales del primer tercio del siglo XX. También reconoce que las normas penales y procesales del siglo XIX no consideraban válido, en el caso de enjuiciamiento por el delito de sodomía, el testimonio de la persona con quien se hubiera mantenido las relaciones sexuales por entender al mismo cómplice activo del hecho, norma que se excepcionaba en el caso de relaciones inconscientes o, evidentemente, en el caso de que la otra persona fuese un menor de edad. Quizá lo más significativo de esta sentencia es que no se limita a ampararse en la historia legislativa estadounidense, sino que cita expresamente para amparar la tesis principal resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en concreto, *Dudgeon v. United Kingdom*) (5). A mayor abundamiento, razona el Tribunal, aunque la condena sea por un simple *misdeemeanor* y la pena no excesiva, las consecuencias que pueden derivar (y entre las cuales se cita, a título de ejemplo, el efecto negativo que ello tendría en la búsqueda de empleo) serían excesivas. Por tanto, y tras reconocer que el respeto evidente al *stare decisis* no es una regla absoluta, la sentencia concluye de una forma absolutamente tajante y demoledora: la doctrina *Bowers* era incorrecta tanto en su momento como actualmente, por lo que era expresamente revocada («*Bowers* was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled»). Por ello, al tratarse de dos adultos que en el ejercicio de su libertad constitucional han elegido mantener de forma privada una relación homosexual mutuamente consentida, el estado no puede controlar sus vidas tipificando penalmente dicha conducta («Their right to liberty under the *Due Process Clause* gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government»), y dado que la normativa de Texas no persigue un interés legítimo que pueda justificar esa invasión de la privacidad en la esfera personal del individuo, es contraria a la Constitución.

(5) Jeffrey Toobin, en las diversas conferencias en las que promocionaba su libro *The nine*, hacía referencia expresamente a esta evolución de Anthony Kennedy y su cita de ordenamientos foráneos, con los que habría entrado en frecuente contacto sobre todo a partir del año 2000.

Sandra Day O'Connor formula un voto particular concurrente, recordando que ella formó parte de la mayoría en el caso *Bowers* y que discrepa en lo que se refiere a la anulación de dicho precedente, no obstante lo cual avala la decisión de entender inconstitucional la legislación del estado de Texas, si bien no en base a la *Due Process Clause*, sino en base a la *Equal Protection Clause*. Antonin Scalia elabora un largo voto particular discrepante al que se adhieren William Rehnquist y Clarence Thomas. Por último, Thomas elabora un brevísimo voto particular disidente de dos párrafos, muy crítico con la ley penal declarada inconstitucional de la que incluso llega a indicar que si fuera un miembro de la legislatura de Texas hubiera votado por su derogación; no obstante tal parecer, entiende que como juez del Tribunal carece de potestades para ayudar a los recurrentes o a otras personas en su misma situación, dado que no encuentra ni en la Constitución ni en el *Bill of Rights* un derecho general a la intimidad («*privacy*»).

II. LAS SENTENCIAS DEL AÑO 2013: *UNITED STATES V. WINDSOR* Y *HOLLINGSWORTH V. PERRY*

Desde su acceso al cargo de *chief justice* en septiembre de 2005, John Roberts ha tenido unos años ciertamente intensos al frente del Tribunal Supremo. En el año 2008 hubo de abordarse una interpretación de la segunda enmienda constitucional en el caso *District of Columbia v. Heller* [554 US 570 (2008)]; en el año 2010 en el caso *Citizens United v. Federal Election Commission* [540 US 93 (2003)] se enfrentó al espinoso tema de la financiación de las campañas electorales y su relación con la primera enmienda, y en el año 2012 resolvió la impugnación judicial de la reforma sanitaria auspiciada por Barack Obama en la polémica *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, donde en un insólito realineamiento el *chief justice* Roberts se unió con los magistrados del ala liberal para sostener la constitucionalidad de la norma legal.

Pero los asuntos polémicos continuaron llegando al más Alto Tribunal de la federación estadounidense, que para el año 2012-2013 tenía en su agenda nada menos que dos asuntos que afectaban a un tema política y socialmente tan espinoso como es el matrimonio homosexual. Pues bien, a finales de junio del año 2013, en dos sonados asuntos, el Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre el particular, y si bien no existió en ninguno de los casos un pronunciamiento general que avalase o rechazase la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, al menos uno de ellos trajo consecuencias legales, pues

se declaró la inconstitucionalidad de una ley federal al respecto. Analizaremos ambos asuntos.

