



**HAL**  
open science

## Una perspectiva critica del derecho del género y las sexualidades en el mundo latino

Daniel Borrillo

### ► To cite this version:

Daniel Borrillo. Una perspectiva critica del derecho del género y las sexualidades en el mundo latino. Daniel Borrillo; Victor L. Gutierrez Castillo. Derecho y politicas de las sexualidades. Una perspectiva Latino-Mediterranea, Huygens, 2013, 978-84-15663-15-7. <hal-01239224>

**HAL Id: hal-01239224**

**<https://hal.science/hal-01239224v1>**

Submitted on 7 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

## UNA PERSPECTIVA CRÍTICA DEL DERECHO DEL GÉNERO Y LAS SEXUALIDADES EN EL MUNDO LATINO

Daniel Ángel BORRILLO

**SUMARIO:** Introducción: El mundo latino y el Derecho; 1. La libertad sexual: 1.1. La indiferencia moral del Estado; 1.2. El pánico moral; 1.3. El laberinto de la sexualidad; 2. La neutralidad ética del Estado laico en materia sexual; 3. Crítica de las instituciones sexuales: 3.1. Una visión post-estructuralista y post-feminista del Derecho; 4. El género como categoría impuesta por el Estado; 4.1. El sexo en las partidas de nacimiento; 5. La orientación sexual: entre la raza y la clínica. 6. La diferencia de sexos como *conditio matrimonii*: 6.1. La voluntad no tiene sexo; 7. La filiación no es un fenómeno natural: 7.1. La convención (y no la naturaleza) como base de la filiación; 8. La familia es también una construcción artificial. 8.1. El contractualismo en el ámbito familiar; 9. Conclusión.

### Introducción: El mundo latino y el Derecho

El coloquio organizado en la Universidad de Jaén – en el corazón de Andalucía, tierra celebrada por Miguel Hernández cuando en 1937 escribía respecto de aquella ciudad: «Dentro de la claridad del aceite y sus aromas, indican tu libertad la libertad de tus lomas» – constituye el primer evento tendente a poner en marcha un espacio de reflexión crítica sobre las sexualidades en el marco cultural de lo que podríamos denominar la latinidad.

A fin de descartar cualquier malentendido, es necesario señalar que el concepto de latinidad no se refiere únicamente a una tradición cultural relacionada con la herencia greco-romana, el Renacimiento, el humanismo y, desde la perspectiva del Derecho, ciertos principios como la preeminencia de la ley, la lógica deductiva, el arte de la retórica, o ciertas expresiones artísticas como el barroco o la ópera sino que comporta también la relación permanente con las principales culturas que la enriquecieron y le dieron su contorno actual: el mundo judeo-cristiano, el mundo árabe, la cultura africana, los pueblos originarios de América...

La latinidad es entonces diálogo y mestizaje<sup>1</sup>. No se trata de una identidad fija sino de un punto de apoyo flexible que nos permite situarnos sin necesidad de

<sup>1</sup> Ver la conferencia de MORIN, E., «La latinité»: <http://ressources-cla.univcomte.fr/gerflint/Monde1/Morin.pdf>

arraigarnos. Como subraya Edgard Morin, el término «latino» debe ser utilizado como un adjetivo y no como un sustantivo.

La globalización es un fenómeno habitual para el mundo latino que desde el imperio romano, los imperios precolombinos y los imperios coloniales de Francia, España y Portugal han otorgado, para bien o para mal, el carácter (o la pretensión) universal a dichas civilizaciones<sup>2</sup>. Pero la globalización actual, debido a las nuevas tecnologías de la comunicación, se nos aparece como potencialmente uniformizadora y debilitadora de la diversidad cultural. Así, hemos creído oportuno abrir un espacio de reflexión en el que las lenguas y las culturas latinas aparezcan como telón de fondo de nuestros intercambios. La lengua constituye el principal elemento ya que al vehicular un universo de representaciones y valores dibuja el espacio cultural de la latinidad delimitado por todos los dialectos contemporáneos del latín. Es por ello que hemos escogido el francés, el español, el italiano y el portugués como principales lenguas de comunicación, sin que ello signifique descartar cualquier otro idioma latino<sup>3</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, los países latinos de Europa y América se caracterizan por el lugar destacado del estudio de la Filosofía del Derecho en las universidades. La supremacía de la ley como expresión de la voluntad popular y la necesidad de desarrollar los mecanismos de debate y deliberación democrática que permitan esclarecer los diferentes argumentos necesarios para la adopción de leyes representativas del sentimiento popular son también elementos característicos de la cultura jurídica latina. El gusto por la filosofía jurídica y el lugar que ocupa la ley en las fuentes del Derecho no pueden entenderse sin la vocación universalista del pensamiento jurídico latino. La separación entre el ámbito público y el privado<sup>4</sup> constituye otro principio político de la latinidad que, junto con la laicidad, ha permitido dejar fuera de la autoridad de los magistrados los actos privados de las personas y sus convicciones más íntimas<sup>5</sup>.

2 El edicto de Caracalla de 212 otorga la ciudadanía a todos los hombres libres del imperio romano.

3 Una experiencia enriquecedora del encuentro en Jaén ha sido la posibilidad de expresarnos en nuestras lenguas y poder así comunicar todos los matices y las sutilidades del pensamiento sin necesidad de traducir sistemáticamente.

4 El TEDH estatuye que «La faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps», ver TEDH, *Pretty c. Royaume-Unie*, 29/4/2002.

5 Ver ATIENZA, M., «Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino»: [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13159/1/DOXA\\_30\\_54.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13159/1/DOXA_30_54.pdf)

En el seno de la tradición continental nacen también aunque más tarde las teorías críticas del Derecho<sup>6</sup> que permiten revelar los intereses y contradicciones ocultos detrás del formalismo jurídico. La crítica constituye el elemento necesario para que, por ejemplo, la igualdad no se transforme en uniformización y la libertad en justificación de la dominación.

Se trata así de cuestionar, desde el espacio académico, las categorías jurídicas que organizan las relaciones personales y sociales.

Al tomar como objeto de análisis las sexualidades y las normas que las gobiernan desde una perspectiva crítica<sup>7</sup>, intentaré proponer algunos elementos para el debate de nuestro fuero sobre el género y las sexualidades en el mundo latino. En primer lugar analizaré la cuestión de la libertad sexual y la necesidad de pensar la neutralidad ética del Estado laico en materia sexual. Luego, a partir de la crítica de las instituciones sexuales y de una visión post-estructuralista y post-feminista del Derecho, trataré de la pertinencia del género como categoría de identificación impuesta por el Estado. También la orientación sexual será sometida a un análisis crítico a fin de determinar los límites de su capacidad emancipadora. Como la sexualidad ha sido interpretada en tanto que fundadora de las relaciones familiares y filiales es necesario repensarla de modo autónomo, es decir fuera del orden jerárquico del género e independientemente de su finalidad reproductiva. Para ello la vieja figura latina del contrato, revisitada y

6 Las teorías críticas del Derecho tienen su origen en el pensamiento marxista y la Escuela de Francfort. Se desarrollan posteriormente en Francia con los trabajos principalmente de Michel Miaille, Antoine Jammeaud y Jacques Derrida. En dicho capítulo la teoría crítica no se refiere tanto al marxismo como explicación global sino más bien a la metodología que consiste en poner de manifiesto el sentido político oculto de las categorías jurídicas. Respecto de la sexualidad, los trabajos de Simone de Beauvoir y Michel Foucault constituyen los pilares del pensamiento crítico aunque más tarde muchas de esas ideas se hayan divulgado bajo la denominación de *Queer Theory*.

