

Matrimonio y Diversidad Sexual: La Lección Sudafricana

Mariano Fernández Valle*

Este comentario, junto a los documentos que analiza, está disponible en www.anuariodh.uchile.cl

I. Aclaraciones previas (Introducción)

(1). A partir de una orden de la Corte Constitucional de Sudáfrica, el 14 de noviembre del año 2006 se sancionó con una amplísima mayoría parlamentaria¹ la “*Civil Union Bill*”, que posicionó al país como uno de los pocos en abrir su régimen matrimonial a cualquier pareja, con independencia de la identidad sexual, la identidad de género o la orientación sexual de sus miembros. Así, Sudáfrica se sumó a Bélgica, Canadá, España, Holanda y el Estado de Massachusetts (EE.UU.), que han adoptado decisiones en el mismo sentido.

Este trabajo es principalmente un comentario a diferentes aspectos de la mencionada decisión de la Corte Constitucional. No se estudiarán todos los temas que la extensa sentencia ha ponderado², sino sólo aquellos trasladables a otras realidades donde, incipientemente, comienzan a plantearse discusiones similares. Por otro lado, el trabajo no se reducirá únicamente a la sentencia judicial sino que también analizará la reforma legal que ésta ha motivado.

Así, es un breve ensayo de filosofía política, que debe leerse como una abierta defensa de un determinado entendimiento valorativo sobre la igualdad, la autonomía personal y la democracia.

(2). El matrimonio debe ser sometido a una intensa revisión para ser despojado de los diferentes parámetros de exclusión que lo determinan. A su vez, esta es sólo una de las tantas formas que pueden estipularse y exigirse para proteger los vínculos unitivos. Este escrito no es, en absoluto, una reivindicación del matrimonio como única forma de asociación afectiva entre personas.

(3). En líneas generales, el matrimonio siempre estuvo regulado por el parámetro heterosexual. Entiendo como parámetro heterosexual aquel que vincula al matrimonio con la asociación entre un hombre y una mujer. La ampliación matrimonial sudafricana quiebra ese parámetro, pero no sólo para incluir como beneficiarias a las parejas homosexuales. El nuevo régimen ampara a cualquier pareja, con independencia de la identidad sexual, la identidad de género o la orientación sexual

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires y Universidad de Palermo, Argentina. Investigador, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Asesor permanente de la Comunidad Homosexual Argentina.

¹ La Asamblea Nacional (*National Assembly*) aprobó la “*Civil Union Bill*” con 230 votos a favor, 41 en contra y tres abstenciones. Luego, el Consejo Nacional de Provincias (*National Council of Provinces*) ratificó la ley con 36 votos a favor, 11 en contra y una abstención.

² Por lo menos, existen dos importantes temas que no serán objeto de esta reseña pero que merecen un particular desarrollo. Uno de ellos tiene que ver con la discusión alrededor del remedio aplicado por el tribunal para superar la discriminación existente. Sobre este punto, el debate entre la mayoría y la disidencia es particularmente rico, y trae a colación las tensiones democráticas existentes entre el rol del Poder Judicial y el de los poderes políticos.

Por otro lado, la forma que la Corte Constitucional encuentra para compatibilizar los derechos de los ministros religiosos y los de aquellas parejas no heterosexuales que desean contraer matrimonio también merecería algunos comentarios críticos.

de sus miembros. Entonces, hablar exclusivamente en términos de matrimonio heterosexual u homosexual, de acuerdo a los significados que tradicionalmente se atribuyen a estos términos³, excluye condiciones sexuales alternativas. Ese discurso clásico sólo permite abordar el espectro de parejas constituido por las opciones hombre/hombre, mujer/mujer y mujer/hombre⁴, excluyendo a personas que no necesariamente se identifican con estas formas dicotómicas de ver al mundo, a la sexualidad y a las relaciones sociales (intersexuales, transgéneros, algunas personas transexuales, etcétera)⁵.

Esta nomenclatura reduccionista fue utilizada por la Corte Constitucional y es parte del discurso clásico, por ello inevitablemente se mencionará en el presente comentario. No es mi objetivo centrarme en esta crítica sino tan sólo dejar sentado que la reforma matrimonial de Sudáfrica, aunque no se haya hecho visible en lo discursivo, excede la dicotomía representada por la unión heterosexual o la unión homosexual, de acuerdo a sus alcances corrientes. Si bien la Corte centra el análisis en la situación de parejas gays y lesbianas, sus decisiones tienen impacto en todo el colectivo LGTTBI⁶.

II. Lo que dijo la Corte (y lo que debió decir)

El 1 de diciembre del año 2005, la Corte Constitucional de Sudáfrica, en el marco de los casos "*Minister of Home Affairs v. Fourie*"⁷ y "*Lesbian and Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs*"⁸, anuló la cláusula heterosexual del régimen matrimonial y lo extendió a cualquier pareja, con independencia de su identidad sexual, identidad de género u orientación sexual.

