

LÉVI-STRAUSS EN EL MARBLE PALACE:  
UNITED STATES V. WINDSOR

MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES (\*)

SUMARIO: 1. LA CUESTIÓN DE LAS CIENCIAS HUMANAS.—2. *EQUAL PROTECTION* Y LIBERTADES. LA PERSPECTIVA DE LA DISCRIMINACIÓN.—3. UNITED STATES V. WINDSOR— 4. EL CASO Y SU RESPUESTA JUDICIAL—5. LA PERSPECTIVA DE LA LIBERTAD

---

(\*) Letrado de las Cortes Generales

## 1. LA CUESTIÓN DE LAS CIENCIAS HUMANAS

En el año 1956 Claude Lévi-Strauss, escribía:

“Como Tylor demostró hace casi un siglo, la explicación última es probablemente que la humanidad comprendió desde muy al principio que, con el fin de liberarse de la lucha salvaje por la existencia, se enfrentaba con la simple elección entre «casarse fuera del grupo o ser matado fuera del grupo». La alternativa era entre familias biológicas viviendo en yuxtaposición y tratando de seguir siendo unidades cerradas y autosuficientes, atezadas por sus temores, odios e ignorancias, y el establecimiento sistemático, por medio de la prohibición del incesto, de lazos matrimoniales entre dichas familias, logrando así construir, mediante los lazos artificiales de la afinidad, una verdadera sociedad humana a pesar de, y en contradicción con, la influencia aislante de la consanguinidad. En consecuencia, podemos comprender mejor cómo sucedió que, si bien no sabemos todavía lo que es la familia, conocemos bien los prerequisites y las reglas prácticas que definen sus condiciones de perpetuación.

Los llamados pueblos primitivos poseen, para dicho fin, reglas muy inteligentes a la vez que en extremo simples, pero debido al formidable incremento del tamaño y fluidez de la sociedad moderna dichas reglas son en ocasiones difíciles de comprender para nosotros. Con el fin de asegurar que las familias no se cerrarán y no se constituirán progresivamente en unidades autosuficientes, nuestra sociedad se contenta con prohibir el matrimonio entre parientes próximos. El número de contactos sociales que cualquier individuo es verosímil que mantenga fuera de su familia restringida, es lo suficientemente grande como para proporcionar una probabilidad alta de que, por término medio, a los cientos de familias que constituyen en cualquier momento dado una sociedad moderna no les será permitido «congelarse», si uno puede usar dicha palabra. Por

otra parte, la máxima libertad en la elección del cónyuge (sometida a la única condición de que la elección debe realizarse fuera de la familia restringida) asegura que estas familias se mantendrán en flujo continuo y que tendrá lugar un proceso satisfactorio de «mezcla» constante a través del matrimonio, contribuyendo así a la aparición de una fábrica social homogénea y bien combinada.”(1)

Sirva esta cita de introducción no jurídica a una cuestión que sí lo es y como advertencia sobre la inseguridad de las afirmaciones en que se puede aventurar un ciudadano de hoy a la hora de dar por fijados en base a principios naturales y criterios legales históricos. No se trata de observar un riguroso historicismo pero sí de destacar la relevancia que estudios como el citado tienen para un juez de hoy, para decidir cuestiones de hoy. Naturalismo e historicismo no son en absoluto incompatibles y esa condición es común.

La cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo es una cuestión actual, vigente y muy polémica. Con esa actualidad va unida la misma polémica, pues la sociedad se muestra dividida sobre la cuestión, casi podría decirse que irremisiblemente dividida. En ese contexto, que recuerda a otras polémicas relacionadas con la igualdad, los Tribunales tienen que intervenir para reducir la pregunta a sus componentes esenciales, que no son la valoración ética, moral o religiosa del problema, sino la cuestión mucho más acotada de si es conforme a la Constitución, es decir, si entra en contradicción o no con una norma superior que se caracteriza por su esencial apertura. La posición del Tribunal es neutral y se caracteriza por la búsqueda de la verdad constitucional, no la de un estándar moral o una doctrina ética o religiosa, lo que sin duda facilita la resolución del problema(2).

El Tribunal de Derecho se sitúa ante la pregunta con una postura general que, recordando a Husserl, podría llamarse reductiva. Suspende su opinión sobre el asunto, reduciéndolo a una averiguación conceptual, en ausencia de una solución constitucional clara. En ausencia de norma, el Juez tiene que llegar a un razonamiento con-

---

(1) CLAUDE LÉVI-STRAUSS, *La familia*, en Lévi-Strauss, C.; Spiro, M.E. & Gough, K. (1956). *Polémica sobre el Origen y la Universalidad de la Familia*. Anagrama.

