

REVISTA PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL

# MUJER Y CONSTITUCIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  

---

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

## Contenido

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i> .....	15
<b>Mujer y Constitución</b>	
MARCELA HUAITA ALEGRE <i>La CEDAW como marco de referencia de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano</i> .....	23
BEATRIZ RAMÍREZ HUAROTO <i>La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad y no discriminación: los casos de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas</i> .....	55
MOSI MARCELA MEZA FIGUEROA <i>Protección constitucional de la madre en el ámbito laboral</i> .....	77
CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>El sufragio femenino: dudas, convicción y oportunismo</i> .....	101
MARÍA SOLEDAD BELLIDO ÁNGULO <i>Del silencio a la razón: argumentación sobre el sufragio femenino en la Constituyente de 1931</i> .....	111
SUSANA MOSQUERA <i>Mujer y género en el derecho internacional de los derechos humanos</i> .....	147
GLÓRIA POYATOS I. MATAS <i>Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de «juzgar con perspectiva de género»</i> .....	171
MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ <i>El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género</i> .....	181

## Miscelánea

EDWIN FIGUEROA GUTARRA

*El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿mito o realidad?*

*Enseñanzas del caso Obergefell*..... 215

LUIS R. SÁENZ DÁVALOS

*La doctrina jurisprudencial vinculante*

*y su desarrollo por el Tribunal Constitucional* ..... 239

FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA

*Constitucionalización del proceso inmediato. Principio de proporcionalidad* .... 279

ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ

*Laicidad e igualdad religiosa en la Constitución peruana* ..... 299

BERLY LÓPEZ FLORES

*El amparo contra laudos arbitrales* ..... 311

JORGE LUIS LEÓN VÁSQUEZ

*El examen de tres niveles de los derechos fundamentales (drei-schritt-prüfung)* .... 341

RORIC LEÓN PILCO

*El valor de la cosa juzgada constitucional*

*en los procesos constitucionales de tutela de derechos*..... 347

## Jurisprudencia comentada

ALVARO R. CÓRDOVA FLORES

*Caso Edwards vs. Canadá (1929):*

*cuando las mujeres fueron consideradas personas* ..... 375

NADIA IRIARTE PAMO

*Mujer y derecho a la educación.*

*Comentario a la STC 00853-2015-PA/TC*..... 381

SUSANA TÁVARA ESPINOZA

*La situación de los migrantes irregulares.*

*Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC*..... 385

## Reseñas

OMAR CAIRO ROLDÁN

*Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del*

*Estado de 1931*..... 395

JERJES LOAYZA JAVIER	
<i>Género y justicia. Estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica .....</i>	401
MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>Trinidad María Enriquez. Una abogada en los Andes.....</i>	405
ROGER VILCA APAZA	
<i>Las constituciones del Perú.....</i>	409

## El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿mito o realidad? Enseñanzas del caso Obergefell

 EDWIN FIGUEROA GUTARRA\*

### Sumario

**I.** Introducción. **II.** El fallo Obergefell y el *certiorari* norteamericano. **III.** El voto de la mayoría: reafirmación del matrimonio entre personas del mismo sexo. 3.1 Matrimonio y cláusula del debido proceso. 3.2. Principios y tradiciones del matrimonio como institución fundamental. 3.3. La evolución del derecho a contraer matrimonio en la jurisprudencia norteamericana. 3.4. Inestabilidad por denegatoria de beneficios. 3.5. Cautela y espera de legislación. 3.6. Daño sustancial y continuo. **IV.** El voto de la minoría: cuestionamientos de orden constitucional. 4.1. El rol no legislador de la Corte. 4.2. ¿Amenazas a la democracia americana?. 4.3. La distorsión de la Constitución. 4.4. La libertad y sus muchos significados. **V.** Observaciones a los votos en minoría. **VI.** A modo de conclusión.

### Resumen

El fallo Obergefell, sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. en relación al matrimonio entre personas del mismo sexo, sienta importantes parámetros respecto al derecho fundamental a la igualdad. Este estudio aborda los criterios tanto del voto en mayoría como de los votos en disenso.

### Palabras clave

Matrimonio entre personas del mismo sexo, *certiorari*, fallo Obergefell, Constitución, debido proceso.

### Abstract

The Obergefell ruling, judgment of the US Supreme Court about same sex marriage, sets important parameters regarding the fundamental right to equality. This study addresses the criteria of both majority voting and dissenting votes.

### Keywords

Same sex marriage, *certiorari*, Obergefell ruling, Constitution, due process.

---

\* Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Distrito Judicial de Lambayeque. Profesor Asociado Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres filial Chiclayo. Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional.

## **I. Introducción**

**L**a relación entre los conceptos de mujer y derechos fundamentales nos conduce a diversos escenarios materiales de por sí polémicos, entre ellos la aspiración a definir legalmente una unión matrimonial entre dos mujeres. ¿Es ello posible? ¿Es simple activismo judicial reconocer jurisprudencialmente esta posibilidad? ¿Es una infracción a la Constitución? ¿O es una legitimación de los principios de la Constitución?

Las enfermeras April de Boer y Jayne Rowse, participantes de la demanda en el caso Obergefell ante la Corte Suprema de EE.UU.<sup>1</sup>, asumieron la responsabilidad de cuidar de tres niños pequeños desde su unión simbólica en el año 2007. Sin embargo, las leyes del Estado de Michigan, donde residían, no reconocían su estatus de unión entre personas del mismo sexo y menos aún, su propósito de adoptar a los niños a su cargo; dada esa negativa, acuden a la justicia norteamericana para el reconocimiento de su derecho a contraer legalmente su unión.

216

En relación a esta materia, el matrimonio como institución adopta la posición tradicional de una unión material entre varón y mujer. La visión religiosa occidental de esta institución cierra la vinculación con más énfasis aún, excluyendo toda posibilidad ajena al binomio varón y mujer. Si asumimos una posición más legalista todavía, muchos Códigos Civiles parten de la premisa de circunscribir estos contratos de unión a un ámbito estrictamente heterosexual.

El mundo se ha manejado así durante centurias y sin embargo, hoy advertimos la impronta de que muchas legislaciones, paulatinamente, van variando su enfoque de apreciación respecto al matrimonio, asimilando la tesis de que la heterosexualidad como condición del matrimonio, ya no constituye un requisito indispensable para la realización de esta convención denominada matrimonio.

De igual forma, el peso de la jurisprudencia en muchos ordenamientos se ha hecho sentir con énfasis en el reconocimiento de las uniones legales entre personas del mismo sexo, pues dada la poca diligencia en tiempo para las modificaciones legislativas, muchas Cortes y Tribunales han posicionado

---

<sup>1</sup> EE.UU. Corte Suprema (Tribunal Federal de Apelaciones del Sexto Circuito). Sentencia núm. 14/556 de 28 de abril de 2015.

la variable de modificar la rigurosidad de las reglas del Código restrictivo para, desde una posición principialista, reformular el matrimonio tal como lo conocemos. Así, la jurisprudencia suele avanzar a paso ligero en sus posiciones, en tanto las modificaciones legales acusan un cansino camino a pie.

