

DERECHO CONSTITUCIONAL AL MATRIMONIO HOMOSEXUAL  
EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA... Y EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS\*

SUMARIO: 1. Derecho constitucional al matrimonio sin signo de género.- 2. Reacciones y salvedades ante *Obergefell*: libertad versus historia.- 3. Conclusión: ¿desestablecimiento del matrimonio?.- 4. Epílogo: México y el enlace homosexual en la Suprema Corte de los Estados Unidos.

El 26 de junio de 2015 la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, por su sentencia en el caso *Obergefell v. Hodges*, fue noticia de portal en los medios de soporte digital y de primera página en los de papel a todo el alrededor de las latitudes eurodescendientes y asimiladas del planeta. En casa, el *New York Times* titulaba: “Decisión de la Corte Suprema convierte el matrimonio con el mismo sexo en derecho a escala nacional”, presentando el acontecimiento como “una victoria ansiada desde hace tiempo por el movimiento de derechos *gay*” tras “décadas de litigación y de activismo”. A las pocas semanas, el 21 de Julio, en el mismo periódico, un artículo de opinión se interrogaba desde su título “¿Es la poligamia lo próximo?”, recurriendo a la ironía para deslizar una apreciación no del todo halagüeña sobre la sentencia mediante la insinuación de favorecimiento de otro paso más allá: “¿Puede la decisión presagiar un derecho constitucional al matrimonio plural? Si ya no hay magia en la concurrencia de sexos cuando se trata del matrimonio, ¿puede haberla en el número dos?”. Alega que nada menos que el mismísimo presidente de la Corte Suprema se hace eco del tal augurio sobre la poligamia en su voto particular beligerante contra una sentencia que juzga arbitraria por carente de base constitucional alguna<sup>1</sup>. La conexión con la poligamia se realiza como si no hubiera cuestionamiento posible acerca de lo nefando de su práctica. La mayoría que suscribe la sentencia es la mínima de cinco entre nueve<sup>2</sup>.

La cuestión se plantea porque unos Estados de los que componen los Estados Unidos de América, de esta Federación que usurpa nombre por no tenerlo propio, han legalizado los matrimonios o las uniones del mismo sexo mientras que bastantes, con los perjuicios consiguientes, se niegan a concederles validez alguna a los enlaces que en

---

\* Contribución a Ricardo Sodi Cuellar, Javier Espinoza de los Monteros y Gonzalo Farrera (eds.), *Tendencias Constitucionales para el Siglo XXI*, previsto para 2017 (Editorial Porrúa) en conmemoración del centenario de la Constitución mexicana. Una versión desarrollada tanto en sentido histórico como en el constitucional, con consideración además del caso español, espero tenerla a tiempo para publicarla en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 46, 2017.

<sup>1</sup> *New York Times* de dichas fechas, online. El artículo lo suscribe William BAUDE, profesor de derecho constitucional y justicia federal en la Universidad de Chicago, en cuyo sitio su página personal notifica que había sido letrado del referido presidente de la Corte Suprema, *Chief Justice* John G. Roberts Jr. La conexión entre homosexualidad y poligamia, junto a otras compañías como el incesto y la zoofilia, no es nueva en esta Corte: Bozzuti, Joseph, “The Constitutionality of Polygamy Prohibitions After Lawrence v. Texas: Is Scalia a Punchline or a Prophet?”, en *The Catholic Lawyer*, 43 (2004), pp. 409-442. Ni fuera de ella, incluso con el mismo estilo de interrogante en el título: McDonnell, Brett H., “Is Incest Next?”, en *Cardozo Women’s Law Journal*, 10-2 (2004), pp. 337-361; Myers, Michel G., “Polygamist Eye for the Monogamist Guy: Homosexual Sodomy... Gay Marriage... Is Polygamy Next?”, en *Houston Law Review*, 42-5 (2006), pp. 1451-1486.

<sup>2</sup> [supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](http://supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf) es el texto de la sentencia, con el *syllabus* preliminar que no forma parte de la misma y con los votos disidentes que en su conjunto ocupan más espacio que ella y de los que aquí no vamos en sí a ocuparnos, aunque alguna referencia convendrá.

esos otros se celebran. Aquí nos interesa la sentencia, no el caso ni su historia<sup>3</sup>. Para las personas de orientación o de opción homosexual que aspiran a una convivencia estable en pareja con todo el reconocimiento y todos los derechos del matrimonio heterosexual, ellas y ellos, la resolución final de *Obergefell v. Hodges* es un acto de justicia. Por serlo, la sociedad entera habría de celebrarlo<sup>4</sup>. Por vecinos, los Estados Unidos Mexicanos podrían participar en las congratulaciones. Mas no nos precipitemos. La sentencia no se limita a afirmar el derecho a la unión matrimonial sin acepción de género y a fundamentarlo, como lo hace, en argumentos de libertad e igualdad. También arrastra historia y aprovecha historiografía, con resultados como mínimo dudosos desde perspectiva constitucional como nos disponemos a observar. Veamos y reflexionemos.

#### 1. Derecho constitucional al matrimonio sin signo de género.

Estamos en todo caso –conviene comenzar subrayando– ante una decisión judicial cuyo principio, en el doble sentido de regla y de comienzo, es de libertad. Así arranca: “La Constitución promete libertad a cuantos están bajo su jurisdicción, una libertad incluyente de derechos específicos que permiten a las personas definir y expresar, de forma legítima, su identidad. Los recurrentes en estos casos (*Obergefell* y otros acumulados) buscan esa libertad mediante el matrimonio con personas del mismo sexo, matrimonio que se considere legítimo en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que el contraído entre personas de distinto sexo”, pero no es por esta vía por donde va a discurrir precisamente la argumentación judicial del caso.

Adviértase. La sentencia parte de una atribución a la Constitución de un derecho a una *identidad* que en el contexto resulta *derecho a la identidad sexual*. De haberse adentrado por este terreno no sólo tendría que haber fundamentado la legitimación del matrimonio homosexual en tal específico derecho, lo que no hace, sino que se habría de extender a cuestionarse más aspectos del derecho de familia constituido como sea el de la monogamia, lo que evita. La manera de eludir dichos compromisos del punto de partida es recurriendo sobre la marcha a la historia conforme a las sugerencias de un par de *amici curiae*, amigos de la corte o de la justicia, el de la Organización de Historiadores Americanos y el de la Asociación Histórica Americana<sup>5</sup>, lo de América por estos Estados Unidos según la consabida metonimia. En esos *amici* se apoya explícitamente la sentencia<sup>6</sup>. Antes de nada, se asegura por la misma, “resulta apropiado

---

<sup>3</sup> Sobre la historia de movilización social y cultural que conduce a *Obergefell*, Cole, David, *Engines of Liberty: The Power of Citizen Activists to Make Constitutional Law*, New York, Basic Books, 2016, parte I: “Marriage Equality”, cap. 6 y último de esta primera parte: “The End Game: *Windsor* and *Obergefell*”.

<sup>4</sup> Chauncey, George, *Why Marriage? The History Shaping Today’s Debate Over Gay Equality* (2004), ed. ampliada con nuevo prefacio, New York, Basic Books, 2009; Goldberg, Suzanne B, “*Obergefell* and the Intersection of Civil Rights and Social Movements”, en *California Law Review Circuit*, 6 (2015), pp. 157-165.

<sup>5</sup> oah.org y historians.org son respectivamente los sitios en los que la *Organization of American Historians* (historiadores e historiadoras naturalmente) y la *American Historical Association* se presentan a sí mismas. La OAH es la editora de *The Journal of American History* y *The American Historian*; la AHA, de *The American Historical Review* y *Perspectives on History*. Kirkendall, Richard S., (ed.), *The Organization of American Historians: The Writing and Teaching of American History*, New York, Oxford University Press, 2011, no contiene capítulo sobre la amistad con la justicia.

<sup>6</sup> [supremecourt.gov/ObergefellHodges/AmicusBriefs](http://supremecourt.gov/ObergefellHodges/AmicusBriefs) es la página con los enlaces a los ciento cuarenta y siete *amici curiae* de *Obergefell v. Hodges*, un verdadero récord. Ahora nos referimos al *Brief of the Organization of American Historians as Amicus Curiae in Support of the Petitioners* y al *Brief of Historians of Marriage and the American Historical Association as Amici Curiae in Support of Petitioners*. *Amicus* puede ser el escrito y quien lo suscribe, yendo aquí en el primer sentido. Un tercer

reparar la historia del asunto que se encuentra ante esta Corte”. De este modo se entra a continuación significativamente en materia: “los anales de la historia humana revelan la importancia trascendental del matrimonio”. “Desde los albores de la historia” esto sería además así “conforme al entendimiento de que se trata de una unión entre personas de distinto sexo”.