1. United States v. Windsor

Hemos de retroceder en el tiempo unos cuantos años, en concreto al 21 de septiembre de 1996. El presidente William Jefferson Clinton, a poco menos de dos meses de concurrir a unas elecciones presidenciales a las que se presentaba como candidato demócrata para optar a un segundo mandato, sancionaba la *Defense of Marriage Act*. Dicha ley contenía dos preceptos en relación al matrimonio homosexual: la sección segunda facultaba a los estados para que se negasen a dar validez a los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, incluso pese a que estuviesen válidamente celebrados según la normativa de otros estados (6); por otra parte, la sección tercera establecía un criterio interpretativo (no sólo para las leyes federales, sino incluso para cualquier actuación administrativa realizada por un órgano del poder federal) en virtud del cual a tales efectos la palabra «matrimonio» se refería única e inexcusablemente a la unión de un hombre y una mujer, es decir, al matrimonio heterosexual (7).

Pues bien, una pareja de lesbianas (Edith Windsor y Thea Spyer), ambas residentes en la ciudad de Nueva York, iniciaron una relación sentimental en 1963 que se prolongó hasta la muerte de la última en febrero del año 2009. En 1993, cuando la legislación del estado de Nueva York dotó de un estatus jurídico a las parejas del mismo sexo, ambas se inscribieron como tal en el registro público creado al efecto. En el año 2007, y en un viaje realizado a Canadá, la pareja contrajo matrimonio legal en Ontario, siendo reconocido el mismo como válido ulteriormente en el estado de Nueva York, donde el matrimonio continuó residiendo hasta el fallecimiento de Thea Spyer en febrero del año 2009. Spyer había instituido como única heredera a su cónyuge supérstite, y es en este momento cuando se plantea el problema jurídico que desembocará en el

(6) «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.»

(7) «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.»

Tribunal Supremo, problema que, como en la mayoría de las ocasiones, tiene un móvil exclusivamente económico, en este caso, el fiscal. Edith Windsor solicitó se aplicase en el tributo federal que gravaba la herencia la exención subjetiva derivada de su condición de cónyuge de la finada, es decir, de viuda, algo que el organismo federal, en estricta aplicación de las previsiones de la *Defense of Marriage Act*, rechazó, viéndose obligada, por tanto, a abonar la suma de 363.053 dólares (por lo cual la masa hereditaria no debió ser ciertamente nada despreciable). Una vez abonada dicha cantidad, inició la vía judicial para que se le reintegrara la misma, basando su pretensión en que la normativa federal aplicada era contraria a la Constitución de los Estados Unidos. La postura del Gobierno federal en este caso era ciertamente peculiar, por no decir algo chusca: *de iure* rehusaba defender la validez de la norma legal cuya inconstitucionalidad no cuestionaba, mas *de facto* continuaba amparándose en la misma para dictar actos administrativos en aplicación de la misma, actos que ejecutaba y cuya validez sí defendía. Así, el juzgado federal del distrito norte de Nueva York da la razón a Windsor y estima la demanda al entender que, en efecto, la *Defense of Marriage Act* es inconstitucional cuando impone a todos los órganos federales un único concepto de matrimonio, tesis que es avalada por el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito. Windsor había obtenido, pues, una resolución judicial estimatoria de sus pretensiones en ambas instancias procesales.

El Tribunal Supremo acuerda admitir a trámite el *writ of certiorari* frente a la sentencia del Tribunal de Apelaciones, planteándose como cuestión jurídica a resolver la siguiente: «Does the *Defense of Marriage Act*, which defines the term «marriage» under federal law as a «legal union between one man and one woman» deprive same-sex couples who are legally married under state laws of their Fifth Amendment rights to equal protection under federal law?» (8). La resolución del caso se hace pública el último día del año judicial, el 26 de junio de 2013, y se confirman las resoluciones de instancia en una sentencia de la que fue ponente el juez Anthony Kennedy y que contó con el apoyo de Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan, mientras que Antonin Scalia y Samuel Alito formularon sendos votos particulares discrepantes.

Ante todo, lo que conviene incidir en un hecho que desde el mismo inicio plantea la sentencia: ninguna de las partes cuestionó la validez de la sección segunda de la ley (aquella que permite a los estados negar el reconocimiento de matrimonios homosexuales celebrados en otros estados), sino estrictamente la sección tercera, es decir, la que imponía un único concepto de matrimonio a

(8) En realidad se planteaban con carácter previo un par de cuestiones estrictamente procesales que, aún de cierto interés, carecen de relevancia a los efectos del presente estudio.

nivel federal. Y ello quizá porque en la práctica cotidiana podría llevar, como ocurrió en el caso concreto enjuiciado (algo que muy acertadamente destacó la sentencia) un matrimonio que goza de reconocimiento como tal en un estado pueda no serlo a nivel federal. No obstante, conviene dejar bien claro que la resolución 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: («DOMA seeks to injure the very class New York seeks to protect. By doing so it violates basic due process and equal protection principles applicable to the Federal Government [...] DOMA cannot survive under these principles. The responsibility of the States for the regulation of domestic relations is an important indicator of the substantial societal impact the States' classifications have in the daily lives and customs of its people. DOMA's unusual deviation from the usual tradition of recognizing and accepting state definitions of marriage here operates to deprive same-sex couples of the benefits and responsibilities that come with the federal recognition of their marriages.») Por ello, al provocar un evidente choque entre 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 («The principal purpose is to impose inequality, not for other reasons like governmental efficiency. Responsibilities, as well as rights, enhance the dignity and integrity of the person. And DOMA contrives to deprive some couples married under the laws of their State, but not other couples, of both rights and responsibilities [...] By creating two contradictory marriage regimes within the same State, DOMA forces same-sex couples to live as married for the purpose of state law but unmarried for the purpose of federal law»).

