

Derecho y familia

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Perspectivas comparadas



Nicolás Espejo Yaksic
Ana María Ibarra Olguín
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO

K300

C667c

La constitucionalización del derecho de familia : perspectivas comparadas / editores Nicolás Espejo Yaksic, Ana María Ibarra Olguín ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.-- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

1 recurso en línea (xxii, 412 páginas). -- (Derecho y familia)

ISBN 978-607-552-137-4

1. Derecho de familia – Normas constitucionales – Jurisprudencia – Ensayos
2. Convencionalismo jurídico – Derecho civil – Argentina 3. Matrimonio – Derechos humanos – Derecho interno – Instrumentos internacionales – Estudio de casos – Estados Unidos 4. Sujetos del derecho de familia – Derecho constitucional 5. Matrimonio entre personas del mismo sexo – Brasil 6. Derecho a la identidad – Chile 7. Patria potestad – Interés superior de la niñez – Gran Bretaña 8. Derechos de los niños – Derecho procesal civil – Países Bajos – Europa 9. Familia – Constitución – México I. Espejo Yaksic, Nicolás, editor II. Ibarra Olguín, Ana María, editor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales V. serie

LC K670

Primera edición: enero de 2020

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO 3

Derechos, libertad, autonomía y matrimonio. El legado constitucional e internacional de *Obergefell vs. Hodges*

Rosa Celorio*

* Vice-Decana y Profesora de Derecho Internacional y Comparado Burnett Family, George Washington University Law School.

I. Introducción

El tema de los derechos humanos en Estados Unidos reviste de gran complejidad. Existen dicotomías importantes en su historia en lo pertinente al individuo y sus derechos.

Estados Unidos es un país cuya estructura jurídica y gubernamental no fue originalmente conceptualizada desde un marco de derechos humanos.¹ La Carta de Derechos, mejor conocida como el *Bill of Rights*, no fue adoptada hasta el 1791, y ha sido producto de un histórico y persistente debate entre el gobierno federal y los estados sobre la distribución de poderes y facultades entre los mismos.² La Carta de Derechos a su vez cuenta con un contenido limitado, y la Constitución sólo ha sido enmen-

¹ Para mayores elementos históricos, véase MAGGS, G. E. y SMITH, P., *Constitutional Law: A Contemporary Approach*, 4a. ed., 2018, pp. 535-538.

² Constitución de los Estados Unidos de América (1789), incluyendo Enmiendas 1-10 (Carta de Derechos) (1791). Disponible en: <http://constitutionus.com/>

dada 27 veces en su larga historia.³ Sin embargo, la Constitución expresa de forma clara su enfoque en las personas y el carácter fundamental de las libertades.⁴ Las enmiendas a la Constitución sí tienen un énfasis importante en derechos, como la religión, el debido proceso, la igual protección de la ley y la seguridad de las personas y sus domicilios.⁵

Los derechos humanos —en su conceptualización universal y global— tampoco es una terminología común en el sistema jurídico americano y en la conciencia social en Estados Unidos.⁶ Las luchas por los derechos civiles en Estados Unidos se han acercado a manifestaciones similares de este lenguaje, pero su base ha sido mayormente el derecho constitucional y la legislación nacional y local. Estados Unidos ha tenido en su historia una serie de movimientos conocidos que han perseguido de forma intensa la igualdad de trato para las razas y los sexos, resultado de violaciones de derechos sistemáticas y graves como la esclavitud y la segregación racial,⁷ y la denegación del voto para las mujeres.⁸ También el Congreso ha adoptado estatutos federales importantes como el 42 U.S.C. § 1983, que permite elevar ante los tribunales federales acciones por violaciones a los derechos civiles perpetradas por agentes estatales, y el 28 U.S.C. § 2241 que crea un espacio para cuestionar la legalidad de la privación de la libertad mediante la interposición de un hábeas corpus, entre otros recursos.⁹

³ *Ibidem*, Enmiendas 1-27.

⁴ *Ibidem*, Preámbulo y Carta de Derechos.

⁵ *Ibidem*, Enmiendas I, IV, y XIV.

⁶ Véase HATHAWAY, O. A., McELROY, S. y ARONCHICK, S., "International Law at Home: Enforcing Treaties in U.S. Courts", *Yale Journal of International Law*, Vol. 37, No. 51, 2012, pp. 76-90; STEWART, D., "United States Ratification of the Covenant on Civil and Political Rights: The Significance of the Reservations, Understandings, and Declarations", *DePaul Law Review*, Vol. 42, 1993, pp. 1183, 1183-1186, 1188-1207.

