

La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad

William N. Eskridge, Jr. *

No hay nada de nuevo sobre el reconocimiento de la existencia de matrimonios entre personas de un mismo sexo¹, pero la institución ha sido virtualmente desconocida al occidente moderno. Esto está por cambiar en breve, porque las activistas lesbianas y homosexuales han luchado por todos sus derechos matrimoniales en los países de occidente con mayor éxito. En 1989, Dinamarca creó una nueva institución, sociedades registradas (*registered partnerships*), dando a las parejas entre personas del mismo sexo casi los mismos derechos y obligaciones del matrimonio heterosexual; seis países (incluyendo Francia en 1999) han sancionado leyes similares². En la década de los '90, las cortes superiores de Hungría y Canadá decidieron que leyes sobre la co-habitación no pueden constitucionalmente discriminar contra las parejas del mismo sexo³. Los litigios en tres estados de los Estados Unidos y el Distrito de Columbia han sostenido que las prohibiciones americanas contra el matrimonio entre personas del mismo sexo violan garantías constitucionales de igualdad⁴. A partir de enero de 2000, los litigios estarán pendientes en Vermont y Hawaii. En julio de 1999, el gobierno de Holanda anunció su intención de adoptar una legislación que reconozca matrimonios del mismo sexo. Se ha armado la discusión.

No existe un debate comparable en Latinoamérica, donde algunos países aún consideran un acto criminal la sodomía en privado entre adultos que la consienten y no existe una ley nacional que prohíba la discriminación de orientación sexual. Los principios incluidos en el debate son tan importantes en la Argentina como en Canadá. También, el debate sobre los matrimonios

* John A. Garver Professor of Jurisprudence, Yale Law School.

1. Ver Eskridge, William N., *The Case for Same-Sex Marriage*, capítulo 2, 1996, en el que se documenta el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en cientos de organizaciones políticas, incluyendo muchas de los nativos en América.

2. Con respecto a la ley danesa de 1989, ver Nielsen, Linda, "Family Rights and the 'Registered Partnership' in Denmark", vol. 4, *International J. L. & Fam*, página 297, 1990. Ver, en general, Bradley, David, *Family Law and Political Culture: Scandinavian Laws in Comparative Perspective*, 1996.

3. Ver, *The Attorney General v. M. and H.*, 171 D.L.R. (4th) 577, Canadian Supreme Court, 1999; Decision 14/1995, *on the legal equality of same-sex partnerships*, Hungary Supreme Court, 13 de marzo de 1995.

4. Ver, *Dean v. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (D.C. 1995), (se desechó una demanda que pidió el matrimonio entre personas del mismo sexo); *Baehr v. Levin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993), (la prohibición estatal del matrimonio entre personas del mismo sexo configura discriminación sexual que requiere una justificación convincente), devuelto como *Baehr v. Mike*, 1996 WL 694235 (Haw. Cir. Ct. Dec. 1996) (no se descubrió justificación estatal alguna), rescindido como *moot* ("vacated as moot"), *Baehr v. Anderson*, P.2d (Haw. Sup. Ct. Dec. 9, 1999) (invalidando un mandato basado en una enmienda constitucional de un estado que ratificó una prohibición legislativa al matrimonio entre personas del mismo sexo); *Baker v. State*, No. 98-32 (Vt. Sup. Ct.) (una demanda en curso a una prohibición estatal). Una opinión no denunciado de un tribunal de primera instancia en Alaska fue rechazada por una enmienda al estado.

entre personas del mismo sexo va a llegar un día a Latinoamérica así como a la parte sur de los Estados Unidos. Lo más importante es que el debate sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo muestra la estructura y la dinámica del discurso de igualdad en el occidente moderno. Este ensayo va a detallar los argumentos doctrinales a favor de los matrimonios entre personas del mismo sexo en la forma en que han emergido de la jurisprudencia constitucional de Canadá y los Estados Unidos y sugerirá donde se encuentra la demanda del matrimonio entre personas del mismo sexo dentro de las teorías más abstractas de la igualdad. Pero los argumentos contra el matrimonio de personas del mismo sexo también funcionan a dentro de estas categorías más grandes. El choque de los argumentos a favor y en contra de este tema refleja la importancia de la igualdad a todos los tipos de grupos en el occidente moderno y las diversas maneras en que la igualdad en sí misma puede ser interpretada. Una lección muy aceptada del movimiento americano de los derechos civiles que acabó la separación de las razas es que la igualdad es caracterizada por libertad y transformación, y esto ha inspirado grupos de derechos homosexuales y a sus estrategias. Pero, como este ensayo va a mostrar, la igualdad es un dios con cara de *janus* (*janus-faced god*). Con ciertas suposiciones, los principios de igualdad han llegado a ser un punto de reunión para religiosas tradicionalistas, quienes están en busca de la supresión de homosexuales en la esfera política y social.

1. ARGUMENTOS DE LA IGUALDAD PARA EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CANADIENSE Y AMERICANA

La igualdad es un principio central en las convenciones más importantes de derechos humanos que ayudan a establecer *normas* para la comunidad mundial⁵. Es también una garantía ejecutoria específica en la ley constitucional canadiense y americana. La sección 15 (1) de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades dice que “cada individuo (...) tiene el derecho a igual protección y a igual beneficio de la ley sin discriminación”, con referencia particular a la raza, al sexo y a otras formas de discriminación. La cláusula de la igual protección en la Constitución de los Estados Unidos dice, de modo semejante, que los estados no pueden “negar a ninguna persona, dentro de su jurisdicción, la igual protección de sus leyes”, pero no especifica las formas de discriminación que son particularmente injustas. Al no reconocerle legalmente a las parejas entre personas del mismo sexo los mismos derecho que se reconocen a las parejas entre personas de diferente sexo, se niega a aquellas parejas “igual protección”, en un sentido literal, pero esto no debería acabar la discusión seria del tema. Las Cortes Supremas en ambos países han creado principios que limitan las discriminaciones que los tribunales examinarían con escepticismo. Aunque la base limitadora más obvia es restringir un serio escrutinio a las clasificaciones discriminatorias identificadas en la sección 15

5. Ver, por ejemplo, Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y el Artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

(1) de la Carta de Canadá, ambas cortes también han hecho un escrutinio de cerca de las leyes del estado que discriminan con otras clasificaciones, o contra grupos subordinados, o en la provisión de derechos particularmente importantes. Considere la siguiente introducción doctrinal de los temas de igual protección presentado por matrimonios del mismo sexo.

El uso del Estado de una clasificación sospechosa

La sección 15(1) de Canadá protege específicamente contra la “discriminación basada en la raza, el origen nacional o étnico, el color, la religión, el sexo, la edad o la incapacidad mental o física”, y la Corte Suprema de los Estados Unidos ha interpretado la garantía de igual protección para formular un escrutinio más amplio a las clasificaciones basadas en la raza, el origen nacional y el sexo. Los tribunales de cada país exigirán justificaciones más precisas del Estado al estar usando estas clasificaciones, pero no van a ser tan exigentes con las leyes que usan otras clasificaciones menos sospechosas. A primero vista, esta estructura de la jurisprudencia de igual protección parecería desagradable a las demandas del matrimonio entre personas del mismo sexo, pero tales demandas tienen justificación doctrinal substancial en cada país.

La juez L’Heureux-Dubé de la Corte Suprema de Canadá sostuvo en 1993 que las normas que les prohíben a las parejas entre personas del mismo sexo los beneficios estatales rutinariamente otorgados a parejas del sexo opuesto constituyen discriminaciones odiosas, basadas en la orientación sexual; ella dijo que eran similares a las clasificaciones enumeradas en la sección 15(1)⁶. Es decir, la sección 15 (1) no es una lista exclusiva de las clasificaciones que necesitan un serio escrutinio y que otras clasificaciones similares a las mencionadas deben ser juzgadas sospechosas de modo semejante. Las autoridades canadienses, en los casos subsiguientes, han concordado con su opinión y con las del Juez Cory para la Corte que en los casos *Vriend v. Alberta*⁷ and *Attorney General v. M. and H*⁸ han elaborado la base sociopolítica para llegar a esta conclusión. La Corte Suprema Canadiense ahora afirma que la orientación sexual es como la raza y el sexo, que es una característica profundamente personal y que ha sido la base que dio lugar a la desventaja social y política como resultado de estereotipación y el prejuicio. En la jurisprudencia canadiense, la discriminación sustantiva basada en un motivo de la sección 15(1) o en un motivo análogo como la orientación sexual, es inválida a menos que esté razonablemente relacionada con el objetivo de la ley, o se deteriore mínimamente el derecho a la igualdad de tratamiento y sirva a una meta social importante que valga más que el derecho⁹.

6. *Canada v. Mossop*, [1993] S.C.R. 554, 630-31 (L’Heureux-Dube, J., dissenting).

7. [1998] 1 S.C.R. 493, 156 D.L.R. (4th) 385(Can. Sup. Ct. 1998), siguiendo y extrayendo su análisis de la opinión del Juez Iacobucci en *Law v. Canada*, 170 D.L.R. (4th) 1, 25-32 (Can. Sup. Ct. 1999).

8. 171 D.L.R. (4th) 577 (Can. Sup. Ct. 1999).

9. Ver *Regina v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 102, 26 D.L.R. (4th) 200 (Can. Sup. Ct. 1986), interpretando la Sección 1 de la Carta Canadiense. La Sección 1 dice que derechos bajo la Carta “están sujeto a solamente tales límites razonables prescritos por la ley que pueden ser justificados manifiestamente en una sociedad libre y democrática”.

Por lo tanto, en Canadá, el argumento para el matrimonio entre personas del mismo sexo se ejecuta de la siguiente forma: la negativa a autorizar la realización del matrimonio a las parejas entre personas del mismo sexo constituye discriminación substantiva contra ellas en razón de su orientación sexual. Esta discriminación es análoga a las características enumeradas en la sección 15(1) porque se basan en un prejuicio en contra de lesbianas, hombres homosexuales y bisexuales y refleja la desventaja histórica que el grupo ha sufrido. La discriminación no puede estar justificada por la finalidad de la legislación porque la meta del Estado, al reconocer el matrimonio, es apoyar las características unitarias de las sociedades humanas, una meta que es igualmente aplicable a las parejas lesbianas y homosexuales, tanto como a las otras. Hasta el punto que el Estado también está estimulando un buen ambiente para criar a los niños con el reconocimiento del matrimonio, la evidencia sugiere que las parejas lesbianas (las únicas estudiadas hasta ahora) hacen un trabajo tan bueno como parejas heterosexuales en esta importante tarea social¹⁰. La política tradicionalista de procreación no es una meta importante en sí misma de la legislación moderna del matrimonio y, aunque así fuera, no importaría más que los derechos de las parejas.