¿Qué pudo entonces haber cambiado en el Derecho occidental para esta nueva visión de esta institución? ¿Hemos dejado de lado algunas convicciones religiosas? ¿Nuestros Códigos se volvieron obsoletos? ¿O acaso hemos concedido demasiado poder a los jueces para modificar inconsultamente las leyes a través de un medio supuestamente idóneo como lo es quizá la jurisprudencia constitucional?

El caso *Obergefell vs Hodges*, sentencia de la Corte Suprema de EE.UU., de fecha 28 de abril de 2015, constituye un avance frente a estas cuestiones, en tanto determina la viabilidad de la unión matrimonial entre personas del mismo sexo en los 50 Estados de la Unión Americana. Entre las demandantes se encuentran precisamente April de Boer y Jayne Rowse, dos enfermeras, y sobre la idea eje de que se trata de dos mujeres, pretenderemos analizar diversas aristas del caso en mención.

217

La decisión a que aludimos, adoptada *vía certiorari*, resulta sin embargo un fallo ajustado (cinco a cuatro quedó la votación final) aunque no por ello menos válido. Sus argumentos, las posiciones que defienden con denuedo la mayoría y la minoría, son objeto de este estudio.

Somos conscientes de que este estudio resulta controversial y hasta objetable, mas a pesar de ello, constituye una necesaria tarea desentrañar los alcances de este fallo, dada su trascendencia para muchos ordenamientos nacionales en el ámbito constitucional.

## **II. El fallo *Obergefell* y el *certiorari* norteamericano**

Una atingencia necesaria respecto a esta decisión de la Corte Suprema de EE.UU. es, en propiedad, su modo de adopción; y éste corresponde a la modalidad del *certiorari*,<sup>2</sup> sistema que implica un mecanismo *sui generis* de determinación.

---

<sup>2</sup> Vid. Edwin FIGUEROA. *Certiorari y reforma constitucional: entre propuestas y necesidades*. Revista Peruana de Derecho Constitucional No. 6 Reforma constitucional, política y electoral. No. 6. 2013. Tribunal Constitucional. p. 81-100.

En muchos ordenamientos jurídicos, fundamentalmente del sistema continental, el sistema de *necesaria revisión del recurso*, nos conduce a que efectivamente los tribunales superiores y supremos se pronuncien siempre y en todos los casos, frente a los mecanismos de impugnación en ejercicio legítimo del denominado principio de pluralidad de instancias. Bajo esta pauta, los jueces de revisión pueden reproducir hasta dos veces una decisión. El esquema es simple en una situación directa de aplicación del principio de pluralidad de instancias: existe un juez de fallo y un juez de revisión, es decir, tenemos una sentencia en un sentido determinado y una impugnación.

En otros casos determinados, la impugnación, vía un recuso de casación, deriva el debate a la Corte Suprema, nivel que no suele representar, salvo casos de excepción, una instancia más, sino un mecanismo de casación, es decir, de revisión extraordinaria del caso. Sin embargo, la sola derivación del caso a la Corte Suprema implica la extensión del debate, y finalmente, un mismo caso es revisado hasta en tres oportunidades.

El *certiorari* acorta el debate y prolonga la discusión jurídica solo de modo extraordinario. Mientras que en el sistema continental, mayormente la Corte Suprema implica no una instancia, sino un tercer nivel de pronunciamiento, el sistema anglosajón, que tiende a adoptar en ciertos países el *certiorari*, implica que una alta Corte, si así lo cree conveniente, pueda optar por conocer o no el caso que llega a su conocimiento. De esa forma, la Corte Suprema de EE.UU. no necesariamente conoce todos los casos que son elevados a ese nivel de examen de las decisiones jurídicas.

218

El caso *Obergefell* se inscribe en esa modalidad de *certiorari* y por tanto, el caso, bien pudo ser revisado solo hasta una segunda instancia, en este caso, el nivel del Tribunal Federal de Apelaciones del Sexto Circuito. Sin embargo, la derivación del caso a la Corte Suprema, debe advertirse así, no necesariamente acarrea el conocimiento del recurso<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Alejandro, ANAYA HUERTA. Señala que: “Dos son las vías de acceso a la revisión judicial en la Corte Suprema: auto de avocación (*writ of certiorati*), en el que la Corte tiene la prerrogativa de conocer o no un asunto, y el recurso de apelación (*appeal to the court*), en el que la Corte debe hacer la revisión correspondiente. Adicionalmente, la Corte Suprema tiene facultad normativa (*rulemaking power*), que ocasionalmente le otorga el Congreso, sobre todo, para dictar las normas procesales (*rules of procedure*) que han de seguir los tribunales inferiores (*lower courts*).” ¿Cuál es la estructura del poder judicial federal en EE.UU.? Disponible en: <goo.gl/3Sc7m3> Fuente visitada con fecha 09 de marzo de 2017.

Efectuada esta precisión, es importante anotar entonces que el mecanismo de *certiorari* parte de una evaluación discrecional por parte de la propia Corte Suprema, en relación a la trascendencia del caso a examinar. Prevemos que si la decisión ha de fijar líneas jurisprudenciales de trascendencia, corresponderá conocer el caso. De lo contrario, el caso no se revisa y ello es potestad de la propia Corte.

### **III. El voto de la mayoría: reafirmación del matrimonio homosexual**

En calidad de antecedentes del caso, catorce parejas del mismo sexo y dos personas más cuyas parejas ya habían fallecido, presentaron sus respectivas demandas de reconocimiento en las Cortes de Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee. El caso, signado con el N° 14-556, fue discutido el 28 de abril de 2015 y decidido el 26 de junio de ese mismo año. Demandaban el respeto de la Décimo Cuarta Enmienda<sup>4</sup> a efecto de que se les reconozca su derecho a unirse matrimonialmente. Las Cortes de Distrito, fallaron a favor de los solicitantes, pero el Tribunal Federal de Apelaciones del Sexto Circuito acumuló los casos y revocó el fallo a favor de los reclamantes.

El voto en mayoría es firmado por los jueces Kennedy (ponente) y se adscribieron a su ponencia los jueces Ginsburg, Breyer, Sotomayor y Kagan. Logran una mayoría de cinco votos contra cuatro, y aun cuando se pueda cuestionar si un fallo es legítimo o no por la diferencia estrecha en la votación final, ciertamente, constituye principio de votación en las Cortes una sola diferencia de votos.

