

Título: Legitimación procesal, federalismo y matrimonio

Autor: Lafferrière, Jorge Nicolás

Publicado en: LA LEY 28/08/2013, 28/08/2013, 6 - LA LEY28/08/2013, 6 - LA LEY2013-E, 25

Cita Online: AR/DOC/3069/2013

Sumario: 1. Introducción. 2. Los hechos y las sentencias. 3. Legitimación en casos judiciales. 4. Federalismo y potestad de definir qué se entiende por matrimonio. 5. La noción de matrimonio subyacente en las sentencias. 6. Conclusiones.

### 1. Introducción

En uno de los más controvertidos fallos de los últimos tiempos, el 26 de junio de 2013 la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de la sección 3ª de la Ley de Defensa del Matrimonio (en adelante, DOMA, Defense of Marriage Act) en la causa "United States, Petitioner v. Edith Schlain Windsor" (Docket 12-307). El mismo día, la Corte consideró que los impulsores de la denominada Proposición 8 no poseían legitimación para defender la enmienda constitucional que había sido ratificada por una amplia mayoría en un referendun y que había significado la modificación de la Constitución del estado de California para definir al matrimonio como la unión de varón y mujer (caso Hollingsworth et Al. v. Perry et Al., Docket 12-144).

Con las salvedades del caso, vinculadas con la distancia y las particularidades del sistema jurídico estadounidense, procuraré esbozar unas primeras reflexiones en una materia que seguramente continuará requiriendo investigación y debate académico para contribuir a una ciencia jurídica que edifique el bien común.

En este trabajo de aproximación a los casos "Windsor" y "Perry", luego de presentar un resumen de ambas sentencias, abordaré tres cuestiones comunes para estructurar este comentario: el tema de la legitimación, el federalismo y la noción de matrimonio.

### 2. Los hechos y las sentencias

a) El caso Windsor: El Estado de Nueva York reconoció como "matrimonio" la unión de dos mujeres, Edith Windsor y Thea Spyer, que se habían casado en Ontario, Canadá en 2007. A la muerte de Spyer en 2009, Windsor recibió todos los bienes en herencia y buscó beneficiarse de una exención impositiva federal aplicable al cónyuge supérstite. La Sección 3 de la DOMA impidió que acceda a ese beneficio y Windsor pagó u\$s 363.053 en impuestos. Cuando reclamó el reembolso, la oficina impositiva (IRS - Internal Revenue Service) lo denegó y Windsor inició una acción alegando que la DOMA violaba el principio de igual protección incorporado en la 5ta. Enmienda. Sin embargo, mientras el juicio estaba en trámite, el Departamento de Justicia del Poder Ejecutivo Federal tomó la decisión de no defender la constitucionalidad de la sección 3 de la DOMA. Luego de que el Ejecutivo diera aviso al Congreso, un grupo bipartidario (Bipartisan Legal Advisory Group - BLAG) de la Cámara de Representantes se presentó para intervenir judicialmente en favor de la ley cuestionada. La Corte de Distrito permitió tal intervención y en su sentencia consideró inconstitucional a la sección 3 de la DOMA. La Corte del Segundo Circuito confirmó la sentencia y ahora la Corte Suprema también confirmó por una mayoría estrecha de 5 votos contra 4. El voto de la mayoría fue redactado por el juez Kennedy y se unieron los jueces Ginsburg, Breyer, Sotomayor y Kagan. Las disidencias fueron del juez Roberts, de Scalia, a quien se le unió Thomas y en parte Roberts, y Alito, a quien se le unió en parte Thomas.

En la sentencia de la Corte Suprema, se declaró la inconstitucionalidad de la sección 3 de la Defense of Marriage Act (DOMA) una ley del Congreso que, a los fines de todo el ordenamiento jurídico federal, consideraba matrimonio a la unión de varón y mujer. El voto mayoritario considera que corresponde a cada Estado definir qué es matrimonio y si un estado (como ocurrió en este caso) reconoce un matrimonio de dos mujeres, el gobierno federal no puede desconocerle ese estatuto de casados, cuando sí lo reconoce a un matrimonio de varón y mujer del mismo estado. Sin embargo, del voto de la mayoría no se desprende que haya un derecho al matrimonio homosexual, ni que haya obligación de reconocerlo por parte de los estados, ni que se haya declarado inconstitucional toda la ley DOMA. En su argumentación, la mayoría sostuvo que la DOMA fue sancionada con una finalidad de perjudicar o dañar a las personas que buscaban este matrimonio del mismo sexo.