(2) DAVID LEWIS, *Convention. A Philosophical study*, Oxford, 1986

forme a reglas plausibles y coherentes, siempre en relación directa de texto a problema o, si se prefiere del texto al recurso que ha llevado al litigio(3). Para esta finalidad se hace uso de un conjunto de técnicas, entre ella la interpretación conforme a criterios preestablecidos en otro texto legal y en la jurisprudencia, que no son excluyentes y que están organizados para encontrar la validez epistémica, es decir, la verdad que hemos llamado constitucional, que, obviamente, no tiene nada que ver con la realidad material del mundo (4).

Muchas veces no puede encontrarse en esa realidad una disposición natural única de los elementos de la convivencia humana al nivel de agrupaciones familiares. Esto es algo indiscutible y han sido la etnografía y la antropología las que lo han confirmado, aunque existan pautas o huellas estructurales que podríamos decir que permiten subrayar analogías formales en la vida del grupo. No vamos a encontrar un matrimonio como algo en sí, aislable y repetible sin excepción, una especie de ley matrimonial o grupal única que sea tan cierta como las ecuaciones de campo. Lo que hay son formas, inicialmente sociales y solamente más tarde jurídicas, es decir, codificadas como vinculantes. Sostener esto no es sostener un relativismo de ninguna clase, sino referirse a lo que hay, como inevitable punto de referencia a esa robusta realidad a la que se refería Bertrand Russell.

A pesar de ser la cuestión polémica, no puede decirse que lo sea más que el hecho, sancionado por la ley en su momento, de que las personas de raza negra tuviesen que ocupar asientos separados de los blancos en autobuses o en restaurantes. Es difícil imaginar que esa desigualdad sea algo menos polémico y sin embargo puede decirse que lo fue y que ya no lo es. Nadie sostiene hoy día que los que tienen que estar separados y ceder el asiento sean iguales, en la doctrina a la que puso punto final *Brown v. Board of Education of Topeka*, ni que las restantes muestras de segregación sean aceptables.

---

(3) EDWARD CORWIN, *The Higher Law Background of American Constitutional Law*, Harvard Law Review, 1928

(4) JEREMY WALDROM, *Vagueness in Law and Language. Some Philosophical Issues*, California Law Review, vol. 82, n. 3, May, pp. 509 y s.

## 2. *EQUAL PROTECTION* Y LIBERTADES. LA PERSPECTIVA DE LA DISCRIMINACIÓN

Hay que hacer una serie de consideraciones previas para poder aproximarse a los criterios a los que se refiere el Tribunal. No puede confundirse el modo de aproximación del Tribunal a la constitucionalidad con el problema de fondo que se trata de resolver. Y para comprender el modo de atender el problema debe distinguirse con toda claridad entre la doctrina de la *equal protection* y sus límites y la cuestión de los derechos fundamentales, a veces confundidos en la exposición del Derecho Constitucional(5).

En la doctrina de la *equal protection* el problema es la desigualdad ante la ley, o, si se quiere, de la discriminación, entendida como diferente tratamiento para las clases de ciudadanos. Su causa puede estar fundada en *classifications*, que la propia ley crea, a veces *suspects*, que son las que, por la diferencia que introducen, permiten comprobar si esa diferencia es o no razonable. Y en este punto, la doctrina norteamericana ha permitido hablar de análisis de las diferencias desde una perspectiva doble: la condición afectada y el nivel de *judicial review* que se impone en cada caso.

En las diferencias—*classifications*—sobre la raza o el origen nacional, se aplica siempre un test de *strict scrutiny*, es decir del máximo rigor, que lleva casi automáticamente a declarar la nulidad de las mismas sin gran esfuerzo argumentativo. Al afectar a aspectos personales y sociales que históricamente han dado lugar a un tratamiento aberrante de la dignidad humana, caen bajo el standard más duro y conducen a una nulidad casi siempre.

Para otro tipo de causas de diferenciación se aplica un *rational-basis scrutiny*, al que se referirá la sentencia, mucho más liviano que el anterior, y en que la diferenciación se apreciará en su relación con el contexto general de aplicación de la ley, y, entre medias, existirá un *intermediate scrutiny*, siendo esta distinción la que ha llevado a hablar de *two-tiered system of review*(6).

---

(5) CHARLES L. BLACK JR., *Structure and relationship in Constitutional Law*, Louisiana University Press, 1983, pp. 62 y ss.

(6) RONALD D. ROTUNDA, JOHN E. NOWAK y J. NELSON YOUNG, *Treatise on constitutional law. Substance and procedure*, West Publishing, 1986, volume 2, pp. 200 y ss.

Hay que distinguir este aspecto de las libertades y derechos fundamentales, considerados en su existencia objetiva y en principio aplicables a todos los ciudadanos, es decir, al margen de la discriminación. Cuando se habla en el Derecho de los Estados Unidos de libertades o derechos fundamentales, se deja siempre bien claro que son diferentes las formas de reconocimiento que se derivan de la doctrina del *due process* y las que se deducen de la *equal protection*. La primera se ancla en las cláusulas de proceso debido de la Quinta y la Decimocuarta enmienda, y la segunda categoría está centrada en la doctrina de la *equal protection* de la Decimocuarta enmienda, con alguna posibilidad de aplicación de la última doctrina en lo que se refiere a las libertades históricas. Puede decirse que si el derecho se deniega a todos la cuestión estará enmarcada en la cláusula de proceso debido, mientras que si se concede a unos y no a otros, se podrá accionar en base a la doctrina de la *equal protection* o en fundamento a la libertad del proceso debido, aunque esta distinción no está demasiado afianzada(7).