Un primer aspecto que aborda la sentencia en mayoría es el concepto de *centralidad del matrimonio*, y le asigna dos caracteres distintivos: continuidad y cambio. Ambos aspectos le confieren, según la Corte, un carácter dinámico al matrimonio. En efecto, hasta la primera mitad del siglo XX, anota el fallo, el derecho a la intimidad entre parejas del mismo sexo, era considerado incluso un delito y como tal, era objeto de persecución por la justicia. Más aún, estudios médicos autorizados de entonces consideraban la homosexualidad como un desorden mental. Y es apenas en años recientes –precisa el fallo– que la psiquiatría ha reconocido que

---

<sup>4</sup> Ratificada el 09 de julio de 1868, aborda las cláusulas del debido proceso y la protección igualitaria. Sirvió de base para el fallo *Brown vs Board of Education*, que prohibió la segregación racial en las escuelas públicas en EE.UU. desde 1954.

la orientación sexual es una expresión normal e inmutable de la sexualidad humana.

Corresponde aquí interrogarnos, a partir de lo expuesto, ¿qué es lo normal? ¿Es aquello que impone el sentir de las mayorías? Y en desarrollo de esta idea: ¿es la democracia el derecho de la mayoría de imponerse a la minoría? Si nos remontamos a la definición tradicional de los griegos de la democracia, entonces aludimos efectivamente al gobierno de la mayoría. Sin embargo, en los albores del siglo XXI, y desde la perspectiva de nuevas concepciones de la democracia, desde Sartori y Bobbio<sup>5</sup>, observemos que ésta es también el respeto de los derechos de las minorías por parte de la mayoría. Esta nueva concepción de democracia resulta más razonable desde una perspectiva de no arbitrariedad.

La sentencia Obergefell desarrolla históricamente la posición de la Corte Suprema respecto al estatus de la homosexualidad y evoluciona desde una posición de observación a la figura de criminalización, que proponían leyes de Estados como Georgia y Colorado, (fallos *Bowers vs. Hardwick*, 1986, y *Romer vs. Evans*, 1996), pasando por una figura de concesión progresiva de derechos matrimoniales a las parejas del mismo sexo (*Baehr vs Lewin*, de Hawai, y *Goodridge vs Department of Public Health*), hasta el fallo *Citizens for Equal Protection vs Brunning*, 2006, para llegar a la conclusión de que excluir a las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio, viola la Constitución.

220

Observemos, sin embargo, que un carácter de la justicia estadounidense es precisamente la independencia de los Estados que conforman la Unión Americana en materia normativa, de tal manera que las relaciones jurídicas se regulan de acuerdo a las leyes de cada Estado y en propiedad, cierto tipo de materias concluyen con los fallos de las Cortes Supremas de esos Estados.

La excepción a lo señalado lo constituye la justicia federal, la cual presenta como rasgo distintivo, una característica de transversalidad, la misma que implica fuerza vinculante para todos los Estados de la Unión. Y es aquí donde la Corte Suprema de EE.UU. juega un rol relevante, pues sus fallos,

<sup>5</sup> Lorenzo CORDOVA. *Bobbio y la Edad de los Derechos*. En *Política y Derecho. (Re)pensar a Bobbio*. Lorenzo CORDOVA VIANELLO y Pedro SALAZAR UGARTE. Coordinadores. Siglo XXI Editores UNAM, 1ra edición, México. 2005. p. 64

muy pocos al año<sup>6</sup>, asumen la línea de fijar verdaderas políticas de orientación jurisprudencial que abarcan a todos los Estados de la Unión.

De esa forma, pocas decisiones de relevancia imprimen líneas directrices para la justicia de la Nación, esto es, se trata de verdaderos precedentes judiciales cuyo efecto *stare decisis*<sup>7</sup>, involucra una perspectiva de vinculación para los jueces de las instancias inferiores.

De ahí la necesidad de que casos como éste, en el cual el señor Obergefell y tantos otros demandantes ejercen sus derechos a la igualdad, encuentren en la Corte un sentido de línea jurisprudencial de reconocimiento, de un lado; y de otro, de vinculación, porque así se expresa el efecto del fallo para todo el país, legalizando de esta forma la unión matrimonial en los 50 Estados de la Unión.

### **3.1. Matrimonio y cláusula del debido proceso**

La sección tres de la sentencia desarrolla una interesante vinculación entre matrimonio y debido proceso<sup>8</sup>, y asegura que el derecho a contraer matrimonio es fundamental según la cláusula del debido proceso de ley.

Reviste interés aquí indagar cómo se produce esta vinculación entre matrimonio y debido proceso, en tanto, en sentido abstracto, no constituyen derechos con una secuencialidad de vinculación definida. Sin embargo, mayor parte de derechos fundamentales está contenida como libertades fundamentales que protege esta cláusula.

El matrimonio, de esa forma, se vincula materialmente con el debido proceso y se realiza si las reglas de respeto por este último derecho fundamental, no impiden la realización de una unión matrimonial sin más distinción que la voluntad de los contrayentes, esto es, sin discriminarlos por su orien-

---

<sup>6</sup> La media de procesos resueltos por la Corte Suprema de EE.UU. no excede, regularmente, de 100 causas al año. Pocos casos resueltos sobre una cantidad importante de controversias que suben a la Corte Suprema, ayudan a uniformizar la jurisprudencia y a establecer líneas rectoras de los órganos de más alta impartición de justicia. Ése resulta ser un aspecto central del *certiorari*.

<sup>7</sup> La noción *stare decisis et non quieta movere* puede entenderse, también, como estar a lo decidido, como un efecto vinculante de la jurisprudencia de los órganos superiores sobre los inferiores. Proveniente del derecho anglosajón, este aserto sirve de base para consolidar el concepto material de precedente judicial.

<sup>8</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso «Obergefell» vs Hodges, Sentencia del 26 de junio de 2015, Acápita 3.

tación sexual. En consecuencia, se ajustan las reglas del debido proceso como derecho material si no se impide la realización de la unión matrimonial sin más distinciones que las de mera razonabilidad.

Esta es la línea que sigue el fallo *Loving vs Virginia*<sup>9</sup> a partir del cuestionamiento de las prohibiciones interraciales para efectos del matrimonio. Y en efecto, hoy en el siglo XXI preguntemos: ¿cuál sería el enfoque en los años sesenta del siglo pasado para asumir que el color de piel podía significar distinciones para la realización o no de un matrimonio?

La sentencia en mención sienta la tesis de que el matrimonio es «*uno de los derechos personales, vitales y esenciales en la consecución ordenada de la felicidad por los hombres libres*». Bajo esta pauta, no hay que distinguir irrazonablemente donde el derecho no distingue y por tanto, la raza no es un factor determinante para la prohibición de una unión matrimonial.

Ciertamente la referencia hecha anteriormente pautea una dificultad de color de piel en una vinculación heterosexual. El asunto que nos ocupa alude al ámbito de personas del mismo sexo.