El voto particular de Antonin Scalia es de una extrema severidad que se percibe ya en las líneas iniciales del mismo, donde adelanta su tesis relativa al choque de potestades entre el derecho del pueblo a gobernarse por medio de leyes y el del Tribunal Supremo a interpretarlas, siendo el parecer de Scalia que se ha optado por robustecer éste a costa de aquél («This case is about power in several respects. It is about the power of our people to govern themselves, and the power of this Court to pronounce the law. Today's opinion aggrandizes de

latter, with the predictable consequence of diminishing the former. We have no power to decide this case. And even if we did, we have no power under the Constitution to invalidate this democratically adopted legislation»). Tras acusar a los integrantes de la mayoría de estar ansiosos (utiliza los términos «*eager*» y «*hungry*») de pronunciarse sobre la materia, y en su célebre estilo directo y airado Scalia entiende que el Tribunal carecía de atribuciones para resolver el caso, pues la afectada había obtenido ya un remedio en las instancias procesales inferiores y los órganos federales habían entendido ajustada a derecho las resoluciones judiciales dictadas en dichas fases procedimentales, algo que el magistrado aprovecha para elaborar un *excursus* sobre su concepción de las funciones constitucionalmente atribuidas al poder judicial, realizando una peculiar interpretación de las funciones de control constitucional con una expresa acusación a sus colegas de deslizar la institución hacia modelos europeos de control constitucional alejándose de las tradiciones patrias en las que la declaración de inconstitucionalidad se circunscribe únicamente a aquellos casos donde tal declaración es precisa para resolver el asunto, algo que no era necesario en el caso Windsor dado que ésta había obtenido ya una resolución favorable en las instancias procesales inferiores (9).

2. Hollingsworth v. Perry

El segundo de los asuntos tiene como fondo nada menos que la reforma de la Constitución del estado de California para constitucionalizar como único matrimonio válido el heterosexual, como reacción frente a una resolución del Tribunal Supremo del Estado, quien, a la hora de resolver el 17 de mayo de 2008 en su célebre *In re marriage cases*, estimó inconstitucional la legislación civil

(9) «The Judicial Power is not, as the majority believes, the power “to say what the law is”, giving the Supreme Court the “primary role in determining the constitutionality of laws”. The majority must have in mind one of the foreign constitutions that pronounces such primacy for its constitutional court and allows that primacy to be exercised in contexts other than a lawsuit. See, e.g., Basic Law for the Federal Republic of Germany Art. 93. The judicial power as Americans have understood it (and their English ancestors before them) is the power to adjudicate, with conclusive effect, disputed government claims by private persons against the government or other private persons [...] In other words, declaring the compatibility of state or federal laws with the Constitution is not only not the “primary role” of this Court, it is nor a separate, freestanding role at all. We perform that role incidentally —by accident, as it were— when that is necessary to resolve the dispute before us.» En definitiva, Scalia contrapone la facultad de declarar la constitucionalidad de la ley en abstracto, propia de los modelos continentales europeos, con el sistema americano de control de constitucionalidad vinculada a la resolución de un caso concreto.

del estado que contemplaba como único matrimonio válido el celebrado entre un hombre y una mujer (10). Ante el pronunciamiento de la máxima instancia judicial del estado, un grupo de personas y entidades toman la iniciativa para llevar el concepto de matrimonio al propio texto constitucional, logrando que la iniciativa se admitiese, fuese sometida a referéndum y, aunque por escaso margen lograrse obtener el apoyo mayoritario de la población con algo más de siete millones de votos que representaban el 52,24 por 100 de los sufragios, mientras que seis millones cuatrocientas mil personas que representaban el 47,76 por 100 se opusieron a la misma. El contenido material de la norma era brevísimo y constaba de dos únicos preceptos, uno que establecía la denominación oficial («*California Marriage Protection Act*»), aunque es más conocida popularmente con el nombre de *Proposition 8*) y otro que incorpora a la Constitución estatal la siguiente frase: «En California únicamente se reconocerá como válido el matrimonio entre un hombre y una mujer». Dicha reforma entró en vigor el día 5 de noviembre de 2008, y fue judicialmente impugnada ante el Tribunal Supremo del estado de California, quien poco menos de medio año después, el 26 de mayo de 2009, dictaba su sentencia *Strauss v. Horton* (93 Cal.Rptr.3d 591), en virtud de la cual rechazaba las tesis de los recurrentes y avalaba la adecuación a derecho de la reforma, si bien dejaba a salvo los matrimonios homosexuales celebrados hasta la entrada en vigor de la misma (11).

