

Deshojando margaritas:  
un recuento histórico del  
reconocimiento jurídico del  
matrimonio homosexual en los  
Estados Unidos de América

Glenda Labadie Jackson

Facultad de Derecho  
Universidad de Puerto Rico

345

## ***Abstract\****

*Los debates que se han gestado en los Estados Unidos de América en torno al reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual presentan la peculiaridad de que han cristalizado, simultáneamente, en el ámbito federal y en el estatal, así como en los terrenos legislativo, judicial y electoral. La actividad jurídica en este ámbito, pues, ha sido infatigable, vertiginosa y acuciosa, lo que en la presente coyuntura histórica exige un ejercicio de reflexión retrospectiva. De ahí que el objetivo del presente artículo sea trazar, a modo de pinceladas, la trayectoria que en los Estados Unidos de América ha tenido el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio. Ello, dando cuenta de algunas controversias constitucionales que el debate aporta, las cuales dimanán, en parte, de las complejidades inherentes al federalismo, al sistema republicano de gobierno y al principio de separación de poderes.*

## ***Sumario***

### **1. Introducción**

### **2. Recuento histórico del reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en los estados norteamericanos**

#### **2.1. La década de los setenta: rechazo judicial del matrimonio homosexual**

#### **2.2. La década de los noventa: comienzo de la tendencia de reconocer, por la vía judicial, el matrimonio homosexual**

#### **2.3. Procesos de enmiendas a las constituciones de los estados norteamericanos**

#### **2.4. El año 2003: decisiones judiciales que marcaron el punto de viraje**

### **3. Recuento histórico de las iniciativas del gobierno federal para conservar la definición “tradicional” de matrimonio**

#### **3.1. La Ley en Defensa del Matrimonio, *The Defense of Marriage Act (DOMA)***

##### **a) Algunos problemas constitucionales de la Doma**

##### **b) La impugnación judicial de la constitucionalidad de la Doma**

#### **3.2 Enmienda Federal del Matrimonio, *The Federal Marriage Amendment (FMA)***

### **4. Conclusión**

### **5. Bibliografía**

### **6. Tabla de sentencias**

---

\* Este artículo se basa en la ponencia que se presentó el 14 de diciembre de 2005 en la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).

*En este penitente acomodo  
Sigo y sigo y continúo, tenazmente,  
deshojando sincopadas margaritas.*

## 1. Introducción

El título de este artículo y el antes citado soneto, cuya autoría se atribuye a William Shakespeare, valen como instrumentos para describir metafóricamente, pero nítidamente, el carácter afanoso y fortuito que ha caracterizado la discusión de la legalización del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América (en lo sucesivo “EE.UU.”).

En tiempos recientes pocas cuestiones han capturado más atención pública y generado tan álgido y agudo debate en los EE.UU. como el suscitado por la gestación del derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio. Así lo acredita el hecho de que en los últimos años se han publicado cientos de artículos sobre el tema.<sup>1</sup>

Para algunos puede resultar, cuanto menos, llamativo, que las líneas que se han dedicado a este tema puedan superar, cuantitativa y cualitativamente, las que se han dedicado a otros temas con un rol básico en la discusión pública norteamericana contemporánea.<sup>2</sup>

Vale apuntar, sin embargo, que no fue hasta hace poco más de una década y media que la efervescencia de este debate comenzó a adquirir proporciones considerables en los EE.UU. De hecho, no se ha provocado asombro que hubiese podido ser tildado de quimérico un influyente artículo, acerca de la legalización del matrimonio homosexual, que se publicó en el año 1989 en la Revista Jurídica de la Universidad de Harvard.<sup>3</sup>

En dicho momento histórico no se desvelaban indicios que permitieran presagiar los acontecimientos venideros; tan sólo tres años antes de la publicación del referido artículo, el Tribunal Supremo de los EE.UU. había validado constitucionalmente la tipificación como delito de las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo.<sup>4</sup>

En menos de dos décadas, en el panorama jurídico internacional y en el norteamericano se han ido asomando, con una rapidez y vertiginosidad pasmosas, eventos que han supuesto enormes transformaciones en este ámbito. Así por ejemplo, hoy día el derecho de los homosexuales a contraer matrimonio se reconoce en varios países, a saber, Bélgica, Holanda, Canadá y España, en consonancia con una tendencia que promete ir en aumento.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Véase, a modo de ejemplo, los artículos jurídicos de referencia y las fuentes allí citadas: “Developments in the Law--The Law of Marriage and Family” (2003), p. 2004; “Litigating the Defense of Marriage Act: The Next Battleground for Same-Sex Marriage” (2004), p. 2684; Melissa A. GLIDDEN (2004), p. 483; Kathy T. GRAHAM (2004), p. 231; Jon-Peter KELLY (1997), p. 203; Larry KRAMER (1997), p. 1965; Scott RUSKAY-KIDD (1997), p. 1435; “In Sickness and In Health, In Hawaii and Where Else?: Conflict of Laws and Recognition of Same Sex Marriages” (1996), p. 2038; Thomas KEANE (1995), p. 499.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> “Developments in the Law —Sexual Orientation and the Law” (1989), págs. 1603-29.

<sup>4</sup> Así lo dispuso en el caso de *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>5</sup> Para una discusión acerca del estado de las cosas en el ámbito internacional, ver Leslie J. HARRIS (2005), p. 31.

En los EE.UU. las iniciativas a favor o en contra del reconocimiento legal del matrimonio homosexual presentan la peculiaridad de que han cristalizado, simultáneamente, en el ámbito federal y en el estatal, así como en los terrenos legislativo, judicial y electoral. La actividad jurídica aquí ha sido infatigable, vertiginosa y acuciosa, lo que en esta coyuntura histórica exige un ejercicio de reflexión retrospectiva.