“Esa historia constituye el comienzo de estos casos”. Es, según la Corte, una historia universal de la monogamia que los mismos reclamantes aceptan pues plantean su pretensión a partir de ella: “Los recurrentes admiten esta historia, pero pugnan porque estos casos no se agoten en ella”. Su propósito, según siempre la sentencia, no es subvertir la institución del matrimonio, sino todo lo contrario: “lo que late en las pretensiones de los recurrentes es la importancia duradera del matrimonio” así como su “naturaleza inmutable” en cuanto que unión monógama o de pareja. La historia conjuga la perpetuidad de la institución con la variación de sus reglas: “la continuidad y el cambio”. Se ha evolucionado, por ejemplo, del matrimonio por acuerdo entre familias al consensual entre los contrayentes o, ulteriormente, del que anula la personalidad de la mujer al que se produce en términos de igualdad entre cónyuges. En este punto se produce la primera referencia a un *amicus curiae*, precisamente al de la Asociación de Historiadores Americanos y, directamente incluso, a historiadores del matrimonio que lo suscriben. No hay aquí sabidamente empacho para la responsabilidad de registrar autoridades de base de la decisión judicial, lo que abre la cancha para el juego de los *amici* o las *amicae curiae*, amigos o amigas de historiografía o de otros campos<sup>7</sup>.

La sentencia pretende que tales transformaciones del matrimonio hacia un horizonte de libertad es distintivo de los Estados Unidos: “Ciertamente, esos entendimientos cambiantes del matrimonio son característicos de una Nación en la que nuevas dimensiones de la libertad se hacen patentes a nuevas generaciones”, lo que puede ya conducir al asunto en juicio: “Tal dinámica puede observarse en las experiencias de la Nación con los derechos de gays y lesbianas”. Se trata en lo esencial del padecimiento experimentado de exclusión y penalización por denegación de la dignidad social del reconocimiento formal de relaciones humanas a cuyo propósito se produce la segunda referencia a un *amicus curiae*, precisamente el de la Organización de Historiadores Americanos, centrado en dicha dimensión.

---

*amicus* con intervención titular de gentes de historia (pocos, ninguna mujer y la mayoría eméritos), *Brief of Amici Curiae Scholars of History and Related Disciplines in Support of Respondents*, acude en defensa de “la definición tradicional del matrimonio (...) hondamente arraigada en la concepción histórica del mismo y de sus fines”. Aquí nos interesan los *amici* de historia influyentes en la sentencia más que los que lo hagan en los votos disidentes. Profesionales de la historiografía no hay entre quienes suscriben un *Brief for 54 International and Comparative Law Experts from 27 Countries and the Marriage and Family Law Project as Amici Curiae in Support of the Respondents*, en defensa de fondo más religioso que jurídico del matrimonio heterosexual excluyente. Entre los veintisiete no faltan España y algún que otro Estado latinoamericano, inclusive México, como veremos.

<sup>7</sup> Las referencias directas a dicha historiografía más monográfica son concretamente a Cott, Nancy F., *Public Vows: A History of Marriage and the Nation*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2000, y a Hartog, Hendrik, *Man and Wife in America: A History*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2000. Si se quieren comparar prácticas de irresponsabilidad por ocultamiento casi siempre y manipulación a veces de referencias, sirva la española; para un ejemplo, Clavero, Bartolomé, “Sexo de derecho, acoso de justicia (Comentario de *jurisprudencia*)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 52 (1998), pp. 189-217. Se cuenta con comparación de radio más amplio: Andenas, Mads, y Duncan Fairgrieve (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

A este efecto, para hacerse ver que la persecución de la homosexualidad dista de ser tan sólo jurídica, se recuerda el tratamiento médico y psiquiátrico que se le ha deparado como si se tratase de una enfermedad, a lo que se produce la tercera referencia a *amicus curiae*, ya no de historiografía<sup>8</sup>. La Corte reconoce que respaldó dicho tratamiento persecutorio de la homosexualidad, pero que vino a corregir su posición en 2003 estableciendo que “respaldar leyes criminalizadoras de la intimidad entre personas del mismo sexo degrada sus vidas”. Fue en la sentencia del caso *Lawrence v. Texas*. Ahora, erigiéndolo en precedente, se pretende que la admisión del matrimonio homosexual ha de ser la debida consecuencia<sup>9</sup>.

La sentencia entiende que es a partir de entonces que se plantea la reivindicación del matrimonio homosexual, refiriendo algunas de sus vicisitudes entre pronunciamientos judiciales o legislativos de unos u otros Estados, así como con el fiasco federal de un intento de definición del matrimonio heterosexual en forma excluyente mediante mera ley: “Esta Corte invalidó la DOMA (*Defense of Marriage Act*, 1996) en la medida en que impedía al Gobierno Federal tratar como válidos a los matrimonios del mismo sexo aun cuando fuesen legítimos en los Estados que los permitiesen”<sup>10</sup>. Y así se llega a la situación previa a *Obergefell*: “Después de años y años de litigación, legislación, referéndums y discusiones a propósito de unas y otras iniciativas, los Estados se encuentran ahora divididos en relación al matrimonio del mismo sexo”. Es el momento de entrar en las consideraciones jurídicas que han de centrarse, conforme al planteamiento de los reclamantes, en las cláusulas de *due process of law* y de *equal protection of the laws* de la enmienda décimo cuarta<sup>11</sup>. Que el asunto pudiera resolverse por el recurso menos comprometido para el derecho federal de la cláusula *full faith and credit*, plena fe y crédito entre registros y certificaciones de los

---

<sup>8</sup> *Brief of the American Psychological Association et al. as Amici Curiae in Support of the Petitioners*. Tampoco falta referencia directa, en este punto, al número de la revista de la *Psychological Association* en el que se hizo público el cambio de postura a favor de la normalización de la homosexualidad (*The American Journal of Psychiatry*, 131-4, 1974).

<sup>9</sup> Ball, Carlos A., *From the Closet to the Courtroom: Five LGBT Rights Lawsuits That Have Changed Our Nation*, Boston, Beacon, 2011, cap. 5; Carpenter, Dale, *Flagrant Conduct: The Story of Lawrence v. Texas. How a Bedroom Arrest Decriminalized Gay Americans*, New York, W.W. Norton; 2012.

<sup>10</sup> Adam, Barry D., “The Defense of Marriage Act and American Exceptionalism: The “Gay Marriage” Panic in the United States”, en *Journal of the History of Sexuality*, 12-2 (2003), pp. 259-276. Para el fiasco paralelo de enmiendas constitucionales en defensa del matrimonio heterosexual excluyente, Stein, Edward, “Past and Present Proposed Amendments to the United States Constitution Regarding Marriage”, en *Washington University Law Review*, 82-3 (2004), pp. 611-685, tratando también de propuestas de enmiendas para prohibir el matrimonio interracial y la poligamia; *Brigham Young University Journal of Public Law*, 20-2 (2006), número monográfico sobre *Same-Sex Marriage*; y en fin, D’Aloia, Antonio, “From Gay Rights to Same-Sex Marriage: A Brief History Through the Jurisprudence of the US Federal Courts”, en Gallo, Daniel, Luca Paladini y Pietro Pustorino (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Heidelberg, Springer, 2014, pp. 33-71. La definición heterosexual del matrimonio por el DOMA es declarada inconstitucional por falta de competencia de la ley federal con el caso *United States v. Windsor*, 2013.

<sup>11</sup> Recordemos el tenor completo de la sección que contiene estas cláusulas, la primera de la Enmienda XIV: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

Estados entre sí, ya ha quedado, con las resistencias y las divisiones estatales, definitivamente atrás<sup>12</sup>.

En base a jurisprudencia anterior respecto a cuestiones distintas, la Corte argumenta que los derechos constitucionales no están tasados, sino abiertos a interpretación atenta a la propia historia de determinaciones normativas y metodologías judiciales, “sin permitir que sea el pasado tan sólo lo que regule el presente”. Entre derechos no contemplados por normas formalmente constitucionales, pero inferidos por vía jurisprudencial, figura el de acceso al matrimonio: “Esta Corte ha venido sentando que el derecho al matrimonio está protegido por la Constitución. En *Loving v. Virginia* (...), que invalidó las prohibiciones de las uniones interraciales, la Corte mantuvo unánimemente que el matrimonio es ‘uno de los derechos personales vitales por esenciales para la búsqueda ordenada de la felicidad por sujetos libres’”<sup>13</sup>. Ahora de lo que se trataría es de extender la legitimación del matrimonio interracial al matrimonio homosexual como si hubiera conexión entre ambos supuestos o, dicho en negativo, entre el racismo y la homofobia. El nexos se identifica en el padecimiento de las víctimas en conformidad con el planteamiento referido del *amicus curiae* de la Organización de Historiadores Americanos.