⁷ Equal Justice Initiative, "Segregation in America, From Slavery to Segregation", pp. 6-16, 10 de julio de 2018. Disponible en: <https://segregationinamerica.eji.org/>

⁸ History, Art & Archives, United States House of Representatives, *The Women's Rights Movement, 1848-1920*. Disponible en: <http://bit.ly/2ksnNgp>

⁹ Véase Estatutos federales 42 U.S.C. § 1983 y 28 U.S.C. § 2241. Disponible en: <http://bit.ly/2kve3lB> y <http://bit.ly/2m4m8hC>

El lenguaje de derechos humanos a nivel mundial tuvo su primera expresión en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948, y ha sido codificado desde entonces de forma extensa en una gama de tratados universales, documentos de consenso y decisiones, sentencias y recomendaciones de mecanismos de las Naciones Unidas, y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.¹⁰ También principios de derechos humanos han sido consagrados en la gran mayoría de las constituciones a nivel mundial.¹¹ Pese a que los Estados Unidos han tenido un papel clave en la negociación de varios de los instrumentos y tratados de derechos humanos, tiene un récord limitado en su firma y ratificación.¹² Los tribunales en Estados Unidos tampoco tienen una historia consistente de aplicar el derecho internacional en sus decisiones, y este es el caso asimismo en lo pertinente a los derechos humanos.¹³

La Corte Suprema de Estados Unidos también tiene una historia de contradicciones en lo pertinente a los derechos humanos. Es una Corte que ha adoptado decisiones fundamentales para los derechos de las personas,¹⁴ pero también los ha limitado y coartado en momentos concretos.¹⁵ Es una Corte que ha protegido mucho a los individuos ante la actuación

¹⁰ HANNUM, H., ANAYA, J., SHELTON, D. y CELORIO, R., *International Human Rights: Problems of Law, Policy, and Practice*, 6a. ed., Nueva York, Wolters Kluwer, 2018, pp. 2-3, 65-92; BUERGENTHAL, T., "The Evolving Human Rights System", *American Journal of international Law*, Vol. 4., No. 100, 2006, pp. 783-807.

¹¹ Véase, de manera general, BECK, C., MEYER, J., HOSOKI, R. y DRORI, G., *Constitutions in World Society: A New Measure of Human Rights*, SSRN, 2017. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2906946>; OHCHR, *Human Rights and Constitution Making*, 3 de septiembre de 2018, pp. 1-11. Disponible en: <http://bit.ly/2m5c5bO>

¹² HUMAN RIGHTS WATCH, *United Nations Ratification of Human Rights Treaties*, Overview, 2009. Disponible en: <http://bit.ly/2lZCA2A>

¹³ HATHAWAY, O., Sabrina McELROY, S. y ARONCHICK S., *op. cit.*; SLOSS, D., "How International Law Transformed the U.S Constitution", *Human Rights Quarterly*, Vol. 37, 2015, pp. 1-30.

¹⁴ Véase, en general, Corte Suprema Estados Unidos, caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); Corte Suprema Estados Unidos, caso *United States vs. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

¹⁵ Véase, por ejemplo, Corte Suprema Estados Unidos, caso *Dred Scott vs. Sanford*, 60 U.S. 393 (1857); Corte Suprema Estados Unidos, caso *Bowers vs. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

excesiva de los Estados,¹⁶ pero no ante daños perpetrados por personas individuales.¹⁷ En sus decisiones, la Corte Suprema se ha referido al marco jurídico internacional de forma inconsistente, pese a que sus decisiones han tenido efectos directos e indirectos en los derechos de millones de personas.¹⁸

En dicho marco, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió el caso *Obergefell vs. Hodges*, en el 2015, en el cual estableció que las personas del mismo sexo gozan de un derecho fundamental al matrimonio bajo la cláusula de debido proceso y la igual protección de la ley de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución.¹⁹ La decisión igualmente requiere a todos los estados el reconocer matrimonios del mismo sexo llevados a cabo en otros estados.²⁰ Esta decisión ha sido valorada por muchos activistas en Estados Unidos como un triunfo nacional y global para los derechos humanos.²¹

La decisión de *Obergefell vs. Hodges* constituye un momento importante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos al avanzar una serie de conceptos y análisis pertinentes a los derechos humanos en el ámbito de la familia y el matrimonio. Mucho del análisis constitucional de la Corte Suprema lleva a reflexionar si esta puede ser una tendencia nueva en Estados Unidos en su examen de aspectos vinculados con derechos de individuos, personas y grupos históricamente discrimi-

¹⁶ Véase, por ejemplo, Corte Suprema Estados Unidos, caso *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186.