7 El presente capítulo es una versión reformulada y completada de un artículo publicado en la revista *Direito, Estado e Sociedade* n.º. 39 bajo el título « Escapar del género: por una teoría Queer del Derecho de las personas y las familias ». El término «queer» ha sido reemplazado aquí por la expresión «teoría crítica» o simplemente «crítica». El uso del vocablo inglés queer (bizarro, extraño, anormal, torcido, maricón...) ha eclipsado el contenido de dicha teoría que, inventada por la profesora italiana Teresa de Lauretis, se funda en los principales presupuestos del pensamiento existencialista y de otras corrientes críticas francesas como la obra de Guy Hocquenghem, Monique Wittig, Michel Foucault, Jacques Derrida y, en menor medida, Jacques Lacan. La crítica a las formas institucionales de subjetivación y a todas las formas de esencialismos han sido tomadas de dichos autores por lo que se dio en llamar en el campus americano «Teoría Queer», pero como, según su propia inventora, hoy en día «lo queer no es más que una criatura de la industria editorial conceptualmente vacía», lo mejor es volver la mirada a los autores europeos que le dieron su contenido y su sentido verdaderamente crítico.

actualizada por los imperativos de igualdad, constituye un elemento vital para pensar un Derecho de la sexualidad de carácter individual a la vez integrador de la diversidad y emancipador respecto de ciertas identidades no escogidas que a menudo encierran a las personas en categorías rígidas.

## 1. La libertad sexual

La libertad sexual es la capacidad de actuar eróticamente sin coacción y de expresarse sexualmente según su propia elección. La voluntad y el consentimiento constituyen los pilares en los que reposa la libertad sexual. Como cualquier otra libertad, se compone de dos elementos indisociables: el derecho del individuo a ejercerla y la obligación de todos los miembros de la sociedad de abstenerse de interferir. El único límite a dicha libertad debiera ser aquel de no perjudicar al prójimo. Sin embargo, cuando pensamos en la sexualidad como expresión de la libertad nos enfrentamos a la siguiente paradoja: las sociedades modernas que no cesan de celebrar la autonomía del individuo y que proclaman la separación de la iglesia y el Estado, continúan sin embargo abordando la moral sexual desde una perspectiva religiosa.

Es unánimemente admitido que la naturaleza misma de nuestra democracia nos conduce a la protección de todas las formas de libertad (expresión, comercio, prensa, circulación...). A pesar de ello, la libertad sexual es sistemáticamente presentada desde un punto de vista negativo y en cuanto nos alejamos de lo que es considerado como sexualmente normal, las nociones de «dignidad humana» o de «cuerpo fuera del comercio» sirven para justificar los límites a la libertad de disponer de sí mismo, de su propio cuerpo y de su sexualidad. Es como si al evocar la sexualidad, la libertad se eclipsara por el abuso, la explotación o la alineación que la primera conllevaría necesariamente. Dicha incapacidad para pensar el ejercicio de la sexualidad como cualquier otra libertad tiene su origen en la cultura erótica occidental. El cristianismo ha jugado, sin duda alguna, el papel principal en la representación social de la sexualidad. Si el matrimonio es presentado hoy en día como el espacio de la sexualidad legítima, en realidad el ideal sexual de la Iglesia continuó siendo la abstinencia. Manifestación por antonomasia del pecado, el sexo debe ser esquivado, ejercitando constantemente la vida espiritual. No hay que olvidar que la vida monacal fue durante siglos el modelo a imitar. Pero esto pertenece, en realidad, al universo teológico. En una sociedad democrática, la neutralidad moral del Estado debiera constituir la principal condición para garantizar la libertad individual.

### 1.1. La indiferencia moral del Estado

Este principio (del que hablaremos más extensamente en el punto 2) se funda en la idea de que el Estado debe abstenerse de indicar lo que es bueno o lo que es malo para nosotros y limitarse estrictamente a sancionar los comportamientos per-

judiciales al prójimo. Contrariamente al Estado paternalista, el Estado democrático no se substituye a las elecciones de los individuos. Estos últimos son los únicos capaces de determinar aquello que les conviene.

En tanto que manifestación de la vida privada, la libertad sexual debiera implicar entonces la posibilidad de tener relaciones sexuales con quien se desee y en las condiciones que se convengan con otros adultos. La libertad sexual implica asimismo el derecho de elegir mantener relaciones sexuales con una o varias personas, de manera esporádica o regularmente, de forma gratuita u onerosa. Cada uno debe además sentirse libre de expresarse eróticamente como le convenga: la caricia y la paliza (consentida libremente) constituyen dos formas legítimas de las manifestaciones sexo-afectivas.

Lamentablemente, dicho paradigma que debiera constituir la base de nuestro sistema moral y jurídico se encuentra en crisis profunda. Así, respecto a la libertad de entregarse a juegos eróticos de naturaleza sadomasoquista, el Tribunal Europeo de derechos humanos da la razón a aquellos Estados europeos que penalizan dichos actos en nombre de la integridad física de quienes libremente los practican. Una sentencia de 1997 confirmó el fallo de un tribunal británico que había condenado a un grupo de homosexuales a cuatro años de prisión por lesiones corporales producidas por prácticas sadomasoquistas<sup>8</sup>. A pesar de que los rituales de flagelación con cera caliente, anzuelos y agujas se realizaban en un club privado y aunque nunca fue necesario solicitar la intervención de un médico, un tribunal del Reino Unido condenó a los participantes y fue necesario que éstos recurriesen ante el Tribunal europeo, esperando anular la decisión inglesa. De manera sorprendente, el Tribunal europeo justificó la legislación inglesa y confortó al gobierno de dicho país que considera que el sadomasoquismo no constituye una «expresión sexual» sino un «acto de violencia» y que a pesar del consentimiento de las personas que lo practican, dichos actos «se pueden comparar a torturas genitales». Para las autoridades británicas y el Tribunal de Estrasburgo, el sadomasoquismo «atenta al respeto que los seres humanos se deben unos a otros». En nombre de la salud y la «protección de la moral», los jueces confirmaron la prohibición del sadomasoquismo en el Reino Unido. Pero ¿a qué moral se refieren los jueces de Estrasburgo? En cualquier caso no a la moral laica y democrática. Como hemos visto, la moral sexual del Estado democrático se funda en la capacidad para consentir, vale decir que si el individuo es mayor de edad, no se encuentra bajo presión física o psíquica y no fue inducido a error no existe razón alguna para que el Estado prohíba las prácticas sadomasoquistas. Si además se trataba de heridas leves que de ninguna manera conllevaban daños irreversibles para la salud o la integridad física, lo que resulta inmoral en el caso en cuestión es justamente que el Estado penalice dichas prácticas ya que se trata de una injerencia abusiva en la vida privada.

8 TEDH, *Laskey, Jaggard y Brown vs. Reino Unido*, 19 de febrero de 1997.

Progresivamente, la noción de dignidad humana es invocada como base argumentativa para prohibir determinadas prácticas sexuales. De naturaleza emancipadora cuando se refiere a la protección de terceros, la noción de dignidad humana aplicada a la protección del individuo se puede tornar en un instrumento de censura y restricción de la libertad individual.

De origen metafísico y de inspiración cristiana, el concepto de dignidad humana constituye una forma desacralizada de intervención teológica en la vida de los individuos. Según dicha ideología, la persona participa de la Humanidad y es en nombre de dicha parte de humanidad que el Estado tiene el derecho de intervenir inclusive contra la voluntad del individuo. Con el fin de defender la dignidad humana contra la libertad sexual, una alianza objetiva se anudó entre el feminismo materialista y las fuerzas conservadoras. El caso de la feminista (teórica del Derecho) Catharine MacKinnon que preparó las bases ideológicas de la lucha contra la pornografía en la época de Reagan constituye un ejemplo paradigmático de dicha alianza<sup>9</sup>.

## 1.2. El pánico moral

Luego de los Estados Unidos, una ola de penalización de la sexualidad comienza a ganar las legislaciones y la jurisprudencia de los países europeos. En Francia se consiguió sancionar indirectamente la prostitución y en Suecia no solo las y los prostitutas son perseguidos por la ley sino también los clientes. En nombre de la dignidad humana se multiplican los informes oficiales tendientes a censurar la pornografía inclusive aquella consumida por adultos.