222

La diferencia no es sustantiva si acogemos el criterio de *interpretación evolutiva*<sup>10</sup>. Esta variante de la interpretación correctora, un importante problema de la interpretación constitucional<sup>11</sup>, no es baladí si asumimos que así como la realidad social cambia, que las condiciones de vida de los seres humanos cambian, y que toda nuestra existencia sufre líneas de variación en el tiempo, lo mismo sucede con la interpretación.

Si en algún momento de la historia, la interpretación del derecho fue esencialmente iusnaturalista, y todo provenía de una razón divina<sup>12</sup>, ese criterio mutó más adelante hacia una noción de completitud del derecho a través del positivismo jurídico: el derecho es un solo y existe en tanto y en

<sup>9</sup> EE.UU. Corte Suprema (Tribunal Supremo de Apelaciones de Virginia). Sentencia núm 388. US.1 del 12 de junio de 1967

<sup>10</sup> Criterio adoptado en la sentencia del Tribunal Constitucional español de fecha 06 de noviembre de 2012, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005 contra la Ley 13/2005, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Fue ponente el Magistrado Pablo Pérez Tremps.

<sup>11</sup> Vid. Ricardo GUASTINI. *Estudios de teoría constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1ra edición, México, 2001. p. 262.

<sup>12</sup> Hablemos de la Edad Media desde los primeros aportes de San Agustín y su noción de la ciudad de Dios hasta las ideas de una *Summa Theologiae* de Santo Tomas, premisas que mantuvieron con fuerza el iusnaturalismo de esta época de la humanidad.

cuanto debe ser aplicado. De igual forma, el positivismo vio transformar las bases conceptuales del derecho hacia un Estado constitucional.

### **3.2. Principios y tradiciones del matrimonio como institución fundamental**

La Corte Suprema determina cuatro principios y tradiciones por las que se muestran que el matrimonio es una institución fundamental en la Constitución y no implica distinciones de sexo: en un primer ámbito, el derecho a la decisión personal con respecto al matrimonio es inherente al concepto de autonomía individual. En un segundo tramo, el matrimonio brinda apoyo a una unión entre dos personas como ninguna otra institución, en términos de su importancia para aquellos que se han comprometido. Una tercera noción es que el derecho a contraer matrimonio protege a niños y familias, y adquiere su significado de derechos relacionados con el de la crianza de los hijos, la procreación y la educación. Y en cuarto lugar, afirma la Corte Suprema que el matrimonio es una piedra angular en el orden social.

La evaluación conjunta de estos principios y tradiciones nos impone un razonamiento en clave negativa: ¿por qué no habría de asignarse estos principios a favor de las personas del mismo sexo? Notemos aquí un razonamiento en contrario: si por regla general, los principios asignados han sido usualmente a favor de las parejas heterosexuales, ¿cuál sería el criterio determinante para excluir estos mismos principios a favor de las personas del mismo sexo?

Si nos referimos al caso de las enfermeras demandantes en el asunto Obergefell, en tanto el propósito de este estudio en relación a la mujer y sus derechos fundamentales, la pregunta a esbozar sería: ¿bajo cuál argumento de orden constitucional inhabilitamos los derechos de las mismas a contraer matrimonio y a adoptar?

Si la respuesta es de orden legal, sí existen argumentos y de suyo suficientes: el Código Civil ciertamente no lo autoriza, tampoco existen normas administrativas que autoricen este tipo de uniones y menos aún sus consecuencias jurídicas. O bien dichos derechos, en el caso específico de la Unión Americana, eran objeto de diverso reconocimiento –unos Estados sí y otros no– según la legislación de cada Estado, por tratarse de un sistema federal, régimen bajo el cual cada Estado goza de determinado nivel de autonomía.

Pues bien, si las respuestas de orden legal no son autoritativas, distinto es el escenario en el ámbito constitucional y de los derechos fundamentales. Advirtamos aquí, si es válida la afirmación, que la exigencia de respuesta demanda mayor nivel argumentativo, pues bien podemos negar un derecho, a nivel de reglas, si existe carencia de positivización del derecho en cuestión.

Y sin embargo, y esta afirmación es efectuada solo bajo el fenómeno de constitucionalización del derecho, las reglas deben adaptar sus contenidos al ámbito de los principios si aquellas no dan respuesta suficiente a un problema con relevancia jurídica, sea por cuestiones de ambigüedad, vaguedad o antinomias.

En propiedad, si el derecho a contraer matrimonio de las enfermeras DeBoer y Rowse válidamente es denegado desde el Derecho Civil, la exigencia de subordinación de este derecho a la Carta Fundamental, demanda y exige una respuesta aún más calificada, argumentativamente hablando, desde el Derecho Constitucional, o desde la principalización del problema.

Y ciertamente, desde una posición de principios, no encontramos argumento alguno para denotar una respuesta desestimatoria a la petición de las enfermeras del caso Obergefell. Y a este respecto, es importante poner énfasis en la respuesta a este problema desde la visión de los derechos fundamentales, y para ello nos ceñimos a lo que en realidad constituye un argumento: una razón determinada que cumple estándares de razonabilidad y proporcionalidad.

224

En efecto, bajo una esquematización muy simple y aquí aludimos a esbozos de la teoría de la argumentación, la razón de denegatoria a la petición de las señoras DeBoer y Rowse tiene que ser una razón propiamente más fuerte que el argumento que las mismas invocan: si frente a la petición de unión matrimonial solo damos una respuesta en el sentido de que las leyes no lo permiten, o que ello no está contemplado en la Constitución, la respuesta por cierto va a adolecer de insuficiencia. Observaríamos que se trata de una respuesta estricta de Derecho positivo y sin embargo, no aludimos en el caso que nos ocupa a una mera respuesta de si existe o no norma que deniegue el derecho.

En propiedad, nos orientamos a buscar una respuesta en el marco de los derechos que alberga, positivizados o no, una Carta Fundamental, porque

una Constitución es un conjunto de elementos de partida, y no de llegada final, de los derechos fundamentales de la persona humana. En efecto, la Constitución no puede constituirse en un todo acabado, en el punto final de los derechos de la persona, pues precisamente, su generalidad se orienta a nociones de desarrollo material de los derechos fundamentales.

Bajo esa perspectiva, una respuesta denegatoria a una petición determinada solo porque la Constitución no brinda resultado alguno a ese requerimiento desde el propio texto de la norma o la misma Constitución, es una posición que peca de insuficiencia, y que solo encuentra respuesta desde el más rancio positivismo kelseniano, en cuanto a que si la norma no lo dice, pues que no corresponde reconocimiento alguno del derecho en cuestión.