“No cabe negar que los casos por los que esta Corte atiende al derecho al matrimonio implicaban una relación entre parejas de sexo distinto”, pero, ya se sabe, *the times they are a-changin'*: “La Corte, como muchas otras instituciones, ha asumido en el pasado presuposiciones determinadas por el mundo y por el tiempo al que no deja de pertenecer”. Hay además otros motivos fundamentales, igualmente afirmados por la jurisprudencia precedente, para llegar a “la conclusión de que las parejas del mismo sexo pueden ejercer el derecho al matrimonio”. Tales motivos van desgranándose. El principal es el de la *individual autonomy*, la autonomía individual como derecho constitucional y valor social. Tiene aplicación al orden matrimonial por cuanto que “una unión de dos personas no tiene parangón con ninguna otra por su importancia para los mismos individuos concernidos”. Por esta razón, la sentencia en el caso *Griswold v. Connecticut*, por la que se despenalizó en 1965 el uso de contraceptivos por parejas debidamente casadas y como expresión de su *right to privacy*, *derecho a la privacidad*, declaró que el *right to marry*, el *derecho al matrimonio*, es “más antiguo que el mismo *Bill of Rights*”, anterior al propio registro de derechos por parte de la Constitución de

---

<sup>12</sup> Constitución de los Estados Unidos, art. 4, secc. 1: “Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State”. Para un par de muestras del debate inmediato ante el DOMA acusando su inconstitucionalidad, Johnson, Julie L.B., “The Meaning of ‘General Laws’: The Extent of Congress’ Power under the Full Faith and Credit Clause and the Constitutionality of the Defense of Marriage Act”, en *University of Pennsylvania Law Review*, 145-6 (1997), pp. 1611-1647; Chabora, Paige E., “Congress’ Power under the Full Faith and Credit Clause and the Defense of Marriage Act of 1996”, en *Nebraska Law Review*, 76-3 (1997), pp. 604-652. Sobre las posibilidades del *full faith and credit* fallidas al respecto, Grossman, Joanna L., “Resurrecting Comity: Revisiting the Problem of Non-Uniform Marriage Laws”, en *Oregon Law Review*, 84-1 (2005), pp. 101-156.

<sup>13</sup> Es caso ciertamente grávido de 1967: Katyal, Sonia K., “Sexuality and Sovereignty: The Global Limits and Possibilities of ‘Lawrence’”, en *William and Mary Bill of Rights Journal*, 14-4, 2006, pp. 1429-1492; Fasullo, Kristin, “Beyond Lawrence v. Texas: Crafting a Fundamental Right to Sexual Privacy”, en *Fordham Law Review*, 77-6 (2009), pp. 2997-3043; Maillard, Kevin Noble, y Rose Cuison Villazor (eds.), *Loving v. Virginia in a Post-Racial World: Rethinking Race, Sex, and Marriage*, New York, Cambridge University Press, 2012. Ya ha comparecido: Bozzuti, J., *The Constitutionality of Polygamy Prohibitions After Lawrence v. Texas* (n. 1).

los Estados Unidos<sup>14</sup>. Mayor entronización no puede producirse respecto a un derecho, el de acceso al matrimonio, que ahora se viene a extender a las parejas homosexuales. “Las parejas del mismo sexo pueden también aspirar a los fines trascendentales del matrimonio buscando así su realización personal en su más alto significado”.

El derecho al matrimonio no sólo se contempla como si interesase en exclusiva a quienes lo contraen. Razón para reconocerlo y ampararlo es también la de que “salvaguarda a los niños y a las familias dotando de significado a derechos conexos respecto a la crianza de la infancia, a la procreación y a la educación”. “El matrimonio también permite la permanencia y la estabilidad tan importantes para los mejores intereses de los niños, las niñas y los adolescentes”<sup>15</sup>. Este argumento no juega ya a favor tan sólo del matrimonio heterosexual: “gays y lesbianas pueden crear familias en ambiente de mutuo amor y apoyo”. La filiación puede producirse perfectamente de forma asistida médica o también, por adopción, jurídica. La capacidad y voluntad de reproducirse biológicamente nunca habría sido requisito para el matrimonio en los Estados Unidos ni hay base alguna para que lo sea. Y el matrimonio como institución también interesa a la sociedad entera. Todas estas son explicaciones de la sentencia.

He ahí una última razón que abunda en la importancia constitucional, podría decirse que incluso constituyente, de la misma institución matrimonial: “el matrimonio es piedra angular de nuestro orden social”. Por ello la sociedad ha de sustentarlo y potenciarlo: “lo mismo que una pareja se presta votos para apoyarse mutuamente, así la sociedad se compromete a apoyar a la pareja, ofreciendo reconocimiento simbólico y beneficios materiales para proteger y sustentar la unión”. “No hay diferencia ninguna entre parejas del mismo o de distinto sexo en lo que respecta a tal principio”. Así comparten tamaño simbiosis con la sociedad entera. ¿Cabe mayor exaltación de la institución que ahora se extiende al enlace homosexual? Aparte de la ratificación definitiva, con todo esto, de la renuncia a la agresividad homófoba, ¿cambiará mucho las cosas el detalle de que *the straight State*, el Estado heterosexual, desdoble su perfil en relación al matrimonio monógamo?<sup>16</sup>. En ningún momento sugiere la sentencia que

---

<sup>14</sup> Johnson, John W. *Griswold v. Connecticut: Birth Control and the Constitutional Right of Privacy*, Lawrence. University Press of Kansas, 2005. Grossman, J.L., y Lawrence M. Friedman, *Inside the Castle: Law and the Family in 20<sup>th</sup> Century America*, Princeton, Princeton University Press, 2011, pp. 112-113, lo presentan como “el caso realmente principal sobre el derecho a la privacidad”, aunque sea menos famoso que *Roe v. Wade* (1973), el de la permisión del aborto bajo la cobertura de dicho mismo derecho a la *privacidad* de construcción jurisprudencial: Mary Ziegler, *After Roe: The Lost History of the Abortion Debate*, Cambridge Mass., Harvard College, 2015, cap. 4: “The Rise of Choice: Single-Issue Politics and Privacy Arguments”.

<sup>15</sup> En este punto se hace remisión a otro amigo de la curia entre los ciento cuarenta y siete: *Brief of Amici Curiae Scholars of the Constitutional Rights of Children in Support of Petitioners*, igualmente en la página dicha por supuesto. El principio del *best interests of the child* o intereses superiores del menor es ahora el que preside el derecho internacional de derechos humanos al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, *Convention on the Rights of the Child*, de 1989 (art. 3.1), que Estados Unidos precisamente no tiene ratificada (*child* a estos efectos: niño, niña y adolescente). Lo recuerdan oportunamente Grossman, J.L., y L.M. Friedman, *Inside the Castle: Law and the Family in 20<sup>th</sup> Century America* (n. 14), p. 280.

<sup>16</sup> Katz, Jonathan Ned, *The Invention of Heterosexuality* (1995), ed. ampliada con nuevo prefacio, Chicago, University of Chicago Press, 2007; Canaday, Margot, *The Straight State: Sexuality and Citizenship in Twentieth-Century America*, Princeton, Princeton University Press, 2009; Eskridge, William N., *Dishonorable Passions: Sodomy Laws in America, 1861-2003*, New York, Viking, 2008 Klarman, Michael J., *From the Closet to the Altar: Courts, Backlash, and the Struggle for Same-Sex Marriage*, New York, Oxford University Press, 2013.

haya de producirse alguna renovación o, como luego veremos, algún desestablecimiento en la institución. Todo lo contrario, se trata de cerrar filas con la nueva incorporación.

En esta línea se llega a extremos de interesado misticismo sobre la monogamia poco menos como si no cupiera realización humana fuera de ella: “El matrimonio responde al temor universal de que una persona sin compañía necesite a otra y se encuentre sola. Ofrece la esperanza del compañerismo, el entendimiento y la seguridad de que, mientras ambos estén con vida, siempre habrá uno para cuidar del otro”. “No hay unión más profunda que la del matrimonio pues éste encarna los ideales más elevados de amor, fidelidad, devoción, sacrificio y familia. Formando esta unión familiar, dos personas se convierten en algo más grande de lo que fueran por separado”. Y en fin, “estas consideraciones nos llevan a la conclusión de que el derecho al matrimonio es un derecho fundamental inherente a la libertad de la persona, así como a la de que, bajo el *Due Process and Equal Protection Clauses* de la Enmienda XIV, las parejas del mismo sexo no pueden ser privadas de tal derecho y tal libertad. Esta Corte ahora mantiene que las parejas del mismo sexo pueden ejercer el derecho fundamental de acceso al matrimonio”.