Otro asunto relacionado con prácticas sadomasoquistas ha llegado al Tribunal europeo<sup>10</sup>. Se trataba esta vez de un caso en el que un tribunal de Amberes había condenado a un médico y un juez por violencia física contra la esposa de este último. Como los gays ingleses, los dos belgas fueron condenados por lesiones y heridas provocadas por las sesiones sadomasoquistas que consistían en «golpear a la víctima, colgarla por los pezones e introducirle en la vagina y en el ano vibro-masajeadores, el puño de la mano, pinzas y pesas...». La mujer declara ser consciente de sus actos y deja sentado que fue ella quien solicitó a su marido que la lleve a clubes privados sadomasoquistas. Sin embargo, el tribunal europeo consideró que la injerencia de los poderes públicos no es contraria al derecho a la vida privada protegido por el Convenio europeo ya que existen «razones particularmente graves» que la justificaron.

9 GAUDREAU-DESBIENS, J., *Le sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Québec, Liber, 2001.

10 TEDH *K.A. y AD vs. Belgium*, 17 de febrero 2005.

Aunque el motivo invocado sistemáticamente por las autoridades es la lesión física (que no puede justificarse por aplicación del principio del derecho penal según el cual el consentimiento de la víctima no borra el crimen) en realidad lo que está en juego es el estatuto del sexo y del erotismo extremo. Después de todo, la cuestión de las lesiones físicas voluntarias ha sido planteada numerosas veces ante los tribunales en particular respecto de la práctica deportiva del boxeo o religiosa de la flagelación. Del mismo modo las intervenciones quirúrgicas, los tatuajes y el body piercing constituyen injerencias a la integridad física que no producen efectos penales. En efecto, ante dichos casos, los jueces no dudaron en considerar que las heridas provocadas por dichas prácticas constituían una excepción y que no podían ser penalizadas como si se tratara de simples lesiones. ¿Porqué entonces no aplicar dicho razonamiento también al sadomasoquismo?

La respuesta me parece bastante simple: porque no se trata de deporte, religión, medicina o estética (actos valorados socialmente) sino de sexo. Este último continúa siendo un tabú en nuestra sociedad y los jueces reproducen la ideología antisexual que caracteriza nuestra cultura. No es desde el placer y el deseo que se piensa la sexualidad sino desde la norma de la monogamia reproductiva fundada en el amor. El sadomasoquismo interpela nuestros valores ya que subvierte, más no sea lúdicamente, las representaciones en las cuales se funda la moral sexual occidental. Al poner en escena la dominación y hacer de ésta una práctica controlable y negociable por los individuos que libremente participan en ella, no sólo ridiculiza al romanticismo amoroso sino que también «machaca» a los órganos genitales (en lugar de celebrarlos como lo hace el modelo erótico dominante). A diferencia de las relaciones eróticas consideradas como normales, vale decir fundadas en el amor y potencialmente reproductivas, el sadomasoquismo no tiende a ocultar la dominación sexual detrás del velo romántico del amor sino que por el contrario la manifiesta de la manera más cruda. Esta representación, a menudo de alto contenido estético, subvierte los valores dominantes a través de la parodia del poder masculino.

Va inclusive más lejos ya que en muchos casos el sadomasoquismo minimiza la sexualidad para instaurar en su lugar una forma de placer sin intercambio genital. Para Foucault, el ejercicio del placer físico puede constituir la base de un proceso de subjetivación alternativo. Podemos así inventar nuevas formas de relacionarnos con los otros y con nosotros mismos. El sadomasoquismo es para Foucault un ejemplo de subjetivación. Según el filósofo francés, no puede concebirse como una práctica violenta del acto sexual sino que representa más bien una posibilidad de creación de nuevos placeres: «Hay en el sadomasoquismo una suerte de creación que se caracteriza por lo que doy en llamar la desexualización del placer. Encuentro muy errada la idea según la cual el placer corporal debería provenir siempre del placer sexual y la idea de que el placer sexual es la base de todo placer posible. Las prácticas Sadomasoquistas muestran que podemos producir placer con cosas extra-

ñas, con partes extrañas de nuestro cuerpo, en situaciones peculiares»<sup>11</sup> El sadomasoquismo crea, según David Halperin, una nueva cartografía corporal del placer en la cual los órganos genitales dejan de ser la capital del placer<sup>12</sup>.

Teniendo en cuenta la crítica de Foucault, vemos pues que, más allá del sexo, lo que los jueces realmente condenan es el ejercicio del placer, de un placer por el placer mismo sin otra finalidad que el éxtasis del deseo. De un deseo que no nace del ideal romántico del amor espiritual que se encarna en el cuerpo de los amados sino de la práctica extrema de cuerpos que se encuentran en comunicación gracias a un lenguaje poco convencional. Lo que se castiga es justamente éste lenguaje, considerado erróneamente por la cultura sexual dominante como violencia.

El sadomasoquismo es una representación de la dominación pero no tiene nada que ver con la dominación real. Los ritos de sumisión no son más que formas litúrgicas del placer.

En nombre de la protección de los individuos, lo que los jueces hacen es impedir la libre circulación del placer y en lugar de sancionar al sadomasoquismo (comparándolo con la agresión física) deberían haberse tomado el trabajo de comprender esta forma de expresión del placer humano. En lugar de garantizar los espacios de libertad sexual construidos por individuos autónomos, los jueces imponen una visión normalizadora de la sexualidad.

La prostitución y el sadomasoquismo son figuras interesantes ya que nos permiten reflexionar acerca de la libertad sexual de una manera radical. Si somos libres de disponer de nuestros cuerpos para establecer relaciones sexuales fundadas en el amor y la ternura también deberíamos serlo para todas las otras formas de expresión sexual aunque sean socialmente menos valorizadas.

### 1.3. El laberinto de la sexualidad

La actividad sexual como tantas otras acciones humanas se caracteriza por su variedad y complejidad. Hay quienes sólo encuentran en ella una fuente de placer, quienes renuncian al sexo por abnegación religiosa<sup>13</sup>, quienes hacen de él una actividad comercial y quienes lo viven como una obligación moral. Algunos lo eligen y otros lo padecen. Hay quienes disfrutan con personas de su propio sexo, quienes prefieren al sexo opuesto y a quienes les da lo mismo uno u otro

11 «Michel Foucault, una entrevista: sexo, poder y política de la identidad» en FOUCAULT, M., *Estética, ética y hermenéutica*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 419-420.

12 HALPERIN, D., *Saint Foucault*, Paris, Epel, 2000.

13 BROWN, P., *The Body and Society: Men, Women, and Sexual Renunciation in Early Christianity*. New York, Columbia University Press, 1988.

sexo. Algunos lo hacen únicamente por amor, otros para sufrir y hay quien no siente nada con ello<sup>14</sup>.

Durante siglos, sexo y reproducción se encontraron tan íntimamente relacionados que no se concebía el uno sin el otro. Aunque el ideal sexual del cristianismo primitivo había sido la abstinencia, la visión pragmática de San Pablo y su pesimismo respecto de la naturaleza humana lo llevó a pronunciar la célebre sentencia: «es mejor casarse que quemarse» (1 Corintios 7:9), haciendo del matrimonio el único espacio legítimo de la sexualidad humana.