En una de las disidencias, el juez Scalia consideró que no podía resolverse el planteo ya que en la causa no existía "controversia" en los términos del art. III de la Constitución, un requisito ineludible para que la Corte Suprema ejercite su potestad jurisdiccional. En efecto, para Scalia, no existía una controversia dado que hubo acuerdo entre Windsor y el gobierno, pues éste decidió no defender la constitucionalidad de la ley. Para Scalia el BLAG no representaba una parte en sentido propio. Por su parte, el juez Alito en su disidencia consideró que la Constitución no dice nada sobre la legalización o el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo

sexo y que este pretendido matrimonio no reúne los requisitos del debido proceso sustantivo, porque no está profundamente enraizado en las tradiciones del país y considera que el tema se debe resolver en cada estado. El juez Roberts en su voto disidente coincide en que la Corte no tenía jurisdicción para intervenir en el caso, reconoce la constitucionalidad de la sección 3 de la DOMA y se preocupa en dejar aclarado que el voto de la mayoría no había dicho que sea inconstitucional que un estado rechace al matrimonio de personas del mismo sexo.

b) El caso Perry: En California se aprobó una enmienda constitucional conocida como la Proposición 8 promovida por iniciativa popular y que definía al matrimonio como la unión de varón y mujer. Esta enmienda fue cuestionada en sede federal, alegando que se violaba el debido proceso y la igualdad previstas en la Enmienda 14 de la Constitución Federal. El juez federal de distrito consideró a la Proposición 8 como inconstitucional. El gobernador y los oficiales del gobierno del Estado de California no apelaron la sentencia del Juez de Distrito y declinaron defender la constitucionalidad de la Proposición 8. La Corte de Distrito permitió que los promotores de la Proposición 8 actuaran judicialmente en defensa de tal norma e incluso permitió que apelaran la sentencia. Así, una vez apelada, la Corte del Noveno Circuito solicitó una opinión a la Corte Suprema de California sobre la legitimación de los promotores de la Proposición 8 para actuar judicialmente en defensa de la norma, obteniendo una respuesta positiva. Con base en esa opinión de la Corte Suprema del Estado de California, la Corte del Noveno Circuito confirmó la sentencia del juez de distrito y luego de una nueva apelación el caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ahora la Corte Suprema consideró por una mayoría de 5 a 4 que esos promotores no tenían legitimación para actuar y que por tanto no existe causa judicial para que se ejercite la jurisdicción.

En el voto de la mayoría de "Perry", se niega a los promotores de la Proposición 8 legitimación para actuar, entendiendo que la legitimación en el nivel federal no necesariamente coincide con la legitimación en el nivel estadual. Para la mayoría, los promotores de la Prop. 8 tuvieron un rol que se acabó cuando se sancionó la misma Proposición y ellos no tienen "participación directa" ("direct stake") en el caso, no sufren un perjuicio personal, ni tienen mandato para actuar como representantes del pueblo. El hecho de tener una "queja" de carácter general ("generalized grievance") no alcanza para tener legitimación en los términos del art. III de la Constitución.

La decisión de "Perry" ha dejado una cierta duda interpretativa sobre la vigencia de la Proposición 8. En efecto, dice la Corte: "Nunca antes hemos sostenido la legitimación de una parte privada para defender la constitucionalidad de una norma cuando los oficiales del estado han elegido no hacerlo. Declinamos hacer eso por primera vez en esta ocasión. Dado que los peticionantes no han satisfecho su carga de demostrar legitimación para apelar la sentencia del Juzgado de Distrito, la Corte del Noveno Circuito no tenía jurisdicción para considerar la apelación. La sentencia del Noveno Circuito es nula (vacated) y el caso es remitido con instrucciones de desestimación de la apelación por falta de jurisdicción".

Así, al rechazar la causa por razones de falta de legitimación, también ha dejado sin efecto la sentencia de la Corte del Noveno Circuito. Queda en vigencia la decisión del juez de Distrito, pero que sólo tendría aplicación limitada a su estricta jurisdicción. El punto será motivo de diversas controversias y es claro que no se ha pronunciado la Corte sobre el fondo del asunto.

c) Los realineamientos en los votos: En relación a "Windsor", en "Perry" se verificaron unos llamativos cambios en los alineamientos de la mayoría y la minoría. El juez Roberts, que había sido disidente en "Windsor", escribió el voto mayoritario en Perry, al que se le unieron Scalia (que también había sido disidente en "Windsor"), Ginsburg, Breyer y Kagan. El juez Kennedy, que había redactado la mayoría de "Windsor", escribió la disidencia de "Perry" a la que se unieron Thomas, Alito, y Sotomayor (que había ido con la mayoría en Windsor).