¹⁷ Corte Suprema Estados Unidos, caso *Castle Rock vs. Gonzales*, 545 U.S. 748 (2005); Corte Suprema Estados Unidos, caso *DeShaney vs. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989).

¹⁸ Como ejemplo de decisiones en donde la Corte Suprema ha aplicado el derecho internacional, véase, Corte Suprema Estados Unidos, caso *Roper vs. Simmons*, 543 U.S. 551, 21-24 (2005) ("Slip Opinion"); Corte Suprema Estados Unidos, caso *Lawrence et al. vs. Texas*, 539 U.S. 558, 12-13 (2003) ("Slip Opinion").

¹⁹ Corte Suprema Estados Unidos, caso *Obergefell et al. vs. Hodges*, 576 U.S., 22-28 (2015) ("Slip Opinion").

²⁰ *Ibidem*, pp. 27-28.

²¹ Véase, como referencia, AMNESTY INTERNATIONAL, *Victory: Marriage Equality is a Right!*. Disponible en: <http://bit.ly/2kqateg>; ROBERT F. KENNEDY HUMAN RIGHTS FOUNDATION, *Obergefell vs. Hodges Decision a Great Victory for Human Rights*, Washington, D.C. 26 de junio de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/2m6oegA>

nados. La Corte avanza principios importantes sobre el papel de las Cortes estadounidenses en la definición e interpretación de derechos humanos a la luz de la Constitución, y conceptos importantes como la libertad, autonomía y el matrimonio igualitario. También hay paralelos importantes entre esta sentencia y las tendencias internacionales en torno al matrimonio y las uniones entre parejas del mismo sexo en los sistemas regionales de protección de las Américas y Europa.

En este artículo presento reflexiones sobre aspectos novedosos e históricos de la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el asunto *Obergefell* para el derecho constitucional en Estados Unidos y para el derecho internacional de los derechos humanos. En particular discutiré cómo la sentencia puede impactar en el futuro la definición de derechos humanos por la Corte Suprema de Estados Unidos bajo la Constitución. También considero que la sentencia de la Corte Suprema crea un espacio para que la Corte Suprema eventualmente analice otros temas vinculados con personas, individuos y grupos históricamente discriminados usando como referencia fuentes de derecho internacional, y el mismo derecho internacional puede ser influenciado por los principios avanzados por la Corte Suprema en *Obergefell*.

II. La sentencia histórica de *Obergefell vs. Hodges* y sus efectos

El caso de *Obergefell* fue presentado por 14 parejas del mismo sexo y dos hombres cuyas parejas fallecieron.²² Cuestionaron leyes que definían el matrimonio entre un hombre y una mujer en Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee y cómo las mismas violaban la Decimocuarta Enmienda de la Constitución al denegarles el derecho al matrimonio.²³ También sostuvieron que estas leyes violaban su derecho de tener reconocimiento en

²² *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 2.

²³ *Ibidem*.

todos los Estados Unidos de matrimonios legalmente llevados a cabo en un estado.²⁴

En una sentencia preparada por el entonces Juez Anthony Kennedy — conocido por sus decisiones vinculadas con los derechos de las personas del mismo sexo— la mayoría de la Corte Suprema concluyó que el derecho al matrimonio es fundamental e inherente a la libertad de persona, y es protegido por la cláusula de debido proceso e igual protección de la ley contenida en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución.²⁵

En mi opinión, la sentencia de *Obergefell* puede ser facilitadora e impactar de forma significativa la futura jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en una serie de áreas discutidas a continuación.

1. Derechos constitucionales en el ámbito del matrimonio

La Corte Suprema de Estados Unidos sin duda hace historia con el caso de *Obergefell* al extender protección constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo. Es una sentencia marco para los Estados Unidos en el ámbito de la orientación sexual y el derecho a la familia. Es una continuación importante de su sentencia en el asunto de *Lawrence vs. Texas*, en el cual la Corte consideró leyes que prohíben actividad homosexual consentida entre adultos como inconstitucionales.²⁶

La naturaleza histórica de la decisión también radica en la perspectiva de derechos en el razonamiento jurídico de la Corte para llegar a esta decisión.

Este análisis, y su perspectiva de derechos, es muy evidente en la consolidación de un derecho general al matrimonio en la Constitución por la

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 22.