Todavía existe una categoría de la mayor importancia, la de las *preferred freedoms*, que no cabe confundir con ninguna de las anteriores. Esa categoría, de creación jurisprudencial, tiene más que ver con la presunción de constitucionalidad de la ley y se refiere a libertades fundamentales contenidas en el texto constitucional. La existencia de una libertad preferente supone la inversión de la presunción y la nulidad de la ley que vulnere esas libertades, que con su superioridad determina que el legislador debe abstenerse de acciones contra la misma, todo ello basado en la famosa nota del Juez Stone en su opinión sobre el caso *United States v. Carolene Products*.

La doctrina de las *preferred freedoms* tiene una independencia conceptual plena respecto de la *equal protection*, lo que no quiere decir que no se pueda servir de las consideraciones sobre el alcance de la *judicial review* y, en concreto, el modo de escrutinio, más o menos estricto. En ese supuesto de la libertad de expresión, la conexión viene dada por la dependencia, de uno u otro modo, del escrutinio del hecho de que la limitación a la libertad de expresión sea *content-based* o *content-neutral*, es decir, esté o no basada en el con-

---

(7) HAND, LEARNED, *The Bill of Rights*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1958.

tenido de lo que se expresa, pues en el primer caso habrá un *strict scrutiny* y en el segundo un *intermediate scrutiny*.

### 3. UNITED STATES V. WINDSOR

El Tribunal Supremo norteamericano se ha pronunciado muy recientemente sobre una ley que definía el matrimonio como el que contrae un hombre y una mujer. Esta ley federal, la *Defense of Marriage Act*, DOMA, servía como una especie de norma de definiciones, una figura muy peculiar entre las cuales se definía la de matrimonio a otros efectos legales, suponiendo un pronunciamiento que entre otras cosas impidió a la demandante quedar exenta del impuesto de sucesiones sobre la herencia recibida como cónyuge legal de otra mujer con la que había contraído matrimonio en Canadá.

El actual Gobierno ya informó al Tribunal que no defendería la citada ley, por lo que para sostener la acción intervino un comité bipartisan de la Cámara para Asuntos Judiciales, (BLAG), quien asumió la defensa en virtud de un estatuto legal que le permitía intervenir. La cuestión era procesalmente enrevesada porque el Tribunal de Distrito y la Corte de Apelación habían dado la razón a la demandante y ante esta situación y la postura del Gobierno, el Tribunal se planteó una falta de jurisdicción, que finalmente la mayoría rechazó, en base a una ausencia de *case or controversy*, al haber sostenido la acción el citado Comité de la Cámara.

Desde el punto de vista sustantivo, se planteaban varios problemas. La libertad de la enmienda V, la *equal protection* y la teoría de los *fundamental interests*, también aludido por la idea de un *modern substantive due process*(8). No en una consideración abstracta sobre la condición estructural del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino a la afectación de tales intereses, especialmente protegidos por el derecho a la libertad de la Quinta enmienda y por la doc-

---

(8) LAWRENCE TRIBE, *American Constitutional Law*, vol. I, Foundation Press, 2000, pp. 282 y ss. Ese volumen primero de la obra en la última edición, se refiere a sucesivos modelos constitucionales en función de la evolución de la jurisprudencia constitucional, en una perspectiva de periodización inédita en el constitucionalismo europeo.

trina de la mencionada *equal protection* de la Decimocuarta enmienda de la Constitución, que es, como es sabido, donde la doctrina ha encontrado el fulcro para su impulso y consolidación y donde se sitúan los derechos derivados de lo que el propio Tribunal ha denominado las penumbras del texto constitucional según la cual, “heightened equal protection scrutiny should apply to laws that classify on the basis of sexual orientation”.

La exigencia estricta de la existencia de un *case or controversy* para que el Poder Judicial esté obligado a pronunciarse distancia este ejercicio de recursos abstractos, donde la especulación se desenvuelve en principio sin otros límites que el texto constitucional que se cree vulnerado y la ley contra la que se recurre. Incluso este hecho es reconocido por el voto de Alito, que indica que en la Constitución no existe un derecho al matrimonio de las personas del mismo sexo ni entre personas de diferente sexo.