El siguiente cuadro permite advertir estos realineamientos:

<b>Juez</b>	<b>Windsor</b>	<b>Perry</b>
Kennedy	Mayoría	Disidencia
Sotomayor	Mayoría	Disidencia
Ginsburg	Mayoría	Mayoría
Breyer	Mayoría	Mayoría
Kagan	Mayoría	Mayoría
Roberts	Disidencia	Mayoría
Scalia	Disidencia	Mayoría
Thomas	Disidencia	Disidencia
Alito	Disidencia	Disidencia

Las sentencias que comentamos contienen muchos y sustantivos temas para la consideración jurídica. Como ya adelantamos, nos concentraremos en tres aspectos que están profundamente implicados en la causa: la legitimación; el federalismo y la noción de matrimonio.

### 3. Legitimación en casos judiciales

Ambos casos están cruzados por problemas en torno a la legitimación para intervenir ante la Corte y sobre la existencia de una "controversia" en los términos del art. III de la Constitución. En Windsor el gobierno de Obama se negó a defender la constitucionalidad de la DOMA y la defensa de la DOMA la asumió un equipo del Congreso de carácter bipartidario (BLAG), al que se le reconoció legitimación para actuar. Finalmente, se decidió la inconstitucionalidad de la sección 3 de la DOMA. Por su parte, en su disidencia el juez Scalia enfatizó que en la causa no había real controversia judicial en los términos del art. III de la Constitución, pues tanto Windsor como el gobierno federal estaban de acuerdo en que la sección 3 era inconstitucional y no correspondía pues a la Corte dictar una sentencia de alcance general sino que su actuación siempre tenía que enmarcarse en disputas concretas en las que haya dos partes contrapuestas. En respuesta a las objeciones de Scalia, el voto mayoritario consideró que la Corte puede aplicar apreciaciones prudenciales para determinar si existe controversia en los términos del art. III de la Constitución. Además, consideró que la presentación del BLAG satisface esa preocupación por escuchar una voz en defensa de la DOMA cuando ambas partes principales están de acuerdo.

Por su parte, en Perry el gobierno de California tampoco defendió la constitucionalidad de la Prop. 8 y cuando los promotores de la Proposición buscaron tal defensa, la Corte Suprema les negó legitimación para actuar en sede judicial. Aquí también estuvo en juego la interpretación de la legitimación y la necesidad de controversia, y la decisión fue en sentido contrario a la que se tomó en Windsor.

En torno a este punto, lo sucedido en ambos casos ha generado algunas inquietudes que se podrían sistematizar en los siguientes puntos:

\* ¿Hasta qué punto pueden los oficiales de gobierno (federal o estadual) dejar de defender la constitucionalidad de una ley o incluso enmienda constitucional adoptada por mayoría? ¿No tienen un deber constitucional de sostener las leyes aprobadas por el Congreso?

\* ¿Cómo incide esa decisión de no defender una enmienda constitucional sobre los procesos de iniciativa popular y en qué medida los mismos quedan debilitados si luego de la aprobación de una ley o enmienda a través de iniciativa popular, su efectiva defensa en sede judicial queda a merced de la discrecionalidad del poder ejecutivo [\(1\)](#)? Vale mencionar que en "Perry", la Corte afirma: "Los peticionantes argumentan que la

Constitución de California y sus leyes electivas les otorgan a ellos un rol único, especial y distintivo en el proceso de iniciativa popular... Verdad suficiente, pero sólo en lo que refiere al proceso de aprobación de la ley... Los peticionantes no tienen ningún rol -especial o de otro tipo- en la implementación de la Proposición 8". Por su parte, el voto en disidencia afirma: "Bajo la ley de California, un proponente tiene la autoridad de comparecer ante los Tribunales y afirmar el interés del Estado en defender una iniciativa ya sancionada cuando los funcionarios públicos que tienen ese deber rehúsan hacerlo. El Estado considera tal comparecencia como esencial a la integridad del proceso de iniciativa popular".

\* ¿Quién representa a los ciudadanos que sostienen la importancia del matrimonio entre varón y mujer en los ámbitos judiciales, ante la defección de los representantes políticos? Veamos que en los dos casos que comentamos los funcionarios públicos dejaron de defender las normas que protegían al matrimonio de varón y mujer.