De modo contrario a la Corte Suprema Canadiense, la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha determinado a la orientación sexual como una clasificación, sino que una corte de estado ha resuelto, en base a los precedentes de la corte nacional, que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo constituye una discriminación basado en el sexo, que requeriría justificación de grado mayor. En *Loving v. Virginia*¹¹, la Corte Suprema decidió que una ley estatal que prohibía las uniones entre personas de razas diferentes violaba la cláusula de la igual protección, porque el estado está discriminando en base a la raza, una clasificación sospechada. La Corte Suprema de Hawaii en el caso *Baehr v. Lewin*¹² decidió que negar a una pareja entre personas del mismo sexo la licencia de matrimonio, que sería otorgada a una pareja similar pero entre personas de diferente sexo, constituye discriminación en base al sexo, de la misma manera que negar a una pareja de personas de diferente raza una licencia matrimonial, que sería otorgada a una pareja de la misma raza, es discriminación en base a la raza. En este caso, la clasificación (el *ítem variable*)

10. Los estudios de la ciencia social indican que los padres homosexuales y lesbianos hacen un buen trabajo al criar a los niños; algunos estudios sugieren que los niños estarían mejores si hubiera dos cuidadores (de cualquiera orientación sexual) en vez de solo uno. Ver Golombok, Susan, et. al., "Children in Lesbian and Single Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal", vol. 24, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, página 551, 1983; Patterson, Charlotte J., "Children of Lesbians and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisals", vol. 63, *Child Development*, página 1025, 1992. Esta literatura es debatida en Wardle, Lynn D., "The Potential Impact of Homosexual Parenting on Children", *University of Illinois Law Review*, página 833, 1997, Ball, Carlos A. & Pea, Janice Farrell, "Warring With Wardle: Social Science, Morality, and Gay and Lesbian Parents", *University of Illinois Law Review*, página 253, 1998, responde en detalle. Ver también Benkov, Laura, *Reinventing the Family: The Emerging Story of Lesbian and Gay Parents*, 1994; Polikoff, Nancy D., "This Child Does have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families", vol. 78, *Geo. Law Journal*, página 459, 1990.

11. 388 U.S. 1, 12 (1967).

12. 852 P.2d 44 (Haw. 1993).

es la raza de una de las partes; en el caso anterior, la clasificación (el *ítem* variable) es el sexo de una de las partes¹³. Porque el sexo es una clasificación que no se puede utilizar para conferir desventajas legales sin una buena justificación, la corte de *Baehr* devolvió el caso a un tribunal de primera instancia para que determinara si el estado podría mostrar un interés público de gran importancia provocado por la discriminación de sexo. La Corte inferior sostuvo que el estado no demostró tal importancia e invalidó la prohibición¹⁴. En enero de 2000 esta decisión fue apelada.

El argumento de la discriminación en base al sexo para el matrimonio entre personas del mismo sexo tiene la virtud de identificar la base exacta de la discriminación, como ser el sexo de una de las partes. No niegan absolutamente a las lesbianas el derecho de casarse; pueden casarse ciertamente con hombres, como muchas lesbianas hacen. Ni se les prohíbe a las mujeres homosexuales casarse con homosexuales; las uniones de hombres homosexuales o bisexuales y de mujeres homosexuales o bisexuales ocurren regularmente. Se les niega solamente a las lesbianas el derecho de casarse con *mujeres* de su gusto, que configura, literalmente, una discriminación basada en el sexo. Para estar seguro, este argumento tiene una calidad “*transvestica*”, pues se hace creer que los derechos homosexuales son doctrinas feministas (“*it seems to dress up gay rights in feminist doctrinal garb*”). Y el caso *Loving* puede ser diferente en el sentido de que la discriminación por la raza era inválida porque favorecía un régimen de “supremacía blanca” (“*white supremacy*”), como la Corte lo observó de manera explícita. Pero la prohibición de los matrimonios entre personas del mismo sexo es una discriminación basada en el sexo que favorece a un régimen de los roles rígidos del género, precisamente la ideología que La Corte Suprema de los Estados Unidos ha identificado como el problema en el cual se orienta su jurisprudencia de la discriminación por motivos del sexo.

Derivación del Estado de los derechos importantes

En el caso *M. and H.*, el Juez Cory no sólo enfatizó el prejuicio histórico y la hostilidad hacia las lesbianas, los hombres homosexuales y los bisexuales como argumentos para un escrutinio más amplio bajo la sección 15, sino también el hecho de que la discriminación “limita el acceso a una institución social fundamental o afecta un aspecto básico de ser un miembro pleno dentro de la sociedad canadiense”¹⁵. Esta es una característica importante de la jurisprudencia de la igualdad: la naturaleza de la privación o pérdida así como la clasificación particular puede generar vigilancia judicial. En otro ejemplo, una norma estatal que dijera que los ciudadanos que hayan omitido el pago

13. Ver Koppelman, Andrew, “Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men Is Sex Discrimination”, *New York University Law Review*, vol. 69, página 197, 1994.

14. En el devuelto, el Estado argumentó (en la mayor parte) que se requiere la discriminación para proteger los niños, porque no se puede criarlos apropiadamente en casas con padres del mismo sexo. El juez del juicio decidió que este interés estatal alegado no fue apoyado como una cuestión de hecho. *Baehr v. Mieke*, 1996 WL 694235 (Haw. Cir. Ct. Dec. 1997), *vacated sub nom. Baehr v. Anderson*, P.2d (Haw. Sup. Ct. Dec. 9, 1999).

15. *M. and H.*, 171 D.L.R. (4th), páginas 620-621, citado en: *Law v. Canada*, 170 D.L.R. (4th), página 1, 32, Canadian Supreme Court, 1999.

para el mantenimiento y cuidado de sus niños -el prototípico “deadbeat dad”- no podrá votar, debería someterse a un serio escrutinio judicial, no debido a la clasificación usada, un criterio posible y quizás moralmente atractivo, sino debido a la importancia del derecho negado. Esta idea se ha desarrollado más completamente en jurisprudencia americana.

Como una alternativa para que la Corte Suprema de los Estados Unidos anule la prohibición de los matrimonios entre personas de diferentes razas, el Juez Warren, en su voto en *Loving*, invocó una “libertad para casarse”, que es “uno de los derechos personales vitales, esencial para la búsqueda ordenada de la felicidad de los hombres libres”¹⁶. La corte en *Zablocki v. Redhail* aplicó este principio de *Loving* para invalidar una norma de un estado que prohibía las segundas nupcias de la gente con obligaciones pendientes respecto a la ayuda de sus niños y esposa. La opinión del Juez Marshall determinó que ninguna restricción estatal “sobre la libertad de la opción personal sobre el matrimonio y la vida familiar” puede ser mantenida a menos que el Estado pueda demostrar que su restricción fue tomada precisamente para servir a un propósito social de gran importancia¹⁷. Porque no había una clasificación sospechosa en *Zablocki* comparable a la clasificación basada en la raza en *Loving*, la revisión judicial más estricta fue justificada solamente de su restricción del derecho de casarse. *Zablocki* estableció una estructura doctrinal lógicamente aplicable a otros casos: una ley o una práctica estatal que ponga un “obstáculo legal directo en el camino de las personas que desean casarse”, niega a esas personas la igual protección de las leyes a menos que la política estatal “sea apoyada por intereses estatales suficientemente importantes y moldeada para efectuar solamente esos intereses”¹⁸. Para los homosexuales y las lesbianas, esto significa que los adversarios llevan la carga de la persuasión respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo. La cuestión no es ¿por qué un matrimonio entre personas del mismo sexo?, por el contrario ¿por qué *no* un matrimonio entre personas del mismo sexo?

Por lo tanto, bajo la ley americana, la negación estatal de reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo parecería ser una discriminación en la asignación de un derecho fundamental (*Zablocki*) y en base al sexo (*Baehr*). En vista del énfasis del Estado moderno en la meta unitaria del matrimonio y el rechazo de los roles rígidos del género para los hombres y las mujeres, el requisito constitucional es que el Estado debe justificar su discriminación mostrando un interés público de gran importancia al negar a parejas entre personas del mismo sexo el derecho de casarse. Esto debería ser difícil de concretar, porque muchas parejas lesbianas y homosexuales desean casarse por las mismas razones mencionadas por la Corte Suprema en su caso más reciente sobre matrimonio. En *Turner v. Safley*, la Corte revocó una norma estatal que prohibía los matrimonios entre criminales encarcelados. Para justificar la extensión del derecho de casarse a los presos, la Corte ignoró

16. *Loving*, 388 U.S. at 12.

17. *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 385 (1978), citado en: *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, 414 U.S. 632, 639-40 (1974). Solamente el Juez William Rehnquist disintió con la decisión de la Corte.

18. *Zablocki*, 434 U.S. at 387 nota 12, página 388.

la procreación como una meta del matrimonio y remarcó que el matrimonio entre presos es una “expresión de apoyo emocional y compromiso público”, que puede ser ejercido en virtud de la “fe religiosa así como una expresión de dedicación personal”, y están relacionados con el acceso a beneficios tangibles y derechos de propiedad asociados con el matrimonio en nuestra sociedad¹⁹. Todas esas razones, así como la consumación sexual, son igualmente importantes para las parejas lesbianas y homosexuales, así como una razón no mencionada por la Corte sino disputada en la apelación en *Baehr*: el crecimiento de niños en un ambiente familiar estable. Pues como la corte del juicio dijo en *Baehr*, las parejas entre personas del mismo sexo no solamente crían a los niños, sino que lo hacen comparablemente bien como las parejas entre personas de diferente sexo, un descubrimiento fuertemente apoyado por estudios de la ciencia social con respecto a niños criados en ese tipo de familias²⁰.

Las reglas estatales basadas en prejuicio o animosidad

Aunque casi todas las violaciones a de la garantía de la igualdad juzgadas ponen la atención en *que* clasificación es empleada y *como* lo fundamental de la privación, otra base posible para el mayor escrutinio judicial, es *por qué* un grupo particular ha sido privado de derechos tan importantes. La pregunta de *por qué han sido privado* es diferente pero se relaciona fuertemente con la pregunta de *que* clasificación. Algunas clasificaciones han demostrado ser inseguras, en parte porque han reflejado históricamente el pensamiento perjudicial, pero también porque han reflejado históricamente un pensamiento estereotípico que tiene una relación muy floja con la realidad socioeconómica. Las clasificaciones raciales tradicionalmente han ejemplificado lo que los psicólogos sociales llaman *la discriminación caliente*, como han sido inspiradas por el prejuicio emocional que intentaban dañar o excluir a las minorías raciales y las parcialidades cognitivas del pensamiento estereotípico. Por el contrario, muchas clasificaciones basadas en el sexo ejemplifican *la discriminación fría*, porque no dañan ni excluyen a mujeres, sino que se basan en estereotipos injustificados sobre hombres y mujeres²¹. La jurisprudencia de la Corte Suprema Canadiense de los “motivos análogos” bajo la sección 15 (1) sostiene que las clasificaciones basadas en la orientación sexual reflejan la discriminación caliente: están típicamente influenciadas por el deseo perjudicial de dañar o de excluir y usan estereotipos erróneos sobre lesbianas, bisexuales y hombres homosexuales.

Aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha decidido sobre el amplio tema de cómo tratar las categorías de la orientación sexual en general, su decisión en *Romer v. Evans*²² pronunció que el Estado no está aislado de escrutinio judicial crítico de la discriminación caliente simplemente porque el

19. *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 95 (1987).

20. Ver los materiales de referencia en la nota 10, *supra*.

21 Ver, por ejemplo, *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976), en la que se invalidó una ley estatal que permitía a mujeres de 18-21 años, pero no a los hombres, a comprar cerveza de 2%. Observe que la mayoría de las discriminaciones basadas en el sexo dañan o excluyen a las mujeres.

22. 517 U.S. 620 (1996).

estado no ha usado una de las clasificaciones sospechosas reconocidas. (La misma idea es la base de la reglamentación de la Corte que pólizas estatales que tienen un impacto diferente (“*disparate impact*”) sobre minorías raciales requieren un escrutinio estricto cuando son inspiradas por la animosidad basada en raza²³). *Evans* implicó una iniciativa estatal para revocar leyes locales y estatales y prohibir cualquier ley nueva “en la cual la orientación, conducta, práctica o relaciones homosexuales, lesbianas o bisexuales, constituyan o, de otra manera, sean la base de, o den derecho a cualquier persona o clase de personas para tener o demandar cualquier estado de minoría, preferencias de cuotas, estado protegido o demanda de discriminación”. La Corte decidió que la iniciativa era inválida porque “su amplitud absoluta no concuerda con las razones ofrecidas por ella de que la enmienda parece inexplicable por todo menos la animosidad hacia la clase que afecta”. La Corte caracterizó la iniciativa como una ley “basado en estado” que tiene como objetivo a una clase de ciudadanos; tales leyes violan el comando básico de igual protección, “un deseo sencillo de dañar a un grupo político no muy popular no puede constituir un interés legítimo del gobierno”²⁴.

Evans ilustra una propuesta que está en la base de la garantía de igual protección. Porque las cortes detestarán atribuir la animosidad o el prejuicio al proceso legislativo, esta propuesta no accionará a menudo la anulación judicial de la legislación, sino que sigue siendo una idea que debería informar la discusión pública, incluyendo la discusión legislativa, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Bajo esta interpretación contra-prejuicio de la igual protección, los adversarios no solamente tienen la carga de mostrar que las parejas entre personas del mismo sexo deben ser excluidas de la institución, pero ellos no pueden cumplir con su carga confiando solamente en la aversión popular de lesbianas, de hombres homosexuales y de bisexuales. Antes de dar pasar a las respuestas hechas por los adversarios del matrimonio entre personas del mismo sexo, sería útil poner los argumentos a favor de la igual protección precedente en un marco más amplio de teorías sobre igualdad en sí mismo.

2. EL MOVIMIENTO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y TRES INTERPRETACIONES DE IGUALDAD

Los argumentos sobre los preceptos de la igualdad no están limitados a los casos constitucionales. En última instancia, el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo se debe hacer político, porque los jueces no podrán obligar a aceptar a la institución a una población poco dispuesta. Una lección de los movimientos por los derechos civiles del siglo XX ha sido que las Cortes están en buena posición para romper estancamientos políticos y pueden poner un tema en las agendas políticas de un Estado, pero se requiere una lucha política más grande para progresar contra las alegadas injusticias sociales.

23. Ver *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976). La carga de probar un motivo basado en raza es muy alta; los demandantes no pueden confiar en los efectos basados en raza y la indiferencia política a la carga desproporcionada en las minorías. Ver *United States v. Armstrong*, 517 U.S. 456 (1996).

24. *Evans*, 517 U.S., páginas 632, 634 y 635, citada en: *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528, 534 (1973).

Las luchas sociales y políticas por la igualdad de las minorías raciales y de mujeres abrieron el camino para el movimiento por los derechos de los homosexuales e intelectualmente inspiraron la comprensión de ese movimiento y lo que debería buscar. Una lección profunda de movimientos igualitarios anteriores ha sido que la igualdad por sí misma tiene diversos significados. Estos múltiples significados no solamente nos ayudan a entender los diversos temas que están en juego en la postura del Estado hacia el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero también nos ayuda a pensar más profundamente y complejamente de la igualdad²⁵. Las diversas maneras de pensar la igualdad pueden inspirar a la jurisprudencia de cualquiera o de todos los Estados de las Américas.

Igualdad formal

El significado más común de la aspiración igualitaria es *igualdad formal*: las cosas y las personas parecidas serán tratadas igualmente. El concepto es una característica básica del liberalismo político moderno, por el que cada persona será recompensada o castigada por el Estado basándose en sus *acciones y actos individuales*, y no en su *posición social o consideraciones subjetivas*²⁶. Bajo este concepto, el Estado no puede desfavorecer a gente debido a consideraciones irrelevantes, incluyendo el prejuicio y el razonamiento emocional de estereotipos. Una jurisprudencia de igualdad formal pone el foco y elimina las clasificaciones arbitrarias y típicamente obsoletas, que no sirven a ninguna meta social productiva y, especialmente, los que son socialmente disuasivos. Una vez que una clasificación se haya encontrado presuntamente arbitraria, la igualdad formal es simple y de gran alcance: los administradores, los legisladores y los jueces deben tratar escépticamente (“*cast beady eyes on*”) a tales clasificaciones de acuerdo a las reglas existentes o propuestas y deberían desaparecer de los libros del estatuto y de los manuales de regulaciones. En un ejemplo simple, el Estado regula la conducción de los automóviles por razones legítimas de seguridad. Las reglas del Estado para el otorgamiento de las licencias distinguen, basándose en rasgos tales como la edad, la visión y la capacidad de obtener un seguro, que son criterios que excluyen a mucha gente buena, solamente a la gente que indiscutiblemente no debería conducir. Las reglas que otorgan licencias no excluyen a la gente basándose en el color de sus ojos, el que sean zurdos o en base a su orientación sexual, las reglas ni podrían discriminar a lo largo de estas líneas bajo la mayoría de regímenes constitucionales, porque estas características no tienen ninguna conexión racional con las preocupaciones de seguridad. Algunas características, tales como el sexo y la raza, deberían ser excluidas del empleo aun cuando un cierto vínculo a la seguridad podría ser estadísticamente establecido. Así, aunque igualmente pueda ser establecido que las mujeres de 16 años son mejores conductoras que los hombres de la misma edad, uno puede ser escéptico de una regla que niega a los hombres

25. Para la discusión de esta sección, quiero agradecer a Owen Fiss por su insistencia (expresada durante la Conferencia de SELA en 1999 en La Serena, Chile) en que piense más profundamente sobre cómo el matrimonio entre personas del mismo sexo podría relacionarse con visiones diferentes de la igualdad.

26. La igualdad formal es la línea de base para la mayoría de los capítulos en este volumen. Se la discute lo más explícitamente en Daniel Mendonça, “Equality in the Application of the Law”.

(pero no a las mujeres conductoras) la licencia de conducción hasta la edad 21 -no apenas porque las clasificaciones son sobregeneralizadas, sino también porque esas clasificaciones deben ser evitadas siempre que sea posible dada su historia del despliegue causado por el perjuicio y estereotipo. Una parte de su presunta irracionalidad es su mala historia.

La igualdad formal es importante para la legitimidad así como para la productividad del gobierno liberal. Es un componente dominante de las regulaciones (“*the rule of law*”). Si la ley se inclinaría a favor o en contra de la gente simplemente basándose en quiénes son y no en lo que hacen, el proceso legal sería menos fiable así como menos neutral. Una gran característica del liberalismo es que anima al marginado social a mejorar su posición siendo productivo, lo cual ayuda a esos marginados, al mismo tiempo que ayuda a la sociedad. La energía se dirige a crear su propia esfera de la felicidad (familia y hogar) y a contribuir a la abundancia total (el mercado). Las leyes que quitan de esa meta no son sólo distractivas, lo cual es bastante malo, sino que pueden ser destructivas. Animar las competiciones o rivalidades que debilitan la capacidad de algunos individuos de crear sus hogares y familias y de debilitan la capacidad del mercado de poder funcionar eficientemente. El *apartheid* fue como eso. La segregación basada en la raza evita que la gente satisfaga su potencial como esposos así como trabajadores y fomenta una política viciosa del racismo.

Esta explicación de la igualdad formal ayuda a explicar porque las lesbianas, los hombres homosexuales, bisexuales y transexuales son tan insistentes tanto en el matrimonio entre personas del mismo sexo y porque el Estado liberal debería ir adelante con ello. En todas las sociedades occidentales, el matrimonio civil lleva consigo un montón de derechos legales y obligaciones que son importantes cuando gente entra en “sociedad” con aquellos que aman. El bagaje legal del matrimonio ofrece varias funciones que son potencialmente útiles para la sociedad así como los socios maritales²⁷:

- *Fomenta el compromiso entre los socios*, con reglas de fidelidad, de ayuda y de mantenimiento, la división de propiedades conyugales y posibles mensualidades después de un divorcio.
- *Seguro social*, por medio de reglas que requieran la ayuda mutua por parte de los esposos, la consolidación de bienes y mensualidades para el bienestar y propósitos de seguro de enfermedad, las presunciones de la propiedad común, títulos de propiedad y los derechos de herencia.
- *Las ventajas financieras para la familia*, incluyendo el seguro médico recibido del empleo, pensiones públicas y privadas y seguro de vida.
- *La protección de la sociedad contra interferencia exterior*, a través de los privilegios testimoniales, preferencias de inmigración para esposos

27. Con respecto a las discusiones del bagaje legal del matrimonio, ver Eskridge, William, *Case for Same-Sex Marriage*, páginas 66-70, 215-217; Chambers, David, “What If? The Legal Consequences of Marriage and the Legal Needs of Lesbian and Gay Male Couples”, *Michigan Law Review*, vol. 95, página 447, 1996.

de ciudadanos, reglas que exijan otorgar a los esposos el derecho de visita rutinaria al hospital y la autoridad de tomar decisiones en caso de la incapacidad del esposo.