El análisis del Tribunal se extiende a la cuestión de si esa definición legal, que ha impedido la aplicación de leyes tributarias a la mujer por la herencia de su pareja legal, invalida la libertad a la que se refiere la Quinta enmienda o la *equal protection*. No es por tanto una sanción moral o legal, ni una recomendación política, sino una cuestión acotada, limitada y aplicada en un caso, pues se trata de un caso concreto, aunque Scalia en su voto particular niegue la existencia de ese *case or controversy*. Hay un caso de denegación de la extensión de efectos de un régimen tributario más beneficioso por la aplicación de la definición legal de matrimonio. El caso *Lyng vs. Castillo* ya se pronunció desde esa perspectiva sobre el *familiar status*(9).

#### 4. EL CASO Y SU RESPUESTA JUDICIAL

El matrimonio, como ya hemos anticipado, es un status y nunca ha dejado de ser un vínculo legal, es decir, una situación a la que acceden dos personas que pretenden a la vez su reconocimiento por el Estado. En el esquema del matrimonio civil no hay otra cosa que la

---

(9) FALTA NOTA

definición de un vínculo legal del que se derivan derechos y obligaciones, que se asume voluntariamente por ese compromiso precisamente, y que se regula en una norma escrita, en nuestro caso el Código Civil.

Lo que la persona que quiere casarse hace ante el Estado es solicitar que ese Estado le case, es decir, dicte un acto oficial de reconocimiento aplicando las normas sobre el matrimonio respaldadas por la protección de la ley y de los Tribunales y esto es perfectamente compatible con la convicción y la valoración por la que las personas deciden casarse. No estamos hablando de otra cosa y ante un Tribunal la decisión sobre si cabe entre personas del mismo sexo tiene que partir de ese carácter legal del matrimonio. Las razones muy emotivas que acompañan, de un lado y del otro, a la oportunidad de ambas propuestas no tienen nada que ver con modelos sociales, imposiciones políticas o razones históricas. Es, se trata de un problema legal y esta forma de acercarse al mismo, mucho menos emocionante, facilita por otro lado una aproximación racional(10).

Por tanto, la reivindicación del matrimonio entre personas del mismo sexo es la de un status definido por la ley, el de casado, que se adquiere voluntariamente -pues no existe una obligación de casarse- y que tiene por base un cierto compromiso asumido. Ese status, como todo status, implica la obligación de cumplir las obligaciones a las que hacíamos referencia y supone también efectos sobre otras personas, aunque algunos de ellos derivan de la filiación, que es otro status, que también se estudia en el Derecho Civil, junto al matrimonio. Al elemento de ese compromiso asumido, respecto del que se busca la sanción de las leyes, se refiere *United States vs. Windsor* cuando lo hace a “*those same-sex couples to define themselves by theirs commitment to each other*”.

El matrimonio, como concepto jurídico, no es igual a la familia, a la filiación o a la adopción, estructuras jurídicas diferentes a pesar de la frecuente incorporación de unos contenidos a otros, con grave quiebra de la precisión del razonamiento. La regulación legal permite

---

(10) CASS R. SUNSTEIN, *Naked preferences and the Constitution*, Columbia Law Review, 1984, november, pp. 1689 y ss.

distinguir entre ambos términos, a pesar de la interrelación que encontramos en la misma regulación. El matrimonio es un acto jurídico que convierte a dos personas en casados, es decir, atribuye el status de casado, con un régimen jurídico anejo, que contiene derechos y obligaciones entre los cónyuges, sin más. Junto a ese status, pueden existir familias sin matrimonio, como en el caso de la familia monoparental o en uniones de hecho, y que se reconocen a determinados efectos jurídicos, cada vez con mayor amplitud. No podemos confundir ambos conceptos, y a esa confusión vienen aparejadas muchas consecuencias. A los efectos de examinar el caso planteado en la sentencia, debemos referirnos de aquí en adelante exclusivamente al matrimonio, entendido como la unión civil de dos personas sancionada por el ordenamiento jurídico.

La estabilización de la cuestión, imprescindible para llegar a la solución del problema, plantea en primer lugar una cuestión en cierto modo no jurídica, que se encuentra situada exactamente en el centro de la polémica y que se refiere a la adecuación a un orden natural de las uniones de uno u otro tipo. Para los defensores de un solo tipo de matrimonio, esta es la perspectiva correcta, al existir unas condiciones de partida para el acceso a matrimonio, que están dadas por ese orden natural de las cosas, y que el Derecho solamente debe reconocer y amparar, lo que se refleja en alguna de las *opinions* de la minoría del Tribunal Supremo en la citada sentencia. El problema del orden natural del matrimonio, que considera que solamente debe serlo el contraído entre personas de distinto sexo, se resuelve para esta tesis atendiendo a la naturaleza, por lo que en cierto modo se confunden los perfiles de lo físico y lo normativo, definiendo el matrimonio legal en función de un hipotético hecho de naturaleza, lo que condicionaría la posición del Derecho respecto al mismo.