\* ¿Cuáles son los alcances de los distintos poderes en la resolución de los conflictos vinculados con aspectos tan centrales de la vida social, de tal modo que los ciudadanos puedan participar adecuadamente, que los legisladores puedan marcar los rumbos centrales de la legislación, que los jueces no extralimiten su actuación fuera del caso concreto y que el Ejecutivo no abuse de su capacidad operativa para dejar sin efecto lo que una mayoría ciudadana o bien una legislación pudo haber establecido?

#### 4. Federalismo y potestad de definir qué se entiende por matrimonio

La decisión del caso Windsor tiene una fundamentación en el esquema federal de los Estados Unidos. En definitiva, la Corte Suprema considera que corresponde a cada estado definir qué se entiende por matrimonio y que, a su vez, el gobierno federal no puede desconocer esa definición ni realizar distinciones al momento de aceptar los matrimonios que son legales (lawful) en un estado.

De allí que se haya declarado la inconstitucionalidad de la sección 3 de la DOMA que disponía qué se entendía por matrimonio a los fines de aplicar los beneficios en el orden federal. Se consideró que se quebraba el principio de igual trato bajo la 5ta. Enmienda.

Ello no significa, como aclara el juez Roberts, que el fallo ordene a los Estados reconocer los matrimonios de personas del mismo sexo. En realidad, este punto corresponde a la sección 2 de la DOMA que no fue alcanzada por la inconstitucionalidad declarada en la sentencia, y seguramente en breve tendremos algunos casos de intentos de reconocimiento interestatales de matrimonios que pondrán en juego la interpretación de la DOMA. El punto es bien complejo, pues si se obliga a los Estados a reconocer los matrimonios del mismo sexo celebrados en otro estado, entonces dónde queda la potestad de cada Estado de determinar qué se entiende por matrimonio.

Al respecto, creemos que era razonable que el gobierno federal, a través de una ley del Congreso, establezca a quiénes se aplican los beneficios del matrimonio. Entre otras razones, podemos enumerar las siguientes:

\* La DOMA se sanciona en 1996 en el marco de un gobierno demócrata y por acuerdo de ambos partidos en el Congreso, antes de que cualquier estado hubiera aprobado una ley de redefinición del matrimonio para considerar como matrimonio a las uniones de personas del mismo sexo. (2) En este sentido, la DOMA cristalizaba una situación, de forma que todos los que contrajeran luego matrimonio en alguno de los Estados que fueron dictando leyes de legalización, conocían a la perfección los alcances que tal situación les brindaba y hasta dónde podían reclamar acceso a beneficios federales. Lynn Wardle enfatiza este punto: "Entonces la DOMA no cambió la regla federal previa sobre reconocimiento de matrimonio. DOMA simplemente codificó un statu quo histórico, largamente establecido como conveniente y una consistente regla hasta que el Congreso determinara que el país estaba listo para y quisiera un cambio en la política en contextos particulares o generales". (3)

\* Los programas y políticas públicas a los que la DOMA (más de 1000 normas) se aplica fueron todos diseñados en función del matrimonio de varón y mujer y los concretos beneficios que ese matrimonio reporta a la sociedad. De este modo, la pretensión de los llamados matrimonios de personas del mismo sexo de acceder a esos programas incluidos en la DOMA resultaba una forma de apropiarse de los beneficios sin que estuviera probado que contribuyen de manera igual a la generación de las bienes sociales que están en la base de cada norma. (4)

\* Es razonable que el gobierno federal defina qué personas son elegibles para participar de ciertos programas o acciones y esas distinciones no pueden considerarse por sí mismas arbitrarias. Si bien es cierto que corresponde a los estados definir qué entienden por matrimonio, también es cierto que es usual que el gobierno federal defina ciertos términos a los fines de la ley federal. Wardle cita el ejemplo de los matrimonios de inmigrantes, que son reconocidos por ciertos estados, pero que no son válidos a nivel federal, por ejemplo para disposiciones relativas a la visa. (5) En el voto de la mayoría se aborda este punto, y se señala que la DOMA era

distinta por su alcance ya que abarca más de 1000 regulaciones federales. Entendemos que no alcanza a demostrar la irrazonabilidad de la DOMA ni su inconstitucionalidad este argumento centrado en la cantidad de normas en las que se aplica la distinción.