Cabe destacar que la totalidad del tribunal se pronunció a favor de modificar los aspectos discriminatorios del régimen matrimonial vigente. Si bien la decisión tuvo una única disidencia –Juez O'Regan–, ella no se fundó en el fondo de la cuestión debatida sino en el remedio que el tribunal debía aplicar para anular la discriminación existente. Mientras que la mayoría de la Corte estipuló

³ Estrictamente, el matrimonio heterosexual referiría a un tipo de matrimonio entre personas de diferente sexo. Sin embargo, la visión dicotómica que divide el mundo en hombres y mujeres, provoca que el único entendimiento de lo heterosexual se vincule a la unión entre un hombre y una mujer. De la misma forma, estrictamente el matrimonio homosexual referiría a un tipo de matrimonio entre personas del mismo sexo. No obstante, nuevamente la visión dicotómica reduce lo homosexual a la unión entre hombres o entre mujeres. Así, el significado tradicional de lo "heterosexual" y lo "homosexual" excluye aquello que no necesariamente se asimila a la dicotomía hombre/mujer. Para ver el *continuum* que puede darse entre hombres y mujeres, se recomienda Fausto Sterling Anne, "The Five Sexes. Why Male and Female are Not Enough", en *The Sciences*, 1993.

⁴ Y ni siquiera esto es absoluto, ya que muchos hombres que se unen con otros hombres y muchas mujeres que se unen con otras mujeres no se identifican necesariamente a sí mismas como personas homosexuales.

⁵ Esta discusión es exploratoria, nada pacífica y excede largamente el objetivo del trabajo. Basta decir que pone en crisis los alcances y la división en compartimentos estancos de conceptos tales como "sexo", "género", "identidad sexual", "identidad de género", "orientación sexual", entre otros. Destaca en este sentido la producción académica feminista postmoderna y deconstructivista, así como las teorías postfeministas y *queer*. En este comentario utilizaré identidad sexual, identidad de género y orientación sexual por creerlos, en su conjunto, funcionales e integradores de aquellas características personales que corrientemente utiliza el régimen matrimonial para excluir y discriminar (para más detalle sobre esto último, ver nota al pie N° 10 de este trabajo).

⁶ Sigla que representa al colectivo formado por lesbianas, gays, travestis, transexuales, bisexuales e intersexuales, sin perjuicio de las diferencias existentes entre cada uno de los grupos.

⁷ "*Minister of Home Affairs and another v. Fourie and another*", Case C.C.T. 60/04, 1 de diciembre de 2005. En el presente caso se cuestionó la constitucionalidad de la definición matrimonial de *common law*, que entiende al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, con exclusión de cualquier otra.

⁸ "*Lesbian and Gay Equality Project and eighteen others v. Minister of Home Affairs and others*", Case C.C.T.10/04, 1 de diciembre de 2005. En el presente caso se cuestionó la constitucionalidad de la Sección 30 (1) de la Ley de Matrimonio ("*Marriage Act*"), que establece las preguntas que deben realizar a los contrayentes quienes ofician matrimonios. La organización litigante sostuvo que la terminología incluida en dichas preguntas excluía a las parejas del mismo sexo.

un plazo de un año para que el Parlamento sudafricano cumpliera la obligación de adecuar la legislación civil a los nuevos requerimientos, el único juez que votó en disidencia creyó que los efectos de la trascendental sentencia debían ser inmediatos.

II.1. Los alcances de la discriminación matrimonial

La Corte se preguntó si la prohibición de matrimonio para la pareja litigante (integrada por dos mujeres lesbianas) y para otras parejas en la misma situación, contenida en las normas de *common law* y en la Ley de Matrimonio (*“Marriage Act”*)⁹, constituyó una discriminación del Estado basada en la orientación sexual¹⁰. La Constitución de Sudáfrica forma parte del selecto grupo de ordenamientos constitucionales que expresamente prohíben la discriminación sobre la base de la orientación sexual (Sección 9.3)¹¹. Asimismo, también establece una cláusula general que consagra el derecho a la igualdad de trato, protección y beneficios de la ley (Sección 9.1).

En este sentido, sostuvo el Juez Sachs –autor del voto de mayoría– que el daño a las parejas de personas del mismo sexo excede las privaciones de bienes materiales (*sentencia, párrafos N° 71 y 72, entre muchos otros*). La definición de matrimonio que las excluye sugiere no sólo que su compromiso, relación y amor es inferior, sino que estas personas nunca podrán ser parte de la comunidad que la Constitución promete crear con igualdad para todos (*sentencia, párrafo N° 71*). Estas parejas no son valoradas con el mismo respeto que es otorgado a las parejas heterosexuales (*sentencia, párrafos N° 71 y 81, entre muchos otros*). La exclusión de los beneficios y responsabilidades del matrimonio no es un inconveniente pequeño y tangencial sino que representa una forma radical de decir indirectamente que las parejas homosexuales son *outsiders* (*Ídem*).

