

Regulando la sexualidad: Libertad frente a Igualdad

Bo Burt

La regulación gubernamental de la sexualidad ha sido tierra fértil en los Estados Unidos para intervenciones judicial garantistas desde mediados de los 60'. A partir de *Griswold v. Connecticut* en 1965¹ –cuando la Corte Suprema revocó una ley estatal decididamente “tonta” y también muy especial que prohibía a las parejas casadas utilizar métodos anticonceptivos–, el rango de actividades sexuales protegidas judicialmente se ha ampliado enormemente incluyendo matrimonios interraciales (1967)², anticonceptivos de libre disposición para personas solteras (1972)³, abortos de libre acceso (1973)⁴, y relaciones sexuales con personas del mismo sexo libres de prohibiciones penales (2003)⁵.

Los principios constitucionales en que se basan estas decisiones varían de un caso a otro. El “derecho a la privacidad” fue el argumento invocado en *Griswold*; la primera aplicación de este derecho en cuanto tal en la jurisprudencia constitucional norteamericana. El caso sobre matrimonios interraciales tuvo un doble sustento: la “igualdad”, directamente importada de la sentencia *Brown v. Board of Education*⁶ de 1954 contra las escuelas segregadas; pero también el argumento independiente y, en aquel momento, muy novedoso, del “derecho fundamental a contraer matrimonio”. El libre acceso de personas solteras a los anticonceptivos se sustentó en la “igualdad” (con una Corte enfocada en un novedoso ejercicio de revisión de mínima “racionalidad” a fin de revocar la restricción estatal),

¹ 381 U.S. 479 (1965).

² *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

³ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁶ 347 U.S. 483 (1954).

mientras que el derecho al aborto se basó en la “privacidad” (aunque algunos comentaristas han argumentado que la Corte habría ocupado terreno más firme si se hubiese basado en la “igualdad”⁷). El ejercicio más reciente de la Corte, al revocar las leyes que penalizaban las relaciones sexuales del mismo sexo, se basó en una mezcla entre los fundamentos de la “privacidad” y la “igualdad”.

El objetivo de este ensayo es evaluar los méritos comparativos de estos dos fundamentos, la “privacidad” e “igualdad”, como guías para las intervenciones judiciales garantistas en materia de regulación estatal de la expresión sexual. Uno podría creer que no hay necesidad de elegir entre estos dos fundamentos; que ambos están involucrados, de distintas maneras, en la regulación de la sexualidad; y, en consecuencia, que las cortes deben invocar en sus intervenciones algunas veces uno de ellos, otras veces el otro, y en algunas ocasiones ambos. No estoy de acuerdo con esta posición. Creo que distintas consecuencias sustantivas y procedimentales fluyen de la lógica interna de cada uno de esos fundamentos y que, en ambos casos, las normas sobre igualdad son una guía preferible. Espero ilustrar esto centrándome en dos cuestiones actualmente en disputa acerca de la regulación estatal de la sexualidad: las reivindicaciones de los así llamados “intersexuales” –esto es, personas que nacen con indicaciones anómalas de su identidad en materia de género⁸– en cuanto a elegir su identidad, y la exigencia de las parejas del mismo sexo por acceder al matrimonio legalmente reconocido.

⁷ Véase Guido Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law: Private Law Perspectives on a Public Law Problem* 101-14 (1985), Robert A. Burt, *The Constitution in Conflict* 350-51 (1992).

⁸ “Intersexualidad” puede referirse a una amplia variedad de características biológicas, incluyendo genitales, cromosomas, hormonas, o características sexuales secundarias. La Intersex Society of North America estima que uno de cada cien individuos tienen “cuerpos que difieren de el varón o hembra estándares” <<http://www.isna.org/faq/frequency>>.

I. Personas Intersexuales

La manera convencional de establecer el género de personas intersexuales ha sido la elección de los padres con la asistencia de médicos. Esta opción a menudo implica la realización de intervenciones quirúrgicas en la temprana infancia a fin de remodelar los genitales anómalos y otorgarles un aspecto “masculino” o “femenino”. (En relativamente pocos casos, dichas intervenciones quirúrgicas son necesarias para corregir malformaciones orgánicas; pero la mayoría de las intervenciones médicas durante la infancia tienen por objeto la realización de cirugías estéticas.⁹) El ordenamiento jurídico ha desempeñado un papel central en estas intervenciones, al reconocer el derecho de los padres a tomar decisiones médicas en nombre de sus hijos. Sin embargo, activistas que hablan en nombre de o pertenecen a la comunidad intersexual sostienen que esta práctica deben ser modificada (y en consecuencia también la regulación jurídica respectiva) de modo tal que la elección de la identidad de género no sea realizada en la infancia sino que por la persona intersexual cuando haya alcanzado su madurez.

En vista de ello, la privacidad pareciera ser la herramienta normativa más apta para contener esta demanda de las personas intersexuales de controlar su propia identidad. Sin embargo, hay una premisa implícita en la privacidad que no encaja en el contexto social y psicológico dentro del cual las decisiones individuales sobre identidad de género son necesariamente realizadas. La privacidad plantea que los individuos deben estar libres de coacción social o jurídica en la toma de decisiones sobre asuntos en los que su bienestar está exclusiva o principalmente en juego (es decir, cuando el bienestar de otros no se ve afectado en absoluto, o al menos muy poco, por tal decisión). La identidad de género es, sin embargo,

⁹ La Intersex Society of North America calcula en uno o dos de cada mil nacimientos la frecuencia de cirugías para “‘normalizar’ la apariencia genital”. Íd.

una construcción social. Se presenta a sí misma como una realidad biológica dada; pero la existencia misma de seres humanos cuya biología no encaja en el molde convencional de “masculino” o “femenino” demuestra que el género es una construcción social impuesta sobre un amplio rango de posibilidades de definición. La libertad de las personas intersexuales de elegir su propia identidad de género se ve necesariamente limitada por las posibilidades disponibles, socialmente construidas.

En la actualidad, la construcción social dominante en materia de género ofrece espacio sólo para la elección binaria entre “masculino” y “femenino”. Es posible imaginar, y muchas voces se han alzado para apoyar la posibilidad imaginada, que esta restricción binaria sea ampliada para admitir una nueva categoría de “intersexuales” o, de manera aún más radical, eliminar las categorías de género a fin de subrayar su condición social antes que biológica. Estas nuevas posibilidades han apuntado, entre otros objetivos, a las denominaciones de los baños públicos –algunos activistas exigen una tercera puerta etiquetada como “intersexuales” o “ninguno” para complementar las instalaciones omnipresentes restringidas para “hombres” y “mujeres”; otros exigen la sustitución de todas las denominaciones de género por un indiferenciado “unisex”, como la única posibilidad.