²⁶ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558, pp. 3-18 (2003) ("Slip Opinion").

Corte Suprema. La Corte, en el asunto de *Obergefell*, dedica una gran parte de la sentencia a la historia e importancia del matrimonio como institución en el orden social americano.²⁷ Para la Corte, el matrimonio ofrece dignidad, seguridad y continuidad para las personas.²⁸ Sin embargo, también considera que esta institución ha evolucionado con el tiempo y que su otorgamiento legal debe considerar las condiciones sociales.²⁹ En casos anteriores, la Corte Suprema se ha referido a un derecho fundamental al matrimonio y lo que ello implica para parejas interraciales y para el uso de contraceptivos en el marco de esta institución familiar.³⁰ La Corte Suprema en *Obergefell* no sólo destaca el derecho a contraer matrimonio, también avanza una noción moderna de esta institución y la extiende a parejas del mismo sexo. Es interesante cómo la Corte combina en su lenguaje los aspectos tradicionales e históricos del matrimonio con la realidad actual de modelos de familia no conformados por mujeres y hombres.

La sentencia de la Corte Suprema es consonante con la tendencia internacional de los sistemas regionales de proteger derechos de las personas homosexuales en el ámbito de la familia y el matrimonio. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló recientemente su Opinión Consultiva 24/17, en donde destaca el derecho de las personas del mismo sexo a tener reconocimiento libre de toda forma de discriminación de sus vínculos familiares, y el deber de los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante "Convención Americana") de garantizar el acceso a todas las figuras existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo.³¹

²⁷ *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 3-6.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 10.

³⁰ Véase, Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Loving vs. VA*, 388 U.S. 1, 12 (1967); Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485 (1965).

³¹ Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, *Identidad de Género e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo*, 24 de noviembre de 2017, párrs. 200-229.

Tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos continúan avanzando en una noción de la familia no tradicional y cómo esta institución debe responder a la evolución de los tiempos en el análisis jurídico.³² La tendencia de los tribunales internacionales es otorgar derechos equivalentes a parejas homosexuales y heterosexuales en el marco del matrimonio. La sentencia de la Corte Suprema en el caso de *Obergefell* es parte de esta tendencia internacional, a pesar de no referirse de forma explícita al derecho universal y regional en lo pertinente al matrimonio igualitario.

2. Interpretación de la Constitución a la luz de los tiempos y el papel de las cortes

Un tema importante en la decisión de *Obergefell* es el énfasis que la Corte Suprema hace de la importancia de interpretar la Constitución de los Estados Unidos considerando los tiempos actuales. En consecuencia, la Corte analiza la evolución de las uniones de pareja a través de los años, y cómo las parejas del mismo sexo —y sus hijos, cuando oportuno— deben obtener los beneficios, continuidad y seguridad que todavía otorga el matrimonio como un pilar jurídico en los Estados Unidos.

La Corte Suprema inclusive se refiere a cómo las cortes tienen un papel en identificar las formas de injusticia en los tiempos actuales y de rechazar las mismas en su ponderación de casos individuales y ejemplificados. La Corte Suprema se refiere a cómo la interpretación constitucional de las cortes debe ser protectora de derechos, aun cuando estos no son protegidos por el orden democrático.³³ Ello significa que los individuos pueden hacer valer sus derechos ante las cortes aun cuando hay desacuerdo popular con sus posturas.³⁴

³² TEDH, caso *Schalk and Kopf vs. Austria*, App. No. 30142/04, 24 de junio de 2010, párrs. 87-95; Corte IDH, OC 24-17, *supra* nota 32, párrs. 173-199; Corte IDH, caso *Karen Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 141-146.

³³ *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 24.

³⁴ *Ibidem*.

Este análisis de la Corte Suprema es muy consonante con la línea de jurisprudencia internacional de reconocer a los tratados como instrumentos vivos, los cuales deben ser interpretados teniendo en cuenta las condiciones sociales actuales. Este ha sido el análisis tanto de la Corte Interamericana como de la Corte Europea de Derechos Humanos en lo pertinente a vulneraciones de derechos que han afectado a personas con base en su orientación sexual e identidad de género. También ha sido la base para interpretar de forma flexible las cláusulas de no discriminación consagradas en la Convención Americana y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Considero que esta interpretación flexible es fundamental para tener una Corte Suprema cuyo lenguaje es protector de derechos humanos de forma consistente. Según fue indicado en la introducción, la Corte Suprema ha actuado en instancias para proteger los derechos de millones de personas, pero esta actuación no siempre ha sido consistente. La justicia tiene una naturaleza fundamental para proteger los derechos de las personas a nivel local y nacional. Esta protección puede llevarse a cabo aplicando derecho jurídico doméstico, internacional, o una combinación de ambos.