Los dichos del tribunal constitucional reflejan que la discriminación opera, en primer lugar, a partir de una indebida exclusión de diferentes parejas de todos los beneficios materiales y protecciones que el matrimonio trae consigo y, en segundo lugar, a partir de la construcción de un diferente estatus como miembros de la comunidad, un estatus devaluado en razón de la orientación sexual elegida¹².

En la mayoría de los países, las personas que se apartan de la sexualidad socialmente valorada (heterosexual) representan un sector usualmente vulnerado en el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales en condiciones igualitarias. Esta circunstancia opera como trasfondo de muchas de las meticulosas alegaciones de la Corte Constitucional, que se centra particularmente en la situación social de gays y de lesbianas.

Tal como sostiene Dworkin, determinados rasgos de distinción *“son especiales sólo porque la historia sugiere que algunos grupos son más propensos a que se les niegue la consideración debida, de modo que las decisiones políticas que actúan en su contra deberían ser tomadas en cuenta*

⁹ Ver notas al pie N° 7 y 8.

¹⁰ **Como crítica a la Corte, cabe decir que la situación matrimonial analizada por ella no sólo discriminaba sobre la base de la orientación sexual sino también sobre la base del desprecio a diferentes identidades sexuales y de género. Por ejemplo, la interpretación tradicional que suele hacerse del régimen matrimonial prohíbe o dificulta esa opción a personas transexuales. Esta exclusión no se funda en la orientación sexual sino más bien en la identidad sexual y de género de las personas transexuales. El transexualismo no está basado en la relación o en la atracción hacia otras personas, sino en la construcción personal, psíquica y morfológica de la condición sexual.**

Por su parte, las personas intersexuales, a partir de no calzar adecuadamente con la categorización hombre/mujer, sufren la exclusión matrimonial por razones que no se relacionan con su orientación sexual.

¹¹ También las constituciones de Ecuador (Art. 23.3); Islas Fiji (Art. 38.2); y Portugal (Art. 13.2) prohíben explícitamente la discriminación por orientación sexual.

¹² Cabe repetir nuevamente que la Corte se equivoca cuando restringe la base de la discriminación únicamente a la orientación sexual. Ver nota al pie N° 10.

con especial sospecha”¹³. Cualquier distinción que se efectúe sobre estos parámetros se suele denominar académicamente como “clasificación sospechosa”. Es decir, frente a casos como el aquí estudiado, la diferencia matrimonial que se funda en criterios tales como la identidad sexual, la identidad de género o la orientación sexual debería ser analizada con particular sospecha.

Si bien la Corte no utilizó explícitamente este concepto de *clasificación sospechosa*, efectuó un adecuado diagnóstico de la situación de personas que se apartan del parámetro heterosexual, de sus vivencias cotidianas e históricas, de su invisibilización, de los estereotipos que las afectan y de las consecuencias del trato discriminatorio recaído sobre ellas (*sentencia, párrafos N° 71, 72, 76, 77, 78, 153, entre muchos otros*).

Sin adentrarse en la discusión sobre los límites y alcances de las *clasificaciones sospechosas*, cabe decir que ellas han operado como herramientas conceptuales que obligan a la judicatura a analizar las decisiones que impactan sobre grupos usual e históricamente desaventajados “con mayor atención”¹⁴. Y, en suma, es justo decir que eso fue precisamente lo que la Corte Constitucional hizo. Utilizó un estándar muy robusto y exigente en materia de igualdad y no discriminación. No sólo destacó la privación de beneficios materiales sino que también analizó algunas consecuencias y efectos sociales de la diferencia establecida por el régimen matrimonial. Asimismo, realizó un exhaustivo análisis y escrutinio sobre el caso, sobre el contexto y sobre los argumentos enfrentados. Todo ello, en razón de las características particulares de los grupos afectados y del tratamiento tradicional e histórico de sus problemáticas.

II.2. El simbolismo y el imaginario social

Reconocer la estigmatización y el diferente estatus de ciudadanía al cual son sometidas las personas que se apartan del parámetro heterosexual, tiene diferentes implicancias. Entonces, como dice la Corte, esto no es sólo una discusión sobre el acceso a beneficios materiales. Esta es, principalmente, una discusión sobre la forma en que se construye (y deconstruye) el imaginario social con relación a las sexualidades y las formas de asociación¹⁵.

Según creo, esta construcción del imaginario afecta a múltiples planos y permite trazar un denominador común entre situaciones que aparentemente no tienen mucha vinculación. De esta forma, existe una relación entre la configuración institucional del matrimonio y la violencia ejercida y tolerada contra determinadas personas por su identidad u orientación sexual¹⁶. Esto no significa caer en el absurdo de sostener que los peores niveles de violencia física, psíquica e institucional que sufren gays, lesbianas, bisexuales, travestis, transexuales, intersexuales y transgéneros dependen exclusivamente de las formas de regular algo tan mediato como el matrimonio. Pero tampoco significa caer en el mismo absurdo de creer que no existe ninguna vinculación entre una y otra cuestión.