Finalmente, cabe señalar que la decisión de Windsor que reconoce a cada Estado la potestad de definir qué se entiende por matrimonio, parecería que debería haber ido acompañada de una revalidación de la Proposición 8, donde justamente fue la ciudadanía de un Estado concreto la que definió con alcance constitucional qué se entiende por matrimonio. Sin embargo, la defección de los funcionarios públicos del estado de California y la decisión de la Corte de negar legitimación a los promotores de la Proposición 8 dejaron el interrogante abierto y seguramente veremos futuros planteos en torno a este punto. Ello nos conduce a considerar el tema de la noción de matrimonio que está subyacente en las sentencias.

#### 5. La noción de matrimonio subyacente en las sentencias

El tercer tema que queremos abordar es el referido a la noción misma de matrimonio. Así, mientras que Windsor en su voto mayoritario se resuelve en virtud de un principio de igualdad aplicable sólo a los matrimonios celebrados en el estado de Nueva York y por aplicación del federalismo que delega en cada estado la decisión sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, Perry se resuelve por un problema de falta de legitimación y no alcanza a pronunciarse sobre la cuestión misma del matrimonio entre personas del mismo sexo denegado en un estado determinado. Es decir, en ninguna de las dos decisiones tenemos una redefinición del matrimonio con alcance federal. Tampoco tenemos consideraciones ni decisiones sobre el derecho a casarse, ni siquiera desde la perspectiva del individuo. [\(6\)](#)

Nos proponemos analizar dos aspectos de este tema: por un lado, las consideraciones de la sentencia Windsor en torno al pretendido matrimonio de personas del mismo sexo y si el mismo se encuentra profundamente enraizado en la historia y tradición de la Nación, de modo que se pueda considerar protegido por la cláusula del debido proceso legal de la Enmienda 14; por el otro, qué entiende la Corte por matrimonio.

a) ¿El matrimonio de personas del mismo sexo está profundamente enraizado en la historia y tradición de la Nación?

Desde una perspectiva del derecho americano, la Corte Suprema ha eludido enmarcar la controversia de Windsor en torno a la DOMA en la cláusula del debido proceso legal de la Enmienda 14 que dice "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 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". [\(7\)](#)

Bajo la doctrina del "debido proceso legal" de la Enmienda 14, la Corte Suprema protege los derechos "profundamente enraizados en la historia y tradición de esta Nación" ("deeply rooted in this Nation's history and tradition", *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702, 720—721 - 1997). Como lo hacen notar los votos disidentes, en el voto de la mayoría no se ha recurrido a este standard para resolver la cuestión del matrimonio de personas del mismo sexo. Para la Corte se trata de un problema de igualdad en perspectiva federal.

Sobre el tema en el voto de la mayoría parece primar un enfoque descriptivo: "Parece justo concluir que, hasta años recientes, muchos ciudadanos no habrían siquiera considerado la posibilidad de que dos personas del mismo sexo aspiren a ocupar el mismo status y dignidad que un varón y una mujer en un matrimonio legal. Pues el matrimonio entre varón y mujer sin dudas ha sido visto por casi toda la gente como esencial a la misma definición de tal término y a su rol y función a través de la historia de la civilización. Esa creencia, para muchos que la han tenido por mucho tiempo, se volvió más urgente y apreciada cuando fue desafiada. Para otros, sin embargo, ocurrió el inicio de una nueva perspectiva, una nueva mirada" (p. 13). [\(8\)](#) En el párrafo transcrito advertimos un reconocimiento implícito de que no existe un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo "profundamente enraizado en la historia y la tradición de la Nación".

Alguna duda podría surgir si analizamos unos párrafos más adelante un considerando que incorpora la perspectiva "evolutiva": "El interés de los Estados en definir y regular la relación marital, sujeto a garantías constitucionales, se entronca con el entendimiento de que el matrimonio es más que una clasificación rutinaria para propósito de ciertos beneficios normativos. La intimidad sexual, privada y consentida entre dos adultos no puede ser penada por el Estado y puede formar un elemento en un vínculo persona que es perdurable. *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558, 567 (2003). Por su reconocimiento de la validez de los matrimonios del mismo sexo celebrados en otras jurisdicciones y por la autorización posterior de las uniones de personas del mismo sexo y los matrimonios del mismo sexo, Nueva York buscó dar más protección y dignidad a ese vínculo. Para las parejas del mismo sexo que quieren estar casadas, el Estado actuó para dar a su conducta legal un status legal.