Si la religión ha delimitado durante siglos el territorio de lo permitido y lo prohibido en materia sexual, el siglo XIX se caracteriza por la emergencia de discursos con pretensión científica respecto de la sexualidad sana y la patológica. Los sexólogos en su delirio taxonómico han pergeñado la noción de *parafilia* para patologizar los comportamientos sexuales que no encuentran la fuente del placer en la copula heterosexual clásica (pene-vagina) sino en alguna otra actividad que pueda sustituirla. Así, a la atracción sexual por personas del mismo sexo se la designa como homosexualidad; al deseo sexual por personas discapacitadas se lo denomina *abasiofilia*; la *ligofilia* hace referencia a quienes se excitan en lugares sórdidos y oscuros. Sadomasoquistas, fetichistas, zoófilos, gerontófilos y pedófilos pueblan las enciclopedias y los tratados de sexología. Hay libertinos que reivindican la promiscuidad como un gesto político e inclusive quienes, por respeto al *debitum conjugalis*, copulan exclusivamente con sus cónyuges. Existen pues tantas sexualidades como individuos que las practican. Ahora bien, una regulación justa de la sexualidad debe poner entre paréntesis los diferentes significados que cada uno imprime a su vida erótica, la cual, al llevarse a cabo entre adultos, goza de plena legitimidad, más allá del contenido que cada quien le dé a la misma. De tal modo que, junto con la ausencia de daño a terceros, el consentimiento manifestado libremente, constituyen los únicos elementos de apreciación jurídica. Todo lo demás es irrelevante pues pertenece al ámbito de la vida privada.

En este contexto, la sexualidad no goza de especificidad alguna y, mal le pese a los psicoanalistas y otros guardianes del orden simbólico, el Derecho no puede reservar un tratamiento de excepción a una actividad desprovista precisamente de excepcionalidad. Una lectura de la sexualidad emancipada de la tradición religiosa, de las teorías psicoanalíticas y también de la carga afectiva propia a la visión romántica dominante, implica el abandono de cualquier pretensión excepcionalizadora y sacralizadora de la actividad erótica<sup>15</sup>.

14 JOHNSON, Myra T., «Asexual and Autoerotic Women: Two Invisible Groups», in GOCHROS, H. L. GOCHROS, J.S. (Dir.) *The Sexually Oppressed*. New York, Associated Press, 1977.

15 RUBIN, G., *Surveiller et jouir. Anthropologie politique du sexe*, Paris, Epel, 2010.

## 2. La neutralidad ética del Estado laico en materia sexual

Contrariamente a la moral religiosa que impone un sentido unívoco de la sexualidad, el Derecho de los Estados laicos debe renunciar a tal pretensión. El abandono de un modelo erótico uniforme implica la constatación del pluralismo sexual y la equivalencia de todas las manifestaciones sensuales, de tal modo que ninguna sexualidad en particular debe ser promovida por el Estado, en detrimento de otras manifestaciones sexuales. Así, el matrimonio y la prostitución, el amor romántico y el sadomasoquismo merecen ser tratados del mismo modo por el Orden Jurídico, en tanto se trate de actos libremente consentidos<sup>16</sup>.

Si bien no existe una definición del consentimiento en el código civil, el mismo señala aquello que puede producir su alteración, nulidad o inexistencia. Son vicios del consentimiento, el error, el engaño, el fraude, la violencia física o la intimidación y la dominación económica (llamada lesión: negocio jurídico lesivo o usurario, por el que una de las partes sufre un perjuicio en razón de la desproporción entre las prestaciones). Un acuerdo de voluntades entre personas capaces y sin vicios del consentimiento produce los mismos efectos que la ley respecto de las partes.

A efectos de garantizar la pluralidad sexual, el Estado moderno se basa en el principio de la neutralidad ética, vale decir que el Derecho es indiferente respecto a las concepciones sustanciales del bien y se limita a garantizar el respeto de las condiciones antes señaladas (capacidad plena, consentimiento desprovisto de error, dolo, violencia y lesión). Lo que hace justo a un Estado no es el objetivo, el *telos*, la finalidad a alcanzar sino precisamente el renunciar a escoger con antecendencia entre objetivos y finalidades concurrentes<sup>17</sup>. Todo acto sexual practicado libremente entre adultos, que no produce un daño a terceros queda fuera de la evaluación jurídica y debe, por ende, encontrarse desprovisto de sanción legal.

El Derecho no debe promover una moral sexual en particular de lo contrario se convierte él mismo en inmoral: la neutralidad ética garantiza el pluralismo pues el Estado se abstiene de promover una forma de sexualidad en detrimento de otras. El ciudadano adulto es el único capaz de determinar aquello que le conviene sexualmente. La libertad se transforma en tiranía cuando el Estado sabe mejor que nosotros mismos lo que es bueno para nosotros e intenta imponérselo<sup>18</sup>.

Desacralizar la sexualidad significa abandonar la lectura religiosa de la misma y también sacarla del espacio de la excepcionalidad (en el que las teorías psicológicas

16 BORRILLO, D., *Le droit des sexualités*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009.

17 RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*. México, Fondo de cultura económica, 1era edición en español, 1979 (1er edición en inglés en 1971).

18 BERLIN, I., *Four Essays on Liberty*. 1<sup>er</sup> edición 1969, Oxford, Oxford University Press, 1990.

la han encorsetado) aplicándole las reglas del Derecho común. Como el comercio, la navegación o el trabajo, la sexualidad se somete así a los mismos principios que regulan éstas otras actividades. Al fin de cuentas, la sexualidad no es otra cosa que una componente más de la vida humana.

### 3. Crítica de las instituciones sexuales

Los primeros trabajos críticos sobre el género provienen de intelectuales comprometidos con el movimiento feminista y tienen en común el cuestionamiento del universalismo, presentado hasta entonces como exclusivamente masculino. Los estudios de Jeanne Bouvier<sup>19</sup> o Leon Abensour<sup>20</sup> a comienzos del siglo XX así como la obra de Edith Thomas en los años 50, por citar algunos de los ejemplos más significativos, han intentado escribir la historia desde la perspectiva ignorada de la mujer.

Si el feminismo permitió sacar a la luz la mitad oculta de la humanidad no ha dejado, sin embargo, de razonar en términos binarios es decir presuponiendo la existencia de dos géneros estables. Conocida como diferencialismo, dicha corriente feminista sostiene que el acceso a la igualdad debe realizarse teniendo en cuenta la especificidad de uno y otro sexo: «Al simbolismo fálico, hay que oponer el simbolismo uterino polimorfo»<sup>21</sup>.

El Derecho es denunciado por el feminismo como un instituto masculino y para democratizarlo bastaría pues con feminizarlo. Este objetivo, reivindicado por una parte del feminismo institucional, pone de manifiesto la continuidad del pensamiento binario inclusive dentro de la estructura crítica producida por dicho movimiento político<sup>22</sup>. Así pues, el aporte del primer feminismo (o feminismo clásico) no radica en la contestación de la categoría género en tanto que tal sino en la denuncia de la dominación de un género sobre otro. Ello explica porque el primer paso para poner fin a tal dominación haya sido la disociación entre sexualidad y reproducción, gracias a la legalización de los métodos anticonceptivos. Dicha legalización, además de su aporte emancipador, significó un cambio epistemológico fundamental ya que ha permitido pensar la sexualidad como una

19 BOUVIER, J., *La lingerie et les lingères*, G. Doin, Paris 1928.

20 ABENSOUR, L., *La femme et le féminisme avant la Révolution*. 1<sup>er</sup> edición, Paris, Ernest Leroux, 1923. ABENSOUR, L., *Le féminisme sous le règne de Louis Philippe et en 1848*, 1<sup>er</sup> edición, Paris, Plon-Nourrit, 1913.

21 IRIGARAY, L., *Ce sexe qui n'en est pas un*, Paris, Minuit, 1977.

22 HALLEY, J., «Le Genre Critique: Comment (ne pas) genrer le droit?» *Jurisprudence Revue Critique*, Paris n.º. 2, 2011, p. 109-132.

actividad con significado propio, independientemente de las consecuencias que aquella conlleve. Entonces, si ya no es más la reproducción lo que justifica la sexualidad, pues es legítimo mantener relaciones no reproductivas, la sexualidad entre personas del mismo sexo deja, a fortiori, de ser un tabú y progresivamente su estigmatización se fragiliza.