### **3.3. La evolución del derecho a contraer matrimonio en la jurisprudencia norteamericana.**

La Corte Suprema de EE.UU. desarrolla un criterio que nos parece fundamental y que constituye el ángulo de su razonamiento respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>13</sup>. Así señala que en el caso *Loving vs Virginia* «no se preguntó sobre el derecho al matrimonio interracial», al tiempo que en el caso *Turner* no se aludió al «derecho de los confinados a contraer matrimonio», y en *Zablocki* tampoco se preguntó sobre un «derecho de los padres con pensiones alimenticias sin pagar a contraer matrimonio». Acota la Corte que en cada caso se cuestionó sobre el derecho a contraer matrimonio en sentido amplio, determinando si existía suficiente justificación para excluir a la respectiva clase de ese derecho.

La orientación sexual no constituye, entonces, una categoría de suficiente exclusión, pues no es una cuestión más grave que la diferencia racial, la condición de persona libre o confinada en un centro de reclusión, o el hecho de ser deudor alimentario. A este respecto, acotamos que la posición de la Corte Suprema ha evolucionado en clave progresiva: paulatinamente, se han ido calificando esas iniciales exclusiones como contrarias a la Constitución y el criterio de aceptación de la Corte ha tenido visos inclusivos.

Así y solo a guisa de ejemplo: la condición racial no constituye argumento de exclusión respecto al matrimonio y así lo determina la Corte en el

---

<sup>13</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso «Obergefell» vs Hodges, Sentencia del 26 de junio de 2015, Acápite 2.

caso *Loving vs Virginia*. Sobre el mismo tema, la unión entre mujer blanca y hombre negro, solo es un tema de diversidad de procedencia étnica y de pigmentación en la piel, condiciones que en absoluto disminuyen las calidades de la persona humana.

Creemos que el mismo razonamiento es aplicable a la orientación sexual y así, dos personas del mismo sexo no denotan condición peyorativa alguna simplemente porque no son heterosexuales. Tampoco las hace personas con menores calidades humanas. Convivir en sociedad, bajo esta reflexión, nos conduce a un *deber de tolerancia*, figura que denota aceptar las diferencias entre las personas, admitirlas en su diversidad, y en modo alguno, imprimir un trato peyorativo simplemente por una diferente tendencia en la sexualidad. Eso nos llevaría a una interrogante muy compleja: ¿nos concede derecho nuestra heterosexualidad a imponer condiciones de rigor a los no heterosexuales?

Observemos que no vivimos en una suerte de *Machtstaat*, o estado de la fuerza. No es la ley del más fuerte la que se impone. Por el contrario, es el argumento más razonable y proporcional aquel que finalmente merece ser acogido.

226

### **3.4. Inestabilidad por denegatoria de beneficios**

La Corte pone énfasis en un razonamiento transversal: la denegatoria a parejas del mismo sexo, de diversos beneficios que sí contempla el matrimonio heterosexual, implica situaciones de inestabilidad para estas parejas.

Esta nueva posición señala una importante evolución de criterios desde el caso *Washington vs Gluckberg*<sup>14</sup>, el cual exigía una «*descripción cuidadosa*» de los derechos fundamentales, fallo en el cual se asumió una posición restrictiva respecto de los derechos que sí debían ser reconocidos y cuáles excluidos.

En relación a ello, los demandados planteaban que no se trataba de discutir el derecho a contraer matrimonio como tal, sino se proponía por parte de los demandantes un derecho nuevo e inexistente: el derecho a contraer matrimonio entre las personas del mismo sexo.

---

<sup>14</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso «Washington» vs Glucksberg, Sentencia del 26 de junio de 1997.

Corresponde aquí reiteremos un escenario de desigualdad formal y material, Formal porque al no prever la legislación este derecho entre personas del mismo sexo, se consuma una desigualdad material en sentido amplio, al no poder ejercer estas personas los derechos que se derivan de esta unión. En efecto, desde una perspectiva de persona humana, los heterosexuales no presentan una distinción de relevancia con los homosexuales, a diferencia de su orientación sexual. Y sin embargo, ¿ésta sola diferencia implica una minusvalía real de derechos? ¿O bajo cuál criterio de relevancia constitucional, el homosexual es sujeto inferior en derechos frente al heterosexual?

La Corte Suprema de EE.UU. destaca la importancia de la evolución de sus posiciones respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo; y en ello, reseña la progresividad de sus enfoques desde posiciones restrictivas, si queremos llamarlas de regresividad por el contexto histórico en su momento adoptado, hasta la nueva valoración de admitir esta figura del matrimonio entre personas del mismo sexo en todos los Estados de la Unión Americana. Así se evita, admite la Corte, la inestabilidad emocional que estas denegatorias acarrearán, más aún cuando los estandartes de libertad material son levantados en distintos ordenamientos jurídicos tanto por la vía legal –admisión formal de este tipo de uniones– así como por vía jurisprudencial.

Y aquí reseñamos una cuestión que vale apuntar: precisamente es por la vía jurisprudencial que se han materializado de manera más enfática los principios de igualdad en diversos ordenamientos jurídicos, antes que por la vía legal que, de suyo, exige un debate más formal, así como diversos procedimientos de votación y publicación.

Y así, la jurisprudencia, como expresión de una *prudentia juris*, o un derecho expresado de manera prudente, nos conduce a un necesario y razonable activismo de los jueces en la brega por la defensa de los derechos fundamentales.

Si volvemos al caso que nos ocupa, el de las enfermeras DeBoer y Rowse a quienes el Estado de Michigan deniega su petición de unión, pues es previsible la consecuencia de inestabilidad a generarse respecto de ellas mismas y de los niños bajo su cuidado. Entonces, advertimos un escenario de inestabilidad no solo de ida sino también de regreso.

De ida, porque la inestabilidad emocional de una denegatoria de petición de unión, genera consecuencias inmediatas respecto de la misma pareja al producirse un escenario de incertidumbre en la pareja homosexual.

Pero más graves son, a juicio nuestro, las consecuencias de regreso, en cuanto resulta severamente afectado el interés superior de los niños que la pareja tiene bajo su cuidado, en cuanto no se materializa un régimen legal de protección necesario para los menores.

La figura es clara: la inestabilidad en la prestación de beneficios de los cuales sí gozan los menores hijos en una unión heterosexual formal, representa una desigualdad preocupante respecto a los menores hijos de la pareja del mismo sexo, independientemente de si éstos son biológicos<sup>15</sup> o adoptados.

La Corte anota otra consecuencia de inestabilidad: el rechazo a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio causa un grave y continuo daño. Destaca así que la imposición de ese impedimento a los gays y lesbianas provoca que se les falte el respeto y se les subordine. Aquí es importante entender el fenómeno de rechazo a estos grupos, expresados muchas veces en altos niveles de homofobia, tendencia que parte de una no aceptación del contrario bajo la premisa de no ser *normal*.