- *Promover la crianza de niños dentro del núcleo familiar*, con las normas que prefieran parejas casadas para la inseminación artificial, presumiendo que los niños nacidos durante un matrimonio son los descendientes biológicos de ambos padres, facilitando la adopción de los niños de alguno de los esposos.
- *Poder para tomar decisiones*, tal como las presunciones de que un esposo tiene autoridad para tomar las decisiones por el otro cuando el otro esté incapacitado y para hacer donaciones de órganos de un esposo difunto, que su esposo tiene prioridad en ser designado guarda o administrador o ejecutor de la herencia de un esposo y que el esposo hereda mucho o todos sus bienes en caso de fallecimiento.

No hay una razón neutral poderosa para negar estas obligaciones y ventajas a las parejas entre personas del mismo sexo. Las parejas no serían las únicas que potencialmente se beneficiarían de ellos, sino que el Estado también.

Porque el matrimonio es tan rico en materia de otorgar derechos, la negativa del Estado para reconocer matrimonios entre personas del mismo sexo constituye la discriminación más penetrante por parte del Estado contra lesbianas, bisexuales y hombres homosexuales. Las “sociedades registradas” en Dinamarca y otros países acuerdan todos o virtualmente casi todos los beneficios y deberes del matrimonio a las parejas registradas entre personas del mismo sexo, pero sin el nombre. Esto es un avance importante y es típicamente lo máximo que se puede alcanzar debido a un sentimiento popular entre la gente aparentemente heterosexual que su institución sería desmejorada admitiendo a gente homosexual. Aunque puede ser injusto llamar a esto un régimen de “separado pero igual”, un *apartheid*, es una *igualdad virtualmente incompleta* que no puede ser aceptada desde la perspectiva de la igualdad formal. Parejas lesbianas y homosexuales, cuyas uniones son reconocidas como “sociedades registradas”, están excluidas de la igualdad completa de los derechos del matrimonio entre personas del mismo sexo. De modo que una institución tan abiertamente segregada estará parada como recordatorio así como una consecuencia de una política divisiva, por el que se considera a la gente homosexual separada como ciudadanos de segunda clase. Aunque es aceptable para la mayoría de los homofóbicos, esto es malo para la gente homosexual y es malo para la sociedad. Considere una analogía familiar.

Asuma que usted está llevando una casa de tres niños y que tiene diferentes reglas para cada niño con respecto a las cosas importantes. Al hacer esto, usted está siendo injusto y causa un gran problema familiar. Si, por ejemplo, se le permitiera a Tommy aprender a conducir a la edad de 15 años para que él pudiera obtener la licencia de conducción puntualmente en su decimosexto cumpleaños, sus hermanas más jóvenes Martha, Sally y Anne van a esperar el mismo tratamiento cuando cumplan 15. Negar ese derecho a Martha, Sally y Anne parecería injusto, especialmente a los otros niños, y si Tommy es

favorecido en una variedad de formas, la injusticia sería sistémica. Tal régimen es malo: usted no sólo le está dando un mensaje a los niños desfavorecidos de que usted no los respeta, sino que usted está creando discordia entre los niños y, quizás, incluso la mala crianza del niño preferido, Tommy. La primera regla de la paternidad es la neutralidad y la base para esta regla es que todos sus niños son igualmente queridos. Al discriminar entre los niños se los trata como si no fueran igualmente importantes. (Nada de esto niega que la diferenciación es aceptable cuando los niños son diferentes de las formas relevantes de conducir. Si Martha es una mala conductora debido a su hiperactividad, los padres podrían requerir para ella un programa de educación de conducción más prolongado y, quizás, una fecha posterior a la que imponen a los otros sus niños que tienen más facilidad para manejar.

El lector perspicaz habrá ya visto que en mi ejemplo familiar el tratamiento discriminatorio se refiere a las líneas del sexo. Sería injusto para los padres, y aún más injusto para el Estado, crear explícitamente diferentes reglas de conducta para las mujeres y los hombres. Amplio el ejemplo. Si uno de los niños fuera bisexual y esto disgustara a sus padres, ¿sería justo negar al niño el derecho a la licencia de conducir? ¿Será que un tratamiento diferente y negativo del niño bisexual estaría justificado por la desaprobación de los padres de su “forma de vida”? El precepto de la igualdad formal sugiere que no. El presunto igual valor de cada niño no tolera las diversas reglas basadas sobre los diferentes sentimientos de los padres hacia sus niños. Aunque el impulso para ventilar nuestros sentimientos a través de diversas reglas es un impulso humano natural, es uno que los adultos maduros deben resistir. Incluso el Estado tiene una causa mayor para resistir tales impulsos.

Así, el Estado tiene una obligación de tratar a las parejas entre personas del mismo sexo igual que a parejas entre personas de diferente sexo, como así también reconocer sus sociedades y matrimonios. La igualdad formal es un argumento de gran alcance para el matrimonio entre personas del mismo sexo y es la posición básica de la gente, como yo, que está a favor del reconocimiento del Estado de los matrimonios del mismo sexo. Pero no es la única comprensión de la igualdad que tiene algo que decir sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Igualdad reparadora

La igualdad formal requiere simplemente que el Estado aplique las mismas reglas a cada uno, a menos que luego de un análisis razonado de la regla se requiere la diferenciación. En algunas situaciones, la igualdad formal no es suficiente. Considere algunas lecciones de la historia de las minorías raciales. En países tales como los Estados Unidos y Sudáfrica, la ley y la sociedad crearon un sistema del *apartheid* con efectos perversos sobre la gente de color que vivía en esos países. La igualdad formal exigió al Estado terminar con las reglas que iniciaron la segregación de las razas y que prohibían la cohabitación y el matrimonio entre personas de la diferente raza. La teoría crítica ha argumentado que lo que simplemente sacaba las clasificaciones basadas en la raza no creó una situación de igualdad genuina, sin embargo, porque no hizo caso de los modelos sistémicos de la subordinación creados o facilitados por las generaciones de la discriminación anterior. Algunos teóricos

críticos mantienen que lo que elimina las viejas clasificaciones raciales no es una respuesta suficiente y que la creación de políticas afirmativas que benefician a minorías raciales es necesaria para reparar el daño de actitud y económico causado por las generaciones de políticas racistas²⁸. Así también, la teoría feminista crítica sostiene que después de siglos de políticas que limitan a mujeres a la esfera doméstica, el Estado tiene una responsabilidad afirmativa de aprobar las nuevas políticas que ayuden a reparar parte del daño hecho por las injusticias anteriores²⁹.

Los principios liberales de la justicia correctiva pueden apoyar la idea de la igualdad reparadora. Si el Estado ha ayudado a crear actitudes perjudiciales estigmatizando una raza entera, el Estado ha dañado no sólo al grupo histórico, sino a individuos actuales en un grupo cuyas oportunidades son limitadas por la persistencia de esas actitudes y por otras barreras institucionales vigentes³⁰. Así como la ley de responsabilidad civil puede ser justificada con la imposición de los costos de los males en los grupos que contribuyeron a esos males, así que las políticas sociales reparativas se pueden justificar con la imposición de algunos de los costos actuales de racismo ante el Estado que contribuyó con actitudes racistas. Volvamos al ejemplo de la familia. Si los padres de Martha la traumatizaron durante su niñez pegándole excesivamente, la justicia no puede ser útil totalmente haciendo que los padres dejen de pegarle. Los padres pueden tener una obligación moral de reparar el daño psicológico causado por su conducta injustificada y, esa obligación, alternadamente justificaría beneficios otorgados a Martha que no se le darán a las otras niñas menos maltratadas.

Por razones políticas, los derechos homosexuales raramente se expresan en términos de la igualdad reparadora (de hecho, los líderes distancian el movimiento por los derechos homosexuales de la asociación con políticas polémicas de la “acción afirmativa”). Esto es desafortunado. El caso para las leyes del crimen del odio se apoya, en parte, sobre un ideal reparativo, por ejemplo. Las leyes que requieren un aumento de penas cuando un crimen está motivado, por lo menos en parte, por ánimos racistas, sexistas o homofóbicos es polémica porque se ven a menudo como derechos *especiales* para las minorías, especialmente la gente homosexual que no es vista favorablemente por la mayor parte de la población. Aunque, desde hace tiempo, el motivo ha sido una base para aumentar o disminuir la responsabilidad criminal, es reciente que la raza, el género o la identidad sexual de la víctima se ha convertido en una parte primordial de la pregunta, y mucha gente no comprende porque el Estado debe penalizar a criminales basándose en el estado de la víctima. Esto parece ser contrario a la igualdad formal. Las leyes del crimen del odio se pueden defender con argumentos dignitarios (es particularmente reprochable el ataque a alguien debido sólo a quien

28. Ver, por ejemplo, Bell, Derrick, *Race, Racism, and American Law*, 3^o edición, 1992; Crenshaw, Kimbele, “Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law”, *Harvard Law Review*, vol. 101, página 1331, 1988; Colker, Ruth, “Anti-Subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection”, *New York University Law Review*, vol. 61, página 1003, 1986.

29. Ver Veloso, Paula, *Equality and Familial Relationships* (en este volumen), especialmente parte VII. Ver también la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

30. Ver Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, página 107, 1976.

es) y argumentos utilitarios (los crímenes del odio son los más viciosos y fortuitos y, por lo tanto, socavan la seguridad percibida por grupos de gente). Son también defendibles con motivo de que el Estado ha adoptado y promulgado hace tiempo actitudes negativas hacia las minorías raciales, las mujeres y la gente homosexual. Esta postura de muchos años e ilícita genera la obligación del Estado de no solamente cesar y de renunciar a continuar con actitudes perjudiciales, sino también indica la obligación de reparar los efectos de sus políticas anteriores³¹.