## 2. Reacciones y salvedades ante *Obergefell*: libertad versus historia.

Una de quienes, como historiadores del matrimonio, suscriben el *amicus curiae* de la Asociación de Historiadores Americanos, reacciona críticamente de modo inmediato ante la sentencia. Naturalmente, la crítica no se debe a la legitimación del matrimonio homosexual, “una victoria para los derechos de LGBT”, lesbianas, gays, bisexuales y transgénero. Lo hace a la exaltación de la institución matrimonial: “Mi preocupación se despierta ante el modo como *Obergefell* acrecienta la importancia del matrimonio cual sendero hacia una ciudadanía plena privilegiando al tiempo un ideal estrecho de la intimidad sexual”. Esto se hace ver que contrasta con una decadencia histórica de la institución del matrimonio frente a la que el derecho y la religión, ambos, vienen respondiendo con una “inversión en heterosexualidad” cuyo resultado ha sido “un sistema jurídico y político profundamente influido por la vida religiosa de Estados Unidos, exaltando al matrimonio mientras se ignoran o denigran cuestiones más de fondo acerca de la libertad sexual y las relaciones familiares no matrimoniales”. La misma extensión a la homosexualidad se realiza enfatizando dichas resultas. La religión, una religión que puede ser ahora *liberal* en el sentido constitucional, sigue pesando. “La exclusión de las parejas del mismo sexo era un ultraje contra la igualdad precisamente por la cantidad de derechos y privilegios de ciudadanía fundamentales que fluyen a través del matrimonio y porque el matrimonio se mantiene como una forma privilegiada de reconocimiento familiar”, lo que sigue ocurriendo con efectos persistentemente perjudiciales para quienes no optan por el matrimonio dicho monogámico, el dual<sup>17</sup>.

En dicha misma dirección hay reacciones críticas ante la sentencia que van todavía más allá. El modo de representar la institución matrimonial como “formando una unión marital” por la que “dos personas se convierten en algo más grande de lo que fueran por separado” estaría manteniendo la imagen tradicional que en tiempos imposibilitaba y ahora dificulta la libertad e independencia de los miembros de la familia comenzándose por los cónyuges con desequilibrio en perjuicio usualmente de la mujer. Es algo que guarda al fin y al cabo congruencia con el empeño de la misma

---

<sup>17</sup> Davis, Rebecca L. “Faith in Marriage”, en *PS: Public Seminar*, online, post de 28-VII-2015.

sentencia por seguir sustentando el orden constitucional en la institución familiar, monógama por supuesto<sup>18</sup>.

Incluso desde el punto de vista del reconocimiento en igualdad, sin discriminación, de los derechos de las personas de opción sexual no exclusivamente heterosexual la sentencia resulta deficiente. Todo el énfasis que pone en el fortalecimiento del matrimonio, todo el descuido que demuestra en la garantía de tales derechos dentro y fuera de la familia<sup>19</sup>. Más que en las condiciones constitucionales para el ejercicio de libertad sin discriminación por opción sexual, en lo que se centra es en su encauzamiento a través de la réplica homosexual del matrimonio heterosexual<sup>20</sup>. Una perspectiva histórica más amplia en relación a la filiación extramatrimonial puede confirmar que el nuevo matrimonio, el heterosexual y homosexual integrado, conserva privilegios de *supremacía* de la institución monogámica respecto a las opciones no matrimoniales con efectos de discriminaciones y exclusiones. Lejos de intentar superar esta situación, *Obergefell* lo que procura es fortalecerla<sup>21</sup>. Ha hecho con esto reverdecir críticas que ya se daban frente a los proyectos de integrar la homosexualidad en el modelo de matrimonio heterosexual<sup>22</sup>.

A la luz de tales comentarios de urgencia, unos contrastes entre sentencia y votos disidentes no resultan tan pronunciados como pudieran parecer, aparte la cuestión primaria y por supuesto esencial del rechazo o la acogida del matrimonio homosexual. Hay voto que exalta hasta un grado exasperado la universalidad del matrimonio en la historia: “una institución social que ha formado los cimientos de la sociedad humana durante milenios, para los bosquimanos del Kalahari como para los chinos han, los cartagineses y los aztecas”, aunque tan aventurada afirmación tenga enseguida que corregirse por referencia a la poligamia: “las uniones plurales (...) tienen hondas raíces en algunas culturas alrededor del mundo”. Hay también voto que no sólo abunda en el presunto valor constitucional de la institución matrimonial, sino que incluso la exalta igualmente hasta el paroxismo de ubicarla en una posición ultraconstitucional por causa de religión: “En nuestra sociedad no es simplemente una institución constitucional; lo es igualmente religiosa”. “Esa visión religiosa constituye la fundamentación sobre la que se ha construido esta Nación”, por lo que han de aceptarse sus reglas por imperativo, se pretende, de la libertad de religión<sup>23</sup>. ¿Tal narrativa histórica y tal pretensión

---

<sup>18</sup> Tait, Allison Anna, “The Return of Coverture”, en *Michigan Law Review First Impressions*, 114 (enero, 2016), pp. 99-109.

<sup>19</sup> Nicolas, Peter, “Obergefell’s Squandered Potential”, en *California Law Review Circuit*, 6 (noviembre, 2015), pp. 137-144.

<sup>20</sup> Joshi, Yuvraj, “The Respectable Dignity of Obergefell v. Hodges”, también en *California Law Review Circuit*, 6 (noviembre, 2015), pp. 117-125.

<sup>21</sup> Mayeri, Serena, “The Marital Supremacy and the Constitution of the Nonmarital Family”, en *California Law Review*, 103-5 (2015), pp. 1277-1352.

<sup>22</sup> NeJaime, Douglas, “Before Marriage: The Unexplored History of Nonmarital Recognition and Its Relationship to Marriage”, en *California Law Review*, 102-1 (2014). pp. 87-172; p. 90: “Críticos de la actual devoción del movimiento por el matrimonio elaboran algunas de las objeciones ideológicas más tempranas al mismo (...). Arguyen que, en vez de abogar por el pluralismo familiar y la libertad sexual, la militancia del momento encasilla a las parejas del mismo sexo dentro de los confines del matrimonio manteniendo a éste como el mecanismo apropiado para la distribución de derechos y beneficios”; Boucai, Michael, “Glorious Precedents: When Gay Marriage Was Radical”, en *Yale Journal of Law and the Humanities*, 27-1 (2015), pp. 1-82.

<sup>23</sup> La lección fallida de historia universal la imparte el voto del *Chief Justice*, John G. Roberts; la de derecho religioso constitucional, el de Clarence Thomas. El primero lo suscriben también Thomas y



constitucional acerca del matrimonio monógamo no lo comparte plenamente la sentencia? Ésta incluso participa, bien que solapadamente, del trasfondo religioso. La religión no ha desaparecido, ni mucho menos, del escenario constitucional<sup>24</sup>.

Como se ve por el primer voto disidente citado, el fantasma que se cierne ahora sobre el derecho de familia en los Estados Unidos es el de la poligamia. No habría de extrañar aunque sólo fuera porque la misma consagración del matrimonio heterosexual de fondo religioso por parte del constitucionalismo federal se produjo, con motivación además de religión y no exactamente de Constitución, durante la segunda mitad del siglo XIX por oposición directa a la práctica de la poligamia<sup>25</sup>. A lo recién reproducido sobre sus “hondas raíces en algunas culturas alrededor del mundo”, el voto añade: “Resulta chocante que buena parte del razonamiento de la mayoría se podría aplicar con igual fuerza a la reclamación de un derecho fundamental al matrimonio plural”. Efectivamente<sup>26</sup>, pero la invocación el voto la efectúa como amenaza atemorizadora para descalificar la sentencia, no como posibilidad abierta para potenciarla desde su propia perspectiva de promoción de libertad sin discriminaciones.

La sentencia por su parte elude cuidadosamente el asunto, como ya ha podido advertirse: “La cuestión (de la poligamia) se ha reducido al silencio por la decisión de la

---

Antonin Scalia; el segundo, Scalia. Hay otros votos disidentes, de Scalia al que se suma Thomas y de Samuel A. Alito al que lo hacen Thomas y Scalia. No he dicho todavía que el ponente de la sentencia es Anthony M. Kennedy y que la suscriben Ruth B. Ginsburg, Stephen G. Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan. No hay voto concurrente que tome distancias de la exaltación del matrimonio monogámico, común en definitiva a todos.