En segundo lugar, cabe enfocar el asunto desde otra perspectiva, la de si se puede extraer del ordenamiento jurídico constitucional, no ya de la naturaleza, de la convención o de la ideología, una opción obligada por un solo tipo de matrimonio, es decir, que el ordenamiento jurídico en el marco constitucional solamente permita un tipo de matrimonio. En este nivel se trata de saber si la Constitución impone un tipo de matrimonio, no desde la perspectiva a la que seguidamente haremos referencia —la de la discriminación— sino como consecuencia de la regulación propia de ese tipo de relaciones e ins-

tuciones sociales, es decir, desde la perspectiva de la regulación constitucional sobre la familia, pronunciamiento que conlleva el de la determinación, estrictamente correlativa, del derecho al matrimonio y su contenido.

En este punto, que es un problema constitucional, hay que indicar que en la doctrina consolidada de los *implied fundamental rights* se reconocen varios derechos relacionados con la vida familiar. Desde esta perspectiva, se trata de una jurisprudencia de principios, comenzando por *Meyer vs Nebraska*, donde el Tribunal reconoció la relevancia de la familia, en cuanto profundamente enraizada en la historia y tradición de la Nación. De ahí se deduce que el derecho a casarse es un derecho fundamental protegido por la cláusula de proceso debido. (*Loving vs Virginia*, *Griswold vs. Connecticut*, *Zablocki versus Redhail*, y solamente regulaciones razonables pueden imponerse sobre ese derecho, *Zablocki vs Redhail*).

Cualquier regulación que afecta a la posibilidad y capacidad de formar, mantener, disolver o resolver conflictos dentro de una familia está sometido a *strict scrutiny*, debiendo añadirse que existe también un derecho constitucional a vivir como una familia, que no está limitado a la familia nuclear, pues según el Tribunal puede extenderse el derecho a familias con otra estructura, refiriéndose expresamente a los hijos adoptivos *Moore vs. City of East Cleveland*, siendo muy compleja la cuestión, como el propio Tribunal reconoce y existiendo un juicio de ponderación entre los padres naturales y los adoptivos(11).

En tercer lugar, cabe considerar la cuestión desde una tercera perspectiva, la de la posible discriminación. Partiendo de la respuesta a la pregunta anterior, desde la perspectiva del concepto de familia de la Constitución, se trata de analizar si esa opción es en sí discriminatoria, lo que es un problema diferente al anterior. Cabría aquí plantear la duda de si una ley que opte por un solo tipo de matrimonio, el heterosexual -lo que implica como derecho solamente el de contraer matrimonio heterosexual- supone una o implica una discriminación,

---

(11) BRUCE ACKERMAN, *We, the People: Transformations*, Harvard University Press, 1998.

es decir, un problema de igualdad ante la ley, que no tiene ya nada que ver con el régimen constitucional y legal del matrimonio. Las causas de cada una de las cuestiones son diferentes (12).

La sentencia del Tribunal Supremo hace referencia, con mayor o menor intensidad, a los problemas o enfoque números 2 y 3, con alguna alusión al orden natural muy tangencial, explicando ya desde el principio que el *marital status* y su regulación es competencia de los Estados y que la jurisdicción federal no interviene en procesos de divorcio o custodia, porque no existe un Derecho federal de la familia, señalando que “*requires this Court now to address whether the resulting injury and indignity is a deprivation of an essential part of the liberty protected by the Fifth amendment*”.

Es decir, la Corte sitúa la cuestión legal en un lugar muy contrafáctico, al desplazar la atención desde la protección de la igualdad ante la ley y llevarla a una doctrina de la libertad, que vincula al Gobierno federal, lo que atiende a los problemas números 2 y 3. Para la sentencia la libertad protegida por la Quinta enmienda contiene dentro de ella la prohibición de la denegación a las personas de la *equal-protection guarantee*, que DOMA vulnera abiertamente, al forzar una clasificación inconstitucional en la clase –“in the class”, dice la sentencia- que niega el status a quien lo ha visto reconocido por un Estado de la Unión.

Habida cuenta de que la Decimocuarta enmienda solamente es oponible frente a los Estados, la sentencia apela a un respeto a la libertad en el ámbito de la Quinta enmienda, cuando se trate de libertades que están en la raíz de la sociedad norteamericana, aunque examinada en sus propios términos y en la jurisprudencia que cita, argumentando también en base a típicas decisiones de *equal protection* clásicas es decir, situadas en la enmienda Catorce, al referirse a las modalidades de *heightened scrutiny*.

La opinión de la sentencia es extraordinariamente dura con DOMA. Para la sentencia, la citada ley federal está dirigida a res-

---

(12) RAOUL BERGER, *Government by Judiciary. The transformation of the fourteenth amendment*, Harvard University Press, 1997.

tringir lo que debería protegerse , como está dirigida a diferenciar de forma injusta en función de la elección del tipo de matrimonio de que se trate. No es un instrumento neutro sino destinado a dañar la posición del *sex same marriage* frente al heterosexual, constituyendo un ataque directo contra los principios de la *equal protection*, explicitados en las sentencias que cita. influyendo, en términos de norma de vinculación legal, sobre más de mil quinientos estatutos y leyes federales es un exceso de la norma, porque afecta a la liberty.