Esta idea tiene un papel para jugar en la discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Incluso si la base primaria del caso para el matrimonio entre personas del mismo sexo se apoya en la igualdad formal, la igualdad reparadora también contribuye en algo al caso. Considere este argumento: criminalizando su comportamiento consensual y considerando sus relaciones patológicas, el Estado moderno ha contribuido no sólo a los estereotipos de la gente homosexual como promiscuos e incapaces de formar uniones matrimoniales, sino que realmente lo ha hecho más difíciles para que la gente homosexual viva fuera de los ideales románticos que saturan la cultura americana³². Para reparar el daño que aún se le sigue haciendo a la gente homosexual, el Estado tiene la responsabilidad de permitir la formación de una institución de apoyo para las uniones entre personas del mismo sexo. Esta clase de argumento puede apoyar el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero puede también apoyar la creación, por parte del Estado, de una institución completamente diferente que esta adaptada a cualesquiera de las necesidades de las parejas entre personas del mismo sexo puedan tener. En lugar de crear las leyes de sociedad registrada que proporcionan la mayoría, pero no todos los beneficios legales del matrimonio, como Dinamarca ha hecho, el Estado puede crear una ley del matrimonio entre personas del mismo sexo que proporcione a todos los beneficios del matrimonio y otros adicionales. Por ejemplo, el Estado puede asegurar protecciones procesales y, quizá, sustantivas más fuertes para los esposos del matrimonio entre personas de igual sexo cuando uno está incapacitado o muere, ya que la familia de sangre a menudo se siente más inclinado a empujar al esposo a un lado cuando la relación es homosexual en vez de heterosexual.

La sugerencia precedente es tentativa y especulativa, pero la siguiente no es. La idea de la igualdad reparadora es una manera útil de entender el argumento de la discriminación basada en el sexo para el matrimonio entre personas del mismo sexo. El argumento de la discriminación basada en el sexo adquiere su poder formal a partir de los hechos de que las parejas entre personas del mismo sexo son técnicamente discriminadas “debido al sexo [de una de las partes]” y esta discriminación debido al sexo es considerada sospechosa en los Estados liberales modernos sin ninguna justificación sustancial. El talón de Aquiles del argumento es que la *clasificación* discriminatoria (sexo) no corresponde con la *clase* discriminada en contra (hombres homosexuales, lesbianas y bisexuales).

31. Ver Coukos, Pamela, “Deconstructing the Debate Over Gender and Hate Crimes Legislation”, *Inaugural Geo. J. Gender & Law*, página 11, 1999; Lawrence, Frederick, “The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes”, *Michigan Law Review*, vol. 93, página 320, 1994.

32. Ver, en general, Eskridge, William N., *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet*, 1999; *Hate Crimes: Committing Violence Against Lesbians and Gay Men*, Herek, Gregory M. & Berrill, Kevin T. (editores), 1992.

Una respuesta a este dilema fue sugerida arriba: la discriminación basada en el sexo en el matrimonio impone papeles rígidos de género en hombres y mujeres, una política que sea el punto crítico y final de la jurisprudencia de la discriminación basada en el sexo. La idea de la igualdad reparadora profundiza esta respuesta.

Los pensadores feministas han observado que la igualdad formal tiene a menudo pocas o ninguna consecuencia positiva para las mujeres, en parte porque si se quitan discriminaciones de sexo abiertamente de las leyes actuales, produciría poco y quizá nada para mejorar *la desigualdad estructural* de las mujeres³³. Por ejemplo, abriendo las oportunidades de trabajos para que las mujeres busquen de una forma igual a los hombres satisface la idea de la igualdad formal pero no satisface la idea de la igualdad reparadora si las mujeres aún continúan siendo perjudicadas por las instituciones y las actitudes a las cuales el Estado ha contribuido, especialmente por medio de la familia ideal donde la mujer esta presupuestamente a cargo de la tarea doméstica y el hombre actúa en la esfera pública. La institución del matrimonio entre personas de diferente sexo no es sólo parte de esta ideología, pero es central a ella tanto históricamente y lógicamente. Al insistir que las mujeres pueden casarse solamente con hombres, el Estado no sólo está violando la regla de la igualdad formal para las lesbianas y las mujeres bisexual, sino que está violando la idea de la igualdad reparadora para las mujeres en general. Una forma en que el Estado puede comenzar a reparar el daño hecho a las mujeres está en autorizar la concreción del matrimonio entre dos mujeres (y lo mismo entre dos hombres). Tal cambio sería rechazado tanto formal como funcional de la idea de las esferas separadas. En matrimonios entre dos mujeres es mucho menos probable asignar los papeles basados en la distinción tradicional del hogar/trabajo³⁴, y aun cuando ellos lo hagan, violarían tal distinción usando en el papel de trabajador a una mujer³⁵. Aunque el matrimonio entre personas del mismo sexo es sólo una porción pequeña de un programa feminista genuino que busque reparar el daño social e individual elaborado por el sexismo, es una respuesta reparadora a la realidad de la segregación funcional del sexo.

Igualdad transformadora

Las concepciones reparativas de la igualdad son tanto acusatorias como correctivas: el Estado ha contribuido a un mal y ahora tiene la obligación, no sólo de parar de contribuir sino también de ayudar a reparar el daño causado. La igualdad impone un deber ante el Estado basado en lo que ha hecho anteriormente. Tal comprensión de la igualdad, que es tan retrospectiva y se basa en el deber, se puede contrastar con una comprensión anticipada y basada

33. Ver, por ejemplo, MacKinnon, Catharine, *Toward a Feminist Theory of the State*, 1991, y "Reflections of Sex Equality Under Law", *Yale Law Journal*, vol. 100, página 1281, 1991; Rhode, Deborah, *Justice and Gender: Sex Discrimination and the Law*, capítulos 6-11, 1989; Becker, Mary, "Prince Charming: Abstract Equality", *Supreme Court Review*, 1987, página 201.

34. Ver Peplau, Letitia A., "Lesbian and Gay Relationships", en Gonsiorek, J.C. (editor), *Homosexuality: Research Implications for Public Policy*, página 177-183, 1991; Schneider, M. S., "The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison", *Psychol. Women Q.*, vol. 10, páginas 234-239, 1986; *M. and H.*, 171 D.L.R. (4th), páginas 60-61 (Gonthier, J., en desacuerdo).

35. Ver Hunter, Nan D., "Marriage, Law, and Gender: A Feminist Inquiry", *Law & Sexuality*, vol. 1, página 9, 1991.

en la oportunidad. La concepción *transformadora* de la igualdad sostiene que, en ciertas circunstancias, la igualdad ofrece oportunidades para que el Estado moderno reflexione las prácticas pasadas y rediseñe instituciones de tal manera para que sean mejores para la sociedad en su totalidad, y no sólo al grupo previamente marginado. Bajo esta concepción, las desigualdades anteriores no son únicamente las discriminaciones que deben terminar de producirse (igualdad formal) o los males que necesitan ser corregidos (igualdad reparadora), sino que son los defectos que también revelan imperfecciones en las instituciones existentes y que sugieren la posibilidad de reformar instituciones o crear nuevas que sirvan mejor a los propósitos sociales.

La igualdad transformadora está mayormente por teorías críticas pero también es apoyada por premisas liberales. Si la desigualdad de las minorías raciales y las mujeres no solamente ha sido penetrada históricamente, sino también ha ayudado a formar la base de las instituciones actuales, la igualdad formal no sería significativa y la igualdad reparadora no sería realmente posible a menos que las instituciones en sí mismas sean transformadas. Recuerde a la familia disfuncional introducida anteriormente en este capítulo. Si después de reflexionar surge que el tratamiento de acuerdo al género (“*gendered treatment*”) de los niños y los duros castigos que la hija Martha ha recibido *están* fuertemente relacionados con la estructura patriarcal y autoritaria de las decisiones de la familia (“El padre sabe más” - “*Father knows best*”), un concepto transformativo de la igualdad empujaría a que la estructura de las decisiones en sí misma fuese cambiada. Para asegurar la igualdad entre los niños, se debe exigir que la autoridad de las decisiones del padre deben ser compartidas con la madre, consultar con la familia en casos importantes y, quizás, hacer terapia especializada en desórdenes de personalidad autoritaria. Tal rehabilitación de la familia ayudaría no solamente a Martha, sino que beneficiaría a todos los miembros de la familia. El recurso normativo de la igualdad transformadora no es que solamente ofrece un igualitarismo más amplio, sino que pueda ser también instructiva con respecto a que formas institucionales que sirven mejor a la sociedad en general. El *apartheid* en la parte sur de los Estados Unidos, por ejemplo, no fue solamente injusto con la gente de color, sino que impidió el crecimiento moral, social y económico de toda la región.

El matrimonio entre personas del mismo sexo es defendible como transformación productiva de la institución del matrimonio. Se puede decir que el matrimonio se vuelve menos producido (“*gendered*”) y más explícitamente unitario en su foco cuando las uniones entre personas del mismo sexo se reconozcan como ejemplos del matrimonio en vez de su antítesis. El movimiento a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo ha contribuido a una transformación en las opciones que el Estado puede ofrecer a las parejas entre personas de diferente sexo así como a las parejas entre personas del mismo sexo. Considere Holanda, cuyo gobierno ha propuesto adoptar una ley que reconocería a los matrimonios entre personas del mismo sexo³⁶. Probablemente, esta propuesta

36. Para información y últimas noticias sobre el movimiento del mismo sexo danés, ver Waaldijk, Kees, “The latest about lifting the ban on marriage for same-sex couples in the Netherlands”, <<http://www.coc.nl/index.html?file=marriage>> (visitado en octubre de 1999).

no hubiese sido posible si el país no hubiera tomado las medidas preliminares hacia el matrimonio entre personas del mismo sexo, como ser la derogación de las leyes de la sodomía, la prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual y la aplicación de algunos derechos y deberes entre parejas entre personas del mismo sexo como así también las cohabitantes de diferente-sexo. En 1998, el parlamento de Holanda sancionó una ley que reconocía a las “sociedades registradas”, dándole la mayoría de los derechos, los beneficios y las obligaciones del matrimonio pero sin el nombre. Contrariamente a la ley pionera de Dinamarca, la norma holandesa puso a las sociedades registradas a disposición de las parejas entre personas de diferente sexo así como a las del mismo sexo, y alrededor de un tercio de los que se registraron han sido parejas de diferente sexo. Este ejemplo sugiere que la experimentación en política social comenzada por el movimiento a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo puede, y quizás debería, crear nuevas instituciones disponibles para todas las clases de parejas, no sólo a las del igual sexo.

El movimiento a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo es parte de una transformación más grande de la manera en que el Estado regula las uniones de los seres humanos. Hoy en Holanda y mañana en muchas otras jurisdicciones, parejas de todo tipo tendrán un menú de opciones disponibles, con los regímenes reguladores del Estado entre medio de cada opción:

La afiliación romántica (La ley de Responsabilidad/Criminal – “*Tort/Criminal Law*”). Las parejas se pueden ver en forma romántica y ser amigos, sin ningún compromiso. Tal relación puede ser importante para la pareja, y para otras que no quieran ningún nivel más alto de compromiso. Estas relaciones son reguladas por la ley, en la mayor parte para proteger a cada parte de los males que la otra parte puede cometer contra ellos. La ley de responsabilidad criminal y civil prohíbe las agresiones sexuales, las calumnias, el robo o la conversión de bienes, el chantaje y otros actos semejantes. Esto es, obviamente, un nivel mínimo de regulación.