<sup>24</sup> Sekulow, Jay Alan, *Witnessing Their Faith: Religious Influence on Supreme Court Justices and Their Opinions*, ed. ampliada, Lanham, Rowman and Littlefield, 2008, cap. 3; Witte, John Jr., *The Western Case of Monogamy Over Polygamy*, New York, Cambridge University Press, 2015. Valorando como positiva la cristianización de la Constitución, son autores que observan algo que suele escapar a quienes lo que contemplan son los intentos de confesionalización explícita: Goldstein, Jared A., “How the Constitution Became Christian”, en *Roger Williams University Legal Studies Paper Series*, 167, 2016, online. Problematicando el imaginario de la identidad religiosa y datándola en el siglo XX, Kruse, Kevin M., *One Nation Under God: How Corporate America Invented Christian America*, New York, Basic Books, 2015. La Constitución religiosa merecería haber sido, con su propia problemática, un capítulo de Amar, Akhil Reed, *The Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By*, New York, Basic Books, 2015.

<sup>25</sup> La historiografía de interés constitucional al propósito es sustanciosa: Hardy, B. Carmon. *Solemn Covenant: The Mormon Polygamous Passage*, Urbana, University of Illinois Press, 1992;. Daynes, Kathryn M, *More Wives Than One: Transformation of the Mormon Marriage System, 1840-1910*, Urbana, University of Illinois Press, 2001; Gordon, Sarah Barringer, *The Mormon Question: Polygamy and Constitutional Conflict in Nineteenth-Century America*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2002; Ertman, Martha M., *The Story of Reynolds v. United States: Federal ‘Hell Hounds’ Punishing Mormon Treason*, en Sanger, Carol (ed.), *Family Law Stories*, New York, Foundation Press, 2008, pp. 51-75; Moyer, Jonathan H., *Dancing with the Devil: The Making of the Mormon-Republican Pact*, Salt Lake City, University of Utah (Microform, UMI Dissertation Publishing), 2009, cap. 1; Bennion, Jannet, *Polygamy in Primetime: Media, Gender, and Politics in Mormon Fundamentalism*, Waltham, Brandeis University Press, 2012, parte I.

<sup>26</sup> Den Otter, Ronald C., “Three May Not Be a Crowd: The Case for a Constitutional Right to Plural Matrimony”, en *Emory Law Journal*, 64-6 (2015), *Polygamous Unions? Charting the Contours of Marriage Law’s Frontier*, pp. 1977-2046. Este número monográfico de debate sobre monogamia y poligamia responde a la expectativa del caso *Obergefell v. Hodges* todavía entonces entre la vista oral ya celebrada y la sentencia aún pendiente, entendiéndose así que no sólo habría de interesar a la homosexualidad.

Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Obergefell v. Hodges*<sup>27</sup>. No es pedir peras al olmo, requerir un pronunciamiento sobre algo no pedido por las partes. El propio arranque visto de la sentencia con un principio de libertad extensible al derecho de identidad personal en relación a la sexualidad hubiera debido conducir a una consideración más amplia de las posibilidades plurales de convivencia humana en ejercicio de tal derecho de libertad donde incluirse constitucionalmente el matrimonio homosexual<sup>28</sup>. Pero hemos visto cómo la historia ha servido para producir el cortocircuito.

El caso *Obergefell* ha repuesto en el orden del día la poligamia, esto es, ahora sin discriminación de género, la poliginia o pluralidad de mujeres con un hombre, la poliandria o pluralidad de mujeres con un hombre y poligiandria o pluralidad de mujeres y hombres<sup>29</sup>. Para expresarse ahora del modo más comprensivo, se habla de *polyamory* o poliamorismo, con algún derivado ya adoptado incluso en el seno de la Corte Suprema con ocasión de dicho caso<sup>30</sup>. ¿Es la poligamia piedra de toque para el constitucionalismo estadounidense? ¿Estamos con todo, por imperativo además constitucional, ante la *new frontier* del derecho de familia por esas latitudes?<sup>31</sup>. Bien mirado, si hay una piedra de toque para el constitucionalismo en este terreno no es la poligamia, sino el principio de libertad humana con su corolario de identidad sexual que plantea, entre otras cuestiones, la suya, frente a la noción y la práctica del matrimonio

---

<sup>27</sup> Bennion, J., y Lisa Fishbayn Joffe (eds.), *The Polygamy Question*, Boulder, University Press of Colorado, 2016, p. 19.

<sup>28</sup> Strassberg, Maura Irene, *Distinguishing Polygyny and Polyfidelity under the Criminal Law*, en Bennion, J. y L.F. Joffe (eds.), *The Polygamy Question* (n. 27), pp. 180-198; p. 181: “Desde que comencé a escribir acerca de la poligamia, el panorama jurídico ha cambiado sustancialmente. En particular, *United States v. Windsor* (2013) y *Obergefell v. Hodges* (2015) abrieron la posibilidad de argumentos basados en la libertad para sostener la descriminalización de la poligamia; pp. 180-182: de momento, una Corte de Distrito Federal de Utah ha apreciado la inconstitucionalidad de la penalización de la cohabitación poligámica (caso *Brown v. Buhman*, 2013).

<sup>29</sup> Bailey, Martha, y Amy J. Kaufman, *Polygamy in the Monogamous World: Multicultural Challenges for Western Law and Policy*, Santa Barbara, Praeger, 2010; Bennion, J., y L. Fishbayn Joffe (eds.), *The Polygamy Question* (n. 27), p. 3: “Aunque empleamos el término *poligamia* a lo largo de todo el volumen, estamos en realidad refiriéndonos a la *poliginia*, el matrimonio de un hombre con varias mujeres”, lo que es, sin la debida advertencia e induciendo a confusión, lo habitual. La poliandria es menos inusual en la historia de lo que suele darse por sentado: Starkweather, Katherine E., y Raymond Hames, “A Survey of Non-Classical Polyandry”, en *Human Nature. An Interdisciplinary Biosocial Perspective*, 23-2 (2012), pp. 149-172.

<sup>30</sup> Por parte del voto disidente del *Chief Justice* cuando enarbola contra la sentencia el fantasma de la poligamia refiriéndose a “relaciones poliamorosas”. Para otro ejemplo, Deri, Jillian, *Love’s Refraction: Jealousy and Compersion in Queer Women’s Polyamorous Relationships*, Toronto, University of Toronto Press, 2015, con el sustantivo *polyamory* como poligamia en todos sus sentidos *and beyond*. En castellano no puede adoptarse *poliamorío* porque la palabra *amorío* ya existe con un sentido de relación sexual irresponsable. Y si la unión familiar puede perfecta y legítimamente responder a mero interés, simple amistad o llana lealtad entre contrayentes, dos o más, siempre que no medie fraude, ¿por qué ceñirse a calificativos sexuales o amorosos? En todo caso, la carga sexista y amoralista que se arrastra por el lenguaje común es un problema para la acuñación de términos necesarios.

<sup>31</sup> Goldfeder, Mark, *Legalizing Plural Marriage: The Next Frontier in Family Law*, Waltham, Brandeis University Press, 2016. Para Grossman, J.L., y L.M. Friedman, *Inside the Castle: Law and the Family in 20<sup>th</sup> Century America* (n. 14), pp. 277-279 y 324-328, la *New Frontier* se sitúa todavía en derechos familiares entre miembros de uniones como las homosexuales o de otras relaciones, según les dice a las unas y a las otras, *de facto*.

monógamo heterosexual excluyente. Es el camino que ha señalado, para no recorrerlo en absoluto, la sentencia del caso *Obergefell v. Hodges*.

El bloqueo se realiza precisamente con la historia sirviéndose de los *amici curiae* que la interesan. La historiografía resulta así que, con toda su buena voluntad, hace un mal servicio de cortocircuito de la libertad. Sirve para exaltar la función social y constitucional del matrimonio en su forma de monogamia antes heterosexual, ahora también homosexual. Ya podía venirse advirtiendo: “la idea del matrimonio gay, que tanto horripila a la gente tradicional, es una forma de homenaje al compromiso, a la estabilidad, a la monogamia y a la especie de la familia nuclear de viejo estilo”. Esta advertencia no se formulaba contra la posibilidad del matrimonio homosexual ni mucho menos. Tan sólo señalaba la implicación de su mimetismo con la tradición heterosexual que puede venir a reforzar<sup>32</sup>.

Ahora, a estas alturas, toda la exaltación del matrimonio monógamo por la sentencia no se reduce a retórica compensatoria de la cesión ante la homosexualidad. Como bien se nos han indicado por unas primeras críticas, viene a amparar el mantenimiento de un modelo de familia que, en su misma encarnación institucional, no responde precisamente a un modelo de libertad. Hubiera sido preferible que tuviéramos en el caso *Obergefell*, entre *amici* y jueces, *amicae* y juezas, menos de mala historia y de peor sociología, por interesadas y selectivas, y más de buen derecho y de mejor constitucionalismo, el de libertades y sus garantías.