Las disputas sobre la designación de los baños públicos llamó por primera vez la atención del público norteamericano durante la década de los 70’ en los debates realizados en el Congreso sobre la aprobación de la Enmienda de Igualdad de Derechos (EID), orientada a establecer una garantía constitucional contra la discriminación sexual. Los opositores a la EID explotaron el argumento de que la enmienda prohibiría tener baños públicos divididos por género, lo que los partidarios de la EID desestimaron como una reducción al absurdo, una “cuestión urinal” invocada sólo para distraer la atención de los verdaderos daños infligidos a

las mujeres por tratamientos discriminatorios¹⁰. Aunque la “cuestión urinal” pueda haber sido entendida como una broma o una burla táctica en los 70’, no es implausible hoy en día establecer seriamente paralelismos entre los baños segregados racialmente y aquellos segregados en función de género, dado que ambos casos descansan en falsas categorías biológicas (ya sea ésta “raza” o “género”) que refuerzan la subordinación social de algunas personas hacia otras.

Estos paralelismos entre la discriminación racial y de género en cuanto a los usos sociales de estas categorizaciones apunta hacia normas de igualdad, no de privacidad, como la cuestión en juego en ambos casos. Se puede mantener que la libertad de elección sigue siendo una dimensión importante en ambos casos –que el objetivo de la justicia racial era dar a los negros una “libertad de elección” entre asistir a escuelas para negros o integradas, y argumentar en la misma línea que los individuos intersexuales deberían tener la misma libertad de elegir su afiliación de género, ya sea ésta “masculina”, “femenina”, “intersexual” o “ninguna de las anteriores”. Pero basta consultar la insuficiencia histórica de la “libre elección” de escuelas como una solución a la segregación racial para ver los límites de esta estrategia normativa como una respuesta a las indignidades experimentadas por quienes no encajan en las categorizaciones sociales de género dominantes. Como la Corte Suprema observó en su rechazo de los planes de “libertad de elección” de distritos escolares presentados por los estados del sur de Estados Unidos, el objetivo a alcanzar era “un sistema sin escuelas ‘blancas’ y ‘negras’, sino simplemente escuelas”¹¹. La persistencia visible de las categorías sociales –incluso tras haberse retirado el soporte de la ley– se encuentra en el centro del daño, de la desigualdad, infligido por el régimen de segregación. Así también para

¹⁰ Véase Janet K. Boles, *The Politics of the Equal Rights Amendment: Conflict and the Decision Process* (1979).

¹¹ *Green v. County School Board*, 391 U.S. 430, 442 (1968).

la persona intersexual que se ve obligada a elegir entre concepciones de género socialmente valoradas (binario) y mal consideradas (heterodoxas).

Hay otra conexión entre la sentencia *Brown* y la condición social de las personas intersexuales que apunta a la centralidad de la igualdad; esto es, el hecho de que la categoría socialmente estigmatizada ha impactado de manera especialmente dañina en niños pequeños. Al justificar la selección de la segregación en escuelas públicas como su primer y más simbólico objetivo en la arremetida contra el régimen segregacionista, la Corte Suprema observó en *Brown* que “la educación es quizás la función más importante de los gobiernos estatales y locales... [E]s un instrumento principal para inculcar al niño valores culturales... y en ayudarlo a ajustarse normalmente en su medio ambiente... Separar [a algunos niños que asisten a escuelas primarias y secundarias] de otros de similar edad y calificaciones sólo debido a su raza genera un sentimiento de inferioridad en cuanto a su lugar en la comunidad que puede afectar sus corazones y sus mentes de forma difícilmente reversible”¹².

Para las personas intersexuales, sus experiencias sobre su “lugar en la comunidad” es, si se quiere decir, incluso más crucial que la inserción de los niños afroamericanos en las escuelas públicas. A diferencia de los niños afroamericanos, los padres de las personas intersexuales no suelen ser intersexuales y, de hecho, es muy probable que compartan las actitudes estigmatizantes de la sociedad en general. La prisa por la realización de cirugías cosméticas típica entre los padres de recién nacidos intersexuales demuestra poderosamente esta afirmación. Imagínese cuán profundamente grabado quedaría en un niño de piel oscura el “sentimiento de inferioridad” si la respuesta inicial de los padres frente a su nacimiento fuera la realización de cirugías cosméticas para blanquear su piel. Padres afroamericanos se identifican con sus hijos y, por tanto, son capaces de proporcionar de corazón todo el apoyo

¹² 347 U.S. at 493-94.

emocional frente a los prejuicios sociales en una forma que no es fácilmente disponible para los padres “normales” de niños intersexuales.

Muchos defensores contemporáneos de los derechos de los niños intersexuales insisten en que el mejor curso de acción es posponer cualquier cirugía estética o incluso una clara designación de género hasta que el niño intersexual alcance la madurez suficiente para tomar esta decisión por cuenta propia. Esta fórmula fluye a partir de la conceptualización del interés del niño como un asunto de “privacidad”; es decir, el derecho a hacer decisiones cruciales acerca de la identidad sexual de uno mismo, libre de la coacción legal o social de otros. Sin embargo, esta es una forma superficial y engañosa de comprender lo que está verdaderamente en juego para los niños o adultos intersexuales. La conceptualización sustentada en la privacidad ignora el peso del estigma social que los padres del niño probablemente sufrirán y transmitirán a los niños a causa de su situación “anómala”. Pasa por alto, en consecuencia, la forma en que el estigma social de inferioridad inevitablemente modela las actitudes de los padres frente a sus menospreciados hijos y a su vez la actitud del niño hacia sí mismo. En la época en que el niño intersexual alcance la madurez –y, por tanto, sea capaz de elegir su identidad de género en el marco de la conceptualización de privacidad– los “corazones y mentes” de estos niños ya habrán sido afectados “de forma difícilmente reversible”.

De esta consideración no se deduce que la elección por parte de los padres de niños intersexuales de cirugías estéticas deba ser alentada o permitida por el sistema jurídico. Lo que sigue es que, incluso si desalentar o prohibir esta cirugía sea deseable, esta política no aborda por sí misma el meollo del problema desde la perspectiva de los niños intersexuales. El núcleo del problema es el estigma social hacia cualquier desviación evidente de la bimodalidad en materia de género; un estigma profundamente arraigado debido a que la

bimodalidad se entiende normalmente como la “realidad biológica” de que todos los seres humanos son ya sea “masculinos” o “femeninos”; por lo que cualquier variación de esta norma está ubicada, en cierto sentido, fuera de los límites de la humanidad.

Entender el problema a través del lente de la privacidad es simplificarlo hasta distorsionarlo; prometer una solución a la opresión social en apariencia clara, fácilmente alcanzable, tal como los abolicionistas que a mediados del siglo XIX creían su tarea totalmente cumplida cuando la abolición formal de la esclavitud fue consagrada en la Decimotercera Enmienda. La estrategia normativa de la “igualdad”, bien entendida, identifica el problema central y reconoce las dificultades en cuanto a formular estrategias que solucionen el problema y, lo más importante, establece un criterio para medir todas las estrategias de mejoramiento social. El criterio es, “¿qué tan probable es que una medida en particular –tales como el aplazamiento de la cirugía estética hasta la edad adulta o incluso para siempre (calificándola en sí misma de negligencia médica), y/o la eliminación de baños públicas divididos por género, y/o el cambio de certificados oficiales (de nacimiento, muerte, licencias de conducir, entre otros) con el fin de suspender la identidad de género hasta la edad adulta o incluso definitivamente– contribuya a deshacer la estigmatización social e incrementar el respeto social hacia las personas intersexuales?” La pregunta, formulada de esta manera, no es fácil de responder con seguridad. Pero ésta es la forma adecuada de pensar en el problema; como una cuestión de igualdad, no de privacidad.