Es fundamental entender la complejidad del fenómeno de la discriminación, ya que permite rearticular nuestras preferencias y reacciones frente a determinados sucesos. Quienes vean en la prohibición de matrimonio la mera privación de algunos bienes materiales seguramente tendrán un proceso reflexivo diferente al de quienes vean en esa misma prohibición una posible explicación

¹³ Dworkin, Ronald, “El Imperio de la Ley”, Editorial Gedisa, Barcelona, 1992, p. 269.

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ Para un excelente análisis del derecho como discurso social legitimador del poder, ver “El Derecho en el Género y el Género en el Derecho”, Haydeé Birgin (compiladora), Ed. Biblos, 2000.

¹⁶ Louise Arbour, la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha declarado acertadamente que “La violencia contra las personas LGTB queda con frecuencia sin denunciar, sin documentar y últimamente sin castigar. Raramente provoca debate público e indignación...” (Ver www.ilga.org/news).

a buena parte de la violencia que día a día lesiona y extermina a cientos de miles de personas por la manera en que eligen construir sus sexualidades. Los primeros, erróneamente, entenderán que esta es una cuestión menor mientras que los segundos, acertadamente, comprenderán que esta es una cuestión crítica y urgente.

Según Amnistía Internacional, actualmente más de 70 países contemplan leyes de diferente índole que penalizan las relaciones homosexuales reales o presuntas, la revelación y la defensa pública de condiciones y orientaciones sexuales diferentes a la heterosexual, el uso de vestimentas diferentes a las que usualmente se atribuyen a cada sexo, etcétera¹⁷. Asimismo, ocho países incluyen en su legislación la pena de muerte por motivos relacionados con el ejercicio de las sexualidades (Afganistán, Arabia Saudita, Irán, Mauritania, Pakistán, Sudán, Yemen y algunos estados del norte de Nigeria)¹⁸. Por su parte, en América Latina, de acuerdo con la *Internacional Lesbian and Gay Association* (ILGA), Brasil, México y Perú lideran el ranking de los países donde las personas homosexuales son víctimas de muertes violentas¹⁹. A su vez, según la organización citada, África es uno de los continentes más agresivos frente a la diversidad sexual²⁰. En definitiva, se registran día a día casos vergonzosos y oprobiosos en casi todo el globo, que evidencian muertes, abusos de autoridad, violencia extrema²¹, violaciones sexuales, y discriminación en todo plano contra grupos LGTTBI²².

Al no elaborar todo el proceso secuencial y causal reseñado en los párrafos anteriores, la Corte Constitucional sólo reflejó algunos de los efectos del imaginario social que la exclusión matrimonial ayuda, en alguna medida, a construir. Por otro lado, lamentablemente, la Corte restringió su análisis a la situación de personas gays y lesbianas, reforzando la invisibilización que sufren otros grupos sociales que viven sus sexualidades de una forma diferente. No obstante, debe destacarse especialmente que el tribunal haya comprendido que estas diferencias legales impactan en la mirada social hacia determinadas personas y en la mirada de esas personas hacia sí mismas y hacia la sociedad en general. Las críticas a su decisión sólo pueden centrarse en el grado, avance y desarrollo de dicha comprensión.

II.3. Construcción identitaria y autonomía personal

Vinculado con lo anterior, la imagen y validación social de las sexualidades tiene consecuencias directas sobre la construcción identitaria de cada persona. Con ello no pretendo decir que sólo nos constituimos como personas a partir de cómo el resto nos observa, ni que requerimos necesariamente la validación social para ello. Sin embargo, es innegable que el contexto determina en buena medida las posibilidades de desarrollo autónomo. No debe subestimarse el papel que juega la descalificación pública –y legal– de determinadas conductas humanas en quienes las practican. Por ello, las democracias constitucionales modernas nominalmente expresan un fuerte respeto a la autonomía de las personas y a su libertad para decidir cómo vivir sus propias vidas.

¹⁷ Ver Amnistía Internacional, Noticias, 1 de julio de 2006.

(<http://www.es.amnesty.org/nc/noticias/archive/2006/julio/browse/1/>).

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ Ver Diario “El País”, España, “Un Homosexual es asesinado cada dos días en América Latina, según un Informe”, nota publicada el día 10 de octubre de 2006.

²⁰ Ver ILGA, World Legal Survey, África (www.ilga.info/information/Legal_survey).

²¹ En Arabia Saudita, cuatro hombres que habían asistido a una “boda gay” fueron condenados a dos años de prisión y a recibir 2.000 latigazos. En Irán, un hombre fue condenado en 2004 a recibir 100 latigazos por actividades homosexuales. En Nigeria, un tribunal absolvió por falta de pruebas a dos personas homosexuales acusadas de sodomía, cuyo destino pudo ser la muerte por lapidación. Ver Amnistía Internacional, Informe de países 2006.