228

Ahora bien, volvemos a preguntar: ¿qué es lo *normal*? Lo usual, lo corriente, aquello a lo cual estamos habituados. Por lo tanto, aquello que salga de nuestros patrones, de nuestros valores y de nuestra idiosincrasia, o bien es objeto de no aceptación, o bien su admisión en un largo proceso, requiere toma de conciencia y revalorización.

En nuestra posición, el reconocimiento de estos derechos ha de requerir un largo camino de admisión progresiva de derechos hacia parejas del mismo sexo. La Corte Suprema de EE.UU. ya lo hizo por la vía jurisprudencial. Si bien éste es un parámetro válido de una *leading Court*, o Corte modelo a nivel mundial, la adopción de los mismos criterios de reconocimiento,

---

<sup>15</sup> La viabilidad de hijos biológicos de parejas del mismo sexo es hoy con la ciencia un tema de evidencia. El profesor español Manuel Atienza narra en una de sus tantas conferencias sobre argumentación, el caso de una pareja de lesbianas que se convierten en madres: una primera aporta un óvulo fertilizado con espermatozoides de un donante anónimo, la segunda recibe en su vientre el óvulo fertilizado y desarrolla la criatura durante el período de embarazo común. Aquí la pregunta debería ser formulada en sentido negativo: ¿por qué ambas no podrían ser calificadas como madres? ¿cuál sería el criterio de exclusión desde un fundamento constitucional? Objetivamente, no advertimos una razón que relegue estos derechos biológicos.

ha de ser un camino quizá lento pero consistentemente progresivo, por parte de otras jurisdicciones. La razón de ello ha de ser que los jueces están en la capacidad de plasmar vía sus fallos, aquellos silencios que la ley guarda, por una u otra razón, respecto de los derechos de las personas, aun cuando fueran éstas de una distinta orientación sexual.

### **3.5. Cautela y espera de legislación**

El punto cuarto de la sentencia desarrolla una importante reflexión que se engarza con las últimas anotaciones de nuestro acápite anterior. La Corte se interroga si acaso pudiera haber una inclinación inicial en estos casos a proceder con cautela, y esperar por legislación, litigación y debate adicional sobre la materia. Así, recoge vía examen el argumento de los demandados respecto a que ha habido una discusión democrática insuficiente para decidir un asunto tan básico como la definición del matrimonio.

El argumento de la Corte a este respecto es determinante desde dos ámbitos. En un primer escenario, la Corte indica que numerosos estamentos de la sociedad norteamericana han venido tomando parte, por años, en este debate. Es así que a nivel de Cortes de Apelaciones ha habido distintos pronunciamientos en uno y otro sentido.

229

Y efectivamente, hasta este caso *Obergefell* unos Estados de la Unión admitían estas uniones entre personas del mismo sexo, y otros, no. Llega así la Corte a una fórmula de mayor entendimiento del problema e incluso destaca los más cien *amicci* (también denominados en el Derecho Continental *amicus curiae* u opiniones técnicas de ilustración) en el caso sometido a examen. Con ello, llega a la conclusión de que puede emitir pronunciamiento de fondo al respecto.

En segundo lugar, la Corte destaca que la Constitución enfatiza la democracia como el proceso apropiado para el cambio, siempre y cuando ese proceso no limite derechos fundamentales. Así, destaca la importancia del principio democrático en el caso *Schoutte vs Bamm*<sup>16</sup>, para acotar el «derecho de los ciudadanos a debatir de manera que puedan aprender, decidir y luego, a través del proceso político actuar en conjunto para tratar de determinar el curso

---

<sup>16</sup> 572 US, 2004. Cuando se realiza la búsqueda en google aparece: List of United States Supreme Court cases, Volume 572 en el año 2004 - Existe una sentencia que es *Bond vs united states* 572 pero del 2014.

*de su propia época*». Complementa su posición para indicar que la dinámica del sistema constitucional es que los individuos no tienen por qué esperar acción legislativa para hacer valer un derecho fundamental.

A este respecto, Atienza explica<sup>17</sup> el carácter implícitamente ponderativo de la acción legislativa, esto es, en cuánto valora el legislador la ponderación de adoptar las leyes en un sentido determinado u otro. Y sin embargo, debemos observar que la respuesta oportuna de las leyes, a existir desde el momento en que son requeridas por las necesidades de los ciudadanos, no siempre presenta en carácter de una respuesta oportuna.

A ello debemos sumar un criterio anotado líneas arriba: la existencia de criterios procedimentales formales necesarios, genera que la existencia de una norma determinada, acarree los espacios de tiempo necesarios para su vigencia efectiva en un ordenamiento jurídico.

Ahora bien, esto no implica dejar de lado la importancia del Poder Legislativo en su función básica de crear, modificar y derogar leyes, más anotemos que la acción legislativa, no necesariamente coincide con el carácter de urgencia que involucra la defensa de los derechos fundamentales.

230

Desde esta perspectiva, si toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido para que se esclarezcan las vulneraciones a sus derechos fundamentales, supuesto que se entiende como un propósito de protección judicial según prevé el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entonces es de suyo razonable que las decisiones que adopten los jueces en procesos constitucionales, se guíen por un criterio de vigencia efectiva de los derechos fundamentales, y que así la defensa de estos derechos sea inmediata y no mediata.

Así, la Corte norteamericana plantea, en relación al caso que nos ocupa, si el Estado de Michigan puede continuar negándole a las señoras DeBoer y Rowse, la certidumbre y estabilidad que todas las madres desean para proteger a sus hijos, pues para ellas y para sus hijos los años de infancia pasarán muy pronto.

---

<sup>17</sup> Manuel ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Palestra Editores, Lima, 2004, p. 20.

### **3.6. Daño sustancial y continuo**

El acápite quinto de la sentencia en mayoría aborda la conclusión de que las prohibiciones al reconocimiento infligen un daño continuo y sustancial a las parejas del mismo sexo. Deniega, bajo este mismo argumento, que la autoridad de los Estados donde aun se prohíbe este tipo de unión matrimonial, se vea socavada, en cuanto en propiedad, es posición final del fallo que el asunto en cuestión se refiere a la defensa de un derecho fundamental.

Finaliza el voto de la mayoría recalcando que el matrimonio encarna los ideales de amor, fidelidad, dedicación, sacrificio y familia, convirtiéndose dos personas en algo más de lo que era. Arguye, del mismo modo, que decir que estos hombres y mujeres le faltan el respeto al matrimonio solicitando su unión, sería no comprenderles, pues su reclamo es porque se les respete y porque albergan la esperanza de no ser condenados a vivir en soledad.

Concluye el fallo señalando que la sentencia de la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito debe ser revocada, criterio que se traduce en la aceptación legal y por ende constitucional del matrimonio entre las personas del mismo sexo en todos los Estados de la Unión Americana.