Agotada infructuosamente la vía estatal, se busca una nueva oportunidad jurídica, pero en esta ocasión a nivel federal argumentando el choque de la reforma constitucional californiana con varios preceptos de la Constitución federal. Así, varias parejas de gays y lesbianas interpusieron en dichos términos una demanda en el juzgado federal del distrito norte de California (demanda a la que se incorporó en calidad de interviniente adhesivo de los actores la ciudad y el condado de San Francisco) dirigiendo su acción frente al gobernador del estado, el Attorney general, el Director del Departamento de Salud Pública y varios cargos públicos directivos; dado que éstas rehusaron defender la normativa

(10) Todo el avatar fáctico de esta polémica entre el ejecutivo californiano y el Tribunal Supremo de dicho estado la expuse en mi breve trabajo *El funcionamiento de la justicia constitucional difusa frente al modelo de justicia constitucional concentrado. Las lecciones comparativas que ofrece el sistema norteamericano en los casos de Arizona y California*, publicado en el número 21 de *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, págs. 64-69.

(11) La extensa resolución judicial cita todo el avatar fáctico acaecido desde el año 2004, cuando se inicia el conflicto a raíz de la decisión del alcalde de San Francisco de celebrar matrimonios homosexuales vulnerando lo dispuesto en la normativa estatal. Como dato curioso, Dennis Hollingsworth, uno de los promotores de la reforma de la Constitución californiana y que dará nombre al caso que llegará al Supremo, figuraba como parte demandada en *Strauss v. Horton*.

por entender que en efecto la misma era inconstitucional, las personas y entidades que habían tomado la iniciativa de la reforma constitucional solicitaron del juez la intervención procesal para defender la adecuación a derecho de la *Proposition 8*, siendo admitida la personación de Dennis Hollingworth y otras cuatro personas, así como de las entidades protectmarriage.com, Yes on 8 y Project on California renewal. Finalmente, el 4 de agosto de 2010 el juez federal Vaughn R. Walker hace pública la resolución del caso *Perry v. Schwarzenegger* en una sentencia de 138 páginas de extensión que estima la pretensión de los demandantes, y dispensa a las autoridades estatales de ejecutar la misma al entender inconstitucional la normativa impugnada. Tras describir de forma muy escrupulosa todo el devenir fáctico del caso y analizar los argumentos jurídicos debatidos, la parte dispositiva de la sentencia no puede ser más clara: la reforma es inconstitucional al vulnerar tanto la *due process* como la *equal process* garantizadas por la decimocuarta enmienda constitucional («Because Proposition 8 is unconstitutional under both the Due Process and Equal Protection Clauses, the court orders entry of judgment permanently enjoiniing its enforcement; prohibiting the oficial defendants that all persons under their control or supervisión shall not apply or enforce Proposition 8»). Las autoridades estatales rehusaron impugnar la sentencia, lo que llevó a que fueran los promotores la iniciativa de reforma constitucional quienes impugnan tal resolución judicial. La sentencia del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito (12) se hace pública el 7 de febrero de 2012 al resolver el caso *Perry v. Brown* (13), donde se confirma en todos sus extremos la sentencia de instancia, resumiendo los razonamientos jurídicos en su párrafo final: utilizando la potestad de reforma constitucional se está privando a un colectivo sin razón legítima de los derechos garantizados por la *equal protection clause*, sin que la medida tenga otro efecto que ese precisamente, es decir, privar a las parejas de gays y lesbianas de sus derechos: («By using their initiative power to target a minority group and withdraw a right that it possessed, without a legitimate reason for doing so, the People of California

(12) Previamente a entrar en el fondo, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito remitió al Tribunal Supremo del estado de California una cuestión de previo pronunciamiento, a saber, si bajo las previsiones constitucionales del estado los apelantes, en su calidad de autores de la iniciativa de reforma constitucional, gozaban de legitimación activa para defender la validez jurídica de la misma. El Tribunal Supremo de California respondió afirmativamente, pero sin valorar, en el caso concreto que se le sometía, si existía un interés legítimo propio en avalar la adecuación a derecho de su iniciativa.