Otro tema interesante para destacar es que el razonamiento de la Corte Suprema es muy similar al empleado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para justificar su doctrina del control de convencionalidad. Esta doctrina presupone una obligación para las Cortes nacionales de evaluar la compatibilidad de su ley nacional con el marco jurídico internacional de los derechos humanos para determinar su legalidad. Según el caso *Gelman*, y otras decisiones importantes de la Corte Interamericana, la aplicación de esta doctrina puede implicar conflictos entre las cortes y legislación validada mediante un proceso democrático.³⁵ La Corte Suprema de Estados Unidos alude en *Obergefell* a la forma en la

³⁵ Sobre la doctrina de la Corte Interamericana sobre el control de convencionalidad, véase Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 238-240; FERRER MCGREGOR, E., "Conventionality Control: The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights", *American Journal of international Law*, Vol. 109, No. 93, 2015.

que la Constitución contempla a la democracia como el proceso adecuado para el cambio social, mientras que este proceso no viole los derechos fundamentales.³⁶ Ello implica que los individuos no tienen que esperar la actuación legislativa para ver sus derechos protegidos.³⁷

Es claro en los votos disidentes en *Obergefell* que hubo discusión extensa entre los jueces sobre el rol de las cortes en la adopción de principios jurídicos con cambios profundos sociales. El voto disidente del Juez Roberts cuestiona la facultad de la Corte Suprema de crear derechos fuera de la actuación legislativa.³⁸ Arguye que, dentro de un proceso democrático, el proceso de creación de derechos debe ser liderado por el proceso político y democrático, no las cortes, para que todos los ciudadanos tengan la oportunidad de incidir.³⁹ El voto disidente del Juez Scalia hace referencia a muchas de las mismas consideraciones y al carácter no representativo de la Corte Suprema de Estados Unidos.⁴⁰

En mi opinión, la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Obergefell* permite reflexionar sobre el papel de distintas instancias gubernamentales en la creación y protección de derechos en países de gran institucionalidad. Estados Unidos es un país con instituciones fuertes y de larga data, las cuales han sobrevivido la prueba del tiempo. Es un país cuyo centro de creación histórica y marco de actuación es la democracia, con sus instituciones. También es un país gobernado desde su origen por controles, contrapesos y equilibrios para evitar que ninguna rama de estado tenga demasiado poder. Un país con un poder compartido, en la que cada rama tiene un papel en la protección de los derechos.

En este sentido, es entendible que la Corte Suprema de Estados Unidos en *Obergefell* haya ejercido su poder de revisión constitucional —consagrado

³⁶ *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 24.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Obergefell*, *supra* nota 19, Voto disidente del Juez Presidente Roberts, en conjunto con los Jueces Scalia y Thomas, p. 2.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Obergefell*, *supra* nota 19, Voto disidente del Juez Scalia, en conjunto con el Juez Thomas, p. 6.

en *Marbury vs. Madison*—⁴¹ para invalidar la actuación legislativa que, considero, no está en conformidad con la Constitución. En otras palabras, la Corte Suprema ejerció un control de constitucionalidad para interpretar de forma flexible y extensa la protección de debido proceso e igual protección de la ley ofrecida por la decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos. El principio de controles y contrapesos —mejor conocido en Estados Unidos como *checks and balances*— puede promover una protección adecuada de derechos individuales. Es también importante destacar —en respuesta a los votos disidentes— que la elección de los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos está sujeta a controles por parte del foro legislativo y el Senado, la rama más representativa en la estructura democrática estadounidense.

En *Obergefell*, la Corte Suprema de Estados Unidos declara inconstitucionales leyes producto de un proceso democrático, pero con repercusiones negativas en la igualdad de las parejas del mismo sexo, y las cuales provocan un daño grave e irreparable.⁴² Pese a que el análisis avanzado por la Corte Suprema de Estados Unidos no tiene base en el derecho internacional, la Corte ofrece una interpretación moderna de la Constitución y su decimocuarta enmienda; análisis consonante y compatible con el derecho internacional de los derechos humanos. También la Corte ejemplifica cómo el sistema de controles y contrapesos puede ser favorable para la protección de los derechos de parejas en el ámbito de la familia y otras personas y grupos históricamente discriminados.