Nos han interesado las críticas planteadas desde el presupuesto de libertad, no las más abundantes, venidas y por venir, que se oponen a la sentencia en defensa de institución e incluso de religión. Tampoco nos hemos ocupado de los votos disidentes en sí. Aquí no nos las hemos visto con el estado del ordenamiento estadounidense, sino con una historia de presente de interés –presumo– no sólo para dentro, sino también para fuera de los Estados Unidos de América<sup>33</sup>. Respecto los Estados Unidos Mexicanos, el estado de su ordenamiento respecto a las uniones homosexuales viene a discutirse entre especialistas de derecho internacional y derecho comparado *amici* de *Obergefell*, unos en pro, otros a la contra. Observaremos el caso en el epílogo.

El presidente de la Corte Suprema concluye su voto disidente de esta guisa: “Celebrad el logro de un objetivo anhelado. Celebrad la oportunidad de una nueva expresión de compromiso con la pareja. Celebrad la disponibilidad de nuevos beneficios. Pero no celebréis la Constitución. Esto no tiene nada que ver con ella”. La primera historia que se publica sobre el caso concluye a su vez contradiciéndole: “La Constitución tiene todo que ver con el resultado de *Obergefell*”<sup>34</sup>. Ciertamente, pero

---

<sup>32</sup> Friedman, L.M., *A History of American Law*, ed. revisada, New York, Touchstone, 2005, p. 582.

<sup>33</sup> Hay un aspecto de las opiniones en el caso *Obergefell* que no he tratado, el de la capacidad normativa judicial en garantía de derechos. Sentencia: “La Constitución considera que la democracia es el proceso apropiado para el cambio siempre que este proceso no reduzca derechos fundamentales”, bien que “la dinámica de nuestro sistema constitucional consiste en que los individuos no tienen por qué esperar a la actividad legislativa para asegurar un derecho fundamental”. Voto del *Chief Justice*: “Entended bien de lo que va esta disidencia. No es acerca de que, a mi juicio, la institución del matrimonio deba cambiar o no para incluir a las parejas del mismo sexo. Se trata en cambio de que, en nuestra república democrática, la decisión debería corresponder al pueblo a través de sus representantes mediante elecciones”. Es una cuestión por supuesto de la máxima significación en el sistema estadounidense y en general, pero que, de una parte, desborda completamente nuestro objeto y, de otra, la sentencia y los votos la manipulan de forma oportunista, sin ser decisiva para las respectivas posiciones.

<sup>34</sup> Cole, D., *Engines of Liberty: The Power of Citizen Activists to Make Constitutional Law* (n. 3), p. 94.

sólo a partir del momento en que cinco individuos como mínimo en un colegio judicial de nueve así lo deciden, no antes, no como origen y destino de una historia constitucional así predeterminada por imperativo de libertad<sup>35</sup>.

### 3. Conclusión: ¿desestablecimiento del matrimonio?

¿Hay lecciones en esta historia que puedan interesar fuera de los Estados Unidos? Una me parece clara: la dirección a tomar no es la marcada por la sentencia del caso *Obergefell*. Ensimismada en la ficción de matrimonios estables hasta que la muerte les separe en una sociedad de importantes minorías con vidas al margen de esa institución, la matrimonial, ya por opción, ya por desentendimiento, o que practican la poligamia legal de carácter secuencial por medio bien del divorcio consensual, bien de las relaciones sin esponsales y con cohabitación; en una sociedad de elevados porcentajes de infancia y adolescencia crecida y socializada entre estas otras circunstancias y no en el paraíso de los matrimonios vitalicios reproductivos; con todo ello, la sentencia se decanta por un ejercicio de cooptación de la homosexualidad para apuntalar el orden familiar más presunto que establecido<sup>36</sup>. Ante ella, se plantean cuestiones no sólo de alternativas convivenciales, sino también de realismo operativo, topándose lo uno y lo otro con la dificultad extrema de un *canon* del derecho de familia fundado a mayores efectos en verdaderas ficciones bien arraigadas<sup>37</sup>.

Si hay un problema de fondo, es el del *constitucionalismo moral* que asigna al Estado competencias exorbitantes sobre la vida de la población, ciudadana o no, más allá, mucho más allá, de lo que le habilita su propia Constitución y de lo que requiere un orden social por sí y, sobre todo, en medios plurales<sup>38</sup>. Estado significa aquí tanto la institución estatal como cada uno de los Estados de los Estados Unidos, Estados que eran los competentes en materia de derecho de familia aplicándole legislativa y judicialmente un moralismo de tracto religioso sin base en su constitucionalismo

---

<sup>35</sup> Cole, D., *Engines of Liberty: The Power of Citizen Activists to Make Constitutional Law* (n. 3), rechaza esta evidencia, pero sin que su argumento justifique la afirmación citada; p. 91: “Si el matrimonio polígamo hubiera de recibir en algún momento amparo constitucional, no sería porque cinco jueces encontrasen la asimilación de Roberts (entre homosexualidad y poligamia) analíticamente ineludible, sino porque un grueso del pueblo se desvelase por generar un sustento institucional en la sociedad civil que se esforzase en la legitimación de la idea”. A esto responde la misma historia que expone, centrada en el movimiento social más que en las vicisitudes legislativas y jurisprudenciales. En todo caso, Cole nos da un buen consejo final, p. 229: “No dejéis el derecho constitucional en manos de los constitucionalistas, mucho menos de los jueces”, tampoco en las nuestras por supuesto, ni en las de Cole ni en las mías.

<sup>36</sup> Shaney, Mary Lyndon, *Making Babies, Making Families: What Matters Most in an Age of Reproductive Technologies, Surrogacy, Adoption, and Same-Sex and Unwed Parents*, Boston, Beacon, 2002. El panorama lo exponen gráficamente desde su introducción Grossman, J.L. y L.M. Friedman, *Inside the Castle: Law and the Family in 20<sup>th</sup> Century America* (n. 14).

<sup>37</sup> Hasday, Jill Elaine, *Family Law Reimagined*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2014, p. 2, definiendo dicho *canon* como el surtido de “narrativas, historias, ejemplos e ideas que imperan entre jueces, legisladores y, en menor medida, tratadistas”; p. 5: “el problema radica en que las narrativas canónicas del derecho de familia frecuentemente resultan inexactas, inútiles y engañosas”, mostrándolo.

<sup>38</sup> Tomo la expresión de *constitucionalismo moral* en dicho sentido de Gordon, S.B., *The Mormon Question: Polygamy and Constitutional Conflict* (n. 25), pp. 219, 221 y 228 (la cuestión de la poligamia mormona es la que hizo adoptar a las instituciones federales ese constitucionalismo moral que ya ejercían los Estados). Para ubicación entre momentos previos y posteriores, Langum, David J., *Crossing over the Lines: Legislating Morality and the Mann Act*, Chicago, University of Chicago Press, 1994; Dubber, Markus Dirk, *The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government*, New York, Columbia University Press, 2005, partiendo éste del patriarcalismo doméstico y político de alcance materialmente constituyente aunque tendiendo luego a reducirse a lo que hoy llamamos *policía*.

formal. Desde mediados del siglo XIX, el Congreso y la Corte Suprema federales, aun con menor fundamento todavía en su propio constitucionalismo, asumieron con entusiasmo ese constitucionalismo moral regulatorio de la familia desde unos presupuestos religiosos que no confesaba su nombre bajo una Constitución que se pretendía no confesional<sup>39</sup>. Ahí acaba de forjarse un modelo agresivo de monogamia heterosexual procreativa, un modelo excluyente y criminalizador de otros modos y otros ámbitos de relación sexual y convivencia social<sup>40</sup>.

Aun con planteamientos formales distintos, la historia del constitucionalismo moral solapado no es muy diferente por otros Estados. Competencias y prácticas intrusivas en la vida social y en la intimidad personal, más acá de los principios constitucionales de libertad teóricamente asumidos y más allá de los requerimientos del sistema de poderes formalmente establecido, pasan más o menos limpiamente de unas Iglesias a unos Estados<sup>41</sup>. Pueden cambiar contenidos caso de asumirse en serio principios de libertad, pero no por ello se desvanece el poder ultraconstitucional que se ha heredado, entre religión y derecho, para conformar vidas y someter intimidades. En Estados Unidos, el ejercicio federal de ese poder ha reducido el alcance del que permanece en manos de los Estados, particularmente a través de la construcción jurisprudencial de un derecho a la *privacy*, pero la sentencia del caso *Obergefell* es prueba de hasta qué punto no se renuncia al constitucionalismo moral por mucho que carezca de base en el constitucionalismo formal. El mismo derecho a la *privacidad* no cancela porque contrapesa el intrusismo moral de los Estados, su poder sobre el derecho de familia más acá y más allá de principios y reglas constitucionales<sup>42</sup>.