### 3.1. Una visión post-estructuralista y post-feminista del Derecho

Sin renunciar al aporte fundamental del feminismo, una perspectiva crítica debe ir aún más lejos. A partir del cuestionamiento de la idea que considera anormal aquellos comportamientos sexuales que se alejan de la heterosexualidad, una teoría crítica del género y la sexualidad parte del siguiente postulado: si el género es una construcción social que ha servido para organizar la jerarquía de los individuos, su crítica radical permite repensar las identidades independientemente de la lógica binaria de los sexos y la matriz heterosexual de la ley<sup>23</sup>. A partir de la obra de Simone de Beauvoir y de su fórmula revolucionaria «no se nace mujer, se llega a serlo», la perspectiva crítica prolonga los estudios de Michel Foucault, Gilles Deleuze, Félix Guattari, Guy Hocquenghem, Monique Wittig o Jacques Derrida y se consolida con la publicación en 1990 de los ensayos de Judith Butler<sup>24</sup> *Gender Trouble* y *Epistemology of the Closet* de Eve Kosofsky Sedgwick<sup>25</sup>. Conocida como *Queer Theory* según la denominación propuesta por la profesora italiana Teresa de Lauretis, dicha corriente no hace más que retomar los trabajos críticos de la filosofía francesa y adaptarlos al debate norteamericano.

Las categorías dualistas, supuestamente universales de hombre/mujer y heterosexualidad/homosexualidad son cuestionadas por dichos autores para quienes no hay dos sino una multitud de sexos ya que no es la anatomía lo que define la diferencia sino ciertos códigos culturales. La crítica radical de la categoría sexo-género-sexualidad consiste en correr el velo del dispositivo metafísico (necesario, indiscutible y natural) que condiciona tanto a los roles sociales como al deseo sexual de los individuos. La fuerza normativa de dicha categoría fue y sigue siendo la de presentarse como evidente, como algo substancial que determina naturalmente

23 BORRILLO, D., «O sexo e o Direito: a logica binaria dos gêneros e a matriz heterosexual da Lei», *Revista Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC*, Belo Horizonte, Vol. 5, nº. 2, pp. 289-321, julho/desembro, 2010.

24 BUTLER, J., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York/London, Routledge, 1990.

25 KOSOFSKY SEDGWICK, E., *Epistemology of the Closet*, Los Angeles, University of California Press, 1990.

los papeles familiares y culturales (masculino y femenino) así como la atracción erótica normal entre personas del sexo opuesto (heterosexualidad obligatoria)<sup>26</sup>.

Como el existencialismo, la teoría crítica parte de la hipótesis que el sujeto (esencia) no preexiste a la acción (existencia) y por lo tanto no hay ningún original verdadero (el sexo biológico) detrás del género (construido socialmente). El sexo, el género y la sexualidad son categorías que se retroalimentan produciendo así un dispositivo político que podría resumirse de la siguiente manera: la especie humana está dividida en dos sexos (machos y hembras) los cuales tienen características propias (lo masculino y lo femenino) que los hacen complementarios uno del otro (deseo heterosexual). Al poner de manifiesto el carácter arbitrario del dispositivo sexo-género-(hetero)sexualidad, la crítica ha permitido pensarlo como un todo sin aislar cada uno de sus componentes, como lo había hecho anteriormente el feminismo. Por ello, una teoría crítica de la sexualidad no puede inscribirse de modo pacífico en las teorías feministas tradicionales; se trata más bien de un pensamiento conflictivo de carácter post-feminista. De hecho, si los estudios feministas proponen una mirada sexuada del Derecho y de las instituciones analizando sus presupuestos y sus consecuencias a partir de la realidad propia a las mujeres, una teoría post-feminista del Derecho intenta sobrepasar dicha concepción dualista cuestionando la pertinencia jurídica de la categoría género. Una perspectiva crítica de la sexualidad resulta así deudora de Monique Wittig quien propone acabar, a través de su escritura, con «la naturalización y la universalización del pensamiento heterosexual». Según la escritora francesa, «el género en tanto que concepto, justamente como sexo, como hombre, como mujer, es un instrumento que sirve para construir el discurso del contrato social en tanto que heterosexual»<sup>27</sup>. Del mismo modo, T. Carver, tiene razón cuando afirma que el género no es sinónimo de mujer y que la confusión de los dos términos ha servido para encerrar a las mujeres en un grupo esencializado<sup>28</sup>.

Si la piedra angular del feminismo ha sido el género femenino como categoría política y la sexualidad como territorio de la dominación masculina, una perspectiva crítica extiende el horizonte para englobar también la experiencia de otras minorías sexuales al proponer una lectura antiesencialista no solamente del género sino también de todas las identidades sexuadas (orientación sexual, homosexualidad, bisexualidad, intersexualidad, transexualidad...). Entonces, más que feminizar al Derecho, de lo que se trata es de hacerlo indiferente al género. Si el universalismo y la Razón ha sido una manera de naturalizar la dominación masculina y justificar la heteronormatividad, el particularismo femenino, la subjetividad o los sentimientos no pueden constituir (por reacción) los nuevos pilares de un pen-

26 RICH, A., «Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence», *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol 5, 1980.

27 WITTIG, M., *The Straight Mind And Other Essays*, Boston, Beacon Press, 1992.

28 CARVER, T., *Gender is not a Synonym for Women*. Lynne Rienner Publishers Inc., 1996.

samiento crítico. Como subraya Janet Halley: «el género masculino o femenino no se alinea necesariamente con la dominación y la subordinación...»<sup>29</sup>. Lo contrario implicaría encerrar a las mujeres en el papel de víctimas y a los hombres en el de verdugos, reproduciendo un pensamiento binario y simplista de la dominación. Es necesario entonces un gesto crítico que permita –a partir de la deconstrucción de las categorías sexo, género, sexualidad– repensar la manera en que se presentan las normas y los mecanismos que las justifican<sup>30</sup>.

Una teoría crítica de la sexualidad aplicada al Derecho de las personas y las familias implica en un primer momento deconstruir la naturaleza sexuada del sujeto de Derecho. La des(hetero)sexualización de la institución matrimonial, la desbiologización de la filiación y la consecutiva contractualización de los vínculos familiares completan el movimiento crítico propuesto en este capítulo. Si las teorías políticas clásicas (tanto las liberales como las críticas) no cuestionaron la normalidad desde la perspectiva del género-sexo-(hetero) sexualidad, una teoría crítica de la sexualidad aplicada al Derecho parte justamente de las experiencias que se encuentran en los límites de la norma socio-sexual (gays, lesbianas, hermafroditas, travestis, transexuales, sadomasoquistas...) para criticar los dispositivos normativos (estado civil, matrimonio, filiación...) que negaron y siguen aun negando entidad jurídica a los que, según dicha lógica, se hallan en el límite de la ciudadanía.

Una teoría crítica de la sexualidad constituye así una proposición de justicia individual que integra en el universo jurídico a todas las personas sin considerarlas en función de su sexo-género-(hetero)sexualidad, categorías éstas desprovistas de pertinencia jurídica<sup>31</sup>. La única manera de poder integrar todas las subjetividades en la regla del derecho es justamente hacer de ésta última una norma desubjetivada, es decir indiferente respecto del sentido que cada individuo dé a su género, su identidad o su vida sexual.

#### 4. El género como categoría impuesta por el Estado

Es el género y no la religión el opio de los pueblos<sup>32</sup>. Aunque existen contrastes más significativos como las diferencias de clases, edad u origen étnico, son los

29 HALLEY, J., *op.cit.*

30 LLAMAS, R., *Teoría torcida. Prejuicios y discursos en torno a la «homosexualidad»*, Madrid, Siglo XXI, 1998.

31 La igualdad política de las mujeres, la apertura del derecho al matrimonio para las parejas del mismo sexo, la patria potestad compartida y el derecho a permisos por maternidad también para los hombres constituyen algunos de los ejemplos de la progresiva indiferencia del Derecho respecto del sexo de las personas.