²² Ver ILGA, *op. cit.*, para un buen resumen de la situación de grupos LGTTBI en el mundo.

El principio de autonomía personal opera como resguardo del ámbito autorreferente y como obstáculo contra cualquier tipo de interferencia estatal o de terceros en los planes libremente elegidos por las personas. Pero no es sólo un derecho que opera contra esta interferencia o que protege un ámbito íntimo y privado. Es un derecho mucho más amplio, que también obliga a crear las garantías y precondiciones necesarias para la elección y materialización de todas aquellas acciones que no afecten sustancialmente la autonomía de otras personas.

Sin embargo, el respeto hacia la libre adopción de planes de vida se ha enfrentado tradicionalmente con el intento de los Estados de hacer efectivos ciertos ideales de excelencia humana o de virtud personal (“*perfeccionismo*”)²³. Así, la vida sexual y familiar constituye una de las áreas donde la interferencia “*perfeccionista*” se hace más evidente²⁴.

Pero el Estado no puede sustraer a determinadas parejas de la protección que las leyes otorgan a otras unidas en matrimonio, ya que la privación de estos derechos y la correlativa estigmatización que provoca, limitan y condicionan en gran medida la elección y materialización de planes de vida. En esa línea, la Corte Constitucional afirmó que dada la importancia y centralidad que atribuyen nuestras sociedades al matrimonio y sus consecuencias en nuestra cultura, el negar este derecho a las parejas de personas del mismo sexo representa negar su derecho a la autodefinición en una forma profunda (*sentencia, párrafo N° 72*). Asimismo, en uno de sus pasajes más destacados, la sentencia remarca que la Constitución de Sudáfrica otorga derechos que van más allá del respeto a un ámbito privado ajeno a la interferencia estatal, y que las litigantes no están reclamando un derecho a ser “*dejadas a solas*” por el Estado, sino más bien un derecho a ser reconocidas como iguales y tratadas dignamente por la ley (*sentencia, párrafo N° 78*). Con algo de poesía, la Corte también sostuvo que el “*amor que fue forzado alguna vez a la clandestinidad, ahora puede abiertamente decir su nombre*” (*sentencia, párrafo N° 78, traducción propia*).

Como parte de esta fuerte defensa de la autonomía personal, la Corte Constitucional además reseñó y respondió aquellos argumentos que corrientemente se utilizan para neutralizarla. Principalmente, abordó esta línea argumental en lo que se refiere a la relación existente entre las formas de vida ajenas al parámetro heterosexual y las corrientes religiosas que las rechazan.

Así, la Corte se pronunció sobre si la apertura matrimonial a toda pareja viola las legítimas creencias religiosas de otras personas y su derecho a profesarlas. El tribunal valoró en primer lugar la enorme importancia de la religión en la conformación de la vida pública sudafricana y en la autorrealización personal de muchas personas creyentes (*sentencia, párrafos N° 89 y 90, principalmente*). Sin embargo, señaló que una cosa es reconocer el papel importante que la religión juega en la vida pública y otra totalmente diferente es utilizar la doctrina religiosa como una fuente para interpretar la Constitución (*sentencia, párrafo N° 92*). No pueden utilizarse los sentimientos religiosos de unos como una guía para determinar los derechos constitucionales de otros (*Ídem*). Los jueces no pueden ser llamados a interpretar textos religiosos y a tomar partido en cuestiones, como la homosexualidad, que han causado cismas y discusiones profundas incluso al interior de diferentes religiones (*Ídem*).

Es claro que si la institución matrimonial se fundara en los postulados de una concepción religiosa en particular, se afectaría severamente el deber de neutralidad estatal y, correlativamente, las libertades personales y las posibilidades de profesar libremente cultos alternativos o de no profesar

²³ Este tipo de actuar es propio de concepciones “*perfeccionistas*”. Carlos Nino llama concepciones “*perfeccionistas*” a aquellas doctrinas que consideran que es “*misión del Estado también hacer efectivos ideales de excelencia humana o de virtud personal*”. Ver Nino, Carlos S. “La Constitución de la Democracia Deliberativa”, Editorial Gedisa, año 1997, pp. 75, 76 y 77.

²⁴ Nino, Carlos S. “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Ed. Astrea, año 1993, p. 308.

ninguno. Esta sería, sin más, una forma *perfeccionista*²⁵ (religiosa en este caso) de imponer a las personas determinadas ideas acerca de lo moralmente valioso, lo bueno y lo correcto, expropiando a cada una de ellas la facultad de tomar por sí misma estas decisiones.

Por otro lado, la Corte también enfrentó a quienes sostienen que abrir la legislación matrimonial y despojarla de parámetros discriminatorios violaría los derechos de un gran número de personas que se oponen a estas visiones. El rechazo a diferentes formas de construir la sexualidad, en este caso, no está dado exclusivamente por la pertenencia o la adscripción a un culto en particular, sino por la existencia de una mayoría contraria a ellas. ¿Es deber del Estado proteger a una mayoría que pretende excluir? Claramente, no. La Corte Constitucional señaló que la opinión mayoritaria a menudo puede ser áspera a minorías que existen fuera de la corriente principal y que precisamente es función de la Constitución y de la ley proteger a esas minorías de los prejuicios extensamente difundidos que operan contra ellas (*sentencia, párrafos N° 94 y 113*).