(13) La mutación nominal se debe a que en el período comprendido entre la sentencia de instancia y la de apelación, Edmund G. Brown jr. había sucedido a Arnold Schwarzenegger como gobernador del estado de California.

violated the Equal Protection Clause. We hold Proposition 8 to be unconstitutional on this ground. We do not doubt the importance of the more general questions presented to us concerning the rights of same-sex couples to marry, nor do we doubt that these questions will likely be resolved in other states, and for the nation as a whole, by other courts. For now, it suffices to conclude that the People of California may not, consistent with the Federal Constitution, add to their state constitution a provision that has no more practical effect than to strip gays and lesbians of their right to use the official designation that the State and society give to committed relationships, thereby adversely affecting the status and dignity of the members of a disfavored class»).

El asunto llega al Tribunal Supremo de los Estados Unidos vía *writ of certiorari*, que es admitido a trámite por dicho órgano judicial planteando dos cuestiones jurídicas a resolver: la primera, si los recurrentes ostentan legitimación activa para entablar acciones procesales y si la decimocuarta enmienda constitucional prohíbe al estado de California definir constitucionalmente el matrimonio como unión de un hombre y una mujer (14). Como dato curioso cabe indicar que junto con el *Solicitor General* Donald B. Berrilli jr, que representaba a los Estados Unidos como *amicus curiae*, en defensa de las posiciones de los recurridos se encontraba Theodore Olson, primer *Solicitor General* de George W. Bush y veterano abogado litigante ante el máximo órgano judicial federal (15).

La sentencia del caso *Hollingsworth v. Perry* se hace pública el 26 de junio de 2013, y por cinco votos frente a cuatro el Tribunal rehusó entrar en el fondo del asunto esgrimiendo una cuestión estrictamente procesal. En una sentencia de la que fue ponente el *chief justice* John Roberts, quien obtuvo el apoyo de Antonin Scalia, Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer y Elena Kagan en una mayoría ciertamente heterogénea e infrecuente, el Tribunal Supremo entiende que los recurrentes carecen de la legitimación activa necesaria para sostener la defensa de la *Proposition 8* cuando los cargos públicos representativos han rehusado hacerlo. La sentencia, pues, se basa en una excepción procesal para evitar entrar en el fondo del asunto: los recurrentes han de ostentar una legitimación activa basada en un derecho o interés que les afecte de forma directa, algo que el Tribunal entiende que no se da en el presente asunto y, por ello, los recurrentes no tenían capacidad para ser parte en dicho proceso: («The only individuals who

(14) «Do the petitioners have standing under Article III of the Constitution to argue this case? Does the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment prohibit the state of California from defining marriage as the union of one man and one woman?»

(15) Theodore Olson fue quien defendió las posiciones de George Bush en el caso *Bush v. Gore* y quien representó a la entidad Citizens United en el célebre caso *Citizens United v. Federal Election Commission*.

sought to appeal that order were petitioners, who had intervened in the District Court. But the District Court had not ordered them to do or refrain from doing anything. To have standing, a litigant must seek relief for an injury that affects him in a “personal and individual way”. *Defenders of Wildlife*, supra, at 560, n. 1. He must possess a «direct stake in the outcome» of the case. *Arizonans for Official English*, supra, at 64 (internal quotation marks omitted). Here, however, petitioners had no “direct stake” in the outcome of their appeal. Their only interest in having the District Court order reversed was to vindicate the constitutional validity of a generally applicable California law. We have repeatedly held that such a “generalized grievance”, no matter how sincere, is insufficient to confer standing»). Nunca el Tribunal Supremo, concluye la sentencia, ha permitido defender la validez de una norma a un particular cuando los cargos públicos encargados de ello han rehusado hacerlo, y rechaza abiertamente romper con tal precedente (16). Dicha sentencia cuenta con un voto particular disidente de Anthony Kennedy, al que se adhieren Clarence Thomas, Samuel Alito jr. y Sonia Sotomayor. Entiende el voto particular que en el caso enjuiciado, el Tribunal ha frustrado la decisión expresada por el pueblo del estado mediante referéndum, concluyendo que en California, así como en otros veintiséis estados que permiten iniciativas legislativas y referéndum, es el pueblo quien ejercita mediante dicho sufragio el poder soberano y que el Tribunal Supremo, con su resolución, ha dejado sin efecto una resolución del Tribunal Supremo del estado de California que autorizaba en base a la normativa estatal a los promotores de la iniciativa a sostener judicialmente la validez de la misma («In California and the 26 other States that permit initiatives and popular referendums, the people have exercised their own inherent sovereign right to govern themselves. The Court today frustrates that choice by nullifying, for failure to comply the Restatement of Agency, a State Supreme Court decision holding that state law authorizes an enacted initiative’s proponents to defend the law if and when the State’s usual legal advocates decline to do so»).

(16) «We have never before upheld the standing of a private party to defend the constitutionality of a state statute when state officials have chosen not to. We decline to do so for the first time here. Because petitioners have not satisfied their burden to demonstrate standing to appeal the judgment of the District Court, the Ninth Circuit was without jurisdiction to consider the appeal. The judgment of the Ninth Circuit is vacated, and the case is remanded with instructions to dismiss the appeal for lack of jurisdiction.»

III. EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL: *OBERGEFELL V. HODGES*

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos suele hacer públicas las sentencias de los casos más significativos o de más trascendencia en los últimos días del mes de junio, coincidiendo así con la clausura del año judicial. Por ello, no es nada extraño que el viernes día 26 de junio de 2015 saliese a la luz la resolución judicial del caso *Obergefell v. Hodges* que tenía como fondo del asunto de nuevo el problema del matrimonio entre personas del mismo sexo. Por una escueta mayoría de cinco votos frente a cuatro, el Tribunal Supremo entiende que el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio puede tener un anclaje en el texto constitucional, siendo en este caso decisivo el voto del magistrado Anthony Kennedy, al igual que lo había sido en los anteriores pronunciamientos cuando unió su voto al de los cuatro magistrados que integran el ala liberal (Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan). Kennedy, persona no sólo conservadora sino católica practicante, facilitó el voto decisivo y asumió la tarea de encargarse de redactar la sentencia, tarea esta última que en puridad se autoatribuyó porque, dadas las reglas internas que presiden el funcionamiento de la institución, cuando el *chief justice* no se encuentra entre los integrantes de la mayoría quien tiene la potestad de asignar la redacción de la sentencia es el magistrado más veterano de quienes se encuentran entre la misma, que en este caso es precisamente Kennedy.

Los hechos determinantes son bien claros: varias parejas del mismo sexo entablan un proceso judicial frente al acto de las autoridades estatales que les deniega el derecho a contraer matrimonio, amparándose en que la legislación del estado definía el matrimonio como «*unión de personas de distinto sexo*». Ello da lugar a varios pronunciamientos de diversos juzgados de distrito favorables a los demandantes pero que, al ser recurridas por los estados, son revocadas en los correspondientes Tribunales de Apelación. Así, el asunto llega al Tribunal Supremo, que plantea como cuestión jurídica a resolver si la decimocuarta enmienda constitucional ampara a los recurrentes (es decir, a las parejas del mismo sexo) obligando a las autoridades estatales a expedir las licencias de matrimonio y, en consecuencia, a reconocer el mismo como válido. La sentencia, comienza con un *excursus* sobre el papel del matrimonio en la historia, una recapitulación sobre los casos que se han planteado y la constatación de la división que sobre la materia existe en los Estados Unidos. Con posterioridad, tras exponer el asunto a la luz de la decimocuarta enmienda constitucional, el Tribunal sostiene que «This analysis compels the conclusion that same-sex couples may exercise the

right to marry. The four principles and traditions to be discussed demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution apply with equal force to same sex couples»; en otras palabras, se anticipa ya que el matrimonio entre personas del mismo sexo encuentra su amparo en las previsiones de la Constitución federal. ¿Cuáles son esos cuatro principios que llevan a dicha conclusión? El primero de ellos es el de la autonomía individual: «the right to personal choice regarding marriage is inherent in the concept of individual autonomy. This abiding connection between marriage and liberty is why Loving invalidated interracial marriage bans under the Due Process Clause» (17). El segundo principio esencial que informa toda la jurisprudencia radica en que «the right to marry is fundamental because it support a two-person union unlike any other in its importance to the committed individuals». El tercero radica en que, al proteger el derecho al matrimonio, «it safeguards children and families and thus draws meaning from related rights of childrearing, procreation and education». El cuarto y último punto (para el cual la sentencia no duda en citar expresamente a Alexis de Tocqueville) consiste en que «this Court's cases and the Nation's traditions make clear that marriage is a keystone of our social order». Esos cuatro principios fundamentales son los que llevan al Tribunal Supremo a reconocer el derecho constitucional que ostentan las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, dejando explícito que en este caso la tradición de considerar el matrimonio única y exclusivamente entre personas de distinto sexo no puede considerarse justificado en la actualidad por mucho que lo haya sido en el pasado: «The limitation of marriage to opposite-sex couples may long have seemed natural and just, but its inconsistency with the central meaning of the fundamental right to marry is now manifest. With that knowledge must come the recognition that laws excluding same-sex couples from the marriage right impose stigma and injury of the kind prohibited by our basic charter.» Concretando aún más, el anclaje o vínculo concreto que la sentencia establece entre el matrimonio entre personas del mismo sexo y el texto constitucional se encuentra en la decimocuarta enmienda: «The right of the same sex couples to marry that is part of the liberty promised by the Fourteenth amendment is derived, too, from that Amendment's guarantee of the equal protection of the laws.»