32 GOFFMAN, E., *Gender Advertisement*, New York, Harper & Row, Publishers, 1979.

relativos al género aquellos que continúan organizando la clasificación de las personas físicas en el Derecho civil. Si las personas jurídicas (asociaciones, fundaciones, cooperativas...) son neutras respecto al género, los individuos continúan siendo catalogados como varones o mujeres. Desde el nacimiento, integramos una de las dos clases de la *summa divisio* de la humanidad. La categoría género aparece como el código fundamental a partir del cual se organizan las interacciones humanas y las estructuras culturales. Dicha adscripción encuentra su origen en las raíces del pensamiento judeocristiano. La Biblia cuenta que Dios creó al hombre primero y luego:

...Jehovah Dios hizo que sobre el hombre cayera un sueño profundo; y mientras dormía, tomó una de sus costillas y cerró la carne en su lugar. Y de la costilla que Jehová Dios tomó del hombre, hizo una mujer, y la trajo al hombre. Dijo entonces Adán: Esto es ahora hueso de mis huesos y carne de mi carne; ésta será llamada Varona, porque del varón fue tomada. Por tanto, dejará el hombre a su padre y a su madre, y se unirá a su mujer, y serán una sola carne<sup>33</sup>.

La antropóloga francesa Françoise Héritier retoma la historia bíblica y le da un envoltorio científico al considerar que:

(...) la diferencia sexuada y el rol diferente de los sexos en la reproducción (...) constituyen una frontera del pensamiento en la que se funda una oposición conceptual esencial: aquella que opone lo idéntico a lo diferente; se trata de uno de esos *themata* arcaicos que encontramos en todo pensamiento científico antiguo y moderno y en todos los sistemas de representación<sup>34</sup>.

Ninguna clasificación es inocente ya que al catalogar organizamos de forma jerárquica la realidad. Seidman tiene razón cuando dice que «las identidades son formas de control social, toda vez que distinguen entre poblaciones normales y desviadas, reprimen la diferencia e imponen evaluaciones normalizadoras del deseo»<sup>35</sup>. Al encerrar a los individuos en categorías pétreas les estamos imponiendo un lugar en el que probablemente no desean permanecer y comportamientos que quizás no quieran asumir.

Desde que se puso fin al apartheid, nuestras democracias no toleran más la clasificación de las personas en función del color de la piel. Del mismo modo, la decadencia de la política colonial acabó con la categoría de «indígenas musulmanes o israelitas» propia a las colonias francesas del norte de África<sup>36</sup>. En virtud del principio de separación de la Iglesia y el Estado, la religión desaparece de los documentos

33 Libro del Génesis 2:21-24.

34 HERITIER, F., *Masculin/Féminin : la pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996.

35 SEIDMAN, S., *Queer Theory/Sociology*, Oxford, Blackwell, 1996.

36 WEILL, P., *Qu'est-ce qu'un français? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Paris, Grasset, 2002.

de identidad y desde la Revolución francesa, los ciudadanos han dejado de tener linaje aristocrático reconocido jurídicamente. Mientras que las adscripciones a la raza, la religión y la clase han sido superadas, el emplazamiento obligatorio a uno u otro sexo permanece vigente, pues se nos aparece como evidente y natural. El género sigue definiendo calidades y virtudes (o defectos) en función de raíces biológicas. La humanidad es así concebida como compuesta de dos cuerpos estables, definidos biológicamente por dos gramáticas distintas XY-XX que permiten una escritura coherente del destino individual y social. La inscripción del sexo como modo de identificación de las personas alimenta la ilusión de la naturalidad de la diferencia entre hombres y mujeres. La «historia natural» de la diferencia de sexos no es otra cosa que la justificación de la heterosexualidad como la forma necesaria de identidad sexual: Machos y hembras organizan un intercambio sexual estructurado en un orden jerárquico con una finalidad reproductiva que se ha designado como cultura heterosexual<sup>37</sup>.

Los comportamientos esperados por dicha nomenclatura sexual determinan las relaciones sociales de sexo, es decir los prototipos de masculinidad y feminidad contruidos y en base a los cuales se miden los comportamientos humanos desde la tierna infancia. Numerosas investigaciones muestran que raramente la literatura infantil retrata un mundo paritario en el cual niños y niñas ejercen actividades de manera igualitaria. Los cuentos preparan así, junto con el universo de los juguetes<sup>38</sup>, el terreno de la subjetivación y la dominación social<sup>39</sup>. La ley no hace más que cristalizar dicho adoctrinamiento cultural. De hecho, la lógica binaria de los sexos, aparece como el soporte del sistema jurídico tanto a nivel individual como familiar y social: durante siglos sirvió para justificar la inferioridad de la mujer y, hoy día, dicha lógica sigue sirviendo para legitimar la desigualdad de lesbianas, gays, bisexuales, travestis y transexuales<sup>40</sup>.

#### 4.1. El sexo en las partidas de nacimiento

A nivel individual, el estado civil cristaliza situaciones que estipulan cualidades de la persona y predeterminan la capacidad de obrar del individuo. El estado civil de las personas comprende el apellido, los nombres, la fecha y el lugar de nacimiento, las relaciones de parentesco y la filiación, la nacionalidad, el domicilio, la

37 TIN, L-G., *L'invention de la culture hétérosexuelle*, Paris, Autrement, 2008.

38 LYTTON, H. ROMMEY, D.M., «Parents' differential socialization of boys and girls, A meta-analysis», *Psychological Bulletin*, 109, 2, 1991.

39 HOLLINDALE, P., *Ideology and the Children's Book*, Thimble Press in association with Westminster College, Oxford, 1988.

40 BORRILLO, D., y COLAS, D., *L'homosexualité de Platon à Foucault. Anthologie critique*, Paris, Plon, 2005.

capacidad civil y el sexo. El artículo 57 del código francés establece: «En la partida de nacimiento se indicará el día, la hora y el lugar de nacimiento, el sexo del niño, los nombres que se le impongan...»

El examen de los órganos genitales permite determinar, junto con las pruebas cromosómicas, el sexo del individuo. Puede sin embargo suceder que el bebé posea ambos órganos genitales o que éstos sean ambiguos. Llamados tradicionalmente hermafroditas (hijos del dios Hermes y de la diosa Afrodita) estas personas han sido consideradas a lo largo de la historia como monstruos y continúan provocando reacciones de horror<sup>41</sup> que deja entrever la manera como son tratados por el Orden jurídico.

La ley francesa relativa a las instrucciones generales del estado civil determina en su artículo 288 que:

(...) cuando el sexo del recién nacido es indeterminado conviene evitar indicar en las partidas de nacimiento sexo indefinido y el oficial del registro debe aconsejar a los padres que busquen un médico que les informe acerca del sexo más probable, teniendo en cuenta, en caso que no haya otra solución los resultados previsibles de un tratamiento médico. Será ese sexo el que se indique en la partida de nacimiento, pudiendo rectificarse posteriormente en caso de error.

Únicamente en este caso se podía modificar los documentos de identidad. Así, durante mucho tiempo los tribunales se oponían a cambiar el estado civil de los transexuales invocando la indisponibilidad del estado de las personas. En el caso *Botella c. Francia* del 25 de mayo de 1992, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que se produjo una violación del artículo 8 de la Convención europea («derecho al respeto de la vida privada y familiar»), al considerar que la mención del sexo en múltiples registros de organismos públicos franceses (partidas de nacimiento, carnets de identidad informatizados, pasaporte, nóminas y boletines de cotización a la seguridad social, etc.) ocasiona serios perjuicios e inconvenientes en la vida cotidiana de la actora. Hoy día, la mayoría de los países reconoce el cambio de sexo y la modificación de los documentos de identidad como un derecho fundamental de los transexuales. Aunque la operación quirúrgica no sea ya necesaria en países como Francia o España para modificar el estado civil, es sin embargo obligatorio probar un tratamiento hormonal avanzado que conlleve una esterilización. Argentina es el Estado que ha ido más lejos al adoptar una ley de la identidad de género<sup>42</sup> que en su artículo segundo establece: «Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la

41 BRISSON, L., *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine*, Paris, Les belles lettres, 1997, p. 9.

42 Ley 26743 del 24 de mayo de 2012.

vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales».