Cabe agregar, además, que no es posible desprender justificaciones normativas, valorativas o prescriptivas de la mera descripción de hechos de la realidad (práctica que se ha denominado *falacia naturalista*). La existencia de una presuposición negativa no es suficiente para apoyar su legitimidad (*en sentido similar, ver sentencia, párrafo N° 113*). Que se verifique una situación de extendida violencia, discriminación y rechazo contra diferentes alternativas sexuales no dice absolutamente nada acerca de si desde una moral crítica esas sexualidades son justificables, deseables o merecedoras de protección.

II.4. El simbolismo y el imaginario social (segunda parte)

El entendimiento de los alcances y efectos de la discriminación se pone de relieve frente a discusiones concretas. Una de ellas dice relación con la posibilidad de diseñar sistemas o legislaciones que concedan a parejas que se apartan del parámetro heterosexual el goce de los mismos beneficios que concede el régimen matrimonial, pero de una forma segregada. Si el problema de la exclusión matrimonial fuera exclusivamente la imposibilidad de acceder a determinados bienes, la solución bien podría ser el diseño de este tipo de regímenes separados. Sin embargo, la Corte Constitucional planteó un abierto rechazo a la segregación, consecuentemente con su amplia interpretación del principio de igualdad ya reseñada.

El tribunal sostuvo que debe evitarse un remedio para la situación que, en aras de ofrecer una igual protección a todas las parejas, se traduzca en razón del contexto y su aplicación, en nuevas formas de marginalización (*sentencia, párrafo N° 150*). Históricamente el concepto de “*separados pero iguales*” (“*separate but equal*”) ha servido como una forma de cubrir o camuflar el repudio hacia grupos sujetos a exclusión (*Ídem*). La cláusula igualitaria impone el deber de acordar para las parejas del mismo sexo un estatus público y privado igual al de las parejas heterosexuales unidas en matrimonio (*sentencia, párrafo N° 81*).

Así, suplantar la regulación matrimonial no discriminatoria por regímenes segregados, implica adoptar una determinación a todas luces insuficiente, que no alcanza a satisfacer un adecuado

²⁵ En el caso, los argumentos “*perfeccionistas*” también se vieron reflejados en la vinculación que el Estado y algunos *amicus curiae* señalaron entre el matrimonio y la procreación, con el objeto de descalificar y excluir a parejas gays y lesbianas. En este sentido, también la Corte desvirtuó la idea de que el matrimonio sea una herramienta que persiga el único fin de garantizar o fomentar la procreación (*sentencia, párrafo N° 86*). Razonablemente, la Corte señaló que si así fuera debería vedarse la entrada al régimen a las personas con incapacidad para engendrar o a aquellas que simplemente no desean tener descendencia. Personalmente, entiendo que esta discusión también está cruzada por el parámetro “*perfeccionista*” en la medida en que se pretende por la vía de una herramienta legal la imposición o promoción de una conducta autorreferente y de una determinada concepción acerca de lo que es una “buena pareja” (aquella que procrea).

y robusto entendimiento del principio de igualdad. Si bien estos regímenes otorgan una serie de derechos similares a los que ofrece el matrimonio civil, representan un esquema legal diferenciado para determinadas personas exclusivamente por la identidad sexual, identidad de género u orientación sexual a la que adscriben. La única base de la diferencia continúa vinculándose exclusivamente con parámetros discriminatorios, basados en la forma en que se construyen las sexualidades. Así, estos regímenes cumplen una de las demandas del principio de igualdad (ya que otorgan los mismos beneficios legales que el matrimonio civil), pero no satisfacen otra de las exigencias de dicho principio, la más trascendental, que consiste en la no estigmatización de determinados grupos sobre bases arbitrarias.

Si bien la Corte cerró la puerta a opciones institucionales segregadas, éstas estuvieron particularmente presentes en el debate que precedió a la sanción final de la “*Civil Union Bill*” que permite las uniones matrimoniales para cualquier pareja, sin discriminación. A pocos días de vencer el plazo de un año que la Corte dio al Parlamento para adecuar la legislación a los requerimientos de la sentencia, el borrador de proyecto contemplaba un régimen segregado, exclusivamente aplicable a parejas del mismo sexo, que ni siquiera era llamado matrimonio²⁶. Ese proyecto fue corregido días después, manteniendo el mismo régimen del borrador original pero abriéndolo a toda pareja (sea heterosexual, homosexual o de otro tipo). Es decir, la diferencia aún continuaba; mientras que las parejas heterosexuales podían contraer matrimonio por imperio de la “*Marriage Act*” y también unirse por medio de este nuevo régimen, las restantes parejas sólo podían acceder a este último (que, se aclara nuevamente, no era llamado matrimonio). Sólo a última hora el proyecto fue modificado, adoptándose finalmente una solución superadora pero ambigua y cuestionable.