## **IV. El voto de la minoría: cuestionamientos de orden constitucional**

El voto de la minoría firmado por los jueces Roberts, Scalia, Thomas y Alito recoge argumentos de singular importancia.

Correspondería preguntarnos si una votación que queda finalmente cinco a cuatro le resta legitimidad a un fallo de la Corte Suprema de EE.UU., si atendemos a que su número de miembros es nueve. Si bien finalmente la posición de la mayoría triunfó por un solo voto, consideramos, como hemos acotado ya *supra*, que una votación ajustada no le resta legitimidad en absoluto al fallo, ni le resta eficacia, en cuanto un principio de democracia en toda votación judicial significa el estricto respeto del principio de la mayoría.

Así, una votación unánime expresa una posición de cohesión y más aún, le otorga fuerza formal y material a una decisión judicial. Una votación ajustada, implica fuerza formal, atendiendo al número de votos emitidos, y divide los argumentos materiales en dos campos: uno de mayor prevalencia, en cuanto implica el voto de una mayoría, y otro de menor prevalencia, en

cuanto expresa una posición minoritaria de la Corte. Y sin embargo, a pesar de su carácter minoritario, no debemos dejar de advertir que es importante el análisis de sus argumentos. Y en esta misma línea, el voto en minoría, en determinados casos, expresa incluso temas de reflexión que pueden ser recogidas en votos futuros.

El caso *Obergefell* quizá no siga esta tendencia acotada líneas arriba, en cuanto la mayoría otorga una posición tuitiva y la minoría una posición restrictiva. Es más posible que un fallo con mayoría en posición restrictiva, más adelante y en ejercicio de *overruling*, o implementación de nuevas reglas, convierta un voto en minoría tuitivo en un futuro voto en mayoría. Son reglas de la democracia y a ellas nos tenemos que atener.

#### **4.1. El rol no legislador de la Corte**

El voto del magistrado Roberts reconoce en los argumentos de los demandantes raíces de política social y consideraciones de justicia, pero enfatiza que la Corte no es un ente legislativo, y así afirma « *this Court is not a legislature* » para acotar que de acuerdo a la Constitución, los jueces tienen poder para decir lo que es la ley, pero no para afirmar lo que debería ser. A este efecto, señala que un Estado no puede cambiar su definición de la ley sobre el matrimonio por efecto de una sentencia.

232

De esa forma, es irracional cambiar una definición del matrimonio si la cultura de los pueblos ha desarrollado una posición específica sobre el matrimonio, y a esto se debe sumar que la Constitución no autoriza a impulsar una teoría sobre el matrimonio. Si eso es así, entonces ya no va más un gobierno de las leyes y se produce un distorsionado gobierno de las voluntades de los hombres.

Critica, de la misma forma, que la sola voluntad de cinco jueces, en referencia al voto de la mayoría, no puede cerrar el debate sobre esta materia e impulsar su propia visión del matrimonio como una materia de Derecho Constitucional, pues esto implica un cambio social dramático muy difícil de aceptar.

Señala que el voto de la mayoría es un acto de voluntad y de juzgamiento bajo la ley, al tiempo que el derecho que enuncia no tiene base alguna ni en las leyes ni en la Constitución, así como tampoco en los precedentes de

la Corte Suprema de EE.UU. Aduce, también, que puede ser tentador para los jueces confundir sus propias preferencias con los requerimientos de la ley, mas no debe olvidarse que las Cortes más bien deben preocuparse por la sabiduría de las políticas legislativas.

El voto del juez Roberts aduce, también, que para que la raza humana sobreviva, debe procrear y esta procreación solo tiene lugar entre varón y mujer.

No comparte, de igual forma, que se aborde que el tema que ocupa la sentencia tenga relación alguna con el debido proceso y encuentra esa posición indefendible como un tema de Derecho Constitucional.

Concluye el voto en disenso con una mención especial, la cual efectuamos en traducción libre: «Si Ud. está entre los muchos americanos (...) que se inclina por expandir la figura del matrimonio entre las personas del mismo sexo, celebre esa decisión hoy. Celebre esa consecución como un objetivo alcanzado. Celebre la oportunidad como una nueva expresión de compromiso con la pareja. Celebre la disponibilidad de nuevos beneficios. Pero no celebre la Constitución. No tiene nada que ver con ello».

#### **4.2. ¿Amenazas a la democracia americana?**

La posición del juez Scalia alude a la importancia del efecto regulador de nueve abogados que integran la Corte Suprema de EE.UU. en relación a 320 millones de americanos. Así destaca que cuando la Décimo Cuarta Enmienda fue ratificada en 1868, los Estados limitaron el matrimonio solo al varón y la mujer. El debate entonces se circunscribió a estos efectos reguladores y la unión entre las personas del mismo sexo ha sido objeto entonces de un debate en democracia.

Sin embargo, no obstante lo anotado, el debate se termina con este fallo en mayoría de la Corte Suprema en el caso Obergefell, desconociéndose así los efectos de un necesario debate en democracia, pues los jueces no pueden convertirse en un poder súper legislativo. Así, anota Scalia, un sistema de gobierno que hace que el pueblo se subordine a los propósitos o voluntades de nueve jueces no elegidos, no merece llamarse democracia.

De esta forma, fallos como el de la mayoría, constituyen una expresión de arrogancia que implica ausencia de representación, precisamente porque la opinión de la mayoría asume posiciones pretenciosas y contenidos

egoístas de profunda incoherencia. ¿Quién puede afirmar así entonces, enfatiza Scalia, que la intimidad y la espiritualidad, como se llamen, pueden constituir libertades?

Así, el mundo no espera lógica y precisión en la poesía o filosofía de la inspiración, sino requiere que cualquier contenido de las mismas se exprese en la ley. En ese sentido, fallos como el presente, en referencia al voto de la mayoría, restan reputación a la Corte y dejan de lado una forma clara de pensar y un análisis sobrio de las cuestiones.

#### **4.3. La distorsión de la Constitución**

En su voto en disenso el juez Thomas anota respecto al voto de la mayoría, la no comprensión de las libertades asumidas por la Constitución de 1787, y remarca que la distorsión de la Constitución asumida por el fallo ignora el texto de la ley e invierte gravemente la relación entre el ciudadano y el Estado.

234

Lo que ha hecho el voto de la mayoría, acota Thomas, es discurrir en extenso por el campo constitucional, pero guiado solamente por sus preferencias personales, así como por los «*derechos fundamentales*» que pretende enunciar. ¿El resultado? Se afecta la definición tradicional del matrimonio como hasta entonces ha sido conocida en las Enmiendas de la Constitución Americana.

De otro lado, aborda en su punto tercero este fallo, que en el voto en mayoría invierte el significado original de la libertad, y que ello ha de causar daños en el orden constitucional protector de libertades. Así, la mayoría desestima el proceso político como una forma de protección de la libertad, y amenaza el proceso político que protege las libertades. Por eso, las reflexiones de la mayoría son inexactas.