Cohabitación (Contratos – “Contract Law”). Casi todas las parejas comienzan saliendo; y, luego, algunas de estas parejas deciden a cohabitar. Este paso señala no sólo una relación más íntima, sino que las sociedades occidentales a menudo significan más obligaciones legales. Además de la obligación de no cometer daños ni crímenes, las leyes de los Estados Unidos, Canadá y la mayoría de los países del Europa occidental imponen algunas obligaciones contractuales y cuasi-contractuales ante las partes. Así, las partes que cohabitan pueden tener obligaciones en el mantenimiento y apoyo mutuo; una parte que fomenta su carrera mientras que su compañero mantiene la casa puede ser financieramente responsable en el caso de una separación.

Compromiso (ventajas y deberes reguladores). Después o en vez de cohabitar, muchas parejas deciden comprometerse a una relación de largo plazo. Para la mayoría de los americanos, esto implicaría una ceremonia religiosa y alguna forma de reconocimiento estatal. El reconocimiento estatal trae consigo muchas ventajas, como ser beneficios complementarios del trabajo, así como muchos deberes y obligaciones. Las reglas del Estado van más allá

de proteger las expectativas de cada parte y tienen la intención de reforzar así como reconocer las características unitivas de la relación.

Muchos teóricos progresistas podrían concordar con la descripción precedente pero todavía insisten que este menú ampliado representa, en el mejor de los casos, una transformación marginal. Los teóricos más radicales sostienen que el matrimonio entre personas del mismo sexo no es suficientemente transformador, porque no desafía lo suficiente a la institución patriarcal del matrimonio³⁷. Desde un punto de vista radical, el matrimonio en la sociedad anglo-americana se ha cargado siempre con exclusiones y desigualdades, tal desigualdad, especialmente desigualdad del género, existe en la raíz de la institución. Ellos están a favor de la supresión del matrimonio como institución financiada por el gobierno y sustituirla por una más agradable a las necesidades de las mujeres y los niños. Un autor, por ejemplo, insta al Estado para subvencionar y apoyar a la madre-niño y otras parejas con dependientes a su cargo, en vez del matrimonio³⁸. Uno puede imaginar muchas otras posibles instituciones.

Argumentos de la igualdad contra el matrimonio del mismo sexo y sus ansiedades culturales subyacentes

A pesar de los argumentos constitucionales anteriores, los jueces en los Estados Unidos y Canadá no han tenido prisa en requerir el reconocimiento estatal de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Tampoco han persuadido a muchos en el proceso político para mostrar el camino con sus argumentos más abstractos de la igualdad. La oposición al matrimonio entre personas del mismo sexo sigue siendo intensa, aun entre alguna gente que está, de otra manera, en favor de la homosexualidad. ¿Por qué ocurre esto? Es interesante observar los argumentos que *no* se hacen. Los oponentes tradicionalistas del matrimonio entre personas del mismo sexo raramente hacen el siguiente tipo del argumento en público: las prohibiciones del matrimonio entre personas del mismo sexo son una negación de la igual protección de las lesbianas, hombres homosexuales, bisexuales y gente transexual, pero tales prohibiciones son justificadas por la política social. Los adversarios conceden raramente que el principio de la igualdad es abreviado de cualquier manera por prohibiciones del matrimonio entre personas del mismo sexo, pero típicamente dicen que su posición es consistente con o requerido por el concepto de la igualdad, entendido correctamente. Las tres concepciones de la igualdad discutidas previamente ayudan a enfocar la postura del adversario y las ansiedades culturales subyacentes que hacen a esa postura persuasiva a la mayoría de gente en Sudamérica y Norteamérica al final del milenio. Estas ansiedades culturales pueden ser generalizadas, porque

37. Ver Ettelbrick, Paula L., *Since When Is Marriage a Path to Liberation?*, "Outlook", Agosto 1989, páginas 8-12; Polikoff, Nancy D., "We Will Get What We Ask For: Why Legalizing Gay and Lesbian Marriage Will Not 'Dismantle the Structure of Gender in Every Marriage'", *Va. Law Review*, vol. 79, página 1535, 1993.

38. Ver Fineman, Martha A., *The Neutered Mother, the Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies*, 1995.

reflejan el pensamiento cultural heterogéneo y político sobre la igualdad y discriminación que impide una visión clara que muchos de nosotros han aprendido del movimiento africano-americano de los derechos civiles.

El argumento de definición (igualdad formal)

El argumento más popular contra el matrimonio entre personas del mismo sexo se basa en el siguiente silogismo: por definición, “el matrimonio” implica la procreación; la procreación sólo puede ser llevada a cabo por la unión sexual de un hombre y una mujer; por lo tanto, el matrimonio entre personas del mismo sexo no tiene sentido en su definición y es un oxímoron³⁹. Este argumento de definición contra el matrimonio entre personas del mismo sexo es popular porque explica cómo una persona o una organización política se puede adherir al principio de la igualdad formal y, al mismo tiempo, oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo. Porque las parejas entre personas del mismo sexo (quiénes no pueden procrear) no están en una posición semejante a las parejas entre personas de diferente sexo (quiénes pueden), no son tratados “diferentemente” cuando se les niegan las licencias matrimoniales. Por cierto, tratarlos como “casados” violaría la idea de la igualdad formal, porque se estaría tratando a parejas que no son similares, igualmente, una violación del principio de la igualdad formal. Así es que la igualdad requiere, y no sólo tolera, el tratamiento diferente de las parejas entre personas de igual sexo.

El argumento de definición presenta algunos problemas analíticos. En principio, se basa en una premisa errónea, al decir que el matrimonio es definicionalmente procreativo. Cuando se enfrenta con la pregunta de si una pareja estéril podría casarse bajo un concepto del derecho natural del matrimonio, St. Augustine razonó en *DeConjugali* que la meta del matrimonio es más bien una unión *unitaria* que *procreativa*⁴⁰. En la organización política moderna, el concepto *unitario* del matrimonio domina lo que es *procreativo*. En Canadá y los Estados Unidos, el Estado no sólo ofrece las licencias matrimoniales a las parejas estériles para sellar sus uniones, sino que sería inconstitucional que el Estado se negara a hacerlo. Por cierto, las constituciones americanas y canadienses protegen los derechos de las parejas a evitar la procreación, a trabes de la anticoncepción e incluso el aborto de fetos. La política moderna postula que el Estado es neutral con respecto a la procreación: se deja a las parejas y a las mujeres para que decidan por sí mismas. Eso no quiere decir que el Estado no tiene ningún interés en el apoyo y crecimiento de los niños, sino esas obligaciones no son parte de las leyes del matrimonio del siglo veinte-uno. Recuerde las obligaciones legales, discutidas anteriormente, que son exigidas para el matrimonio. Pocas de ellas implican la procreación o

39. *Jones v. Hallahan*, 501 S.W.2d 588, 589 (Ky. 1973); ver Buchanan, G. Sidney, “Same-Sex Marriage: The Linchpin Issue”, *University Dayton Law Review*, vol. 10, página 541, 1985.

40. Pero véase Finnis, John M., “Law, Morality, and ‘Sexual Orientation’”, *Notre Dame Law Review*, vol. 69, página 1049, 1994, quien interpreta la distinción de St. Augustine a suponer que los propósitos unitivos y pro creativos del matrimonio son relacionados; cuando tienen comercio sexual (del pene-vaginal), la pareja estéril está haciendo lo mejor que pueden para seguir el guión del derecho natural.

los niños; todas implican respuestas o apoyo estatal a la meta unitiva de la relación matrimonial. Los científicos sociales dicen que estas metas unitivas del matrimonio son tan aplicables a las parejas entre personas del mismo sexo como a las de diferente sexo. Los estudios empíricos publicados en los diarios más prominentes han descubierto que las parejas entre personas del mismo sexo provocan similares, y para las lesbianas mayores, satisfacciones de relaciones fuertes que las parejas entre personas de diferente sexo⁴¹. El matrimonio entre personas del mismo sexo, como una institución unitiva, no es un oxímoron. De hecho, las uniones entre personas del mismo sexo han sido reconocidas culturalmente y legalmente en la historia humana y hasta en la misma Norteamérica⁴².

Aunque analíticamente es problemático, el argumento de definición sigue siendo culturalmente potente. Esos argumentos son el resultado de fe religiosa para muchos norteamericanos y como así también, sudamericanos y los principales adversarios de los derechos de la familia homosexual siguen siendo los grupos religiosos inspirados por el derecho natural⁴³. Pero el atractivo de los argumentos del derecho natural no está limitado a religiosos fundamentalistas y, por esta razón: cuanto más tiempo una diferenciación social o legal haya sido usada, lo “más natural” aparenta y la gente se siente “perdida” cuando tal diferenciación se le quita. Este fenómeno se relaciona con *el efecto de dotación*: la gente pone un valor más alto en aquello que ellos “poseen” que en la misma cosa que ellos no poseen; dicho de otra manera, la gente pide más dinero por un objeto (como ser una taza de café) que ellos poseen a lo que ellos estarían dispuestos a pagar por el mismo objeto poseído por otra persona⁴⁴. Hasta el punto que la gente ha internalizado diferenciaciones como parte de sus auto-identidades o estados, resistirán abandonarlas. Hasta el punto de considerar esas diferenciaciones como si fueran sus derechos, pedirán mucho más por su revocación que lo que estarían dispuestos a pagar por ellas. En realidad, la mayoría de la gente incluso no vería las diferenciaciones a las cuales se ha adaptado personalmente como “discriminaciones” en la derogación del principio de la igualdad formal. Así como los negros y las mujeres, quienes enfrentaron

41. Ver Kurdek, Lawrence, “Relationship Outcomes and Their Predictors: Longitudinal Evidence from Heterosexual Married, Gay Cohabiting, and Lesbian Cohabiting couples”, *J. Marr. & Fam.*, vol. 60, página 553, 1998; Eldridge, N.S. & Gilbert, L.A., “Correlates of Relationship Satisfaction in Lesbian Couples”, *Psychol. Women Q.*, vol. 14, páginas 43-62, 1990.

42. Ver Eskridge, *Case for Same-Sex Marriage*, capítulo 2. Los matrimonios entre personas del mismo sexo en Norteamérica incluyen matrimonios de “berdache” reconocidos por muchas tribus americanas nativas y, por lo tanto, válidos en los Estados Unidos, y matrimonios en que una mujer en una pareja del mismo sexo pasa por ser un hombre (aunque obtenido por fraude, nunca se termina en los beneficios matrimoniales una vez que se descubre el fraude).