3. Introducción de derechos individuales y no explícitos en la interpretación constitucional

Un aspecto clave de la decisión de la Corte Suprema en el caso de *Obergefell* es la definición de derechos individuales bajo la Constitución

⁴¹ Véase, generalmente, Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (Cranch 1) 137 (1803).

⁴² *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 22.

no mencionados en el texto de este instrumento. La Corte Suprema identifica un derecho a contraer matrimonio bajo la Constitución de los Estados Unidos y su Decimocuarta Enmienda, y establece cómo este derecho se extiende a parejas del mismo sexo. Es un enfoque interesante dado que la palabra "matrimonio" no es mencionada en la Constitución. Tampoco tiene una relación explícita con los conceptos de debido proceso e igual protección de la ley.

También la Corte Suprema en *Obergefell* discute cómo la identificación y la protección de los derechos fundamentales son partes clave en la tarea jurídica de interpretar la Constitución.⁴³ Destaca asimismo cómo las cortes deben ejercer su juicio razonado para identificar intereses de las personas de naturaleza fundamental meritorios de respeto por los Estados.⁴⁴ La Corte Suprema alude a un proceso de análisis constitucional vinculado con principios generales y de alcance amplio que no puede estar sujeto a restricciones marcadas por la historia y la tradición.⁴⁵ La Corte llega a indicar, incluso, que el pasado no debe gobernar el presente.⁴⁶

Esta interpretación amplia de la facultad de las Cortes en su control de constitucionalidad sobre legislación puede ser fundamental para la definición de un conjunto más extenso de derechos en el ámbito de la familia. Hay muchos derechos que pueden estar en juego en la familia, incluyendo los vinculados a la tenencia, custodia, adopción, educación y religión de los hijos e hijas; derechos patrimoniales y económicos; y asuntos vinculados con los derechos sexuales y reproductivos, entre otros.

La Corte Suprema ya ha aprovechado oportunidades importantes para inferir derechos humanos en la Constitución en el ámbito de la familia. Una de las decisiones más importantes en este sentido fue *Roe vs. Wade*,

⁴³ *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 10.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibid.* p. 10-11.

⁴⁶ *Ibid.* p. 11.

en la cual la Corte Suprema infirió un derecho a la privacidad en la cláusula decimocuarta de la Constitución, y estableció que es parte de este derecho la decisión de llevar a cabo un aborto.⁴⁷ Este derecho fundamental sólo puede estar sujeto a limitaciones justificadas por un interés de peso avanzando por el Estado— *compelling state interest*.⁴⁸ Este derecho a la privacidad fue reiterado por la Corte Suprema en el caso *Lawrence vs. Texas*, en el cual invalidó leyes de sodomía bajo la cláusula de debido proceso de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución y estableció que la misma protege a las personas de intrusiones estatales injustificadas.⁴⁹

Este principio de interpretación jurídica flexible de la Constitución de Estados Unidos y su texto puede ser un catalizador de la definición de un conjunto marco de derechos de los individuos en materia familiar. Esta lectura abarcadora de la Constitución de Estados Unidos es asimismo consonante con la interpretación amplia del lenguaje de los tratados internacionales avanzada por los sistemas interamericano y europeo en lo pertinente a personas y su orientación sexual.⁵⁰ Ambos tribunales han ofrecido una lectura extensa a las cláusulas de no discriminación contenidas en las Convenciones Americanas y Europeas y tienen una tendencia clara de otorgar beneficios equivalentes a parejas homosexuales y heterosexuales en el marco de la familia.

También puede dar entrada a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el trabajo de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En *Lawrence vs. Texas*, por ejemplo, la Corte Suprema se refirió al caso *Dudgeon vs. United Kingdom* de la Corte Europea de Derechos Humanos invalidando leyes de sodomía bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁵¹ Pese a que la aplicación del derecho internacional

⁴⁷ Cfr. Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113, 152-167 (1973).

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lawrence vs. Texas*, *supra* nota 26, pp. 3-18.

⁵⁰ Por ejemplo, véase, TEDH, caso *Karner vs. Austria*, App. No. 40016/98, párr. 27 (2003); Corte IDH, caso *Karen Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, *supra* nota 32, 24 de febrero de 2012, párrs. 91-124.

⁵¹ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558, *supra* nota 26, p. 12.

no ha sido consistente por la Corte Suprema, decisiones como *Obergefell* abren la puerta para desarrollar una línea jurisprudencial por lo menos paralela a desarrollos en el derecho internacional de los derechos humanos.