La dirección contraria a la del caso *Obergefell* tiene ya un nombre, el de desestablecimiento o desinstalación del matrimonio, una cierta desinstitucionalización a su costa. No se trata de algo tan irrealista e iliberal como su abolición<sup>43</sup>, sino de su

---

<sup>39</sup> Para el espejo judicial federal, Ball, H., *The Supreme Court in the Intimate Lives of Americans: Birth, Sex, Marriage, Childrearing, and Death*, New York, New York University Press, 2002. E interesa desde luego al efecto la bibliografía ya citada (n. 24) sobre el fondo religioso inconfeso del constitucionalismo estadounidense.

<sup>40</sup> Friedman, L.M., *Crime and Punishment in American History*, New York, Basic Books, 1993, caps. 6: "Morals, Morality, and Criminal Justice", y 15: "Law, Morals, and Victimless Crime"; Beale, Susan Sun, "The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization", en *American University Law Review*, 54-3 (2005), *Overcriminalization: The Politics of Crime* (ed. Podgor, Ellen S.), pp. 747-780.

<sup>41</sup> Para ilustración respecto al caso español, aún sin plantearse en términos de constitucionalismo moral, Clavero, B., *Código y registro civiles, 1791-1875*, en "Historia. Instituciones. Documentos", 14, 1987, pp. 85-102. La categoría del constitucionalismo moral ya operaba, aunque todavía implícita, en la contraposición entre modelo de Constitución y modelo de Codificación, éste el *moral* (familia monógama heterosexual patriarcal...): Clavero, B., *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; *Ana Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y Código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, cap. 3. Son modelos que la historiografía jurídica aún suele en cambio contemplar como complementarios, lo que son, pero en sentido inverso al que suele presuponerse, con el derecho constitucional subordinado al codificado; el constitucionalismo formal, al constitucionalismo moral, y no al contrario.

<sup>42</sup> Grossman, J.L., y L.M. Friedman, *Inside the Castle: Law and the Family in 20<sup>th</sup> Century America* (n. 14), pp. 112-113, ya citadas, junto con la referencia a los casos principales (*Griswold v. Connecticut*, 1965, y *Roe v. Wade*, 1973), siguiendo, pp. 114-120, la consideración de su aplicación a la homosexualidad por un caso ya también referido (*Lawrence v. Texas*, 2003).

<sup>43</sup> *Cardozo Law Review*, 27-3 (2006), *Symposium on Abolishing Civil Marriage* (ed. Stein, Edward); Karlan, Pamela S., "Let's Call the Whole Thing Off: Can States Abolish the Institution of Marriage", en *California Law Review*, 98-3 (2010), *A Right to Marry* (ed. Nussbaum, Martha C.), pp. 701-704; Metz,

reconfiguración para hacerlo compatible en términos no privilegiados de libertad e igualdad con otras formas de plantearse la convivencia humana y la realización personal en agrupamientos diversos o también en solitario, con la monogamia dual sin signo de género por supuesto incluida. Es propuesta que no tiene por qué entrañar enemiga alguna frente a las prácticas familiares de religiones, monogámicas u otras, pues ahí tienen espacio de libre desenvolvimiento en el debido escenario de competencias judiciales, mejor que de normas generales, para garantía de derechos tanto de involucrados como de terceros, con la infancia y la adolescencia por supuesto en primer término<sup>44</sup>.

Ahí también encuentra su espacio la homosexualidad sin necesidad de tener que mimetizarse con el matrimonio dual de régimen privilegiado y que asumir con ello una identidad ni siquiera representativa de las personas de dicha opción, la homosexual<sup>45</sup>. No hay unanimidad entre los propios medios interesados, ni antes ni después de *Obergefell*, sobre el acomodamiento de la homosexualidad en la institución del matrimonio<sup>46</sup>. Tras la sentencia ya nos consta que no han dejado de manifestarse reservas de urgencia<sup>47</sup>.

Lo propio cabe decirse de la poligamia (recuérdese: poliginia, poliandria o poligiandria), ahora todo en condiciones de libertad y con garantías de igualdad, comenzándose por la exclusión de calificaciones distintivas que supongan posiciones de privilegio institucionalizadas para alguna o algunas de entre las opciones en presencia. ¿Seguirán prevaleciendo las relaciones monógamas heterosexuales? Siempre que respondan a opción libre entre alternativas sin riesgos de marginación no voluntaria...

#### 4. Epílogo: México y el enlace homosexual en la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Como está dicho, la situación de México respecto al reconocimiento formal de uniones homosexuales comparece y se discute entre especialistas de derecho internacional y derecho comparado que presentan sendos *amici curiae* en el caso de *Obergefell v. Hodges*. Entre Estados contiguos y que además se solapan históricamente por una gran extensión de territorio y contingente importante de población, no nos va a extrañar que no sea la primera ocasión que el derecho mexicano venga a la

---

Tamara, *Untying the Knot: Marriage, the State, and the Case for Their Divorce*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

<sup>44</sup> Brake, Elisabeth, *Minimizing Marriage: Marriage, Morality, and the Law*, Ney York, Oxford University Press, 2012; Den Otter, R.C., *In Defense of Plural Marriage*, New York, Cambridge University Press, 2015, cap. 6: "The Disestablishment of Marriage".

<sup>45</sup> Bedi, Sonu, *Beyond Race, Sex, and Sexual Orientation: Legal Equality without Identity*, New York, Cambridge University Press, 2013, cap. 6: "Same-Sex Marriage and the Disestablishment of Marriage", a partir de la crítica en concreto de la clasificación de *identidades* por la Corte Suprema para el amparo de derechos, entre ellos los de homosexuales con escrutinio de exigencias inferiores a las aplicadas a afrodescendientes y a mujeres, lo que podía haber confrontado *Obergefell* y no lo ha hecho.

<sup>46</sup> Polikoff, Nancy D., *Beyond (Straight and Gay) Marriage: Valuing All Families under the Law*, Boston, Beacon, 2008; NeJaime, D., "Before Marriage: The Unexplored History of Nonmarital Recognition and Its Relationship to Marriage" (n. 22); Boucai, M., "Glorious Precedents: When Gay Marriage Was Radical" (n. 22); Aviram, Hadar, y Gwendolyn M. Leachman, "The Future of Polygamous Marriage: Lessons from the Marriage Equality Struggle", en *Harvard Journal of Law and Gender*, 38 (2015), pp. 269-336.

<sup>47</sup> Davis, R.L., "Faith in Marriage" (n. 17); Nicolas, P., "Obergefell's Squandered Potential" (n. 19); Joshi, Y., "The Respectable Dignity of Obergefell v. Hodges" (n. 20); Tait, A.A., "The Return of Coverture" (n. 18).

consideración de la Corte Suprema estadounidense<sup>48</sup>. No va aquí a ocuparnos la historia de una jurisprudencia federal vecina sobre derecho mexicano, como tampoco lo hará el estado actual de este derecho respecto a uniones homosexuales en toda su extensión y con todas sus implicaciones. Vamos tan sólo a registrar la presencia de México entre otro par de *amici* de *Obergefell*, uno favorable y otro contrario, y poco más<sup>49</sup>.

Seis juristas con especialidad y experiencia en derecho internacional y derechos humanos presentan un *amicus curiae* que ofrece un estado comparado del arte sobre la admisión de uniones homosexuales<sup>50</sup>. Hay, a estas alturas, lo suficiente como para que el panorama resulte expresivo. De México constatan que la cuestión ya está planteada en el mismo ámbito judicial que más puede interesar a la renovación del derecho al tratarse de un asunto de interés personal difícilmente mayoritario como el de la normalización de la homosexualidad. Afirman que también hay avances más directos: “Varios Estados mexicanos celebran matrimonios del mismo sexo”, además de la Ciudad de México o Distrito Federal, pues todavía no era entidad federativa<sup>51</sup>, y de algunas otras ciudades que han abierto registros para la inscripción de uniones homosexuales. “Decisiones judiciales recientes están también pavimentando el camino hacia la igualdad matrimonial”, lo que igualmente se documenta.

Desde 2010, la mismísima Suprema Corte de Justicia ha tenido intervenciones en dicha dirección. Ha declarado que todos los Estados deben respetar los matrimonios del mismo sexo celebrados en el entonces Distrito Federal, pronto Ciudad de México. Basándose en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos proscribiendo la discriminación por orientación sexual<sup>52</sup>, asimismo ha declarado inconstitucionales disposiciones de Estados lesivas para las posibilidades de enlaces homosexuales, en términos constitucionales de igualdad, abiertas por el Distrito Federal<sup>53</sup>. Tras un periodo de admisión de uniones civiles, como también había ocurrido

---

<sup>48</sup> Respecto al Tratado de Guadalupe-Hidalgo y el problema de la transferencia de ciudadanía indígena entre México y los Estados Unidos que le plantea a la Corte Suprema estadounidense la cuestión de cual fuera el derecho mexicano a la altura de 1848, Clavero, B., *Constitución de Cádiz y ciudadanía de México*, en Garriga, Carlos (ed.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Ciudad de México, Instituto Mora, 2010, pp. 139-171, ap. 5.