43. Por ejemplo, *Rev. Louis Sheldon*, “Gay Marriage ‘Unnatural’”, *USA Today*, 9 de diciembre de 1996, (“el matrimonio homosexual es un oxímoron”); Burtoft, Dr. Lawrence, “Gay Parenting and the Developmental Needs of Children”, *Focus on the Family*, 1997, (los niños no pueden tener buena salud si no son criados por padres de cada sexo). Ver, en general, *Traditional Values Coalition Educational and Legal Inst.*, “Homosexual Marriage Sweeps Nation’s Legislatures and Courts”, 1997.

44. Ver Hovenkamp, Herbert, “Legal Policy and the Endowment Effect”, *Journal of Legal Studies*, vol. 20, página 221, 1991. Para una discusión sobre la manera en que el efecto de dotación mina a la fuerza en el negocio de la mujer en un matrimonio, véase Major, Brenda, “Gender, Entitlement, and the Distribution of Family Labor”, *J. Soc. Issues*, vol. 49, página 141, 1993.

exactamente esos argumentos anteriormente, la gente homosexual debe superar la carga de la prueba muy alta antes de que la sociedad corriente deje de discriminar.

LOS ARGUMENTOS DE “NO PROMO HOMO” (IGUALDAD REPARADORA)

Otra clase de argumento contra el matrimonio entre personas del mismo sexo deja de lado cuestiones de igualdad formal y sugiere que la igualdad para los homosexuales necesita ser balanceada contra las desigualdades que serían impuestas a otras personas. El argumento de “*no promo homo*” toma la siguiente forma: por razones prudenciales, el Estado no debe penalizar a lesbianas, hombres homosexuales y bisexuales, pero tampoco debe promover ni “fomentar” la “homosexualidad”, la cual es una condición inferior y menos feliz que la heterosexualidad; el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo sería un sello de aprobación fomentando la no-tan-buena homosexualidad y amenazando o faltándole el respeto a la buena y vieja heterosexualidad; por lo tanto, el Estado no debería reconocer matrimonios entre personas del mismo sexo. Ésta ha llegado a ser la primera justificación contra el matrimonio entre personas del mismo sexo entre gente, especialmente los intelectuales, que fomentan la tolerancia e incluso la compasión para los homosexuales⁴⁵. Es la cara opuesta del argumento pro-gay de la igualdad reparadora: el matrimonio entre personas del mismo sexo no reparará el peor problema que las lesbianas y los hombres homosexuales deben enfrentar, como ser su homosexualidad, y amenaza con instigar nuevos daños en la gente confundida que podría ser corrompida por la promoción estatal de orientaciones sexuales menos deseables. Más que corregir injusticias pasadas, el matrimonio entre personas del mismo sexo creará nuevas.

En respuesta al argumento de “*no promo homo*”, al principio se puede decir que cuando el Estado reconoce al matrimonio entre personas del mismo sexo, significa estar, y realmente lo está, apoyando el compromiso interpersonal (el matrimonio), no la homosexualidad. Tome en cuenta este contraste. El Estado reparte licencias matrimoniales a todos los tipos de personas y parejas desaprobadas socialmente, pero nadie se pregunta si el Estado está promoviendo malas relaciones. Así, el Estado distribuye las licencias matrimoniales a los violadores y a los abusadores condenados para casarse con personas que estadísticamente tienen probabilidad de ser abusadas. ¿Es ésta una indicación que el Estado está “fomentando” la violación o el abuso de esposas? Ningún sistema moral secular considera a los violadores y a los abusadores sexuales más respetables que la gente comprometida con una intimidad consensuada con otros del mismo sexo y, sin embargo, la ley familiar da al violador y al abusador el beneficio del matrimonio y, si los críticos del matrimonio entre personas del mismo sexo fuesen fieles con la razón indicada, también un sello de aprobación social. Esta paradoja se puede explicar en parte por la referencia al efecto de la dotación discutido previamente: al asegurar a las parejas abusivas

45. Ver Pope John Paul II, “Letter to Families”, 2 de febrero de 1994, reimpresso en *Origins*, vol. 23, página 637, 3 de marzo de 1994; Posner, Richard A., *Sex and Reason*, página 311, 1992; Finnis, “Law, Morality, and ‘Sexual Orientation’”, páginas 1051-1053.

las licencias matrimoniales desde hace tiempo y, de ese modo, que su inclusión no parece ser problemática, mientras que la inclusión de un grupo excluido desde hace tiempo como las parejas entre personas del mismo sexo causan ansiedades del Estado que se pueden expresar con miedos retóricos sobre la promoción y los sellos de aprobación.

La preocupación es realmente más profunda. En el fondo, los críticos “*no promo homo*” del matrimonio entre personas del mismo sexo están preocupados por los niños. La sexualidad adolescente es una fuente de histórica ansiedad en la cultura moderna, pues los padres o los futuros padres se preocupan sobre cómo resultarán sus niños. La homosexualidad era una constante fuente de ansiedad paterna en el siglo pasado; incluso los padres tolerantes a menudo tienen miedo que sus descendientes sean homosexuales, debido a las desventajas sociales y a la menor probabilidad disminuida de tener nietos. El matrimonio entre personas del mismo sexo ha llegado a ser el más nuevo punto focal de esta preocupación paterna, que implica directamente al Estado. En el Congreso, uno de los partidarios de una ley que excluya a las parejas entre personas del mismo sexo de los beneficios familiares federales dijo: “¿Debería este Congreso decir a los niños de América que es una cuestión de indiferencia si establecen familias con una persona del sexo opuesto o cohabitan con alguien del mismo sexo?”⁴⁶. El miedo es que si el Estado hace cualquier esfuerzo hacia la normalización de relaciones “homosexuales”, *el adolescente que duda su sexualidad* se va a convertir en un homosexual. Peor aún, los homosexuales van a “reclutar” adolescentes a su “forma de vida”, la cual la sociedad cree que puede ser superficialmente atractiva a los adolescentes. En última instancia, el argumento de “*no promo homo*” infiere de la igualdad reparadora una razón de gran poder para rechazar el matrimonio entre personas del mismo sexo: intentar reparar los daños causados a la gente homosexual, el reconocimiento estatal del matrimonio entre personas del mismo sexo impondría terribles daños a las generaciones futuras de jóvenes y a la sociedad en sí misma. La justicia correctiva no requiere que el que hace un mal repare el daño a la víctima por las acciones que impondrán nuevos daños a terceros inocentes. (Los genuinamente tolerantes proveedores del argumento de “*no promo homo*” favorecerían otros tipos de curas, corto del matrimonio entre personas del mismo sexo).

Culturalmente, esta es una posición de gran poder, aceptada extensamente en Norteamérica y Sudamérica. Pero es una posición que en parte se apoya en suposiciones dudosas. Lo más cuestionable es lo relativo a las consecuencias de la promoción estatal. ¿Sería posible que la normalización estatal de relaciones homosexuales afectara la sexualidad del adolescente? Las teorías más apoyadas por los científicos sitúa a la orientación sexual en los genes de una persona, en el ambiente hormonal del período prenatal o postnatal, o en las primeras experiencias de la niñez⁴⁷. Todas estas teorías sugieren que es poco lo que el Estado puede hacer para determinar la sexualidad del adolescente. Ninguna teoría científica de la sexualidad respetable asegura que los individuos eligen

46. 110 Cong. Rec. H7491 (daily ed. July 12, 1996) (remarks of Rep. Canady).

47. Se discuten críticamente las varias teorías científicas de la orientación sexual en Stein, Edward, *The Mismeasure of Desire: The Science, Theory, and Ethics of Sexual Orientation*, 1999.

una orientación sexual de la misma manera que eligen un auto. Conduzca un experimento del pensamiento. ¿Es posible que incluso los padres pudieran controlar la sexualidad de sus hijos diciéndoles cómo deben sentirse, que sean un ejemplo para imitar, o dándoles su aprobación solamente a ciertas emociones? No fácilmente. La gran mayoría de los adultos lesbianos y homosexuales eran en sí mismos niños en familias donde el ejemplo para imitar, las señales paternas y los refuerzos sociales eran todos heterosexuales. La gran mayoría de los hijos de familias lesbianas son heterosexuales a pesar de las opiniones positivas de sus padres sobre la homosexualidad. Los padres y la sociedad influyen la sexualidad de sus hijos, pero raramente de las maneras en que se planean - esta es una de las grandes aventuras o costos de tener hijos.

Incluso si el argumento de “*no promo homo*” estuviese mejor basado en hechos, sería cuestionable normativamente. El asunto que ser homosexual es mucho peor que ser heterosexual es apoyado principalmente por referencia a las condiciones, como la infamia social, para la cual el Estado ha contribuido vigorosamente. La versión más mínima de la igualdad reparadora auguraría contra la discriminación de homosexuales a causa de actitudes sociales engendradas por la discriminación anterior en sí mismo. (El argumento de que los homosexuales son infelices porque no pueden procrear es falsa. Muchos homosexuales tienen niños biológicos o adoptados, y más y más parejas entre personas del mismo sexo, especialmente las lesbianas, están criando a niños en casas estables). Hay una literatura feminista cada vez mayor que argumenta que muchas mujeres, incluyendo algunas mujeres heterosexuales o bisexuales, estarían mejor si el matrimonio entre personas del mismo sexo sea una opción para ellas⁴⁸.

Es más, no está claro que una promoción (altamente especulativa) de cierta clase de estado justificaría el tratamiento desigual en la distribución estatal de los derechos importantes, tal como el derecho de casarse (o en otro ejemplo, el derecho de votar). ¿Es posible que el Estado pueda legislar constitucionalmente que la gente con discapacidades hereditarias no puede casarse? El argumento sería que el matrimonio promovería directamente las discapacidades que disgustan a muchos americanos, animando a gente con discapacidades a producir niños que en sí mismos tendrían la probabilidad más alta de tales discapacidades. No está claro que esas consecuencias sociales pudieran justificar la negación de los derechos fundamentales de la gente incapaz. Hay aun menor justificación para negar los derechos matrimoniales de los homosexuales, porque la cadena de causalidad de la homosexualidad es más indirecta que la de la discapacidad.