Este status es un reconocimiento de alcance legal de la relación íntima entre dos personas, una relación considerada por el Estado como merecedora de una dignidad en la comunidad igual a la de otros matrimonios. Refleja tanto la ponderada perspectiva de la comunidad sobre las raíces históricas de la institución del matrimonio, como su entendimiento evolutivo" (p. 20). [\(9\)](#)

Aquí subyace, por un lado, una segunda mención a las raíces históricas del matrimonio, que habíamos visto ya presentes unos párrafos antes, y por otro lado la mención a una interpretación "evolutiva", que podría estar marcando un posible itinerario de debate: ¿hasta qué punto y cómo evoluciona la institución de matrimonio? ¿Tal supuesta evolución merece la protección concedida a los derechos fundamentales enraizados en la tradición de la Nación?

Entendemos que el voto de la mayoría en Windsor es bien cauto en no instaurar un supuesto derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, es probable que en torno a la interpretación de los dos párrafos que hemos transcripto se genere una profunda controversia y el tema vuelva a ser considerado en los tribunales.

b) ¿Qué es el matrimonio?

A lo largo de las consideraciones de los diferentes votos de Windsor, podemos encontrar un interesante contrapunto en torno a qué se entiende por matrimonio.

Por un lado, en el voto mayoritario de Windsor, se habla de las uniones de personas del mismo sexo que "quieren definirse a sí mismas por el compromiso de uno con el otro" ("those same-sex couples who wish to define themselves by their commitment to each other", p. 14). Unas líneas más adelante se reitera la idea, ahora dando a la misma una proyección social: "parejas del mismo sexo que quisieron afirmar el compromiso de uno con el otro ante sus hijos, su familia, sus amigos y su comunidad" ("same-sex couples who wanted to affirm their commitment to one another before their children, their family, their friends, and their community", p. 14). Antes vimos que se hablaba de la "relación íntima entre dos personas" y de la relación "privada, sexual y consensual entre dos personas". Así, el matrimonio aparece concebido como compromiso entre adultos, sin proyección hacia los niños. De alguna manera se priva la institución matrimonial de su intrínseca finalidad procreativa.

En cambio, el juez Alito, luego de considerar que el matrimonio de personas del mismo sexo no está enraizado en la historia y tradición de la Nación, enfatiza: "Lo que Windsor y los Estados Unidos buscan, entonces, no es la protección de un derecho profundamente enraizado sino el reconocimiento de un derecho muy nuevo, y no buscan esta innovación en un cuerpo legislativo elegido por la población, sino de jueces no elegidos. Enfrentados a tal demanda, los jueces tienen motivo tanto para cautela como humildad. La familia y es una antigua y universal institución humana. La estructura de la familia refleja las características de una civilización y los cambios en la estructura familiar y en entendimiento popular del matrimonio y la familia pueden tener efectos profundos. Anteriores cambios en el entendimiento del matrimonio -por ejemplo, la creciente incidencia de la idea de que el amor romántico es un prerrequisito del matrimonio- han tenido consecuencias de largo alcance. Pero el proceso por el que emergen esas consecuencias es complejo y comprende la interacción de numerosos factores, y tiende a ocurrir en un período extendido de tiempo" (p. 8 de la disidencia del juez Alito). [\(10\)](#)

Ciertamente Alito no brinda en forma explícita una definición de matrimonio, y se limita a constatar que la Constitución simplemente no habla de matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero su voto deja traslucir el fondo del debate, especialmente con las citas de la nota al pie número 6 que remiten a Lynn Wardle y Maggie Gallagher. Por nuestra parte, como varias veces lo sostuvimos, entendemos que el matrimonio es mucho más que la regulación de la vida afectiva de las personas. Es una institución de profundas raíces antropológicas y en las que están en juego bienes humanos básicos como lo afirma John Finnis: "el matrimonio es un bien humano distintivo y fundamental porque permite a las partes que lo integran, la mujer y el marido, florecer como individuos y como pareja, ambos por la forma más abarcativa posible de unión entre seres humanos y por la más radical y creativa de permitir que florezca otra persona, es decir, por traer a la existencia a esa persona como concebido, embrión, niño y eventualmente adulto, plenamente capaz de participar en el florecimiento humano bajo su propia responsabilidad". [\(11\)](#)

Reiteramos que este contrapunto en torno a la noción de matrimonio no ha sido el foco de las decisiones de la Corte Suprema que comentamos. Por el contrario, han primado elementos procesales y de federalismo, por sobre las consideraciones de derecho de familia. De allí que todavía haya un gran campo de debate académico y judicial.

## 6. Conclusiones

Del análisis realizado podemos extraer algunas conclusiones:

\* La Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad de la ley DOMA y por tanto pareciera que se limita seriamente la posibilidad de establecer una definición uniforme de matrimonio para todo el país.