Así, se sancionó la “*Civil Union Bill*”, que regula las uniones voluntarias entre dos personas, sea que adquieran la forma de matrimonio (*marriage*) o la forma de “*civil partnership*”. Ambas formas tienen los mismos efectos, pero se permite a los contrayentes utilizar una u otra para denominar a su unión. Sin embargo, asombrosamente, esta nueva ley no eliminó la tradicional “*Marriage Act*”, que mantiene la definición de matrimonio atada al parámetro heterosexual. Por ello, la situación actual es algo indeterminada. Las parejas heterosexuales pueden unirse como matrimonio y como “*civil partnership*” (según cómo deseen denominar a su unión) por imperio de la “*Civil Union Bill*”, pero también continúa vigente el sistema de la tradicional “*Marriage Act*”, que las contempla como únicas beneficiarias. Por su parte, la unión de las restantes parejas, como matrimonio o “*civil partnership*”, únicamente está contemplada en la nueva “*Civil Union Bill*”.

Esta situación, aunque genera confusión, puede que no tenga mayor incidencia en términos funcionales. Sin embargo, en términos simbólicos, el mero mantenimiento de un régimen exclusivo para heterosexuales (“*Marriage Act*”), de cierto modo, refuerza el estereotipo, la estigmatización y el desprecio frente a diferentes sexualidades²⁷. Por ello, esta conclusión legislativa no alcanza a satisfacer el exigente estándar propuesto por la Corte Constitucional. El tribunal expresamente declaró la inconstitucionalidad de la definición de matrimonio incorporada a la “*Marriage Act*” e impuso su modificación. Como respuesta, el Parlamento compensó sus falencias, pero por fuera de ella y sin el coraje de eliminar las disposiciones que aún mantienen la discriminación²⁸.

²⁶ Human Rights Watch envió el 19 de octubre de 2006 una carta a la Asamblea Nacional de Sudáfrica expresando severos desacuerdos con los proyectos preliminares debatidos (<http://hrw.org/english/docs/2006/10/19/safric14426.htm>).

²⁷ El Joint Working Group (consorcio formado por 17 organizaciones LGTTBI sudafricanas) declaró un fuerte apoyo a la nueva legislación, pero destacó que no fue una buena opción crear una pieza de legislación matrimonial que coexista en forma paralela a la corriente “*Marriage Act*”. Sostuvo enfáticamente que no hay ninguna defensa razonable para permitir que las parejas del mismo sexo se casen bajo la “*Civil Union Bill*” pero no bajo la tradicional “*Marriage Act*”. Ver “*Response to Passing of Civil Union Act*”, 14 de noviembre de 2006, en http://www.ilga.org/news_results.asp?FileID=923.

²⁸ El propio Gobierno tuvo que admitir que estas modificaciones fueron realizadas para cumplir a tiempo el mandato de la Corte Constitucional, que son temporales y que debe estudiarse la forma de unificar coherentemente las diferentes

II.5. Las diferentes formas de asociación

Sin perjuicio de las críticas señaladas, la nueva legislación trae consigo una interesante particularidad. La *“Civil Union Bill”*, en la medida que permite registrar y denominar a las uniones voluntarias entre dos personas no sólo como matrimonio sino también como *“civil partnership”*, acertadamente ofrece la opción de obtener los mismos beneficios pero sin tomar la carga simbólica o sacramental corrientemente asociada al *matrimonio*. Bien dice la Corte Constitucional que la concepción legal de familia y las formas que ésta puede adoptar cambian con las prácticas y las tradiciones (*sentencia, párrafo N° 72*). La Corte reconoce que quedar fuera del régimen matrimonial representa para muchas parejas quedar también fuera de eventos públicos, fiestas, conmemoraciones y aniversarios que se celebran en diversas culturas (*Ídem*). Pero también señala que otras parejas voluntariamente quieren quedar fuera de esto, evitar lo que consideran la rutinización y comercialización de sus relaciones más íntimas, y que de acuerdo con esto no buscan matrimonio (*ver sentencia, párrafo N° 72 y la muy relevante nota al pie de página N° 123 del fallo*). Así, el tribunal concluye, magistralmente, que el asunto no se vincula con la decisión que se tome como pareja, sino con el hecho de que las opciones estén disponibles para todas ellas sin discriminación (*Ídem*).

Como advertí en la introducción, este trabajo no implica comprometerse con la idea de matrimonio como única opción de asociación afectiva posible. Afortunadamente, tampoco la Corte lo ha interpretado de esa forma. El Estado también debe explorar formas de asociación y nomenclaturas alternativas, como bien se ha hecho con el *“civil partnership”*. No necesariamente es problemático convivir con diferentes formas de asociación (matrimonio, *“civil partnership”*, *regímenes de partneriano*, sociedades civiles o de convivencia, entre otras que se han ensayado). Lo problemático es que el acceso a ellas se establezca sobre la base de criterios discriminatorios, que provoquen como consecuencia la segregación y afectación de determinados grupos sociales.