La sentencia finaliza con un párrafo que supone un reconocimiento de la importancia y profundidad del vínculo matrimonial, a la vez que trata de des-

(17) La sentencia llega a enlazar el matrimonio con el logro de otros derechos: «La naturaleza del matrimonio radica en que a través de su vínculo dos personas pueden encontrar juntas otras libertades, como la de expresión, la intimidad y la espiritualidad. Ello es predicable de todas las personas, con independencia de su orientación sexual.»

autorizar el argumento de que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo destruya la propia institución matrimonial: «No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. As some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death. It would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage. Their plea is that they do respect it, respect it so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves. Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization's oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right.»

De forma harto curiosa la resolución judicial cuenta nada menos que con cuatro votos particulares discrepantes, uno por cada uno de los magistrados que integran la minoría. El más extenso es el del *chief justice* John Roberts, al que se adhieren sus colegas Antonin Scalia y Clarence Thomas. Roberts, católico al igual que Kennedy, discrepa no en cuanto al fondo del asunto (el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo) sino oponiendo un argumento estrictamente jurídico: el reconocimiento deben hacerlo los órganos legislativos y no los judiciales. Y lo deja bien claro en las líneas iniciales de su voto particular discrepante: «Petitioners make strong arguments rooted in social policy and considerations of fairness. They contend that same-sex couples should be allowed to affirm their love and commitment through marriage, just like opposite-sex couples. That position has undeniable appeal; over the past six years, voters and legislators in eleven States and the District of Columbia have revised their laws to allow marriage between two people of the same sex. But this Court is not a legislature. Whether same-sex marriage is a good idea should be of no concern to us. Under the Constitution, judges have power to say that the law is, not what it should be.» Para que no quede duda alguna de que su oposición es estrictamente jurídica, Roberts diferencia claramente entre justicia de la pretensión y argumentación efectuada en la sentencia: «Although the policy arguments for extending marriage to same-sex couples may be compelling, the legal arguments for requiring such extension are not. The fundamental right to marry does not include a right to make a State change its definition of marriage.» Estas líneas maestras de su razonamiento son ampliamente desarrolladas en el voto particular. En definitiva, que el *chief justice* viene a reconocer que la pretensión de los recurrentes es justa, pero que no corresponde al Poder Judicial, sino al Poder Legislativo dar solución a sus legítimas pretensiones.

Antonin Scalia emite un voto particular incendiario para con sus colegas. Tras indicar que asume en su totalidad el voto discrepante del *chief justice*, justifica su propio voto particular nada menos que para: «to call attention to this Court's threat to American democracy». En efecto, tras indicar que el fondo del asunto carece de trascendencia real a los efectos de su resolución (el propio Scalia reconoce que el legislador es libre para establecer el concepto de matrimonio que desee y que las posibles consecuencias sociales adversas no difieren de las que tienen otras normas igualmente controvertidas) manifiesta que lo que sí tiene una enorme trascendencia es quién gobierna: «Today's decree says that my Ruler, and the Ruler of 320 million Americans coast-to coast, is a majority of nine lawyers on the Supreme Court (18).» En mayor o menor medida, los votos particulares de Clarence Thomas y Samuel Alito descansan en los mismos razonamientos que los expuestos por John Roberts y Antonin Scalia.

IV. CONCLUSIÓN

La Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, del Pleno del Tribunal Constitucional (publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 28 de noviembre) resolvía el recurso de inconstitucionalidad 6864/2005 interpuesto por un grupo de diputados del Partido Popular frente a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, garantía institucional del matrimonio y protección de la familia, sentencia que desestimaba el recurso de inconstitucionalidad al entender que el matrimonio entre personas del mismo sexo no es contrario a la Constitución española. Lo de menos es que el Tribunal tardase la friolera de dos trienios en resolver el recurso y que lo hiciese utilizando criterios a veces tan extrajurídicos como el de la «*aceptación social*» o la cita de encuestas oficiales de opinión; a nuestros efectos lo que importa es que la resolución hace una mención expresa de varias resoluciones de Derecho comparado, entre ellas las de diversos estados norteamericanos; en concreto, en el fundamento jurídico noveno se indica que: «Cuando se aprobó en España la Ley 13/2005, aquí cuestionada, sólo los Países Bajos (Ley de 2000), Bélgica (Ley de 2003), y el Estado de Massachusetts en EEUU (Sentencia de la Supreme Judicial Court, *Goodridge v. Department of Public Health*, de 2004) reconocían el matrimonio entre personas del mismo

(18) En línea con sus discrepancias, Scalia acusa a sus colegas de la mayoría de acompañar sus razonamientos de «extravagantes» apelaciones a la libertad, privando al pueblo del más importante de sus derechos: la libertad de gobernarse.