II. Matrimonio entre personas del mismo sexo

La regulación estatal de las relaciones entre parejas del mismo sexo proporciona otro contexto en el que el asunto en discusión puede ser caracterizado alternativamente como “privacidad” o “igualdad”; y este contexto tiene especial importancia debido a que la pretensión por el reconocimiento estatal del matrimonio de parejas del mismo sexo –el

conflicto jurídico contemporáneo más polémico en materia de parejas del mismo sexo— varía en función de si la “privacidad” o la “igualdad” tienen prioridad. La invalidación de sanciones penales contra relaciones entre parejas del mismo sexo puede ser entendida fácilmente como una aplicación ya sea de la “privacidad” o la “igualdad” o alguna combinación de ambos. Sin embargo, la pretensión por el reconocimiento estatal del matrimonio de parejas del mismo sexo alcanza su máximo potencial sólo como una aplicación de la norma de igualdad.

Ciertamente, el paso dado en un matrimonio entre personas del mismo sexo debe entenderse como la quintaesencia de la vida privada: el compromiso sexual, emocional y financiero con una pareja para toda la vida. Pero hay una diferencia clara entre la acción del Estado que prohíbe toda decisión sobre dicho compromiso y la acción del Estado que reconoce y, por tanto, celebra dicha elección. Plausiblemente, uno podría decir que la acción del Estado que otorga generosas ventajas para un estilo de vida determinado (por ejemplo, parejas heterosexuales), mientras se los niega a otros (como parejas del mismo sexo) es una injerencia substancial en las relaciones privadas que debe considerarse como una violación de la privacidad. Creo que esto es estirar demasiado la privacidad, pero a fin de seguir el argumento, voy a conceder el punto pues esta tesis, en mi opinión, puede ser plenamente satisfecha por uniones civiles jurídicamente reconocidas que proporcionen a las parejas del mismo sexo todos los beneficios prácticos y financieros a disposición de parejas heterosexuales. Un matrimonio jurídicamente reconocido, por el contrario, no provee comparativamente ninguna ventaja práctica; es totalmente honorífico y celebratorio en cuanto tal. Tal vez constituye un incentivo para el compromiso entre los eventuales beneficiarios de este estado; pero es difícil ver cómo la negativa del Estado a celebrar la elección de una

pareja es una inhibición significativa, si no hay inconvenientes prácticos impuestos por el Estado para esa elección.

Sin embargo, si formulamos la exigencia de un matrimonio para parejas del mismo sexo como una aplicación de la igualdad, podemos entender más fácilmente qué es lo que verdaderamente está en juego en dicha reivindicación. Evidentemente la igualdad se aplica a este reclamo de una manera que la norma de privacidad no alcanza. Es decir, las parejas del mismo sexo son tratadas de manera distinta que las parejas heterosexuales en lugar de ser tratados como iguales; al tiempo que las parejas del mismo sexo están, en realidad, abandonando su pretensión a la privacidad por el mismo hecho de que están exigiendo el reconocimiento público y la legitimación de su relación. Formular la demanda como una demanda de igualdad, sin embargo, no resuelve la cuestión. Un opositor al matrimonio del mismo sexo todavía puede sostener que el reconocimiento diferenciado respecto de matrimonios heterosexuales no es una violación del principio de igualdad porque hay una diferencia verdadera y suficientemente substancial entre matrimonios heterosexuales y del mismo sexo que justifica tal tratamiento diferenciado.

En este sentido, el principio de igualdad es más exigente que la privacidad. Para aquellos que sostienen que la negación del estado matrimonial a parejas del mismo sexo es una violación de su derecho a la privacidad, el mismo hecho de que el Estado se niegue a reconocer la elección de un cónyuge por parte de dos adultos mentalmente competentes es ipso facto una violación de tal derecho. Este derecho, en otras palabras, implica que el Estado está obligado a reconocer cualquier elección, simplemente porque es una elección. Un trato diferenciado no es, sin embargo, por sí mismo una violación a la igualdad. Constituye una violación sólo si hay algún motivo o efecto inadmisibles que influya en tal diferenciación; algún menoscabo o estigmatización inadmisibles. Entender el reclamo por matrimonios del

mismo sexo como una aplicación del derecho a la privacidad implica que el Estado no tiene derecho a expresar un juicio moral sobre cualquier elección conyugal, porque la elección en sí misma es objeto de protección. Entender el reclamo como una aplicación del principio de igualdad implica que el Estado está autorizado a formular juicios morales acerca de los cónyuges; pero no *este* juicio moral que menoscaba a las parejas del mismo sexo, en comparación relaciones heterosexuales.

Al centrar la atención en las características especiales de *este* juicio moral que condena los matrimonios del mismo sexo, la aplicación de la igualdad como estándar normativo establece una revisión mucho más amplia y más rica acerca de la indignidad infligida a personas del mismo sexo que la aplicación de la privacidad, que restringe intencionalmente la atención sobre la elección en cuanto tal, sin tener en cuenta el contenido sustantivo de tal elección. Entender la denegación del matrimonio a parejas del mismo sexo como una violación a la igualdad revela similitudes con la indignidad infligida por la institución de la esclavitud; el ejemplo paradigmático en nuestra cultura de la imposición injusta de desigualdades. Al delinear este paralelo, podemos ver cómo el recurso a la igualdad da lugar a un examen social y psicológico más profundo sobre el impacto de la prohibición de matrimonios del mismo sexo; y, aún más, podemos ver cómo la igualdad se basa en una concepción de la democracia más profunda y normativamente adecuada que la privacidad.

A. Matrimonios entre parejas del mismo sexo y esclavitud

El vínculo entre la esclavitud y la matrimonio del mismo sexo no surge de la visión convencional de que el trabajo forzado y no remunerado era el núcleo del mal contenido en la esclavitud. El trabajo forzoso y la consiguiente denegación de la libertad en la toma de decisiones laborales era sin duda un mal; no importa cuán a menudo los propietarios de las plantaciones del Sur insistieran en que los esclavos en realidad eran compensados por su

trabajo mediante el suministro de alimentos, vivienda, y ropa. De hecho, los dueños de esclavos sureños trazaban una comparación que les era favorable entre la manutención de por vida que le proporcionaban a sus esclavos, incluso cuando ya no eran productivos, en contraste con la práctica industrial del Norte consistente en la así llamada “esclavitud asalariada”, en la cual los empresarios simplemente despedían a un trabajador improductivo, sin importar cuánto tiempo éste había servido a su patrón. Pero más degradante que la privación de la libertad de elegir involucrada en el trabajo forzado, hay una característica de la condición de esclavo que es aún más radical e innegablemente opuesta a la libertad. Esa característica es la ausencia de cualquier reconocimiento legal de las relaciones de familia.