Por fuera de esa discusión, que de por sí es bastante compleja, existe otra mucho más desafiante que se vincula con otros parámetros excluyentes y expulsivos de las formas tradicionales de asociación afectiva y unitiva. Así, los poderes políticos, la judicatura y la sociedad no deben sentirse atados a modelos estereotipados, como el monogámico o el de unión exclusiva entre dos personas. Estos modelos también pueden y deben ser analizados críticamente. Existen múltiples formas de comunidad de vida, basada en el consentimiento, con otras personas. Comunidad de vida que puede darse entre más de dos personas. Por ello, debe tenerse presente que las formas de protección analizadas en este trabajo sólo representan una gama de opciones dentro de muchas otras posibles.

III. La solución insuficiente (conclusión)

Sin perjuicio de algunos sutiles reparos que puedan existir, Sudáfrica ha dado una lección al resto del mundo. La judicatura ha quebrado la inercia política y ha levantado, una vez más, la bandera de aquellos grupos sociales corrientemente excluidos del goce de derechos y de los procesos democráticos de toma de decisiones.

Ojalá esto bastara para modificar la situación que día tras día sufren grandes colectivos de personas por construir sus sexualidades libremente. Sin embargo, los patrones sociales de intolerancia, discriminación y exclusión que aún persisten no cambiarán por el sólo efecto de una sentencia y una reforma legal (aunque, como se argumentó, estas decisiones son un paso indispensable para

legislaciones que se superponen en la regulación de la misma materia. Ver Business Day, 15 de noviembre de 2006, *“A watershed for SA’s democracy”*, en <http://www.businessday.co.za/articles/topstories.aspx?ID=BD4A317319>.

que ello suceda). Cabe preguntarse entonces cómo operará en el futuro esta nueva herramienta legal.

Es esperable que no todas las parejas hasta el momento excluidas puedan efectivamente registrarse como matrimonio o como *"civil partnership"* en Sudáfrica. Estos registros implican hacer públicas posibles identidades sexuales, identidades de género u orientaciones sexuales socialmente menospreciadas, y es probable que muchas personas no quieran asumir ese costo. Asimismo, en el caso particular de las mujeres que se unen con otras mujeres, el costo social es aún más alto. Ser mujer siempre representa un obstáculo adicional, lo cual demuestra cómo diferentes variables de exclusión se entrecruzan constantemente con el género. Muchas mujeres cumplen roles sociales que acentuarían el ataque discriminatorio, por ejemplo, su vinculación con el cuidado de niños y niñas o la realización de determinados trabajos. Esto también demuestra la invisibilización de muchas problemáticas de las mujeres lesbianas²⁹ y, por otro lado, la obvia necesidad de articular esfuerzos entre grupos feministas y LGTTBI. Finalmente, es aún más preocupante la situación de otros colectivos, como transexuales, transgéneros o intersexuales, cuyo ostracismo es más acentuado, y el escaso abordaje de sus problemáticas se encuentra en buena medida monopolizado por enfoques médicos y psiquiátricos.

Como corolario de este breve trabajo, debe destacarse que los grupos LGTTBI, a raíz de la histórica y constante exclusión sufrida, se encuentran usualmente fuera de los procesos políticos. La sentencia de la Corte Constitucional ha hecho el excelente trabajo de mostrar los efectos de la discriminación en la vida de personas homosexuales, aunque debió haber extendido también el análisis a la situación de otros colectivos sociales. Sin perjuicio de ello, la decisión judicial y la posterior reforma legislativa son una gran noticia para la democracia sudafricana. Las regulaciones legales que silencian y expulsan del debate público a grupos sociales no sólo menoscaban sus derechos sino que, a la vez, privan a toda persona de la posibilidad de exponerse a visiones alternativas sobre la vida, la sexualidad, la familia y las relaciones, recortando así un universo de opciones que siempre debe resguardarse.

²⁹ La violencia contra las mujeres lesbianas tiene algunas características particulares que no suelen ser suficientemente abordadas o incorporadas a los estudios generales sobre violencia contra las mujeres. La violencia sexual contra ellas, en ocasiones, no sólo está cruzada por la variable de género sino también por la de orientación sexual. Por ejemplo, existe la creencia de que la violación cambiará la orientación sexual de las homosexuales. El siguiente testimonio, de una mujer lesbiana sudafricana, víctima de violencia sexual, ejemplifica la idea: *"No paraban de insultarme y de decirme vamos a hacer de ti una mujer de verdad"*. Ver Nauru Moyiga, "Lesbianas en peligro", en www.enkidumagazine.com/art/2006/010306/E_026_010306.htm. Ver también <http://www.afrol.com/es/articles/24218>.