La ley cuestionada supone para la sentencia una intención explícita de interponerse entre el ciudadano y las leyes de los Estados que, o bien autorizan el *same sex marriage* o bien reconocen el válidamente contraído en otros Estados, como ocurrió en el caso de la sentencia en Canadá. Las razones de la sentencia se orientan hacia esa intencionalidad, y analizan la ley en términos de su capacidad de neutralización de las políticas sobre regulación legal del matrimonio de los Estados. En ese sentido, considera que la razón de su aprobación fue precisamente la de condicionar las políticas de los Estados en materia de regulación del matrimonio, recordando que no existe un Derecho federal de la familia, siguiendo una atribución constitucional muy claramente afirmada. La intención de DOMA, según la sentencia, era precisamente condicionar la posible modificación de la legislación de los Estados sobre la materia, lo que arroja una carga sobre esa capacidad de la norma estatal de regular por sí el matrimonio, que siempre se considera una institución legal(13).

La doctrina de la *liberty* de la Quinta enmienda requiere para ser aplicada en ese ámbito la existencia de esos derechos reflejados desde los inicios de la Nación como esenciales, como raíz de la convivencia, lo que ni Alito ni Scalia conceden, y es que ese requisito es esencial para aplicar la doctrina de la *equal protection* en el marco de la Quinta enmienda, en concreto, en las libertades “*deeply rooted in this Nation’s history and tradition*”, *Washington v. Glucksberg*, 1997.

Esta opción doble, es atacada en el voto particular de Scalia, señalando que esa forma de proceder revela una indecisión en la ma-

---

(13) CASS. R. SUNSTEIN, *The partial Constitution*, Harvard University Press, 1993.

yoría, que opta por citar las sentencias de *equal protection* como base de su decisión, pero fundando la sentencia en el concepto de libertad de la Quinta enmienda. Scalia afirma que si bien existe una referencia a la eventual aplicación de la *equal protection* a la *liberty* de la Quinta, que vaya más allá que la protección frente a la obligación o imposición física, el Tribunal se apoya en ella con la inconsistencia de citar enmiendas que son características de la citada doctrina y por tanto incongruentes con la apelación a la citada Quinta enmienda, en concreto las sentencias en los asuntos *Bolling v. Sharpe*, 347 U. S. 497 (1954), *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U. S. 528 (1973), and *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996).

Desde esta perspectiva, respecto al problema numero 2, es cierto que según la opinion del juez Alito no hay un derecho a *same sex marriage* en la Constitución, pero sabe perfectamente que tampoco existe en la literalidad constitucional ese derecho a casarse entre personas de diferente sexo, aunque sí se reconoce en la jurisprudencia como derecho a la vida familiar y a la libertad de elección de cónyuge, como integrado en el derecho a la *privacy*, al que nos referiremos más adelante. Sencillamente, ninguno de esos derechos se incluye en la Constitución, por lo que del literalismo no se puede extraer una solución. La referencia a la inclusión en la Constitución de uno y otro derecho es no determinante, pues la solución tiene que venir por otra vía de la interpretación. Los problemas que la introducción del debate causa tienen que ser resueltos por medio de los criterios de la interpretación, en el contexto de una norma clara que autorice –o prohíba- uno u otro tipo de matrimonio(14).

Esta inexistencia no es ningún problema a los efectos de la aplicación de la Constitución, es más, se da con tal frecuencia que suele ser el caso habitual. Si la Constitución dijera que se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, o que se autoriza no habría nada que decidir, pues el asunto estaría resuelto por una cláusula expresa(15), en línea con el argumento favorable a la Constitución de

---

(14) ROBERT ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, pp. 23 y ss.

(15) Sobre el problema de la Constitución de detalle, ver la obra de VÍCTOR FERRERES COMELLAS, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

detalle. Es el silencio el que hay que interpretar, a la luz de la Constitución y de su interpretación, es decir, desde lo que se ha llamado las penumbras del texto, de las que ha extraído derechos reconocidos el Tribunal Supremo como *implied fundamental rights*.

## 5. LA PERSPECTIVA DE LA LIBERTAD

La tesis de la sentencia, al apoyarse aun en la *liberty* de la Quinta enmienda, parece optar por la opinión de que no es constitucionalmente legítima una ley que prohíba el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que trata sobre el que hemos llamado problema número 2. La *liberty* implica, desde una perspectiva de contenido, el derecho a contraer matrimonio bajo ese régimen de libertad y como tal libertad. Si bien no se deduce de la sentencia que exista un derecho fundamental implícito, la referencia a la libertad parece apuntar en esa misma dirección(16).