El objetivo del presente artículo es, pues, trazar, a modo de pinceladas, la trayectoria histórica que ha tenido en los EE.UU. el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio. Ello, dando cuenta de algunas controversias constitucionales que el debate aporta las cuales dimanan, en parte, de las complejidades inherentes al federalismo, al sistema republicano de gobierno y al principio de separación de poderes.<sup>6</sup>

## ***2. Recuento histórico: reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en los estados norteamericanos***

### **2.1. La década de los setenta: rechazo judicial del matrimonio homosexual**

Es en la década de los setenta que típicamente se ubica el origen de la estrategia de recurrir a los tribunales de los estados norteamericanos para que éstos reconocieran que las parejas homosexuales tienen un derecho constitucional a contraer matrimonio.

La impugnación de la exigencia estatutaria, entonces imperante en todos los estados, de que el matrimonio fuera entre personas de sexo opuesto fue despachada con relativa facilidad en dicho estadio histórico. El argumento central que justificaba tal proceder era que la unión entre personas del mismo sexo no podía enmarcarse dentro de la definición tradicional de matrimonio.

El primer caso en el que se dilucidó esta controversia fue *Baker v. Nelson* [191 N.W. 2d 185 (1971)]. Allí, el Tribunal Supremo del estado de Minnesota desestimó la contención de los peticionarios -a los efectos de que se reconociera el matrimonio homosexual- valiéndose, entre otros argumentos, de la definición de la palabra matrimonio que aparecía en el *Webster's New International Dictionary*. Allí se definía el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer.

Dos años más tarde, el Tribunal Supremo de Kentucky llegó a idéntica conclusión en *Jones v. Hallahan* [501 S.W. 2d 588 (1973)]. Además de la definición de matrimonio que proveía el *Webster's New International Dictionary*, el tribunal descansó en las que apuntaban el *Century Dictionary and Encyclopedia* y el *Black's Law Dictionary*.

---

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, algunas de las interrogantes fundamentales que subyacen esta discusión y que habrán de ponerse de manifiesto son: ¿A qué estructura o cuerpo político le corresponde reconocer el referido derecho, ¿A los estados?, ¿Al gobierno federal?, ¿Al poder ejecutivo?, ¿Al judicial? ¿A los ciudadanos mediante sufragio directo? Véase Joan SCHAFFNER (2005), p. 1487; Robert A. SEDLER (2004), p. 975; Brett P. RYAN (2000), p. 185; Jennie R. SHUKI-KUNZE (1998), p. 351; Mark STRASSER (1998), p. 457; Melissa ROTHSTEIN, (1997), p. 571; Scott RUSKAY-KIDD (1997), p. 1435.

En 1974, el Tribunal de Apelaciones de Washington, en *Singer v. Hara* [522 P. 2d 1187 (1974)], siguió el mismo curso de acción que sus homólogos. No obstante, adujo que era tan obvio que la palabra matrimonio se refería a la unión entre un hombre y una mujer que era innecesario recurrir a diccionarios de la lengua inglesa para acreditar dicha conclusión.

A pesar de que en el discurso jurídico se ha ido abandonando paulatinamente el argumento de que no procede la legalización del matrimonio homosexual porque la definición de matrimonio no contempla este tipo de unión, lo cierto es que aún hoy día no es poco frecuente su invocación.<sup>7</sup> Ello a pesar de que dicho argumento es circular, toda vez que propone mantener el monopolio heterosexual sobre el matrimonio bajo la siguiente premisa: “el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer porque se define como la unión entre un hombre y una mujer”.<sup>8</sup>

En este recuento histórico son de particular trascendencia los pronunciamientos esbozados por el Tribunal Supremo de los EE.UU. en el notorio y paradigmático caso de *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967), en el que se invalidó la prohibición de matrimonios interraciales, entonces vigente en algunos estados. El más alto foro judicial norteamericano fundó su determinación en la premisa de que el derecho a contraer matrimonio es un derecho civil básico y fundamental.

A pesar de que *Loving* fue resuelto con anterioridad a la trilogía de casos antes reseñados, no fue hasta varias décadas más tarde que los defensores del reconocimiento del matrimonio homosexual lograron comenzar a insertarlo exitosamente en su discurso. *Loving* se convirtió en su punta de lanza pues proveyó los cimientos de la tesis que postula que la noción de matrimonio como un derecho fundamental conduce a la declaración de inconstitucionalidad de la prohibición de los matrimonios homosexuales. Precisamente, como se demostrará a continuación, dicha tesis comenzó a ser acogida por varios tribunales a partir de los noventa.

## **2.2. La década de los noventa: comienzo de la tendencia de reconocer, por la vía judicial, el matrimonio homosexual**

La década de los años noventa indudablemente trazó el inicio de lo que hoy ya puede proclamarse es un elemento característico del desarrollo histórico de la legalización del matrimonio homosexual en los EE.UU. En ese momento se fraguó una tendencia que tiene vocación de no retroceder: la de los tribunales estatales norteamericanos, como cuerpo político en el sistema federado de gobierno, de abrogarse la facultad de ser los artífices del derecho de los homosexuales a contraer matrimonio.

En apenas seis años, tribunales de los estados de Hawai, Alaska y Vermont cambiaron el rumbo de la discusión, en la cual han ido adquiriendo protagonismo los problemas que en estos tiempos presenta el sistema federado y republicano de gobierno norteamericano. Veamos.

---

<sup>7</sup> El presidente de los EE.UU., George W. Bush, se ha valido de dicho argumento como fundamento a su vigoroso rechazo al reconocimiento del matrimonio homosexual. Véase “The President's Radio Address”, 40 *Weekly Comp. Pres. Doc.* 1253, 1254 (10 de julio de 2004).