#### **4.4. La libertad y sus muchos significados**

El juez Alito considera que la libertad es un término de muchos significados pero que en modo alguno la Constitución explaya qué se debe entender por matrimonio entre las personas del mismo sexo. De ahí, que la interpretación de cinco jueces sobre lo que es el matrimonio no es una expresión de libertad sino la simple visión personal de los mismos sobre esta figura.

Anota que no versa esta cuestión del caso sobre el derecho a un igual tratamiento sino se trata de un particular enfoque y comprensión del matrimonio, dejando de lado lo que ha sido un criterio tradicional sobre esta institución, y ello se traduce en la diversidad de sexos, o heterosexualidad, que el matrimonio comprende y cuyo resultado más tangible es la procreación.

Considera, adicionalmente, que el matrimonio presenta etapas de desbalance. y de distinta comprensión. Pone el caso de que el 40% de niños nacidos en EE.UU. proviene de madres solteras y esto de por sí presenta una visión diferente del matrimonio, concepto que ya no puede asimilarse a los fundamentos de la mayoría para acoger el matrimonio.

Acota así que el matrimonio entre personas del mismo sexo aún exige un periodo de comprensión para ser asimilada como una institución tradicional. Bajo ese razonamiento, como aseveró Alito en su voto en el caso *Windsor*, los miembros de la Corte tienen la autoridad y responsabilidad de interpretar y aplicar la Constitución pero no de ir contra ella.

De la misma forma, considera que el voto de la mayoría constituye un acto de usurpación del derecho a decidir si se mantiene o altera la noción tradicional del matrimonio, al tiempo que va contra el sistema federal establecido por la misma Constitución, pues no se respeta a cabalidad el pensamiento de diversidad de creencias distintas, respecto a esta institución del matrimonio. Es más, se margina a muchos americanos por sus creencias en ideas tradicionales sobre el matrimonio.

## **V. Observaciones a los votos en minoría**

Hemos reseñado en una noción de traducción libre de diversos fundamentos de los votos en minoría, entre ellos el rol no legislador de la Corte, las amenazas a la democracia americana, las distorsiones de la Constitución, y la libertad y sus muchos significados.

En suma, podemos destacar el énfasis del voto en minoría respecto a que los jueces no tienen atribuciones del Poder Legislativo, así como que el fallo en mayoría es una visión particular de los jueces que suscriben dicho fallo.

Sobre el primer aspecto, efectivamente no constituyen los jueces un supra poder ni deben restar competencias del Poder Legislativo en su rol de elaboración de normas que reglen la vida en sociedad. Y sin embargo, ob-

servemos que los jueces poseen una capacidad de interpretación correctora extensiva, que no constituye sino determinar, regular y desarrollar aquellos contenidos que las leyes no señalan.

En efecto, una visión positivista de este problema, simplemente aludiría a que no existiendo regulación legal del problema que las señoras DeBoer y Rowse refieren, simplemente debe existir una respuesta denegatoria y confirmarse la sentencia desestimatoria de la Corte de Apelaciones.

Y sin embargo, la controversia que nos ocupa no es solo sobre las regulaciones positivas o negativas de los instrumentos normativos –sean leyes o la misma Constitución– sino sobre los principios que estas cuestiones involucran. Así, las señoras DeBoer y Rowse se circunscriben a solicitar, junto a otras peticiones, a no ser discriminadas por su simple orientación sexual y, sobre esa base, postulan un trato igual: se admita legalmente su unión.

De la misma forma y como respuesta al segundo punto, los fallos judiciales implican fundamentalmente razones jurídicas y argumentos que deben respetar la razonabilidad y proporcionalidad de los derechos. Siendo así, el ámbito de valores propios, o de enfoques propios de los jueces, se somete al espíritu de las leyes y la Constitución.

236

Imaginemos que hubiere triunfado en el caso Obergefell la posición denegatoria sobre las peticiones efectuadas. ¿Podría alegar el voto perdedor que la mayoría sigue patrones muy particulares de visión del problema? Creemos que no.

## **VI. A modo de conclusión**

Contrastar las dos posiciones en el caso Obergefell, decisión de la Corte Suprema de EE.UU., en relación al matrimonio entre personas del mismo sexo, autorizándolo en toda la Unión Americana, constituye un interesante ejercicio de verificación de argumentos de una y otra parte. Finalmente, es la fuerza de las razones el hilo conductor de la *ratio decidendi* en una decisión judicial.

Hemos abordado inicialmente la controversia generada respecto a los derechos de las enfermeras April DeBoer y Jane Rowse, a adoptar niños, petición que fue denegada por el Estado de Michigan, EE.UU., dada la orientación sexual diferente de las reclamantes.

A continuación, efectuamos un sumario enfoque del *certiorari* norteamericano, para luego desarrollar un examen en general tanto de los votos de la mayoría, decisión firmada por cinco jueces de la Corte Suprema, así como de los votos en disenso, cuatro en total. Y, aunque respecto de estos últimos, existen hasta cuatro votos particulares, advertimos que los mismos asumen una igual dirección de cuestionamiento del enfoque de la mayoría.

Ya hacia el final de nuestro estudio hemos delimitado nuestra posición coincidiendo con el voto en mayoría, habiendo partido nuestro enfoque del derecho de las enfermeras DeBoer y Rowse a contraer matrimonio, y a realizar su vida conforme a sus expectativas como personas en una sociedad, sin diferencias contrarias a los derechos fundamentales.

Creemos que la tarea material de admisión de esta figura –matrimonio entre personas del mismo sexo– por parte de la sociedad en su conjunto ha de ser aún muy compleja. Desde distintos argumentos, no se admitía este tipo de uniones en muchos Estados de EE.UU. Y, sin embargo, nos cuestionamos a lo largo de trabajo: ¿qué es lo normal? ¿Qué es lo no normal? O bien: ¿nuestros derechos en mayoría de heterosexuales nos permite imponer a determinadas minorías –digamos homosexuales– nuestra forma de pensar? ¿O es acaso que una nueva concepción de democracia significa que los derechos de las minorías deban ser respetados por las mayorías?

Las respuestas, como se podrá observar, son de muy compleja factura, mas es imperativo ir construyendo estándares que se vayan acercando más a los contenidos humanísticos de los derechos fundamentales.

Consideramos que la brega por los derechos de estas minorías aún demandará mucho de los Estados, y exigirá además un nuevo enfoque de los derechos en pugna. Se dice que las gotas de agua continuas pueden horadar piedras en miles, o acaso en decenas de miles de años. La defensa de los derechos fundamentales es igualmente una tarea de largo aliento, pues implica vencer formas tradicionales de concepción del mundo y de los derechos. Ello constituye una tarea insoslayable de la humanidad.