Los esclavos no sólo tenían prohibido por ley contraer matrimonio. Ya que eran propiedad de sus amos, no tenían relaciones legalmente reconocidas con nadie. Tenían un vínculo biológico con sus hijos, tenían relaciones amorosas con otras personas en su misma condición, pero ninguno de estos vínculos estaban aprobados o permitidos por la ley¹³. Por lo que a la ley se refería, nada impedía que los amos vendieran a sus esclavos a compradores lejanos, rompiendo los lazos biológicos y amorosos que les unían a sus compañeros e hijos. Y el derecho respaldaba la moralidad de tal desalmada conducta. Como el antropólogo Orlando Patterson ha descrito, la esclavitud era una condición de “muerte social” y los esclavos estaban “alienados desde su nacimiento”; en una condición peor que la muerte, pues estaban vivos pero no formaban parte de la especie humana¹⁴. Su trabajo forzado no era el epítome de este estado de deshumanización; el caso omiso que el sistema jurídico hacía de sus vínculos con otros seres, la negativa del derecho en reconocer sus relaciones familiares, su

¹³ Véase Elizabeth Fox-Genovese, *Within the Plantation Household: Black and White Women of the Old South* 296-97 (1988).

¹⁴ Orlando Patterson, *Slavery and Social Death: A Comparative Study* (1982).

imposibilidad de contraer matrimonio a los ojos de la ley, son dramas que estaban mucho más en el centro de la degradación social infligida.

El pequeño número de negros que habían sido liberados de la esclavitud por sus amos, y la aún menor cantidad que nunca habían sido esclavos, estaban legalmente autorizados a casarse antes de la Guerra Civil. Pero una incapacidad especial se impuso sobre ellos en unos pocos estados prohibiendo los matrimonios entre negros y blancos y, más aún, imponiendo sanciones penales para los infractores; no solamente para la parejas interraciales en sí mismas, sino para cualquier persona que realizara la ceremonia de matrimonio misma. En la sentencia *Dred Scott*, el Presidente de la Corte Suprema Taney citó la existencia de estos estatutos antimestizaje para demostrar que los matrimonios interraciales “se consideran antinaturales e inmorales” y, en consecuencia, “este estigma, de la más profunda degradación, está fijo sobre toda la raza [negra]”. Taney ocupó estas restricciones matrimoniales como premisa central de su sentencia, la cual afirmaba que ningún negro, ya fuera libre o esclavo, podría ser un “ciudadano de los Estados Unidos” y en consecuencia tener derecho a invocar la jurisdicción protectora de los tribunales federales. La premisa central de Taney fue que los negros eran “seres de un orden inferior... totalmente incapacitados para asociarse con la raza blanca... y tan inferior que no tienen derechos que deban ser respetados por el hombre blanco”¹⁵. A partir de esta premisa, Taney concluyó explícitamente que los negros se encontraban fuera de la grandiosa proclamación de nuestra Declaración de Independencia en cuanto a que “todos los hombres han sido creados iguales”.

Estos son, entonces, los tres pasos en el razonamiento de Taney: los negros no están autorizados a casarse con personas de raza blanca; esta restricción demuestra que los negros son “seres de un orden inferior [carentes de] derechos que deban ser respetados por el hombre

¹⁵ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 407 (1857).

blanco”; por lo tanto, los negros estaban excluidos de la garantía contenida en nuestro documento fundacional de que “todos los hombres han sido creados iguales”. En un apresurado silogismo, Taney avanzó desde las restricciones matrimoniales a la proposición de que los negros (ya fueran esclavos o libres) no eran seres humanos; esto es, que en lo que a nuestra ley se refiere, ellos estaban excluidos de la raza humana, intrínsecamente ajenos a ella.

Después de la Guerra Civil, a los esclavos liberados se les permitió casarse entre sí. Pero leyes antimestizaje prohibiendo los matrimonios interraciales se promulgaron en todos los del estados del Sur¹⁶. No fue sino hasta 1967 que la Corte Suprema dictaminó que una ley antimestizaje de Virginia violaba la Constitución. En un dictamen redactado por Earl Warren, Presidente de la Corte, dicho tribunal se basó en dos motivos para invalidar dicha ley. En primer lugar, la Corte dictaminó que la ley se sustentaba erróneamente en una clasificación racial degradante para los negros en cuanto expresión de la supremacía blanca. Esta argumentación no es en absoluto sorprendente a la luz del dictamen de la Corte en 1954 en la sentencia *Brown v. Board of Education* respecto a que la clasificación racial de los escolares era inconstitucional. Pero aún más sorprendentemente, el Tribunal detectó un segundo motivo, totalmente independiente del primero, para anular la ley antimestizaje de Virginia. La Corte proclamó que la ley violaba el derecho fundamental a contraer matrimonio. “La libertad para contraer matrimonio”, dijo la Corte, “siempre ha sido reconocida como uno de los derechos fundamentales individuales esenciales para la búsqueda de la felicidad por los hombres libres.”¹⁷

¹⁶ Joel Williamson, *A Rage for Order: Black-White Relations in the American South Since Emancipation 186-91* (1986).

¹⁷ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 11 (1967).

Este segundo motivo no era necesario para la sentencia del tribunal; el primer motivo, la ilicitud de las categorías raciales, era más que suficiente para resolver el caso. Además este segundo motivo, en lo esencial, carecía de precedentes. Aunque casos anteriores habían mencionado al matrimonio como un “derecho civil básico”, ninguna decisión de la Corte Suprema había anulado restricciones impuestas por leyes estatales en relación a quien tenía derecho a casarse con quién. Por tanto, en su sentencia de 1967 sobre la ley de Virginia, la Corte encontró una nueva base jurídica para identificar la inconstitucionalidad de las leyes antimestizaje de los diversos Estados. La Corte no fue explícita sobre porqué hizo esto. De hecho, este segundo motivo aparece al final de la sentencia en sólo dos breves párrafos. Pero creo que esta novedoso segundo motivo fue mencionado porque el tribunal entendió –tal vez conscientemente, tal vez sólo de manera intuitiva– que había un vínculo fundamental entre la esclavitud y los obstáculos legales para el matrimonio.

No era suficiente para la Corte pronunciarse sobre las leyes antimestizaje diciendo que ellas eran contrarias a la igualdad porque trazaban distinciones odiosas entre matrimonios de una misma raza y matrimonios interraciales. La Corte tenía en mente un aspecto más profundo de la desigualdad que este concepto un tanto formalista; la Corte entendió que la degradación de los negros encontraba su más clara expresión en la negativa a las personas negras de su derecho a casarse. Esa, yo diría, es la razón por la que el Tribunal formuló una razón adicional para invalidar las leyes antimestizaje basada en la violación que ellas significaban del “derecho fundamental a contraer matrimonio”.

La negativa estatal a reconocer matrimonios entre parejas del mismo sexo debe entenderse en este sentido. La pregunta básica en la evaluación de este rechazo no es –a diferencia de lo que un análisis convencional de la garantía sugiere– si es que una clasificación que separa entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo es

racionalmente plausible o si se basa en antiguas tradiciones sociales o morales. La pregunta básica es si la prohibición estatal a parejas del mismo sexo a contraer matrimonio refleja la misma actitud hacia gays y lesbianas que la prohibición legal de matrimonios interraciales manifestaba respecto de los negros; es decir, una negativa a reconocerles membresía en la raza humana.