<sup>8</sup> Evan GERSTMANN (2004), págs. 20-24.

En el año 1993, el Tribunal Supremo de Hawai se convirtió en el primer tribunal estatal norteamericano que declaró inconstitucional una ley que definía el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. Dicho tribunal, en el caso de *Baehr v. Lewin* [852 P.2d 44 (1993)], resolvió que la ley hawaiana que definía el matrimonio en estos términos contravenía la constitución de dicho estado porque constituía una injustificada discriminación por razón de sexo y una restricción irrazonable al derecho fundamental básico de contraer matrimonio.

En 1998, un tribunal del estado de Alaska, en el caso de *Brause v. Bureau of Vital Statistics* [No. 3AN-95-6562, Alaska Super. Ct. (Feb. 27, 1998)], resolvió que conceder únicamente a las parejas heterosexuales el derecho a contraer matrimonio contravenía la Constitución de Alaska que. En apoyo de su determinación, adujo argumentos similares a los esbozados por el Tribunal Supremo de Hawai.

Ambas sentencias judiciales corrieron idéntica suerte, puesto que nunca se llegaron a ejecutar. Sin que aún se hubiesen celebrado matrimonios homosexuales en Hawai o en Alaska, a finales de 1998 las constituciones de dichos estados fueron enmendadas, vía votación popular- a través de referéndum-, con el fin de impedir el reconocimiento jurídico de este tipo de matrimonio y validar la legislación que definía el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer.<sup>9</sup>

El Tribunal Supremo de Vermont determinó en el caso de *Baker v. State* [744 A.2d 864 (Vt. 1999)], que dicho estado, por imperativo constitucional, venía obligado a conceder a las parejas del mismo sexo los mismos beneficios y protecciones que se derivaban de la institución del matrimonio. Sin embargo, este tribunal, a diferencia de los anteriores, enfatizó que correspondía a la Asamblea Legislativa de Vermont determinar cómo habría de cumplir con el mandato. Determinó que lo podía hacer, bien incluyendo las uniones homosexuales dentro de la definición de matrimonio o bien reconociendo un sistema paralelo al matrimonio pero aplicable a las uniones homosexuales. Precisamente, a raíz de la referida sentencia, Vermont se convirtió en el primer estado norteamericano en aprobar una ley de uniones civiles.<sup>10</sup>

### 2.3. Procesos de enmiendas a las constituciones de los estados norteamericanos

Como reacción a lo que algunos, incluyendo al Presidente de los EE.UU., George W. Bush, han catalogado como un “activismo judicial descontrolado”<sup>11</sup>, y con el fin de evitar que los tribunales estatales continúen invalidando la definición tradicional de matrimonio, muchos estados, al igual que Hawai y Alaska, han optado por enmendar sus respectivas constituciones. Lo han hecho a través de procesos de votación popular en los que los ciudadanos han accedido a que en la constitución del estado de que se trate se prohíba el matrimonio homosexual, directa o

---

<sup>9</sup> La Constitución de Hawai dispone que “El Parlamento tendrá el poder de reservar el matrimonio a parejas del sexo opuesto.” (“The legislature shall have the power to reserve marriage for opposite-sex couples”). Haw. Const. art. 1 § 23. Por su parte, la de Alaska establece que “Para que sea válido o se reconozca en este estado el matrimonio, el mismo debe ser entre un hombre y una mujer.” (“To be valid or recognized in this State, a marriage may exist only between one man and one woman”). Alaska Const. Art. I, § 25. Para un análisis de estas disposiciones constitucionales, véase David ORGON COOLIDGE (2000), p. 18; GUSHIKEN (2000), págs. 149-165.

<sup>10</sup> Vt. Stat. Ann. tit. 15, §§ 1201 y siguientes y Vt. Stat. Ann. tit 18, §§ 5160 y siguientes.

<sup>11</sup> Véase “The President's Radio Address”, 40 *Weekly Comp. Pres. Doc.* 1253, 1254 (julio 10 de 2004).

indirectamente. De hecho, se estima que para el año 2008 cerca del setenta y cinco por ciento de los estados de los EE.UU.<sup>12</sup> habrán enmendado sus constituciones con dicho objetivo.<sup>13</sup>

#### 2.4. El año 2003: decisiones judiciales que marcaron el punto de viraje

En este recorrido histórico merece especial consideración el año 2003, en que tuvieron lugar dos eventos judiciales medulares que marcaron un punto de viraje fundamental.

En primer lugar, el Tribunal Supremo de los EE.UU., por voz del Juez Kennedy, y con el vigoroso disenso del Juez Scalia, resolvió el paradigmático caso de *Lawrence v. Texas* [539 U.S. 558 (2003)]. En *Lawrence* se revocó *Bowers* (*supra*). En esta ocasión se dictaminó que era inconstitucional la tipificación como delito de las relaciones sexuales consentidas entre parejas del mismo sexo. El tribunal determinó que no existía ningún interés del Estado que justificara semejante intromisión en la vida íntima y personal de los individuos.