Esta es quizá la parte más sustantiva de la sentencia, y en primer lugar porque la alegación de vulneración de la libertad podría extrapolarse a una futura decisión sobre la constitucionalidad de las normas estatales, y también porque además se utiliza de forma convincente una alegación sobre la libertad personal invocable frente al Gobierno Federal. La cuestión sin embargo es aludida o mencionada, pero solamente cuando el Tribunal se pronuncia sobre la protección de la Quinta enmienda parece tratar de resolver esa cuestión. Los límites del caso se lo impiden, pues la cuestión tal y como ha sido planteada por el caso no requiere esa declaración, al referirse a DOMA.

El resultado, al invocar la *liberty* de la Quinta enmienda, remite a una posible futura declaración de inconstitucionalidad de las leyes que no permitan el matrimonio entre personas del mismo sexo, por constituir una vulneración de la citada libertad, sin atender, como base fundamental de la decisión, a la *equal protection*. En este aspecto puede hablarse de cierta prospectividad de la declaración, reforzada por el apoyo en la citada libertad, como derecho fundamental explícito. La alegación de que DOMA restringe la libertad de la citada

---

(16) JOSEPH RAZ, *The morality of freedom*, Oxford Clarendon Press, 1986, pp. 31 y ss.

Quinta enmienda va más allá de la discriminación, pues aunque se apela en la sentencia en ciertos casos a esta, la vulneración de esa libertad no se refiere a una discriminación, sino a la libertad en sí. Este es punto central de la cuestión, por lo que la sentencia sitúa la solución del problema en el que hemos llamado problema número 2.

La citada anidación del problema supone que la solución no está fundada en la discriminación sino en el derecho o libertad fundamental, que irradia su eficacia general sobre una materia del Derecho de familia. La argumentación se distancia de la comparación lesiva, típica del análisis de la discriminación, con sus elementos relativos a clases, clasificaciones y restantes conceptos, incluso del nivel de revisión judicial, y se cimenta en la libertad, como posición jurídica fundamental, que incluiría la libertad de contraer matrimonio, y *recabar la tutela legal de la libre elección del sujeto*. Esa opción es decisiva, puesto que se refiere a la garantía frente al Gobierno federal.

Este es un argumento muy serio y que además tiene unos efectos de, prospectividad innegable para resoluciones futuras. Al no apoyarse exclusivamente en la existencia de discriminación y centrar el razonamiento en la libertad protegida bajo el *due process*, en la que se incluye la garantía de la igual aplicación de las leyes, la declaración final del Tribunal adquiere una relevancia constitucional por sí, y al margen del caso de DOMA. Es la *libertad personal*, no el criterio de discriminación, la que justifica la capacidad de acceder a un status legal matrimonial como consecuencia de esa libertad, sin más. Es la invocación de esa libertad, en su aplicación legítima a situaciones en que no existan restricciones, frente a las que también protege la cláusula de proceso debido de la Quinta enmienda, la que funda por sí el derecho a contraer matrimonio, como emanación directa de esa libertad.

Es bien cierto que al final de la sentencia el Tribunal alude a la *equal protection* dentro de la *liberty* de la Quinta enmienda, pero el razonamiento de fondo, la ratio del fallo no es esa necesidad de igualar los regímenes, cualquiera que estos sean –pues esto dejaría fuera de la protección los casos límites, como aquel en que el Estado prohíba todos los matrimonios, supuesto en que por definición no hay afectación a la *equal protection*– sino que la libertad de la Quinta Enmienda ampara directamente el derecho a contraer matrimonio con

persona del mismo sexo, es decir, su inclusión en la aplicación del régimen matrimonial a ese caso.

Por ello, la conclusión de la sentencia es extraordinariamente coherente con la idea de la política y la Constitución en Estados Unidos. Al final de esa política, al final del debate de la Constitución, está la libertad, sin adjetivos, sin ni siquiera tipos o clases. Relacionar un determinado status legal con la libertad en ese status y el acceso al mismo impone una libertad más fundamental, más básica, incluso más fuerte que la protección frente a la discriminación. Es la manifestación más evidente de la existencia de posiciones jurídicas muy relevantes, se califiquen o no de fundamentales, y que determinan la definición de instituciones que traen causa de evidentes concepciones históricas. El matrimonio es una de ellas y no hace falta acogerse al más radical relativismo para poder comprobar que ha evolucionado en la historia y que incluso en su última etapa, depende de un complejo núcleo de ideas, diferentes en función del ámbito geográfico que se contemple, y de las ideas políticas y religiosas que predominen en cada etapa histórica.

Esta condicionalidad respecto de ideas generales sobre la existencia humana, más que sobre opciones políticas, aparece también en el caso del matrimonio legal. Las consideraciones sobre la exogamia en relación con la forma espontánea de la ordenación social, son tan oportunas como las que vinculan jurídicamente la regulación del matrimonio legal con las condiciones de libertad del ser humano. Ambas son históricas y ambas son sociales. La apelación a la libertad, articulada dentro de la cláusula de proceso debido, supone otorgar un efecto frente a todos del derecho al *same sex marriage*, aunque el Tribunal no lo diga expresamente. No es una cuestión de igual tratamiento sino de derechos fundamentales.