Aunque los avances sean significativos, ningún Estado ha cuestionado aún la categoría jurídica de sexo en cuanto tal<sup>43</sup>. Las autoridades que han ido más lejos fueron las de Australia al permitir la inscripción de una tercera categoría «*not identified gender*» en los documentos de identidad. De hecho, Norrie May-Welby, un ciudadano transexual anglo-australiano, es la única persona que oficialmente no pertenece ni al género masculino ni al género femenino. A los 28 años Norrie May-Welby se somete a una operación para transformar su cuerpo convirtiéndose en una mujer (aunque nunca ingirió hormonas femeninas) pero más tarde no se reconoce tampoco en su nuevo sexo. Ante tal situación, decide solicitar a las autoridades australianas (país donde reside) que dejen de adscribirle a un género en los documentos de identidad. La provincia de *New South Wales* respondió favorablemente a la demanda. A partir de dicho caso, el Departamento de Relaciones Exteriores de Australia ha adoptado nuevas directivas para la gestión de los documentos de identidad de los transexuales quienes podrán optar por indicar su género con una letra «X» («indeterminado») en el apartado con esa información de los nuevos documentos que emitirá la Administración australiana<sup>44</sup>.

Si los Estados no se obstinasen en categorizar a los individuos en función del sexo, este tipo de problemas desaparecería. Recordemos que si no cambian de estado civil, en la mayoría de los países, los transexuales no pueden casarse, tampoco tienen acceso a las técnicas de reproducción asistida y en muchos casos ni siquiera consiguen adoptar niños<sup>45</sup>.

Respecto de los individuos intersexuados, al cesar de inscribir el sexo en las partidas de nacimiento, se resolvería de inmediato su adscripción forzosa a un género. Recordemos que la intersexualidad es una construcción social que ha pretendido resolverse con la designación obligatoria (desde el nacimiento) de uno u otro sexo. En muchos casos, la precipitación en dicha designación no ha hecho más que producir un «síndrome de transexualidad» que se manifiesta en la pubertad.

43 Inclusive las legislaciones más avanzadas como la argentina que define la identidad de género como la «vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento de nacimiento...», mantiene la categoría varón y mujer en las partidas de nacimiento.

44 <http://www.lanacion.com.ar/1406366-autorizan-un-nuevo-pasaporte-en-australia-ni-masculino-ni-femenino>

45 ROMAN, D., «Droits de l'homme et identité de genre: le transsexualisme, une (future) question constitutionnelle?» *Chronique Droit des personnes*, Paris Dalloz.fr 19/03/2010.

Además, el abandono de dichas categorías pondría también fin a los tratamientos brutales y mutiladores a los que se somete a los transexuales para cambiar el estado civil (operación quirúrgica, ingestión de hormonas, esterilización...). De un modo más general, el fin de la categoría ayudará a debilitar la imputación de roles diferenciados por el simple hecho de poseer órganos sexuales masculinos o femeninos. También se solucionaría la discriminación respecto a las parejas homosexuales que desean casarse pues la diferencia de sexos dejaría de ser una *conditio matrimonii*.

En tanto que categoría jurídicamente irrelevante, el sexo de los individuos deber ser considerado como una simple información personal de naturaleza privada. El ordenamiento jurídico argentino es uno de los más avanzados en la materia. La ley 26.743 del 24 de mayo de 2012 deja a la apreciación del individuo la pertenencia a uno u otro sexo. Así, según el artículo tercero de la ley, «toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida» sin necesidad de intervención médica alguna, ni de acto judicial. Sin embargo, la ley argentina no renuncia a la categoría en tanto que tal, la hace simplemente totalmente disponible a nivel individual. El ejemplo argentino es paradigmático de la adhesión «natural» del Derecho a dicha ideología del género...

El abandono de la categoría en tanto que identificación obligatoria de los individuos en los documentos de identidad del Estado no significa renunciar a las políticas de lucha contra la discriminación. Una cosa es el género-identificación y otra es el género-protección<sup>46</sup>. De hecho, se pueden llevar a cabo políticas de igualdad racial y religiosa sin que por ello se prescriba obligatoriamente a los individuos una raza o una religión determinada. En dichos programas, los individuos se auto-definen como miembros de una comunidad étnica, religiosa u otra minoría si desean beneficiarse de cuotas o de medidas correctivas propias a la igualdad material pero de ninguna manera el Estado los clasifica de oficio, como lo hace respecto del género<sup>47</sup>.

## 5. La orientación sexual: entre la raza y la clínica

El término orientación sexual (*sexual orientation*) fue utilizado por primera vez en los Estados Unidos en 1973 (ley antidiscriminatoria del distrito de Colum-

<sup>46</sup> BORRILLO, D., «Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes?» In SCHUSTER, A. (Dir.), *Equality and Justice Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*, Udine, Forum, 2011, pp. 41-51.

<sup>47</sup> BORRILLO, D., «Pour une théorie du droit des personnes et des familles émancipée du genre». In GALLUS, N. (Dir.), *Droit des familles, genre et sexualités*. Bruxelles/Paris, LGDJ, Anthémis, 2012.

bia). La generalización de dicho vocablo corresponde a una estrategia política del colectivo gay estadounidense que se inspiró del movimiento de los *Civil Rights*: la homosexualidad, como la raza, es representada en tanto que condición innata, estable y permanente. Un siglo antes, el inventor del término *homosexualität*, Karl Maria Kertbeny, en una carta al ministro de justicia prusiano en 1869, había utilizado dicha expresión para demostrar lo absurdo que era penalizar una condición sexual no elegida. La estrategia determinista de Kertbeny no tardó en dar frutos. Rápidamente el término homosexualidad comienza a tomar una dimensión clínica sobre todo luego que el sexólogo alemán Krafft-Ebing la introduce en su enciclopedia *Psychopathia Sexualis* en 1887. Dicha concepción esencialista y de origen clínico, aunque tiende a presentarse como universal, corresponde a un momento específico de la historia relacionado con la burguesía del norte europeo primero y más tarde con las alianzas estratégicas de los gays de la *middle class* de los Estados Unidos con otros movimientos sociales. Contrariamente al sodomita o el invertido, el homosexual no se refiere a una depravación moral (o una alteración del orden sexual) sino a una clasificación médica. Mientras que en los países del sur de Europa se mantuvo la distinción entre los activos (poco o casi no condenados pues no se les consideraban gays) y los pasivos (objeto de burlas y oprobio), el Norte comienza a construir una identidad, un ser aparte con una historia psicológica específica, como lo ha demostrado magistralmente Foucault.

Podemos decir que la noción de orientación sexual es heredera de la categoría raza de un modo indirecto y directamente de la categoría homosexualidad. De hecho, el término heterosexual aparece como contrapartida de homosexual. Previamente a la invención de la homosexualidad, la sexualidad de las personas heterosexuales no se definía de manera genérica, reagrupando una realidad única. De hecho, poco tienen que ver la sexualidad del marqués de Sade y la de la reina Isabel la Católica aunque ambos son heterosexuales. Del mismo modo, la orientación sexual tiende a uniformizar los deseos y comportamientos sexuales de manera reduccionista en tres categorías: heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad. Dicha tripartición se funda en la visión binaria del género pero una vez que se hace estallar esa evidencia es lógico que se multipliquen las posibilidades ya que sería poco serio reducir el deseo a solamente tres posibilidades.