*Lawrence* tuvo el efecto de hacer desvanecer uno de los argumentos clásicos característico del discurso jurídico en contra del matrimonio homosexual, esto es, que en el ordenamiento jurídico norteamericano ya se había validado la criminalización de las relaciones sexuales homosexuales. Por otra parte, muchos de los proponentes del reconocimiento del matrimonio homosexual han interpretado *Lawrence* como un preludeo al eventual reconocimiento, por parte de dicho foro judicial, del derecho constitucional de las parejas homosexuales a casarse. Esto es así a pesar de que el Tribunal Supremo aclaró expresamente que su determinación no debía entenderse como una que atendía al asunto de si el gobierno debía conferir o no reconocimiento formal a las uniones homosexuales.<sup>14</sup>

El segundo evento judicial importante ocurrió cuando el Tribunal Supremo de Massachusetts resolvió *Goodridge v. Department of Public Health* [798 N.E. 2d. 941 (2003)]. Dicho foro concluyó que la definición de matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer contravenía la Constitución de Massachusetts, la cual reconoce la dignidad y la igualdad de todos los individuos y prohíbe la creación de "ciudadanos de segunda clase". Por tanto, razonó, no pueden negarse a las parejas homosexuales las protecciones, beneficios y obligaciones que derivan del matrimonio.

Así las cosas, el tribunal concedió a la asamblea legislativa de Massachusetts un término de ciento ochenta días para la puesta en vigor del pronunciamiento judicial. A tenor con este mandato, se propuso una ley similar a la de Vermont sobre uniones civiles. Sin embargo, en febrero de 2004, el Tribunal Supremo de Massachusetts concluyó que el estructurado esquema de uniones civiles

---

<sup>12</sup> Véase <http://www.domawatch.org/about/amendmentssummary.html>.

<sup>13</sup> La validez y legitimidad de estas enmiendas constitucionales está actualmente ante la consideración de varios tribunales federales y estatales. Por ejemplo, el tribunal federal de inferior jerarquía de Nebraska invalidó una enmienda constitucional estatal que prohibía el matrimonio homosexual [en *Citizens for Equal Protection v. Bruning*, 290 F. Supp. 2d 1004 (D. Neb. 2003)]. El caso está actualmente ante la consideración del foro apelativo.

<sup>14</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 578 (2003).

era inconstitucional porque lo que hacía era conferir un estatus inferior y discriminatorio a las parejas del mismo sexo.

De ahí que, después de varios incidentes procesales, a partir del 17 de mayo de 2004, en Massachusetts comenzaron a expedirse licencias matrimoniales y a celebrarse matrimonios homosexuales.<sup>15</sup> A raíz de lo anterior, se propuso una enmienda a la Constitución de Massachusetts con el objetivo de prohibir el matrimonio homosexual y dejar sin efecto *Goodridge* (*supra*). Sin embargo, este intento no llegó a término pues la propuesta de enmienda no obtuvo los votos requeridos en el pleno de la asamblea legislativa de Massachusetts.<sup>16</sup>

A modo de recapitulación, vale reiterar que actualmente Massachusetts es el único estado de los EE.UU. en el que se reconoce el matrimonio homosexual.<sup>17</sup> No obstante, a la lista podrían añadirse otros estados si así lo disponen otros tribunales estatales en los que ya está trabada la controversia.<sup>18</sup> Por ejemplo, el Tribunal Supremo de California tiene ante su consideración una apelación en la que se pretende dejar sin efecto una decisión de un foro de inferior jerarquía que determinó que era inconstitucional la definición de matrimonio como la unión legal de una pareja heterosexual.<sup>19</sup> La acción judicial se presentó en el marco de la expedición de licencias matrimoniales a parejas homosexuales por parte de funcionarios municipales, en abierta contravención de las leyes vigentes. De hecho, la pendencia de esta acción judicial en el foro apelativo fue el argumento que invocó el Gobernador de California, Arnold Schwarzenegger, para vetar una medida aprobada por la asamblea legislativa del estado cuyo objetivo era reconocer el matrimonio homosexual.<sup>20</sup>

### ***3. Recuento histórico de las iniciativas del gobierno federal para conservar la definición "tradicional" de matrimonio***

Del análisis precedente se deriva que el debate acerca del matrimonio homosexual se ha ubicado primordialmente en los distintos cuerpos políticos de los estados norteamericanos y no en el gobierno federal, lo que va acorde con el principio, acuñado hace más de doscientos años en *Barber v. Barber* [62 US 582 (1859)], que apunta que el Derecho de Familia es un área paradigmática de la competencia casi exclusiva de los estados. Sin embargo, en los EE.UU., en los últimos tiempos, se ha venido atestiguando un mayor intervencionismo del gobierno federal en este ámbito. Merecen especial énfasis, por ser particularmente pertinentes al tema objeto de este artículo, (i) la Ley Federal en Defensa del Matrimonio, *The Defense of Marriage Act* y (ii) la

---

<sup>15</sup> En el caso de *Cote-Whitacre v. Dept. of Public Health*, No. SJC 09436 (Mass. 30 de marzo de 2006), el Tribunal Supremo de Massachusetts resolvió que el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio-reconocido en *Goodridge* (*supra*)- únicamente aplica a residentes de dicho estado.

<sup>16</sup> Véase [www.usatoday.com/news/nation/2005-09-14-gay-marriage\\_x.htm](http://www.usatoday.com/news/nation/2005-09-14-gay-marriage_x.htm)

<sup>17</sup> Vermont, California, el Distrito de Columbia, Connecticut, Hawai, Maine y Nueva Jersey son algunos de los estados que extienden a las parejas homosexuales todos o algunos de los derechos o beneficios que típicamente se derivan de la institución del matrimonio. Véase [www.stateline.org](http://www.stateline.org).

<sup>18</sup> Véase el referido listado de acciones judiciales: [www.domawatch.org/currentchallenges.html](http://www.domawatch.org/currentchallenges.html).

<sup>19</sup> *In re Coordination Proceeding, Marriage Cases*, 2005 WL 583129 (Cal. Super. 2005) (13 de abril de 2005).