\* Se reafirma el principio federal de definición del matrimonio en el campo de cada estado.

\* No se crea un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo de alcance nacional, pues la sentencia se limita claramente a los casos de matrimonios legales en un estado determinado y a los fines de su reconocimiento federal.

\* No se prohíbe a los estados legislar en base a la definición de matrimonio centrada en el varón y la mujer como contrayentes.

\* Ningún juez estableció en disidencia que la Corte tendría que haber sido más amplia en su decisión, o que la sección 3 de la DOMA era inconstitucional en base a principios de igualdad solos (pues aquí se aplicó la igualdad en función de intereses federales), o sugiriendo que el rechazo del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo por sí violaba el principio de igualdad. (12)

Estamos inmersos en un profundo debate cultural sobre qué es el matrimonio. Al respecto, como hemos dicho en otras oportunidades, entendemos que se juega mucho más que una simple regulación jurídica de la vida afectiva de las personas. Se encuentra en juego la noción misma de persona, su carácter sexuado y su intrínseca relacionalidad, relacionalidad que se abre al encuentro con el otro que me complementa y perfecciona y que, en la unión, abre a la posibilidad de nueva vida y a la sociedad. (13)

El matrimonio entre personas del mismo sexo, al quitar relevancia jurídica a esa complementariedad de varón y mujer (14), enfatiza al sujeto autónomo que se autoconstruye en el género y que entabla vínculos desde una perspectiva puramente individual. Este cambio de eje hacia el contractualismo, abandonando la idea de matrimonio como institución (15), deja entrever un enfoque marcadamente individualista, que conduce a una profunda transformación social. En esta perspectiva, existe un profundo giro que privilegia los deseos de los adultos y posterga a un segundo plano los derechos de los niños. (16)

Coincidimos con Ursula Basset cuando afirma sobre el reconocimiento legal como matrimonio de las uniones de personas del mismo sexo: "No se trata de una violación al derecho de igual trato ante la ley: hay razonabilidad en el trato divergente de acuerdo con las competencias divergentes. No se trata del derecho a la privacidad: la pretensión es de hacer público un modelo de vida. Se trata de que las instituciones civiles deben estar al servicio de la sociedad y del bien común: las pretensiones de los individuos merecen su reconocimiento, siempre y cuando justifiquen su razonabilidad y se ordenen al bien de la comunidad toda". (17)

Creemos que es necesario llamar la atención sobre estas tendencias de fondo, pues todos anhelamos una plenitud de vida que se concreta en la comunión, comunión que no es uniformidad, pero que tampoco es el fruto de un mero pacto de voluntades individuales sin arraigo en bienes inherentes a la dignidad de la persona humana. Creemos que la relacionalidad es garantía de justicia y búsqueda del bien común, desde la dinámica más básica que es la complementariedad entre varón y mujer.

(1) JOHNSON, Harold, "High court subverts initiative process", <http://www.utsandiego.com/news/2013/Jun/28/high-court-subverts-initiative-process/> (último acceso: 8-7-2013)

(2) Un interesante análisis de la génesis de la ley DOMA en Wardle, Lynn, "Section Three of the Defense of Marriage Act: Deciding, Democracy, and the Constitution", *Drake Law Review*, Vol. 58, 2010, p. 951-1003. El voto de la mayoría usa palabras particularmente fuertes y prejuiciosas hacia los promotores de la DOMA, desconociendo el proceso de surgimiento de esa ley y los consensos que tuvo en su momento en el Congreso y en el Poder Ejecutivo.

(3) Wardle, Lynn, loc. cit., p. 956.

(4) Ver al respecto nuestro artículo: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "La contribución del matrimonio al bien común: perspectivas y desafíos", en *Prudentia Iuris*, EDUCA, Buenos Aires, n. 68/69, noviembre de 2010, pp. 99-124.

(5) Wardle, Lynn, loc. cit., p. 974.

(6) En un interesante artículo, William Duncan contrapone un enfoque más centrado en el individuo propio de los Estados Unidos, de uno que coloca el foco en el niño: DUNCAN, William, "Why French Law Rejects Gay Marriage: An Analysis of Authorities", *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, Vol. 2, 2011, p. 215.

(7) <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html> (último acceso: 8-7-2013).