B. Matrimonios del mismo sexo y Democracia

Al recurrir a la igualdad como estándar normativo hemos llegado a esta pregunta básica, el auténtico asunto en juego en las prohibiciones matrimoniales, con una claridad que la privacidad no puede proporcionarnos. Pero aún más que esto, su capacidad para revelar el problema subyacente es un indicio de porqué la igualdad contiene una concepción de los valores democráticos mucho más rica y normativamente adecuada que la privacidad. La aplicación de la igualdad como estándar normativo nos lleva a considerar la naturaleza de las relaciones existentes dentro de una comunidad; y en particular, si es que esas relaciones están caracterizadas por el respeto mutuo. El estándar normativo de la privacidad, en cambio, se sustenta como premisa en la ausencia de relaciones comunitarias.

El Juez Brandeis formula esta proposición con especial claridad en su disenso en la sentencia *Olmstead v. United States*, sentando las bases para la consagración por parte de la Corte Suprema del “derecho a la privacidad” en *Griswold* casi cuarenta años más tarde. En *Olmstead*, Brandeis sostuvo que la Constitución “confiere, para ser enarbolado contra el Estado, el derecho a ser dejado solo; el más comprehensivo de los derechos y el más valorado por los hombres civilizados”¹⁸. Pueden haber buenas razones para abrazar el “derecho a ser dejado solo” cuando un individuo enfrenta implacables y hostiles oponentes que lo menoscaban y lo devalúan. Pero este aislamiento social no es “el más comprehensivo de los

¹⁸ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478 (1928) (dissenting opinion).

derechos”. El concepto mismo de derechos depende de una relación comunitaria; de un reconocimiento compartido colectivamente sobre los límites de la autoridad de una persona sobre otra. Por esto, el “derecho de ser dejado solo” no es “el derecho más valorado por los hombres civilizados”. Este derecho es valorado sobre todo cuando los llamados al mutuo entendimiento, deferencia y respeto han fracasado; cuando la existencia misma del tejido social está en cuestión. El “derecho a ser dejado solo” es, uno podría decir, un esfuerzo de última hora entre personas recíprocamente hostiles para evitar la guerra desatada y romper los vínculos sociales que les unían antes que permanecer amarrados a quienes intentan subordinar nuestro bienestar en su propio beneficio.

La exigencia de reconocimiento a los matrimonios entre parejas del mismo sexo está orientado a fortalecer en lugar de abandonar el tejido social; no a preservar el compromiso con la pareja de uno sino a encontrar el reconocimiento público y la celebración de este compromiso, algo fundamentalmente distinto a definir dicho compromiso como un “asunto privado” carente de significado público. Rehuir el reconocimiento público se basa, al menos de manera implícita, en la idea de que los demás no pueden juzgar el valor moral o social de las decisiones de un individuo sobre su pareja. Insistir en el reconocimiento público expresa, al menos de manera implícita, la disposición a justificar la decisión de uno frente a los demás; un esfuerzo en obtener respeto moral por la decisión de uno, incluso si los otros emplean un esquema ético distinto en sus propias vidas¹⁹. Recurrir al estándar del igual respeto se sustenta en un entendimiento optimista de los fundamentos sociales del principio democrático. La invocación de la privacidad, con su premisa implícita de que la aprobación

¹⁹ Una actitud distinta sobre el valor moral de justificar la conducta de uno frente a los demás estaba en el centro del clásico debate en los 60’ entre H.L.A. Hart y Patrick Lord Devlin sobre la ejecutabilidad de normas morales. Para una reconsideración de la postura de Lord Devlin, véase Robert A. Burt, “Moral Offenses and Same Sex Relations: Revisiting The Hart-Devlin Debate,” 1 Journal of Law (Australia) 70-88 (2004).

moral de los demás es irrelevante para la conducta de uno mismo, no es incoherente en principio; pero yace sobre una concepción tenue, empobrecida incluso, del respeto mutuo; y está por lo tanto en las antípodas de las mejores y más fuertes versiones de la práctica democrática.

El derecho a la privacidad, el “derecho a ser dejado solo”, apunta a preservar una relación caracterizada por la hostilidad en lugar del respeto mutuo, protegiendo a una categoría de bienes específica de la pretensión de otros de juzgar sobre su destino. En tiempos pasados, esta categoría era referida como “derechos de propiedad” capaces de derrotar las pretensiones de otros; en nuestro tiempo, esta categoría ha sido reformulada como “conducta íntima”, involucrando relaciones familiares o sexuales. Ahora podemos ver claramente que el concepto de “propiedad” protegida, que dominó la cultura constitucional norteamericana desde finales del siglo XIX hasta la década de 1930, perjudicó el interés que los “no propietarios” tenían en el conjunto de recursos sociales reservados a los intereses “propietarios”. La etiqueta de “propiedad” era en sí misma una construcción cultural, más que la señal evidente de un “verdadero propietario” en comparación con un reclamante ilegítimo.

El concepto de “privacidad” de hoy en día no se aplica a los recursos económicos, sino más bien a lo que ahora es visto como asuntos inequívocamente individuales. Pero, como hemos visto en relación con la reclamación de las personas intersexuales por reconocimiento en cuanto tales, las construcciones sociales de género no son preocupaciones “privadas” que afecten a los individuos en su condición “personal” antes que “colectiva”. La identidad de género es un recurso construido socialmente; que carece de sentido o valor fuera de la comunidad que le otorga su carácter expresivo.

Esto es igualmente cierto en el caso del “matrimonio”, esto es de la denominación social del estado civil de alguien. Si la “privacidad” se entiende como una reclamación del

individuo por definir su propio estado, de manera independiente de toda construcción social (y de la aprobación o desaprobación moral que le acompaña), entonces la idea misma de “matrimonio”, tal como la idea de “género”, se vuelve incoherente. De todas formas, podemos caracterizar coherentemente la controversia sobre el estado civil o la identidad de género, de la misma manera que la antigua controversia sobre la “propiedad” se reformuló después del New Deal, expresándola en el lenguaje de la “igualdad”. En esta versión, la controversia consiste en el reclamo, por parte de quienes se hallan excluidos de las categorías socialmente aprobadas de “casado”, “dotado de género”, o “propietario”, de que su exclusión los mantiene injustamente en la subordinación. Su exclusión categórica los priva de activos valiosos, tanto si éstos se midan en términos cuantitativos monetarios, o en términos cualitativos de respeto social. Esta diferencia en la tenencia de activos no necesariamente connota una imposición injusta de desigualdad. El daño surge cuando el significado social del privilegio de algunos en detrimento de otras clases de personas connota un estatus de seres “menos que humanos” para los menos privilegiados; cuando, en palabras de *Dred Scott*, los menos privilegiados son entendidos como “seres de un orden inferior... totalmente incapacitados para asociarse con [otros]... y tan inferior que no tienen derechos que deban ser respetados por [otros]”.