<sup>20</sup> Ver el editorial "¿ Dónde está "Gobernator" ahora?" (*Where's the Governor now?*), publicado el 9 de septiembre de 2005 en el periódico *New York Times* ([www.nytimes.com/2005/09/09/opinion](http://www.nytimes.com/2005/09/09/opinion)).



Enmienda Federal del Matrimonio, *The Federal Marriage Amendment* (en lo sucesivo DOMA y FMA, respectivamente).

### 3.1. La Ley en Defensa del Matrimonio, *The Defense of Marriage Act (DOMA)*

En 2006, el Congreso de los EE.UU. aprobó la DOMA, en reacción a la decisión judicial promulgada por el Tribunal Supremo de Hawai en la que se reconoció, por primera vez, el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio. La ley tenía el propósito de dejar sin efecto aquello de que “casarse en un estado es equivalente a casarse en todos”, por lo que se consideraba que bastaba que un sólo estado reconociera el matrimonio homosexual para que el reconocimiento de ese derecho extendiera sus redes por todos los estados.<sup>21</sup>

La DOMA se aprobó abrumadoramente con el apoyo de los partidos republicano y demócrata.<sup>22</sup> Con tal proceder, el sector republicano se desvió de su postura fundamental que aboga por el menor intervencionismo federal posible en los asuntos de Derecho de Familia que, como mencionamos antes, son de competencia casi exclusiva de los estados.

La referida ley contiene dos disposiciones: (i) la que establece que, para efectos de privilegios y derechos *federales*, se definirá matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer y (ii) la que atiende el asunto de conflicto de leyes interestatales. Ésta autoriza a los estados a negar reconocimiento a los matrimonios homosexuales que se celebren en otras jurisdicciones estatales.<sup>23</sup> La ley contiene un lenguaje neutral, en el sentido que no prohíbe o autoriza a los estados otorgar o negar reconocimiento a los matrimonios homosexuales que se celebren en otros estados. Lo que pretende es establecer, a modo de excepción a la regla general de conflicto de leyes interestatal, que un estado no estará obligado a conceder reconocimiento a un matrimonio homosexual celebrado en otra jurisdicción estatal. Por tanto, un estado de los E.E.UU. podría, de forma perfectamente compatible con la DOMA, optar por reconocer un matrimonio homosexual extraestatal.

Tras la aprobación de la DOMA, en la inmensa mayoría de los estados de los EE.UU. y en Puerto Rico, se han aprobado leyes que se denominan vulgarmente “mini-domas”, las cuales prohíben el matrimonio homosexual, de forma directa o indirecta, y niegan reconocimiento a los que se celebren en otras jurisdicciones estatales.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Véase “The Defense of Marriage Act: Hearings on S. 1740 Before the Senate Comm. on the Judiciary”, 104th Cong. 69 (1996).

<sup>22</sup> La Cámara de Representantes aprobó el proyecto por un margen de 342 a 67 y el Senado por uno de 85 a 14.

<sup>23</sup> Establece : “No se requerirá a ningún estado, territorio o posesión de los Estados Unidos o tribus indias que conceda efecto a cualquier acto público, documento o procedimiento judicial de otro estado, territorio, posesión o tribu con respecto a la relación entre personas del mismo sexo que sea considerado un matrimonio bajo las leyes de otro estado, territorio, posesión o tribu, o un derecho o petición que surja de dicha relación”. La versión original en inglés lee: “No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship.” 28 U.S.C. § 1738C (2000).

<sup>24</sup> Ver [www.domawatch.org](http://www.domawatch.org).

### a) Problemas constitucionales de la DOMA

Desde que se aprobó la DOMA, prestigiosos constitucionalistas, como el Profesor Laurence TRIBE, han planteado que dicha ley puede contravenir el Artículo VI, Sección 1, de la Constitución de los EE.UU., esto es, la llamada cláusula de entera fe y crédito (“full faith and credit”).<sup>25</sup> En virtud de la referida cláusula constitucional, los estados vienen obligados a otorgar reconocimiento a las leyes, documentos y sentencias emitidas válidamente por los otros estados.<sup>26</sup>

Importantes sectores de la academia norteamericana postulan que el Congreso de los EE.UU., al aprobar la DOMA, reconoció *sub silentio*, y a través de la vía legislativa, una excepción a la cláusula de entera fe y crédito, lo que constituiría una actuación del congreso *ultra vires*.<sup>27</sup>

Vale decir que la aprobación de la DOMA constituye un uso sin precedentes de la cláusula constitucional de entera fe y crédito, lo que ha propulsado un debate vigoroso tocante al alcance y la extensión del poder del Congreso al amparo de esta cláusula. Por primera vez en la historia, el Congreso de los EE.UU. ha reconocido una categoría de actos, documentos o procedimientos judiciales estatales a los que no es preciso dar entera fe y crédito.<sup>28</sup>

Uno de los argumentos centrales de los que cuestionan la constitucionalidad de la DOMA es que ésta constituye un ejercicio impropio del poder que concede la cláusula de entera fe y crédito. Esto, en vista de que la Constitución norteamericana no autoriza al Congreso a negar entera fe y crédito, sino que únicamente le faculta a establecer el procedimiento a seguir para que se active el reconocimiento.<sup>29</sup>

Por el contrario, los que favorecen la DOMA esbozan que el Congreso tiene amplio poder y discreción en este campo. En apoyo de esta contención se arguye que los constituyentes, al incorporar en la cláusula de entera fe y crédito, las palabras “manera y efecto” (“*manner and effect*”), tuvieron la intención de conceder al Congreso: (i) la facultad de determinar el procedimiento a seguir para que un estado reconociera los documentos oficiales expedidos por otro estado y (ii) el poder de determinar los documentos oficiales a los que habría de conferirse crédito.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> Laurence H. TRIBE (2000), p. 1247.