sexo. Desde entonces la institución se ha reconocido también en otros ordenamientos como los de Canadá (Civil Marriage Act de 2005), Sudáfrica (Ley núm. 17 de 2006), Ciudad de México (Ley de 2009), Noruega (Ley de 2009), Suecia (Ley de 2009), Portugal (Ley núm. 9/2010), Islandia (Ley de 2010), Argentina (Ley de 2010), Dinamarca (Ley de 2012) y en varios Estados de Estados Unidos de América, en algunos casos a resultas de la interpretación judicial, en otros de la actividad del legislador [Connecticut —2008—, Iowa —2009—, Vermont —2009—, New Hampshire —2010—, Distrito de Columbia (Washington) —2010— y New York —2011—]. Existen, además, proyectos legislativos, en distinto estadio de tramitación, en Eslovenia (cuyo Tribunal Constitucional declaró en Sentencia de 2 de julio de 2009 que era inconstitucional que las uniones estables del mismo sexo no gozasen de los mismos derechos que las parejas casadas de sexo distinto) y Finlandia». Es altamente significativo que el Tribunal Constitucional omitiera toda referencia al caso de California, cuyos inicios se remontan a 2004, pues incluso en el momento de dictarse la sentencia ya se había producido el referéndum estatal, la aprobación de la Proposition 8, la sentencia del Tribunal Supremo de California en el caso *Strauss v. Horton* así como las resoluciones del juzgado federal y del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito. Adolece igualmente tal resolución de una referencia a la *Defense of Marriage Act*. De todas formas, la diferencia esencial que separa a uno y otro ordenamiento radica en que mientras que en nuestro país el reconocimiento del derecho ha precisado de una acción legislativa, en la otra orilla del Atlántico el reconocimiento se deriva, como en tantas otras ocasiones, de una acción judicial, aunque de justicia es reconocer que la solución adoptada en España es precisamente la defendida, como hemos visto, en el voto particular discrepante del *chief justice* Roberts y que con mucho más ardor defendía Antonin Scalia. Quizá por ello la diferencia entre uno y otro sistema esté resumida en un par de frases de la sentencia *Obergefell*, que ilustran claramente la naturaleza del sistema político y judicial estadounidense: «The dynamic of our constitutional system is that individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right. The Nation's courts are open to injured individuals who come to them to vindicate their own direct, personal stake in our basic charter. An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act.»

Llama la atención el hecho de que en los Estados Unidos el control difuso de constitucionalidad no permitió a la primera y con carácter definitivo un pronunciamiento general y directo sobre la adecuación o no del matrimonio homosexual a la Constitución, como en efecto ha ocurrido en nuestro país; pero quizá sea de agradecer que la soluciones judiciales a los recursos interpuestos

se han dilatado muchísimo menos en el tiempo, pues no olvidemos que la *Proposition 8* entra en vigor en noviembre de 2008, que en mayo de 2009 (es decir, en menos de seis meses) ya se ha resuelto por el Tribunal Supremo de California una impugnación judicial declarando tal reforma como válida, y que en junio de 2013 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos culmina la fase federal cuya resolución de instancia estaba fechada en agosto de 2010.

Con todo, y pese a no existir en los Estados Unidos hasta el reciente caso *Obergefell* un pronunciamiento genérico sobre la materia, la doctrina del caso *Windsor* ya había sido invocada por los órganos inferiores de la judicatura federal. Sirva como prueba la *Temporary restrain Order* que el 22 de julio de 2013 dictase en el seno del asunto *Obergefell v. Kasich* el juez Timothy S. Black, del juzgado federal de la división occidental del distrito sudeste de Ohio. Aunque no se trata de una sentencia, sino de una medida cautelar acordada en el seno de un procedimiento debido a las circunstancias concretas del asunto (el inminente fallecimiento de uno de los integrantes de un matrimonio homosexual, aquejado de una enfermedad terminal), y en la que se adopta la decisión de ordenar al encargado del registro civil que una vez se produzca el óbito del cónyuge enfermo se haga constar en el certificado de defunción que el estado civil del difunto era «casado», lo importante es que en las líneas iniciales de la resolución se cita de forma expresa el caso *Windsor*, aun reconociendo el alcance limitado del pronunciamiento: «Less than a month ago, on June 26, 2013, the United States Supreme Court issued its historic decision in *United States v. Windsor*, –U.S.–, 133 S.Ct. 2675 (2013). The Supreme Court held that the federal Defense of Marriage Act (“DOMA”), which denied recognition to same-sex marriages for purposes of federal law, was unconstitutional, as it denied fundamental fairness and equal protection of the law to gay citizens. While the holding in *Windsor* is ostensibly limited to a finding that the federal government cannot refuse to recognize state laws authorizing same sex marriage, the issue whether States can refuse to recognize out-of-state same sex marriages is now surely headed to the fore. Indeed, just as Justice Scalia predicted in his animated dissent, by virtue of the present lawsuit, “the state-law shoe” has now dropped in Ohio.»