III. ¿Cómo hacer del “ideal constitucional de igualdad. . . una verdad viviente”²⁰?

La diferente connotación de los estados de “humano” y “no humano” no es necesariamente una violación de la norma de igualdad puesto que la estructura misma de la cultura humana –su constitución intelectual– implica tal proceso de diferenciación. Esta lógica interna ha sido descrita de manera convincente por la antropóloga Mary Douglas en

²⁰ Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, 20 (1958).

*Pureza y Peligro*²¹. En el título mismo del libro, Douglas indica que en términos culturales lo contrario de lo puro no es simplemente lo “impuro”, sino algo más potente y ominoso. Es decir, lo contrario de “puro” es “peligroso”. La estructura misma de la cultura humana – nuestra capacidad intelectual y emocional para construir significados inteligibles en un mundo en constante flujo sensorial, la capacidad de sentirnos seguros en un mundo lleno de amenazas– se basa en distinciones categóricas entre lo que es permisible y lo que está prohibido, entre lo sagrado y lo profano, entre lo puro y lo que es peligroso.

Como demuestra Mary Douglas, el contenido específico de estas categorías varía de generación en generación; pero a pesar de los cambios de contenido el impulso –el imperativo humano– sigue siendo el mismo en cuanto a distinguir entre las categorías de pureza y peligro, aferrándose a ellas como salvavidas en un mar turbulento. Douglas también demuestra que en momentos de gran convulsión histórica, el contenido de estas categorías aparece repentinamente inadecuado, precisamente porque su observancia no ha logrado evitar el caos. Por lo tanto, el viejo contenido se desvanece, pero la necesidad de diferenciar entre las categorías opuestas de pureza y peligro persiste y son insufladas de nuevo contenido.

Si este proceso de categorización es una característica básica de la civilización humana, si está en efecto inscrita a fuego en nuestro auto-entendimiento cultural, de ahí surgen dos preguntas. La primera pregunta: Si las categorías de lo “puro” y lo “peligroso” persisten, no es importante sin embargo tratar de cambiar el contenido de estas categorías a través de decisiones racionales? La segunda pregunta: ¿Cómo podemos generar este cambio?

Es, creo, más fácil de contestar la primera pregunta. Ésta es un problema de principios normativos; esto es, sobre la existencia de algún estándar extrínseco para juzgar la bondad de

²¹ Mary Douglas, *Purity and Danger: An Analysis of Concepts of Pollution and Taboo* (1966).

estas categorías. En otras palabras, ¿hay tipos de “pureza” intrínsecamente más “puros” que otros? ¿Hay categorizaciones de lo “peligroso” más peligrosas que otras? Diversos tipos de contenido pueden rellenar estas categorías opuestas (contenidos, por ejemplo, sobre qué y qué no comer, o cómo vestirse, o a quien dedicar nuestras oraciones). De estos diferentes tipos de contenido, yo diría que el más peligroso –el más difícil de justificar en términos normativos– es la clasificación de algunos seres humanos como “puros” y otros como “contaminados”. El sistema tradicional de castas en la India es un ejemplo de este tipo de categorización de contenidos. El tratamiento de los judíos en Europa, que culminó en el Holocausto nazi, es otro ejemplo. La situación de los afroamericanos en nuestra propia cultura es un tercer ejemplo. En la Constitución de los EE.UU., en el documento que constituye nuestra identidad nacional, nuestra propia cultura ha condenado este tipo de categorización de los seres humanos a través de la abolición de la esclavitud en la Decimotercera Enmienda, y la ampliación de ese ideal en la garantía de igualdad para todas las personas en la Decimocuarta Enmienda.

La primera pregunta es “más fácil” de responder que la segunda cuestión. ¿Cómo podemos cambiar el contenido de dichas categorizaciones cuando algunas personas son injustamente definidas como “contaminadas” en comparación con otras que son “puras”? Aquí es donde veo un papel especial para el poder judicial, y donde veo las acciones judiciales destinadas a hacer frente a la situación de los afroamericanos durante el medio siglo que va de fines de los años 30’ a mediados de los 80’ como un modelo en la implementación de este imperativo moral de intentar eliminar el estigma de la “contaminación” impuesto sobre grupo vulnerable y despreciado, de personas.

Hay tres pasos esenciales en este proceso. El primer paso es que el poder judicial tome la iniciativa en la identificación y reconocimiento público de la existencia de esta

estigmatización de algún grupo específico y su ilicitud moral. Al tomar este primer paso, el sistema judicial ofrece su reconocimiento moral a este grupo estigmatizado. Las acciones de los jueces en sí mismas le dicen a los miembros de este grupo que ya no están excluidos y abandonados, que ahora hay un nuevo testigo, un testigo público moralmente destacado, que ve y condena las indignidades y humillaciones que este pueblo oprimido habían sufrido previamente en silencio.

El segundo paso en este proceso de recuperación es que los miembros del grupo oprimido sean alentados, embravecidos por la visibilidad sin precedentes y el reconocimiento moral que los jueces han otorgado a este grupo. Los miembros del grupo oprimido se alejan de su aquiescente postura de silencio social y abiertamente, públicamente, proclaman la realidad de su sufrimiento y la injusticia del mismo. Este es el paso que tomó Rosa Parks cuando se negó a dar su asiento a un hombre blanco en un autobús público en Montgomery, Alabama. El levantamiento de Rosa Parks al permanecer sentada fue un acto revolucionario. Y no fue casual que este valiente acto haya tenido lugar en 1955, justo un año después de la sentencia de la Corte Suprema en *Brown v. Board of Education*. La acción de Rosa Parks precipitó un boicot económico del sistema público de autobuses y de las empresas blancas en general por parte de prácticamente toda la población afroamericana del Condado de Montgomery, y este boicot marcó el comienzo del movimiento moderna derechos civiles.²²

²² El papel de la Corte Suprema en precipitar este “salir del clóset” de un grupo oprimido y anteriormente silenciado queda claro en el primer discurso que Martin Luther King, Jr. dio en una iglesia de Montgomery, discurso que marcó el comienzo de la conducción por parte de King del movimiento por los derechos civiles. King dijo que en esa iglesia de Montgomery en 1955, “Vamos a trabajar con determinación incansable y audaz para obtener justicia en los autobuses en esta ciudad. Y no estamos equivocados. . . en lo que estamos haciendo. Si estamos equivocados - la Corte Suprema de este país está equivocada. Si estamos equivocados - Dios Todopoderoso está equivocado”. Citado en Taylor Branch, *Parting the Waters: America in the King Years 1954-63*, 140 (1988).

Este segundo paso –el dar un paso adelante, el salir del clóset públicamente del grupo oprimido– no puede ser ordenado por un tribunal. Sólo puede ser alentado. El grupo debe encontrar su propia voz; debe encontrar coraje en el nuevo reconocimiento que han recibido. Y si este segundo paso se produce de hecho, entonces un tercer paso se hace posible. El tercer paso es que los opresores –el grupo social favorecido, los seres humanos “puros” y “normales”– llegan a ver el sufrimiento impuesto sobre el grupo desfavorecido de una forma que potencialmente inspira un sentimiento de empatía, de compartir sus sentimientos, de reconocer los lazos humanos que les unen.