<sup>26</sup> Dicha cláusula dispone que “Se dará entera fe y crédito en cada estado a los actos públicos, documentos y procedimientos judiciales de los otros estados. El Congreso podrá prescribir mediante leyes generales la manera de probar tales actos, documentos y procedimientos así como los efectos que deban surtir.” La versión original establece: “Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and Judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof.” Artículo VI, Sección 1 de la Constitución de los EE.UU.

<sup>27</sup> Para una exposición detallada de los antecedentes históricos y el desarrollo jurisprudencial de la cláusula de entera fe y crédito, véase Ralph U. WHITTEN (1998), p. 255.

<sup>28</sup> Es un hecho indisputable que la DOMA fue aprobada a tono con el poder que la cláusula de entera fe y crédito reconoce al Congreso. Ver H.R. Rep. No. 104-664, at 25-26 (1996), 1996 U.S.C.C.A.N. 2905, 2929-30. Tampoco está en disputa que es un uso novel de dicho poder del Congreso. Véase *The Defense of Marriage Act: Hearings on S. 1740 Before the Senate Comm. on the Judiciary*, 104th Cong. 69 (1996).

<sup>29</sup> Ver Paige E. CHABORA (1997), p. 604.

<sup>30</sup> *Ibid.*

El mandato contenido en la cláusula en cuestión, a nuestro juicio, revela la intención de conferir al Congreso la facultad de establecer un mecanismo nacional uniforme para regular aspectos procesales o de autenticación de documentos oficiales estatales. Dicha disposición constitucional no debe interpretarse como una que le concede al Congreso de los EE.UU. el poder de autorizar a los estados a que no reconozcan aquellos documentos oficiales que “ofendan” a ese cuerpo federal. Ello sería equivalente a reconocer al gobierno federal el poder de vetar actuaciones estatales con las que difiera, poder que nunca se ha abrogado, por ello claramente atenta contra principios elementales de federalismo.

Los que defienden la constitucionalidad de la DOMA también aducen que ésta es redundante porque lo único que hace es reiterar la autoridad que siempre han tenido los estados de negarse a reconocer un matrimonio extraestatal con el fundamento de que el mismo viola una “fuerte política pública” del estado receptor (“strong public policy”, en lo sucesivo “la excepción de la política pública”).

La excepción de la política pública es la que se ha invocado como fundamento para que un estado pueda negar reconocimiento a aquellos matrimonios que se hayan celebrado en otros estados cuando aquéllos atentan contra prohibiciones del estado receptor tocantes a la edad, capacidad o parentesco entre los contrayentes. No obstante, lo cierto es que históricamente muy pocos tribunales se han valido de esta excepción para invalidar un matrimonio.<sup>31</sup>

Si como aducen los defensores de la DOMA, la misma es redundante porque tan sólo reitera una facultad que típicamente se ha reconocido los estados, la pregunta que se impone entonces es por qué se aprobó. Indudablemente, sólo puede concluirse que se albergaba el temor de que los tribunales estatales norteamericanos rechazaran la contención de que el matrimonio homosexual contravenía un “fuerte principio de política pública”. Lo cierto es que la DOMA no recapitula la autoridad de los estados de negar reconocimiento a cualquier matrimonio extraestatal que viole una fuerte política pública del estado, sino que determina, *a priori*, que el matrimonio homosexual, de suyo, tiene la cualidad de contravenir una fuerte política pública de todos los estados, a tal extremo que éstos, sin más, pueden negarse a reconocerlo.

### **b) La impugnación judicial de la constitucionalidad de la DOMA**

A pesar de que la DOMA se aprobó en 1996, hasta 2003 no se conjugaron los elementos necesarios para que su validez constitucional pudiera ser sometida a la consideración de los tribunales. Como se recordará, la ley se aprobó en 1996 como reacción al reconocimiento del matrimonio homosexual por el Tribunal Supremo de Hawai. Sin embargo, por todos los eventos acaecidos después, la controversia acerca de su constitucionalidad se planteó por muchos años en términos hipotéticos. Hasta que un estado no reconociera este tipo de matrimonio no podía surgir la controversia de si otro estado podía o no negarle reconocimiento.

---

<sup>31</sup> Véase Barbara J. COX (1996), p. 61; Andrew KOPPELMAN (1998), p. 921. La constitucionalidad de la “excepción de política pública” ha sido cuestionada por algunos académicos. Véase Larry KRAMER (1997), p. 1965.

Así pues, en el 2003, cuando en Massachusetts se reconoce el matrimonio homosexual, la controversia de referencia deja ser hipotética. No es de extrañar que a partir del 2003 se hayan entablado acciones judiciales en distintos estados, para precipitar una declaración de inconstitucionalidad de la DOMA.<sup>32</sup> ¿Cómo? Parejas homosexuales que contraen matrimonio en Massachusetts<sup>33</sup> han comenzado a trasladarse a otros estados en los que solicitan que se reconozca la validez de sus matrimonios. Los estados se niegan invocando sus “mini-domas”, las que seguramente habrán sido aprobadas bajo la “autorización” conferida por la ley federal, lo que abre el camino para pasar juicio sobre la legitimidad de esa autorización.