<sup>49</sup> El segundo ya nos es conocido: *Brief for 54 International and Comparative Law Experts from 27 Countries (...) as Amici Curiae in Support of the Respondents* (n. 5). El primero es el *Brief for Foreign and Comparative Law Experts Harold Hongju Koh et al. as Amici Curiae in Support of Petitioners*. Por éste comienzo. La página donde se encuentran ya la conocemos (n. 6).

<sup>50</sup> Entre ellos, encabezando por este orden no alfabético, tres acreditados especialistas: Harold Hongju Koh, profesor de derecho internacional de la Universidad de Yale; Thomas Buerghenthal, juez de la Corte Internacional de Justicia, y Sarah H. Cleveland, profesora de derechos constitucionales y humanos en la Universidad de Columbia.

<sup>51</sup> [info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/343](http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/343), *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 29 de diciembre de 2009, Código Civil para el Distrito Federal, actual art. 146 conforme al decreto “por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”: “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”. Contrástese, por vía de ejemplo, el Código Civil del Estado de Puebla, art. 294: “El matrimonio es un contrato civil por el cual un solo hombre y una sola mujer se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia” ([info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/22/885](http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/22/885)).

<sup>52</sup> [corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf), caso *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012.

<sup>53</sup> Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, promovente: Procurador General de la República, demandada: Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Pleno de la Suprema Corte de Justicia, agosto de 2010, sin

ahí en el DF, entre 2012 y 2014, Quintana Roo y Coahuila han sido los primeros Estados mexicanos en permitir el matrimonio homosexual. Como se manifestó paladinamente en el debate parlamentario coahuilense, las meras uniones civiles pueden violar, por su inferioridad respecto al matrimonio, los derechos de los homosexuales<sup>54</sup>.

El *amicus* resalta el caso mexicano por el espacio cultural de Estado en el que puede situarse: “Que países predominantemente católicos como España, Portugal, México, Argentina y Brasil permitan ahora matrimonios del mismo sexo, ya con carácter general, ya en algunas de sus jurisdicciones, ilustra vívidamente que la libertad religiosa y los derechos individuales pueden coexistir sin mayores problemas” pese a la misma “oposición enérgica de representantes de la Iglesia Católica”. Las políticas de dichos países son muestras de “la emergencia de un consenso global entre las democracias constitucionales en el sentido de que los Estados han de asegurar la dignidad y la autonomía de todas las personas no estigmatizando a algunos sectores mediante la denegación del libre acceso a la institución del matrimonio, sino respetándolos” plenamente como manifestación esto, se especifica, de la propia libertad religiosa en dicho contexto de un constitucionalismo de derechos.

Todo ello, y no sólo este entendimiento de la libertad religiosa, solivianta a otro *amicus curiae* con más número de suscripciones que ya tenemos presentado. Se trata de cincuenta y cuatro especialistas de veintisiete países, sin faltar México, que defienden un concepto más religioso que jurídico o, dicho mejor, que constitucional del matrimonio en cuya virtud se oponen radicalmente a la posibilidad de acceso sin discriminación por orientación sexual<sup>55</sup>. Argumentan que la colación del caso mexicano se explica tan sólo “por hincharse el número de naciones que apoyan el matrimonio del mismo sexo”. Sería una alegación gratuita pues las medidas citadas “no tienen alcance nacional” de por sí, lo cual era cierto cuando estos *amici* se escribieron, bien que el otro *amicus* no ha pretendido que fuera de otro modo. Mas lo es actualmente.

Pocos días antes, precisamente, de *Obergefell*, el 12 de junio de 2015, la Suprema Corte de Justicia ha declarado inconstitucional la definición normativa del matrimonio como unión de hombre y mujer. Así motiva: “considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social”; “pretender vincular los requisitos del matrimonio a las

---

expresión de día; Amparo en Revisión 581/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, 5 de diciembre de 2012 (tras el *amicus*, esta línea se ha consolidado como enseguida referiré). Como bien se sabe, son sentencias que pueden localizarse en el *Semanario Judicial de la Nación* de la Suprema Corte: 200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx.

<sup>54</sup> [periodico.sfpcoahuila.gob.mx/ArchivosPO/74-ord-16-sep-2014.pdf](http://periodico.sfpcoahuila.gob.mx/ArchivosPO/74-ord-16-sep-2014.pdf), *Periódico Oficial*, 16 de septiembre de 2014, Decreto n° 574: “Se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza”, art. 253 del código: “El matrimonio es la unión libre y con el pleno consentimiento de dos personas, que tiene como objeto realizar la comunidad de vida, en donde ambas se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, y toman de manera libre, responsable, voluntaria e informada, las decisiones reproductivas que se ajustan a su proyecto de vida, incluida la posibilidad de procrear o adoptar”; [congresoqroo.gob.mx/codigos](http://congresoqroo.gob.mx/codigos), Código Civil del Estado de Quintana Roo, art. 602.2 bis: “La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas entre sí a partir del vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción, afinidad, o por una relación de hecho, donde sus miembros gocen de una autonomía e independencia personal”.

<sup>55</sup> *Brief for 54 International and Comparative Law Experts from 27 Countries (...) as Amici Curiae in Support of the Respondents*, doblemente ya referido (nn. 5 y 49).



preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio”<sup>56</sup>.

Se añade un argumento constitucional por el *amicus* adverso: los casos judiciales no tienen relevancia porque carecen de valor “ergo omnes” (sic, por *erga omnes*) o de cara a todos, más allá de lo dirimido entre las partes. La Constitución de México se asegura que así lo dispone para el recurso de amparo, lo que pudo ser cierto, pero que ya no lo es en absoluto, pues sucesivas reformas constitucionales han ido potenciando su alcance con las más recientes ampliando la capacidad de control de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte<sup>57</sup>, lo que le ha permitido declarar constitucional el matrimonio del mismo sexo del Distrito Federal o Ciudad de México, así como inconstitucionales las iniciativas de otros Estados que, en una dinámica similar a la de los Estados Unidos del norte, han intentado no reconocer sus consecuencias jurídicas. Todo esto lo ignora empeñadamente, negando la evidencia, el *amicus* de oposición al matrimonio igualitario<sup>58</sup>. Es lo que, con posterioridad, ha permitido a la Suprema Corte declarar la inconstitucionalidad del matrimonio heterosexual excluyente<sup>59</sup>.

Para México como para los Estados Unidos, alguna significación ha de concedérsele al detalle de que los *amici* más solventes se sitúan sin duda entre los que defienden el matrimonio igualitario. Sea un síntoma. Respecto a México no puedo decir mucho más porque he querido atenerme a la guía de un *amicus*, del buen amigo que, a cuenta de la justicia, se ha asomado a una escena internacional de derechos comparados.

---

<sup>56</sup> Tesis Jurisprudencial de la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia 43/2015 (10ª); “La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquel es la procreación y/o lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer es inconstitucional”. Cito siempre por el *Semanario Judicial de la Nación*.

<sup>57</sup> Alvarado, Arturo (ed.), *La reforma de la justicia en México*, Ciudad de México, El Colegio de México, 2008; Vasconcelos, Rubén *Una Corte de Justicia para la Constitución. Justicia constitucional y democracia en México*, Ciudad de México, UNAM, 2010; Carbonell, Miguel, y Pedro Salazar (eds.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Ciudad de México, UNAM, 2011.

<sup>58</sup> De México, quien suscribe el *amicus* es Alberto Patiño Reyes, profesor de derecho y religión de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. De España, hay cinco suscripciones, entre ellas la de Rafael Navarro-Valls, profesor emérito de derecho eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense de Madrid. El caso español no se refleja mucho mejor que el mexicano, aunque también ha de decirse que el *amicus* de los seis expertos tampoco está muy informado a su respecto. Tiene un conocimiento indirecto a través de Gerber, Paula, y Adiva Sifris (eds.), *Current Trends in Regulation of Same-Sex Relationships*, Annandale, Federation Press, 2011, que ni siquiera contiene un capítulo específico sobre España, como tampoco sobre México.

<sup>59</sup> La cobertura obligada, la Constitución federal por supuesto, ni lo prescribe ni lo impide. Hace referencia a igualdad de género, pero no a éste mismo cuando se compromete a la protección de la familia (art. 4: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...”). Se refiere al matrimonio como unión entre hombre y mujer, pero sólo incidentalmente (art. 30.B.II: “La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos...”). Por su parte, la Constitución de los Estados Unidos del norte no se contiene referencia al matrimonio pues originalmente no hay competencia federal sobre derecho de familia y porque ulteriormente las iniciativas habidas de enmienda constitucional para definirlo como unión entre hombre y mujer no han prosperado, como ya también sabemos.