Este tercer paso no es fácil. La opresión de los grupos desfavorecidos ha sido tan humillante, tan totalizadora, precisamente porque la mantención rígida de la situación de diferenciación ha sido tan poderosamente importante para el grupo dominante, para los seres humanos “puros”, para su propio sentido de seguridad psicológica y de bienestar. Un asalto total y frontal sobre estas diferencias de estado sería enfrentado por el grupo dominante no sólo con una tenaz resistencia, sino aún más fatalmente para el éxito de la empresa correctiva, simplemente con total incomprensión; tal como si algún extranjero proveniente de Marte cuestionara la naturaleza misma de la realidad. Pero hasta que el grupo dominante, los opresores, hallan llegado a redefinir su relación con el grupo oprimido, la verdadera experiencia de la igualdad tanto por parte de los oprimidos y los opresores se mantendrá fuera de su alcance.

Esta es la razón básica de que, incluso siendo relativamente fácil identificar la ilicitud de aquellas categorías que subyugan a algunos seres humanos frente a otros, no es tan fácil poner remedio a esta subordinación de una manera que reivindique el principio de igualdad. El desafío en este proceso moral, esta experiencia social de despertar conciencias, no es simplemente que algún dictador –ya sean nueve o cinco abogados ancianos en Washington,

DC– anuncie el verdadero significado según el diccionario de la “igualdad” tal como dicha palabra aparece en el polvoriento documento histórico de la Constitución. El más profundo y verdadero desafío para esos ancianos abogados, los jueces, es traducir esa polvorienta palabra en una realidad viva en la comunidad. Para lograr esta transformación, estos jueces no pueden actuar solos. Ellos carecen realmente de este poder transformador, ya sea en la práctica o en términos morales. Tanto por razones prácticas como morales, los jueces deben recurrir activamente a los demás para obtener ayuda.

No hay ninguna fórmula multiuso que los jueces puedan seguir para enlistar a otros en esta empresa. Los jueces deben estar atentos a las particularidades de su situación cultural y deben ser hábiles en la creación de “momentos pedagógicos” que alienten a los oprimidos a hablar por sí mismos e inducir a los opresores a redefinirse a sí mismos (en particular, a verse a sí mismos como opresores, en circunstancias de que su tratamiento previo del “grupo impuro” se les presentaba simplemente como una expresión del “orden natural de las cosas”). En cuanto a la situación de gays y lesbianas, la expresión más visible de la opresión era la penalización de la sodomía en parejas del mismo sexo. La Corte Suprema de los EE.UU. debería haber comprendido su obligación de dar el primer paso en el proceso de recuperación que he esquematizado invalidando estas leyes cuando fueron impugnadas en *Bowers v. Hardwick*²³. La Corte, aunque de manera explícita y expansiva, reconoció tardíamente el error cometido diecisiete años después en *Lawrence v. Texas*, y esta acción, a su vez, ha precipitado la solicitud de reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Esta exigencia no han sido buscada, sin embargo, en los tribunales federales; casi la totalidad de los activistas han recurrido a los tribunales estatales y han basado sus peticiones en las constituciones de los Estados. Esta estrategia litigiosa es pragmática; los activistas

²³ 478 U.S. 186 (1986).

claramente prevén una acogida poco empática en los tribunales federales y, especialmente, en la Corte Suprema. Pero independientemente de los motivos de los litigantes o de los jueces federales, creo que la respuesta judicial adecuada es dejar esta cuestión en manos de los tribunales estatales y la jurisdicción constitucional de los estados. Los tribunales estatales han llegado a resultados distintos: hasta la fecha, tres han fallado en favor de un derecho constitucional de carácter estatal a contraer matrimonio para las parejas del mismo sexo (Connecticut, Massachusetts y California)²⁴, otros han dictaminado que las parejas del mismo sexo deben ser proveídas de todos los beneficios prácticos que los estados proporcionan a los matrimonios heterosexuales a través de las denominadas “uniones civiles”, sin que sea necesario otorgarles la denominación honorífica de “matrimonio” (New Jersey, Vermont)²⁵, algunos han declarado que ni el matrimonio ni las uniones civiles están garantizados por sus leyes estatales (New York, Arizona, Distrito de Columbia)²⁶ y veintisiete estados han aprobado enmiendas constitucionales que prohíben los matrimonios del mismo sexo (trece de los cuales se aprobaron después del fallo de la Corte Suprema de Massachusetts en 2003)²⁷. La multiplicidad de tribunales (y las variaciones en sus resultados) no es una lamentable falta de uniformidad, sino una ventaja en el despliegue de soluciones.

El reconocimiento estatal del matrimonio entre parejas del mismo sexo será una auténtica reparación para la larga historia de opresión contra gays y lesbianas solamente si ese reconocimiento es concedido voluntariamente por quienes antes les oprimieran. Procesos

²⁴ Kerrigan v. Commissioner of Public Health, 957 A.2d 407 (CT 2008); In re Marriage Cases, 43 Cal.4th 757 (CA 2008); Goodridge v. Dep’t of Public Health, 798 N.E.2d 941 (MA 2003).

²⁵ Lewis v. Harris, 908 A.2d 196 (NJ 2006); Baker v. State, 744 A.2d 864 (VT 1999).

²⁶ Hernandez v. Robles, 855 N.E.2d 1 (NY 2006); Standhart v. Superior Court, 77 P.3d 451 (AZ 2003); Dean v. District of Columbia, 653 A.2d 307 (DC 1995).

²⁷ Nat’l Conference of State Legislatures, *Same-Sex Marriage*, <<http://www.ncsl.org/programs/cyf/samesex.htm>>.

de reconsideración y arrepentimiento pueden ser desencadenados mediante la intervención judicial; pero debe preservarse un espacio social en el que puedan tener lugar actos voluntarios de contrición simbólica. Este espacio social puede ser proveído por el propio proceso de revisión de las reclamaciones de parejas del mismo sexo a contraer matrimonio por parte de los diversos tribunales estatales, mediante decisiones que pueden ser persuasivas pero que definitivamente no son vinculantes para las demás jurisdicciones. Las constituciones estatales, además, son relativamente fáciles de modificar por mecanismos populares mientras que la Constitución federal es prácticamente imposible de modificar. Así, sentencias de tribunales estatales que fallen a favor del derecho de parejas del mismo sexo a contraer matrimonio que no sean revertidas en las urnas transmite una clara, aunque expresada indirectamente, aquiescencia popular y aprobación efectiva. (Una adecuada supervisión judicial de este proceso es necesaria y apropiada; por lo que la Corte Suprema de California debería resolver, tal como lo está considerando actualmente²⁸, que la revocación de su sentencia mediante un referéndum no era la forma correcta de modificar la constitución del estado, sino que procedimientos de aprobación legislativa más rigurosos que involucren super-mayorías debieran preceder cualquier revisión plebiscitaria. El tribunal de California debe extender su protección a los grupos oprimidos otorgándoles ventajas legislativas, sin llegar a imponer una condición privilegiada para ellos).