4. La libertad, autonomía y discriminación en la Constitución de Estados Unidos

Probablemente uno de los legados más importantes de la decisión de la Corte Suprema en el asunto de *Obergefell* es el vínculo que establece entre los derechos individuales, la libertad, la autonomía y la discriminación con la Constitución de Estados Unidos. La Corte, en su análisis, confirma que hay zonas de intimidad en la vida de un individuo que gozan de protección constitucional y deben estar exentas de la interferencia injustificada de los Estados. Sin embargo, la Corte también extiende esta protección constitucional a la expresión del plan de vida de las personas y todas sus facetas, incluyendo el derecho a contraer matrimonio con parejas del mismo sexo.

Es interesante que la decisión de la Corte en *Obergefell* comienza con el concepto de la libertad. La Corte Suprema destaca la promesa de la Constitución de la libertad y su nexos con los derechos de las personas de definir y expresar su identidad.⁵² Esta libertad puede verse reflejada en el deseo de las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio en términos jurídicos equivalentes a los de las parejas de sexos distintos.⁵³

Es relevante notar que el derecho internacional se ha enfocado grandemente en la identidad de género y la expresión de esta identidad —conceptos ya codificados en tratados internacionales— pero no ha hecho

⁵² *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 1-2.

⁵³ *Ibidem*, p. 2.

tanto hincapié en el concepto de la libertad *per se*.⁵⁴ La Corte Suprema ya en *Lawrence vs. Texas* había aludido al concepto constitucional de la libertad en el ámbito privado y su protección a la persona de intrusiones gubernamentales no justificadas en el hogar.⁵⁵ En este sentido, para la Corte en *Lawrence*, este concepto de libertad trasciende el hogar y "presume la autonomía del individuo incluyendo su libertad de pensamiento, creencia, expresión y conducta íntima".⁵⁶ Es entendible, pienso, que este avance e interpretación amplios del concepto de la libertad en la Constitución puedan tener repercusiones importantes en el trabajo jurídico a nivel internacional sobre derechos en el ámbito de la familia y los pertinentes a la orientación sexual de los individuos. Puede informar, por ejemplo, concepciones actuales del derecho a la libertad de expresión y sus implicaciones para el plan familiar de las personas en lo pertinente a la orientación sexual e identidad de género.

La Corte comenzó aplicando este análisis constitucional a la libertad en la dimensión privada en *Lawrence* y después lo extiende a la esfera pública y forja un plan de vida con base en esta libertad. Para la Corte en *Obergefell*, el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es de carácter central en el espectro de decisiones personales para la dignidad y autonomía individuales.⁵⁷ Es destacable que la Corte avanza el concepto de autonomía individual, el cual es un objetivo importante a nivel del derecho internacional, incluyendo la posibilidad de autodirección y autogobierno de una persona en el entorno social, económico y político; y la disponibilidad de condiciones y oportunidades para implementar planes basados en elecciones personales.⁵⁸ La vivencia de la autonomía puede

⁵⁴ Véase, por ejemplo, OEA, Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (A-69), 5 de junio de 2013, Art. 1; CIDH, *Violencia contra Personas LGBTI en América*, OAS/Ser.LV/II.rev.2, 12 de noviembre de 2015, párrs. 19-23.

⁵⁵ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lawrence vs. Texas*, *supra* nota 26, pp. 1-18.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 1.

⁵⁷ *Obergefell*, *supra* nota 19, pp. 10-12.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 8-9. Para mayor discusión sobre el desarrollo jurídico del concepto de la autonomía como derecho, véase CELORIO, R., "Autonomía, Mujeres y Derechos: Tendencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, Vol. 20, 2018, pp. 8-12.

conllevar a la colaboración e interrelación social con otras personas buscando y persiguiendo las mismas metas.⁵⁹

Para la Corte Suprema en *Obergefell*, las decisiones concernientes al matrimonio —al igual que las relacionadas con contraceptivos, relaciones familiares, la procreación y la crianza de los hijos— son algunas de las más íntimas que pueden ser adoptadas por los individuos y tienen un impacto duradero en su destino.⁶⁰ El imponer restricciones injustificadas a estas decisiones puede, inclusive, llegar a hacer daño y humillar a los niños y las niñas de parejas del mismo sexo.⁶¹

Pese a que la Corte se ha referido al concepto de la autonomía individual en el pasado en sus decisiones, es clave que lo hace tanto en *Lawrence* como *Obergefell* en casos vinculados con la orientación sexual y derechos en el ámbito de la familia. Considero que esta definición de derechos basada en la autonomía individual como origen es muy consonante con el derecho internacional, el cual demuestra tendencias claras hacia protecciones que perciben a personas históricamente discriminadas como agentes de decisión, cambio e incidencia en su vida individual y social, y no sólo como víctimas. *Obergefell* avanza una interpretación de la Constitución con un lente empoderador y no de vulnerabilidad hacia los derechos en el ámbito familiar y los integrantes de esta institución.