(8) Del voto de la mayoría: "It seems fair to conclude that, until recent years, many citizens had not even

considered the possibility that two persons of the same sex might aspire to occupy the same status and dignity as that of a man and woman in lawful marriage. For marriage between a man and a woman no doubt had been thought of by most people as essential to the very definition of that term and to its role and function throughout the history of civilization. That belief, for many who long have held it, became even more urgent, more cherished when challenged. For others, however, came the beginnings of a new perspective, a new insight".

(9) Del voto de la mayoría: "The States' interest in defining and regulating the marital relation, subject to constitutional guarantees, stems from the understanding that marriage is more than a routine classification for purposes of certain statutory benefits. Private, consensual sexual intimacy between two adult persons of the same sex may not be punished by the State, and it can form "but one element in a personal bond that is more enduring." *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558, 567 (2003). By its recognition of the validity of same-sex marriages performed in other jurisdictions and then by authorizing same-sex unions and same-sex marriages, New York sought to give further protection and dignity to that bond. For same-sex couples who wished to be married, the State acted to give their lawful conduct a lawful status. This status is a far-reaching legal acknowledgment of the intimate relationship between two people, a relationship deemed by the State worthy of dignity in the community equal with all other marriages. It reflects both the community's considered perspective on the historical roots of the institution of marriage and its evolving understanding of the meaning of equality".

(10) Del voto del Juez Alito: "What *Windsor* and the United States seek, therefore, is not the protection of a deeply rooted right but the recognition of a very new right, and they seek this innovation not from a legislative body elected by the people, but from unelected judges. Faced with such a request, judges have cause for both caution and humility. The family is an ancient and universal human institution. Family structure reflects the characteristics of a civilization, and changes in family structure and in the popular understanding of marriage and the family can have profound effects. Past changes in the understanding of marriage- for example, the gradual ascendance of the idea that romantic love is a prerequisite to marriage- have had far-reaching consequences. But the process by which such consequences come about is complex, involving the interaction of numerous factors, and tends to occur over an extended period of time".

(11) FINNIS, John, "Marriage: a Basic and Exigent Good", *The Monist*, vol. 91, nos. 3 and 4, pp. 388-406, p. 389: "Marriage is a distinct fundamental human good because it enables the parties to it, the wife and husband, to flourish as individuals and as a couple, both by the most far-reaching form of togetherness possible for human beings and by the most radical and creative enabling of another person to flourish, namely, the bringing of that person into existence as conceptus, embryo, child, and eventually adult, fully able to participate in human flourishing on his or her own responsibility".

(12) WARDLE, Lynn, "Summary of and Initial Reflections on *Windsor* and *Perry*", Artículo inédito.

(13) Sobre el problema de las relaciones entre varón y mujer desde la perspectiva de la comunión y la complementariedad, ver ALVARE, Helen, "Communion or Suspicion: Which Way for Woman and Man?", 8 *Ave Maria Law Review*, Fall 2009, 167.

(14) Ver WARDLE, Lynn, "The boundaries of Belonging: Allegiance, Purpose and the Definition of Marriage", *BYU Journal of Public Law*, Vol. 25, 2011, p. 287.

(15) Así lo expresa muy bien ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., "XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán) "Efectos de la ley 26.618 en el Derecho de Familia", *La Ley*, Sup. Act. 27/12/2011, 27/12/2011, 1.

(16) SOMMERVILLE, Margaret, "Children's Human Rights to Natural Biological Origins and Family Structure", *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, Vol. 1, 2010, p. 35; Fitzgibbon, Scott, "Procreative Justice and the Recognition of Marriage", *Boston College Law School Faculty Papers*, 1/28/2007, <http://lawdigitalcommons.bc.edu/lfp/208/> (último acceso: 8/7/2013).

(17) BASSET, Ursula C., "Parejas de personas del mismo sexo, derechos humanos y derecho civil", *La Ley*, Sup. Act. 01/12/2009, 01/12/2009, 1.

## Información Relacionada

Voces:

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA ~ MATRIMONIO ~ DERECHO COMPARADO ~ INTERPRETACION  
JUDICIAL ~ SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA ~  
CONSTITUCIONALIDAD ~ LEGITIMACION ~ MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO  
~ HOMOSEXUALIDAD ~ FEDERALISMO ~ SENTENCIA EXTRANJERA ~ CONYUGE ~ CONYUGE  
SUPERSTITE ~ DERECHOS HUMANOS ~ DERECHO A LA DIGNIDAD ~ DERECHOS DEL CONYUGE  
~ JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Fallo comentado: [Suprema Corte de Estados Unidos. Hollingsworth et al c. Perry et al. 2013-06-26.](#)