Otro dato importante que merece ser reseñado es que la Cámara de Representantes de los EE.UU., en otra movida sin precedentes, temerosa de la posibilidad real que la DOMA sea declarada inconstitucional, aprobó un proyecto de ley titulado “Ley en Protección del Matrimonio”, *The Marriage Protection Act of 2004*<sup>34</sup>, en virtud del cual se impediría a los tribunales federales ejercer su jurisdicción para atender acciones judiciales en las que se cuestione la constitucionalidad de la DOMA. Oponentes del proyecto, que está actualmente ante la consideración del Senado federal, claman que el estatuto es inconstitucional por violentar principios básicos de separación de poderes y por constituir una violación flagrante de la autoridad jurisdiccional que la Constitución otorga a los tribunales federales.<sup>35</sup>

### 3.2. Enmienda Federal del Matrimonio, *The Federal Marriage Amendment (FMA)*

Las dudas acerca de la constitucionalidad de la DOMA lanzadas por importantes sectores de la academia norteamericana, así como la germinación del derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, ha impulsado la propuesta de enmendar la Constitución de los EE.UU. para evitar que algún foro estatal o federal, a través de jurisprudencia o legislación, reconozca tal derecho. Esta iniciativa se ha llamado comúnmente la Enmienda Federal al Matrimonio, *The Federal Marriage Amendment*, conocida comúnmente como “FMA”.

La propuesta de enmienda constitucional ha sido promovida primordialmente por el Presidente de los EE. UU, George W. Bush. No se anticipa que se apruebe ya que, para ello, será necesario obtener la onerosa aprobación de dos terceras partes de cada Cámara del Parlamento de los EE.UU. y la ratificación de tres cuartas partes de los estados, es decir, de treinta y ocho. De hecho, una propuesta que se presentó en 2004 con los fines antes mencionados fue derrotada en las etapas iniciales del proceso parlamentario.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Véase *Citizens for Equal Protection v. Bruning*, 290 F. Supp. 2d 1004 (D. Neb. 2003).

<sup>33</sup> En *Cote-Whitacre v. Dept. of Public Health*, No. SJC 09436 (Mass. 30 de marzo de 2006), el Tribunal Supremo de Massachusetts resolvió que el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, que se reconoció en *Goodridge*, únicamente se aplica a residentes de dicho estado.

<sup>34</sup> H.R. 3313, 108th Cong. (2004).

<sup>35</sup> Véase *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>36</sup> En el año 2004, la Cámara de Representantes de los EE.UU. no aprobó la FMA. No se obtuvieron las dos terceras partes de los votos requeridos. No obstante, una clara mayoría de 227 a 186 votó a favor de su aprobación. 150 Cong. Rec. H7898, H7934 (30 de septiembre de 2004). En el Senado la votación fue de 50-48 pero en contra de la aprobación de la FMA. 150 Cong. Rec. S8090-91 (14 de julio de 2004).

En el año 2005, se propuso nuevamente la enmienda constitucional, que se espera que sea sometida a votación en el Senado de los EE.UU. el próximo mes de julio. El texto de la enmienda, de ser aprobada, leería como sigue: “El matrimonio en los Estados Unidos consiste en la unión entre un hombre y una mujer. Ni esta Constitución, ni la de los estados, se podrá interpretar a los efectos de requerir que el matrimonio o los incidentes legales que se deriven de éste, sean conferidos a cualquier unión que no sea la de un hombre y una mujer.”<sup>37</sup>

En la historia norteamericana únicamente se ha aprobado una enmienda constitucional que limita derechos individuales de las personas.<sup>38</sup> Huelga decir que ésta también es la única que ha sido revocada.<sup>39</sup> Más aún, todas y cada una de las enmiendas propuestas que ha tenido el fin de limitar derechos individuales han fracasado<sup>40</sup>, incluso la de mayor paralelismo al caso que nos ocupa, la que proponía la prohibición de matrimonios interraciales.<sup>41</sup>

La FMA, de ser aprobada, cambiaría el curso histórico del Derecho Constitucional norteamericano, al ser inconsistente con tres de los más básicos principios articulados en el documento constitucional original, a saber, la defensa de derechos individuales, la separación de poderes y el federalismo.

#### 4. Conclusión

Amén de la importancia de los argumentos sustantivos que han secuestrado la discusión en EE.UU. del tema del reconocimiento del derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, el antes reseñado recuento histórico revela que el debate se ha ido desplazando a la zona de los complejos problemas tocantes al federalismo y al principio de separación de poderes característicos del gobierno norteamericano.

---

<sup>37</sup> “Marriage in the United States shall consist only of the union of a man and a woman. Neither this Constitution, nor the constitution of any State, shall be construed to require that marriage or the legal incidents thereof be conferred upon any union other than the union of a man and a woman.” H.J. Res. 106 (108th Congress 2004) and S.J. Res. 40 (108th Congress 2004).

<sup>38</sup> La enmienda XVIII prohibía el movimiento e intercambio de licor en los EE. UU.

<sup>39</sup> La enmienda XVIII fue revocada en 1933.

<sup>40</sup> Véase Joan SCHAFFNER (2005), p. 1487.

<sup>41</sup> En 1912 se propuso una enmienda a la Constitución de los EE. UU. con el fin de prohibir los matrimonios interraciales. *Ibid.*

## 5. Bibliografia

Naomi R. CAHN (1994), "Family Law, Federalism and the Federal Courts", 79 *Iowa L. Rev.*

Barbara J. COX (1996), "Same Sex Marriage and the Public Policy Exception in Choice-of-Law: Does It Really Exist?", 16 *Quinnipiac L. Rev.*

Paige E. CHABORA (1997), "Congress' Power Under the Full Faith and Credit Clause and the Defense of Marriage Act of 1996", 76 *Neb. L. Rev.*

"Developments in the Law--The Law of Marriage and Family": "Inching Down The Aisle: Differing Paths Toward the Legalization of Same-Sex Marriage in the United States and Europe", 116 *Harv. L. Rev.*, 2003.

"Developments in the Law—Sexual Orientation and the Law", 102 *Harv. L. Rev.*, 1989.