En otros países, carentes de las circunstancias afortunadas del sistema federal de los EE.UU., serán necesarias otras estrategias judiciales distintas. Por ejemplo, en este momento están pendientes en Argentina –donde la cuestión se rige por una norma nacional uniforme– reclamaciones por vía judicial orientadas a obtener el reconocimiento del derecho de parejas del mismo sexo a contraer matrimonio. Yo diría que los tribunales debieran basarse en el

²⁸ Strauss v. Horton, Case No. S168047 (CA Sup. Ct. 2009).

ejemplo del gobierno provincial de Buenos Aires –el cual otorgó reconocimiento a las uniones civiles– extendiendo el dicha condición a todas las provincias argentinas, pero sin llegar al punto de ordenar a todo el país a aceptar la simbólica aprobación de los “matrimonios” del mismo sexo. De esta manera, la Corte argentina podría otorgar mayor atención y expresar respeto hacia las reivindicaciones de gays y lesbianas basadas en la igualdad, conservando espacio social para actos de expiación colectiva.

El reclamo por igualdad presentado por las personas intersexuales se encuentra actualmente en un estado distinto, tanto en la cultura de Norteamérica como de América del Sur. Apenas se ha iniciado el re-examen del carácter aparentemente “natural” de la bipolaridad en materia de identidad de género, y las propias personas intersexuales siguen siendo casi invisibles en cuanto tales. Yo diría que la mejor estrategia judicial para iniciar los tres pasos el proceso de recuperación que he mencionado sería que los tribunales invalidaran las leyes que habilitan a los padres a dar su consentimiento para la cirugía estética de sus hijos, e interpretar con amplia latitud las peticiones de los adultos intersexuales de cambiar su denominación de género en documentos oficiales del Estado, tales como certificados de nacimiento y licencias de conducir, según sean sus propios deseos²⁹.

Estas diferentes estrategias judiciales no se ajustan a la idea convencional de la “neutralidad” de la jurisdicción constitucional, ni al vigor positivista de las abstracciones

²⁹ En los EE.UU., ya existen procedimientos para “corregir” las denominaciones de género erróneas en certificados de nacimiento; lo que sugiero es que los jueces debieran establecer que estos procesos correctivos no dependen de pruebas “científicas” de la condición cromosómica o genitales del individuo, sino sólo de la forma en que el individuo se ve a sí mismo. Una posible consecuencia irónica de esta decisión sería que un adulto intersexual tendría la posibilidad de cambiar su designación de género para satisfacer su deseo de eludir las restricciones que prohíben el matrimonio entre parejas del mismo sexo. La anomalía de un individuo cambiando su identidad de género a fin de transformar un matrimonio del mismo sexo en un matrimonio heterosexual por un acto de voluntad, a su vez, ejercería cierta presión social contra la sensatez de las restricciones en sí mismas.

majestuosas de la ley. Todas las estrategias que he sugerido pueden describirse convencionalmente en términos legalistas; por ejemplo, los tribunales federales pueden justificar su negativa a revisar acciones constitucionales presentadas por parejas del mismo sexo citando precedentes en favor de la “abstención” o deferencia a los tribunales estatales sobre materias reservadas a ellos en virtud del federalismo³⁰. Sostengo, sin embargo, que los tribunales pueden y deben ver estas coyunturas jurisdiccionales no como mandatos abstractos autoejecutables, sino como oportunidades para realizar los objetivos del principio de igualdad.

³⁰ En *Morrison v. United States*, 529 U.S. 598, 616-18 (2000), la Corte Suprema invalidó la ley federal contra la violencia contra las mujeres, argumentando que regulaba impermisiblemente asuntos que eran “auténticamente locales” en lugar de “auténticamente nacionales”, citando como ejemplo de la categoría de lo “auténticamente local” “el matrimonio, divorcio, y cuidado de los hijos”. Esta podría ser una base doctrinal para la deferencia federal a favor de la jurisdicción constitucional de los estados en relación al matrimonio entre parejas del mismo sexo. (Aún más, la designación en *Morrison* de “matrimonio” como algo “auténticamente local” debiera demostrar que cuando un estado declara que el “matrimonio” está disponible para parejas del mismo sexo, el gobierno federal no puede inmiscuirse en esta decisión estatal sino que debe deferir a la regla local. Sobre la base de esto, en relación a parejas del mismo sexo válidamente casadas (como por ejemplo en Massachusetts, Connecticut o California), los tribunales federales debieran revocar la Defense of Marriage Act (DOMA), la cual restringe beneficios matrimoniales tales como los proporcionados por leyes tributarias o de Seguridad Social federales a “la unión legal entre un hombre y una mujer”, 1 U.S.C. sec. 7.)

La abstención de los tribunales federales a favor de los estatales también puede derivarse de la proposición de que al interpretar la Constitución federal, la Corte Suprema frecuentemente recurre usualmente como fuente interpretativa a las decisiones de tribunales estatales y que las cortes federales por lo tanto debieran abstenerse en favor de la jurisdicción estatal para proveer tiempo a este extenso proceso deliberativo antes de decidir definitivamente el estatuto del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Véase, por ejemplo, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 577 (2003) (sentencias de cortes estatales respaldan la invalidación constitucional de las leyes que penalizan la sodomía); *Cruzan v. Director, Missouri Dep’t of Health*, 497 U.S. 261, 277 n. 6 (1990) (sentencias de cortes estatales respaldan el derecho a rehusar tratamientos médicos que prolonguen la vida). Compárese *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 315 (2002) con *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 333-34 (1989) (cambios en el consenso nacional respecto a la constitucionalidad de ejecutar personas con retraso mental); y compárese *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) con *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989) (cambios en el consenso nacional respecto a la ejecución de menores). Véase *Smelt v. County of Orange*, 447 F.3d 673 (9th Cir.), *cert. denied*, 127 S.Ct. 396 (2006) (aprueba la abstención de las cortes federales en favor de tribunales estatales en la impugnación constitucional de leyes matrimoniales estatales restrictivas en materia de género).

La concepción del poder judicial como participante en un diálogo continuo con las autoridades nacionales y las legislaturas estatales, con los oprimidos y los opresores, es posible tanto si los jueces se ven a sí mismos aplicando el principio de igualdad como de privacidad. Sin embargo, el aislamiento social implícito en la privacidad conlleva un impulso hacia el solipsismo judicial. La aventura de la Corte Suprema de los EE.UU. iniciada con *Roe v. Wade* es la primera prueba de esta tendencia implícita en la privacidad y, en mi opinión, de la nocividad de esta tendencia. Si el derecho al aborto se hubiera basado en el principio de igualdad, como un remedio para la subordinación de la mujer, un conjunto distinto de recursos basados en intervenciones judiciales más modestas podrían haberse presentado.³¹

Si tuviera espacio y tiempo suficiente en esta presentación para ampliar esta tesis en este y otros contextos, creo que podría demostrar las ventajas en todos los casos de confiar en la igualdad en lugar de la privacidad en la evaluación de la regulación de la sexualidad. Las ventajas son todas contextuales, pero en su conjunto apoyan la tesis general que estoy proponiendo: Igualdad, si; Privacidad, no.

³¹ Para ver la elaboración de estos argumentos sobre *Roe*, véase Robert A. Burt, *The Constitution in Conflict* 344-352 (1992).