EL ARGUMENTO EN DEFENSA DEL MATRIMONIO (IGUALDAD TRANSFORMADORA)

El argumento más raro contra el matrimonio entre personas del mismo sexo es que su reconocimiento destruiría al matrimonio. Cuando en algún momento era probable que en Hawaii se reconociera los matrimonios entre personas del mismo sexo, una coalición política dirigida por el Presidente de

48. Ver, en general, Rich, Adrienne, “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence”, *Signs*, vol. 5, página 631, 1980 y Becker, Mary, “Women, Morality, and Sexual Orientation”, *UCLA Women’s Law Journal*, vol. 8, página 165, 1998.

los Estados Unidos, William Clinton, el dirigente del partido mayoritario del Senado, Robert Dole y el Presidente de la Cámara de Representantes, Newt Gingrich, aseguraron que la promulgación del “Acto en Defensa del Matrimonio” (“DOMA”) en 1996⁴⁹. Su argumento fue que cualquier tipo de reconocimiento estatal al matrimonio entre personas del mismo sexo pondría en peligro la institución del matrimonio, que ya estaba en un aprieto social. Este tipo de pensamiento cambia completamente el argumento pro-homosexual de la igualdad transformadora: en contra de las teorías pro-gay y feministas, admitiendo a las parejas entre personas del mismo sexo a la institución del matrimonio *no* transformará la institución de una manera productiva socialmente y puede acelerar el fallecimiento del matrimonio⁵⁰. Si tiene que transformar el matrimonio y destruir la institución para dar la igualdad a la gente homosexual, éste sería un precio demasiado alto para la sociedad y sus felices parejas casadas.

Al igual que los otros argumentos contra el matrimonio entre personas del mismo sexo, éste parece analíticamente anémico. No es inmediatamente claro que admitir el ingreso de los nuevos convertidos entusiastas (“*enthusiastic new converts*”) en el matrimonio arruinaría la institución para todos. Durante la discusión de DOMA, el Representante Barney Frank (abiertamente homosexual) se preguntaba: “¿cómo es posible que el hecho de que yo ame a otro hombre y viva en una relación comprometida con él, amenazaría su matrimonio?”. Uno de los patrocinadores de DOMA respondió sin convicción que *su* matrimonio saludable heterosexual no estaba ciertamente amenazado, sino que la institución del matrimonio lo está⁵¹. El argumento también contiene mucha hipocresía. Las infidelidades y problemas conyugales de los heterosexuales como Clinton, Gingrich y Dole han arruinado a la institución del matrimonio y, sin embargo, estos adúlteros confesos insisten que los homosexuales son los que representan las amenazas más profundas a la institución a la que ellos le han faltado el respeto. ¿Por qué debe sufrir la gente homosexual las consecuencias de los anhelos matrimoniales de los heterosexuales?

Otra vez, el fenómeno se relaciona con el efecto de dotación mencionado previamente: no sólo es difícil para los que están afuera entrar a una institución establecida, es mucho más difícil cuando se percibe que la institución está en declinación. Y -esto es crítico- las razones que muchos perciben como las causas de la declinación del matrimonio se relacionan directamente con el movimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. En la mayoría de los países occidentales, la generación pasada ha atestiguado una liberalización de la ley matrimonial⁵². El Estado se ha apartado del viejo modelo comunitario

49. Defense of Marriage Act, Pub. L. No. 104-199, 110 Stat. 2420 (1996).

50. Ver Grant, George & Home, Mark A., *Legislating Immorality: The Homosexual Movement Comes Out of the Closet*, páginas 97-99, 1993; The Ramsey Colloquium, “The Homosexual Movement”, *First Things*, vol. 41, páginas 15 y 17, 1994; Wilkinson, J. Harvie & White, G. Edward, “Constitutional Protection for Personal Lifestyles”, *Cornell Law Review*, páginas 563, 595-596, 1977.

51. 110 Cong. Rec. H7278 (daily ed. July 11, 1996) (exchange between Reps. Frank and Largent).

52. Ver Singer, Jana B., “The Privatization of Family Law”, *Wisconsin Law Review*, página 1443, 1992. Sobre los costos de la liberalización para las mujeres, véase Weitzman, Leonore J., *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, 1985.

del matrimonio como *una unión comprometida para toda la vida para criar a los niños* y ha fomentado a un nuevo modelo liberal de *los individuos que trabajan juntos siempre que esto los satisfaga*. Las leyes estatales que quitan viejos impedimentos al matrimonio (tal como los límites basados en raza y enfermedad, la posibilidad de divorciarse fácilmente; la protección de las esposas contra sus maridos y el tratamiento de los partes maritales como individuos más que una unidad) han cambiado a la institución de una manera tal que los tradicionalistas lamentan, quizás, con justificación. La facilidad de entrada y salida, en particular, ha contribuido a la disminución de la idea del compromiso para toda la vida que todavía inspira a las aspiraciones románticas del matrimonio en occidente. El matrimonio entre personas del mismo sexo es la próxima medida a tomar en la liberalización de la institución, y los tradicionalistas cansados ya con la liberalización, tanto como los moderados quienes comprenden sus desventajas, particularmente tienen poco ganas de dar el próximo paso, que puede ser lo más radical de todos.

En la popularidad de la analogía de la poligamia se puede encontrar evidencia de que el argumento en defensa del matrimonio es una ansia desplazada por sobre la declinación del matrimonio. Los adversarios del matrimonio entre personas del mismo sexo razonan que si se abra el matrimonio a los dos sexos, entonces se debería abrir a tres personas⁵³. Analíticamente, éste es un argumento tendencioso. Se puede limitar el derecho a casarse si el Estado tiene una justificación lo suficientemente fuerte para hacerlo. Se puede limitar el derecho de casarse a una chica de catorce años por razones paternalistas normales: la capacidad de tomar decisiones en un adolescente no está completamente desarrollada y es propensa a elegir malas opciones, especialmente si es realizada bajo la influencia de un novio más viejo. De modo semejante, se puede limitar el derecho de la persona adulta de tener dos esposas si el Estado puede mostrar (y pienso que puede) que la poligamia arruinaría la posición de las mujeres en la familia y en sociedad. Asimismo, no hay una justificación persuasiva para negar a una lesbiana el derecho a casarse con la persona que quiera. En efecto, la razón por la que la poligamia es problemática -la igualdad de las mujeres es *más* importante que los papeles tradicionales del género- es también la razón por la que negar el matrimonio a las parejas entre personas del mismo sexo constituye discriminación en base al sexo⁵⁴.

Espero que el relato precedente haya revelado que la discusión pública en Norteamérica sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo implica cuestiones profundas sobre el significado de la igualdad. La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo demuestra cómo la igualdad puede ser formal, reparadora y transformadora, y cómo esas diversas concepciones

53. Arkes, Hadley, "Questions of Principle, Not Predictions", *Geo. Law Journal*, vol. 84, páginas 321 y 326, 1995; Krauthammer, Charles, "When John and Jim Say, 'I Do': If Gay Marriages Are O.K., Then What About Polygamy? Or Incest?", *Time*, 22 de julio de 1996, página 102.

54. Ver Strassberg, Maura I., "Distinctions of Form or Substance: Monogamy, Polygamy, and Same-Sex Marriage", *North Carolina Law Review*, página 1502, 1997.

de la igualdad la pueden emplear tanto los adversarios como los defensores de los movimientos de la reforma social. De acuerdo con estas indicaciones, el movimiento de los derechos homosexuales está reproduciendo exactamente, y a veces lo está intensificando, las lecciones políticas e intelectuales del movimiento de los derechos civiles raciales y del movimiento de liberación de la mujer. Pero el movimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo también tiene algunas características conceptualmente distintivas. Desde mi punto de vista, la más obvia es la idea de que la resistencia a las demandas igualitarias en última instancia está basada no sólo en la competencia del Estado o el efecto de dotación social, sino también en las ansias culturales más grandes, especialmente las ansias sobre la sexualidad apropiada. La negatividad tan notable del sexo en los Estados Unidos, pero también característica, se revela clásicamente en la discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo, en todo occidente. Puede ser mejor explicada la extensa y ferviente oposición al matrimonio entre personas del mismo sexo por los miedos sobre su efecto incierto y posiblemente catastrófico en la sexualidad de los adolescentes, la homosexualidad en la cultura pública y las características románticas y la amistad del matrimonio en sí misma. Incluso los partidarios del matrimonio entre personas del mismo sexo, como yo, acentúan las características civilizadoras y domesticadoras de la institución. Ambas partes tienen el mismo miedo de que la sexualidad se esté convirtiendo en un artículo de consumo, que es simplemente hedonista (que da placer) sin las características interpersonales profundas celebradas por St. Augustine, (retrospectivamente, ha llegado a ser cada vez más evidente que la oposición de los derechos civiles para la gente de color y las mujeres también fue conducida por miedos históricos de la sexualidad).

En segundo lugar, la igualdad es una producción disgresiva más que legal. Lo que está en juego en el movimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, superficialmente, parece tener los mismos derechos para las parejas entre personas del mismo sexo que las de diferente sexo pueden recibir ahora. Estos derechos verdaderamente pueden ser importantes, pero no son los que están en juego. La discusión en sí mismo es lo que está en juego. Tomando los programas nacionales en Canadá y los Estados Unidos, el movimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo y sus adversarios más fervientes están creando una igualdad disgresiva que es importante para los derechos lesbianos y homosexuales: por primera vez en la historia occidental moderna, en el ámbito público se refieren rutinariamente a las parejas lesbianas y homosexuales como “casados”, y mucho más agentes privados y públicos están considerando seriamente las demandas de los beneficios y los deberes. Incluso si ninguno de los estados americanos reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo como cuestión de ley, se habrá avanzado en una cierta clase de igualdad y la continua negación de la igualdad formal asegurará una continua agitación constitucional y un discurso público subsiguiente sobre la tema. Se ha llegado a un punto crucial en los Estados Unidos y Canadá, sin ganar un solo voto para el movimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Finalmente, la igualdad produce nuevas desigualdades. La metáfora que más ha dominado la teoría homosexual (“*queer theory*”) ha sido la del ropero, el híbrido o el refugio y la cárcel en la cual la mayoría de los homosexuales todavía viven discretamente. Una razón convincente de la oposición ciudadana

al matrimonio entre personas del mismo sexo, y el verdadero propósito del argumento de “*no promo homo*”, es el miedo de que mucha más gente y parejas homosexuales van a darse a conocer públicamente (“*come out of their closets*”) si el Estado reconoce sus uniones como matrimonios. Ese miedo es un poco exagerado; solamente unos miles de parejas entre personas del mismo sexo se han registrado como tales durante los diez años en que la ley danesa ha estado vigente. La preocupación más interesante sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo es que producirá nuevas desigualdades. Ascender a las parejas entre personas del mismo sexo a la igualdad con las parejas de diferente sexo, el matrimonio entre personas del mismo sexo (como se dota en occidente) puede devaluar las relaciones de cohabitación de todo tipo y la vida de personas que no desean formar relaciones comprometiéndose a largo plazo.