Evan GERSTMANN (2004), *Same-Sex Marriage and the Constitution*.

Melissa A. GLIDDEN (2004), *Recent Developments: Federal Marriage Amendment*, 41 *Harv. J. on Legis.*

Kathy T. GRAHAM (2004), "Same-Sex Unions and Conflicts of Law: When "I Do" May Be Interpreted as "No, You Didn't!", 3 *Whittier J. on Child & Fam. Advoc.*

GUSHIKEN (2000), "The Fine Line Between Love and the Law: Hawaii's Attempt to Resolve the Same-Sex Marriage Issue", 22 *U. Haw. L. Rev.*

Leslie J. HARRIS (2005), "Same-sex Unions Around the World: Marriage, Civil Unions, Registered Partnerships--What Are the Differences and Why do They Matter?", 19-OCT *Prob. & Prop.*

Deborah HENSON (1994), "Will Same Sex Marriages Be Recognized in Sister States: Full Faith and Credit and Due Process Limitations on State Choice of Law Regarding the Status and Incidents of Homosexual Marriages Following Hawaii's Baehr v. Lewin", 32 *U. Louisville J. Fam. L.*

Joseph W. HOVERMILL (1994), "A Conflict of Laws and Morals: The Choice of Law Implications of Hawaii's Recognition of Same-Sex Marriages", 53 *Md. L. Rev.*

"In Sickness and In Health, In Hawaii and Where Else?: Conflict of Laws and Recognition of Same Sex Marriages", 109 *Harv. L. Rev.*, 1996.

Thomas KEANE (1995), Note, "Aloha, Marriage? Constitutional and Choice of Law Arguments for Recognition of Same-Sex Marriages", 47 *Stan. L. Rev.*

Jon-Peter KELLY (1997), Note, "Act of Infidelity: Why the Defense of Marriage Act Is Unfaithful to the Constitution", 7 *Cornell J.L. & Pub. Pol'y.*

Andrew KOPPELMAN (1998), "Same-Sex Marriage, Choice of Law, and Public Policy", 76 *Tex. L. Rev.*

Larry KRAMER (1997), "Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception", 106 *Yale L.J.*

"Litigating the Defense of Marriage Act: The Next Battleground for Same-Sex Marriage", 117 *Harv. L. Rev.*, 2004.

David ORGON COOLIDGE (2000), "The Hawai'i Marriage Amendment: Its Origins, Meaning and Fate", 22 *U. Haw. L. Rev.*

Melissa ROTHSTEIN, (1997), "The Defense of Marriage Act and Federalism: A States' Rights Argument in Defense of Same-Sex Marriages", 31 *Fam. L.Q.*

Scott RUSKAY-KIDD (1997), "The Defense of Marriage Act And The Overextension Of Congressional Authority", 97 *Colum. L. Rev.*

Brett P. RYAN (2000), "Love and Let Love: Same-Sex Marriage, Past, Present, and Future, and the Constitutionality of DOMA", 22 *U. Haw. L. Rev.*

Joan SCHAFFNER (2005), "The Federal Marriage Amendment: To Protect the Sanctity of Marriage or Destroy Constitutional Democracy?", 54 *Am. U. L. Rev.*

Robert A. SEDLER (2004), "The Constitution Should Protect the Right to Same-Sex Marriage", 49 *Wayne L. Rev.*

Jennie R. SHUKI-KUNZE (1998), Note, "The "Defenseless" Marriage Act: The Constitutionality of the Defense of Marriage Act as an Extension of Congressional Power Under the Full Faith and Credit Clause", 48 *Case W. Res. L. Rev.*

Mark STRASSER (1998), "DOMA and the Two Faces of Federalism", 32 *Creighton L. Rev.*

Laurence H. TRIBE (2000), *American Constitutional Law*, 3<sup>a</sup> ed.

Lynn D. WARDLE (2005), "Non-Recognition of Same-Sex Marriage Judgments under Doma and the Constitution", 38 *Creighton L. Rev.*

Ralph U. WHITTEN (1998), "The Original Understanding of the Full Faith and Credit Clause and the Defense of Marriage Act", 32 *Creighton L. Rev.*

6. *Tabla de sentencias*

<i>Caso</i>	<i>Ref. / Fecha</i>
<i>Marbury v. Madison</i>	5 U.S. 137 (1803)
<i>Barber v. Barber</i>	62 US 582 (1859)
<i>Baker v. Nelson</i>	191 N.W. 2d 185 (1971)
<i>Jones v. Hallahan</i>	501 S.W. 2d 588 (1973)
<i>Singer v. Hara</i>	522 P. 2d 1187 (1974)
<i>Loving v. Virginia</i>	388 US 1 (1967)
<i>Bowers v. Hardwick</i>	478 U.S. 186 (1986)
<i>Baehr v. Lewin</i>	852 P.2d 44 (1993)
<i>Brause v. Bureau of Vital Statistics</i>	No. 3AN-95-6562, Alaska Super. Ct. (Feb. 27, 1998)
<i>Baker v. State</i>	744 A.2d 864 (Vt. 1999).
<i>Lawrence v. Texas</i>	539 U.S. 558 (2003)
<i>Goodridge v. Department of Public Health</i>	798 N.E. 2d. 941 (2003)
<i>Citizens for Equal Protection v. Bruning</i>	290 F. Supp. 2d 1004 (D. Neb. 2003)
<i>In re Coordination Proceeding, Marriage Cases</i>	2005 WL 583129 (Cal. Super. 2005) (April 13, 2005).
<i>Cote-Whitacre v. Dept. of Public Health</i>	No. SJC 09436 (Mass. March 30, 2006).