Otro aspecto importante de la decisión en *Obergefell* es que conecta la libertad y la autonomía con el principio de la no discriminación. La Corte, en un primer nivel, establece un nexo entre el debido proceso, la libertad y la igualdad.⁶² Luego, en un segundo nivel, avanza un análisis importante bajo la cláusula de igual protección de la ley de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución.⁶³ En dicho análisis, se refiere a las leyes

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Obergefell*, *supra* nota 19, pp. 12-13.

⁶¹ *Ibidem*, p. 15.

⁶² *Ibidem*, p. 21.

⁶³ *Ibidem*, p. 19.

bajo examen, como desiguales y como leyes que provocan daño grave, irreparable y continuo a las personas afectadas.⁶⁴ Como ejemplo de desigualdad, estas leyes deniegan a las parejas del mismo sexo los beneficios gozados por las parejas heterosexuales y vulneran el derecho fundamental a contraer matrimonio.

Una dimensión del análisis de la Corte Suprema en torno a la cláusula de igual protección de la ley se centra en el trato diferenciado que sufren las parejas del mismo sexo al ver denegado su derecho a contraer matrimonio. Una segunda y más innovadora dimensión es el enfoque del daño continuo de estas leyes en un grupo determinado de la población. En este asunto, las personas afectadas son parejas del mismo sexo que desean contraer matrimonio. En escritos anteriores he expresado la importancia de un análisis integral de la discriminación contra las personas, que no sólo analice este problema con un lente comparativo de trato diferencial, sino también se enfoque en el impacto de la discriminación en grupos específicos de la población.⁶⁵ Es importante identificar de forma continua factores que acentúan la experiencia de discriminación de determinadas personas, individuos y grupos. Esto es sumamente importante para ver el derecho a la no discriminación completamente garantizado. También es la tendencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.⁶⁶

En suma, la Corte Suprema en *Obergefell* presenta un análisis importante sobre los conceptos de derechos, libertad, autonomía y matrimonio bajo la cláusula decimocuarta de la Constitución de Estados Unidos. Mucho del análisis avanzado en *Obergefell* también se encuentra en sintonía con

⁶⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁶⁵ Véase, en general, CELORIO, R., "Discrimination and the Regional Human Rights Protection Systems: The Enigma of Effectiveness", *University of Pennsylvania Journal of International Law* (próxima publicación, 2019).

⁶⁶ Véase, por ejemplo, TEDH, caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*, App. No. 17484/15. Sentencia de 25 de julio de 2017, párrs. 44-56; Corte IDH, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 1o. de septiembre de 2015, párrs. 290-291.

desarrollos en el sistema internacional de los derechos humanos, y en el derecho internacional sobre la facultad de los individuos de autodirección y la libertad que deben tener de forjar su propio plan de vida libre de toda injerencia indebida e injustificada por parte de los Estados.

III. Conclusiones

La decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de *Obergefell* deja una marca importante en el análisis jurídico pertinente a los derechos individuales en este país. En muchos sentidos crea una expectativa de decisiones futuras de la Corte Suprema más orientadas a una perspectiva de derechos humanos en su control de constitucionalidad, y en su aplicación de otras doctrinas avanzadas por este tribunal.

La Corte Suprema al final de la sentencia se refiere a aspiraciones personales vinculadas con la dignidad, la igualdad, la inclusión social, el amor y la familia, y cómo las mismas gozan de protección constitucional.⁶⁷ Estas son todas aspiraciones compartidas con el marco internacional de los derechos humanos. El derecho nacional y el derecho internacional pueden complementarse para promover una definición expansiva y efectiva de derechos. Esto es fundamental para ver los derechos de las personas y grupos históricamente discriminados protegidos de forma substantiva y práctica. En este sentido, *Obergefell* abre un camino y una oportunidad importante para una interpretación moderna de la Constitución de los Estados Unidos con un lente de derechos humanos y una mirada internacional.

⁶⁷ *Obergefell*, *supra* nota 19, p. 28.