De esta forma, también, se elude el tratamiento en base a la naturaleza del derecho al matrimonio, su concepto, la dogmática de su esencia, y se centra en el efecto que la libertad tiene en la regulación del status marital. *No se trata tanto de si el matrimonio es o no es, ontológicamente, entre hombre y mujer, como de si una determinada regulación, en cuanto ampara y sanciona los efectos legales producidos bajo la misma, debe estar suficientemente condicionada por la garantía de la libertad bajo el due process.* Esta tesis supone que el de-

recho general de libertad ampara directamente que el matrimonio como imagen es la unión legal de dos personas del mismo o de distinto sexo(17).

Esta conclusión viene impuesta por la construcción de la realidad matrimonial como realidad legal. Sobre esa realidad legal se imponen modulaciones derivadas de la libertad, no de interpretaciones evolutivas e incierta del contexto social de la interpretación constitucional, con lo que hemos llegado a la aplicación de la doctrina de los principios neutrales y generales, más que a una interpretación evolutiva, como hace la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre este asunto. No se requiere dar el paso a la citada interpretación en términos de *equal protection*, es innecesario, sino que la exigencia de libertad simetriza la figura del matrimonio, por lo que se trata de un principio expandible a otras situaciones, centrado en la sanción legal razonable de un compromiso contraído por dos personas, que el Derecho ampara por su lógica interna, por decirlo de otro modo. Ello consume un método de resolver que supone que las decisiones tienen que ser enteramente definidas por principios que, por su generalidad y neutralidad, trascienden cualquier resultado del propio caso, como dijo el propio Wechsler.

El compromiso asumido, la seriedad del citado compromiso, al derivar del status derechos y deberes, es lo protegido por la regulación. *Y es clave entender que este razonamiento, en su generalidad, sería aplicable también en el caso de que lo que la ley autorizara fuese únicamente un matrimonio entre personas del mismo sexo y prohibiese el que se pretenda contraer entre personas de diferente sexo, alegando la bondad de un nuevo y revolucionario método de organización social, pues, del mismo modo, lo que se negaría es la libertad.* Weschler afirmó, planteándolo como interrogación socrática, la esencia del problema judicial, preguntándose: *¿No deben decidir [los jueces] sobre el fundamento de la adecuada neutralidad,*

---

(17) La referencia a la imagen del derecho, como objeto de reconocimiento del mismo, está vinculada a la cuestión del contenido esencial, siendo un argumento de la doctrina alemana sobre la determinación de ese contenido. PETER HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, F. Müller, 1983.

*probada no solo sobre la aplicación instantánea, sino también por los principios aplicados?*

Para la sentencia, la libertad de asumir un compromiso del que se derivan deberes pone el acento en un status legal protegido referido a la unión de dos personas, que es a lo que se refiere el matrimonio, habiendo ya indicado que la familia es una cuestión distinta, pues existen familias monoparentales, uniones de hecho, situaciones de adopción con varias modalidades y agrupaciones fácticas. En relación con ese tipo de *relación civil, voluntaria, regulada y generadora de obligaciones, la distinción de acceso al supuesto de diferente sexo es inválida, en cuanto limita irrazonadamente la libertad*(18).

De esa forma acotada, puede entenderse también que la sentencia afirma que el principio general de libertad respecto a la condición de casado es un criterio general, que puede ser de aplicación a otros casos en que el conflicto se sitúe en la función y regulación de conceptos que tienen una imagen reconocible. La libertad en la entrada en relaciones jurídicas reguladas se convierte en algo de plena aplicación a otros casos, como aquellos en que exista una regulación que requiera una serie de condiciones para acceder a la misma, y a las que se puede aplicar esa misma doctrina, sin necesidad de apelar a la *equal protection* o a la prohibición de discriminación. Para la sentencia, es la libertad la que resulta afectada por su ausencia en la opción por el status. Esa libertad se vulnera al no permitir el acceso al mismo *en función de la propia opción personal*, no ya en función de discriminaciones, pues la reivindicación del derecho de elección respecto a un status, como el de casado, y esta es la afirmación central de la sentencia, es una cuestión vinculada a la libertad personal. Libertad, en este caso, de otorgar un compromiso que es sancionado por el Estado.

El método jurídico, puesto a prueba, revela un poder de esclarecer y aclarar los graves problemas que no se encuentra en otras soluciones. Como dijo Frankfurter y en el caso examinado ello se revela en todo su esplendor, la función de la jurisdicción, incluida la constitucional, se enaltece al apoyarse nada más “que en el esfuerzo, en

---

(18) HERBERT A. WESCHLER, *Toward neutral principles in Constitutional Law*, Harvard Law Review, 73, 1959

medio de palabras enmarañadas y expectativas limitadas, para encontrar el camino, a través del precedente, a través de la política, de la historia, del mejor juicio que una criatura falible puede alcanzar en la más difícil de todas las tareas: alcanzar la justicia...”

16 de octubre de 2013