## 6. La diferencia de sexos como *conditio matrimonii*

El aprendizaje del género contribuye a la construcción de una ideología de la complementariedad: cada uno sabe cuál es su lugar, el que, a su vez, determina una función social específica y una identidad psicológica propia. Efectivamente, la identidad sexual constituye, en Occidente, la más potente de las identificaciones. Los ideales sexuales funcionan de tal manera que permiten la identidad subjetiva y la complementariedad objetiva. Así, para dicha ideología, la fragilidad femenina se ajusta a

la solidez masculina y la propensión doméstica de la mujer a la capacidad de realizar proyectos, propia de los hombres. El matrimonio aparece así como el teatro en el cual se interpretan los roles de género y también como el lugar ideal de acogida de los niños quienes a su vez aprenderán en la escuela del género —que es la familia— lo que deben ser y como se deben comportar. Dicha ideología explica la resistencia a dejar entrar en la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo, situación que llega a percibirse como una empresa de indiferenciación devastadora para la civilización

Institucionalizar la homosexualidad con un estatuto familiar es colocar el principio democrático al servicio de un fantasma. Eso es fatal, en la medida en que el Derecho, fundado en el principio de la genealogía, es reemplazado por una lógica hedonista heredera del nazismo<sup>48</sup>

La lógica binaria del género toma, en ese contexto homófobo, una nueva significación reenviando la cuestión a la preeminencia de la heterosexualidad<sup>49</sup>. Así, el género hace referencia al mismo tiempo a la condición de la mujer y al dispositivo de la diferencia de sexos, base del vínculo conyugal y parental, lo que conlleva el privilegio de la heterosexualidad en las instituciones del Derecho de familia.

### 6.1. La voluntad no tiene sexo

El movimiento LGBT ha radicalizado la visión contractualista de la vida familiar, concebida al servicio del individuo y no el individuo al servicio de la familia. Si el feminismo puso fin al contrato de género, denunciado como la perpetuación de la desigualdad social y política de la mujer, el matrimonio entre personas del mismo sexo puede leerse como una ruptura con la base misma de la dualidad sexual en tanto que constitutiva del contrato matrimonial. El fin de la diferencia de sexos como *conditio sine qua non* del casamiento en las legislaciones de varios Estados corresponde a la concepción moderna del matrimonio basado exclusivamente en la voluntad individual de quienes lo celebran. Si para el Derecho canónico la diferencia de sexos es constitutiva del matrimonio pues el sacramento implica la unión de los cuerpos (*copula carnalis*) con mira a la reproducción de la especie, el Derecho civil deja de imponer dicha condición y asume la dimensión abstracta del contrato, en el cual solamente el encuentro de dos voluntades es relevante y no ya la unión de dos carnes. Es así el consentimiento (voluntad), y no ya la consumación (carne), lo que produce la legitimación del acto matrimonial: la voluntad no tiene sexo<sup>50</sup>.

48 LEGENDRE, P., *Le Monde*, 23/10/ 2001, p. 21.

49 BORRILLO, D., «La luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion» in FORTIN V., JEZEQUEL M. et KASIRER N. (Dir.) *Les sept péchés capitaux et le Droit privé*, Montréal, Les éditions Thémis, 2007.

50 BORRILLO, D., «Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité: un révélateur de notre capacité à assumer la modernité» in CADORET, A., GROSS, M., MECARY,

Si, como propongo en éstas páginas, la referencia al sexo desapareciese de los documentos de identidad, la dualidad sexual deja de ser un elemento constitutivo del *ius connubii*. Después de todo, si consideramos al matrimonio como el contrato *intuitu personae* por antonomasia, el sexo de las partes es un elemento únicamente importante para las mismas pero deja de tener relevancia alguna para el Estado. El lenguaje jurídico utilizado por los nuevos códigos civiles que reconocen el matrimonio homosexual (Holanda, Bélgica, España, Portugal, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Islandia, Argentina, Dinamarca...) muestra la dimensión asexualada del nuevo sujeto de derecho matrimonial. En efecto, no se refieren ya aquellas leyes al «marido» y la «mujer» o al «padre» y la «madre» sino a los «cónyuges», los «contrayentes», los «padres» o los «progenitores».

Desheterosexualizar el matrimonio significa dessexualizarlo. Resulta sorprendente que muchos ordenamientos jurídicos modernos, como el francés por ejemplo, continúan considerando que la fidelidad y las relaciones sexuales constituyen obligaciones personales de los cónyuges (art. 212 del Código Civil). El adulterio o la ausencia de sexualidad son faltas que puede llevar al divorcio por culpa de quien incumpla dichas obligaciones. Vestigio del Derecho canónico, el *debitum conjugalis*, continúa siendo un poderoso instrumento de control de la sexualidad. Así quien por exceso o por defecto se aleje de la norma sexual matrimonial o no respete la exclusividad erótica impuesta por la ley, correrá con las consecuencias patrimoniales y personales de un divorcio no consensuado.

## 7. La filiación no es un fenómeno natural

El Derecho nunca necesitó la verdad biológica para fabricar vínculos de filiación. Mientras que la reproducción es un hecho de la naturaleza, la filiación es un acto cultural: se puede obviamente pertenecer a una familia por lazos biológicos pero la institucionalización de dichos vínculos constituye una convención que va más allá de la simple transcripción de un hecho natural. El Derecho no necesita a la naturaleza para producir vínculos familiares. La adopción es el ejemplo paradigmático pero también lo son la presunción de paternidad o la posesión de estado. La contracepción permitió el sexo sin procreación y las técnicas de procreación artificial han hecho posible la reproducción sin sexo. El reconocimiento jurídico de la maternidad lesbiana, ha permitido también dissociar dos elementos que el sentido común continúa relacionando: maternidad y heterosexualidad<sup>51</sup>.

C. y PERREAU, B. (Dir.). *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*. Paris, PUF, 2006.

51 DESCOUTURES, V., *Les mères lesbiennes*, Paris, Presses universitaires de France/Le Monde, 2010.

La reproducción puede ser fruto de un acto consentido espontáneo, de una violación o de una relación planificada. Algunos sistemas jurídicos autorizan a la mujer a interrumpir el embarazo e inclusive a abandonar legalmente al recién nacido. En ese sentido, el artículo 326 del código civil francés establece que: «En el momento del parto, la madre puede solicitar que el secreto de su identidad sea preservado».

Al abandonar a su hijo, la madre biológica le permite un nuevo nacimiento producto de la futura adopción. Al no poder (o no querer) asumir la transmisión del vínculo familiar, la mujer ofrece a su progenitura una nueva relación más fuerte y más estable.

El abandono sólo es posible para la madre<sup>52</sup>. Por el contrario, un coito fecundo hace del hombre un padre, independientemente de su voluntad. Dicha disimetría es contraria al principio de igualdad y no corresponde a la concepción civilista del Derecho que, como indicamos anteriormente, no puede basarse exclusivamente en un hecho biológico. Desbiologizar la filiación significa justamente asumir la dimensión convencional de dicho instituto. Asegurarse que su legitimidad no reposa exclusivamente en el hecho reproductivo sino en la voluntad. El pensamiento ortodoxo tiende a calcar la filiación de la reproducción. Así, la procreación artificial se funda en una mentira para hacer creer que la causa de la filiación es el acto sexual de los padres cuando en realidad se trata de un procedimiento completamente artificial que inclusive puede hacer entrar en juego a un tercero (dador de esperma por ejemplo) que desaparecerá en beneficio del cónyuge de la madre. Del mismo modo, la generalización de la prueba sanguínea y los test genéticos utilizados en los contenciosos de la filiación, refuerzan el modelo biológico<sup>53</sup>.

### 7.1. La convención (y no la naturaleza) como base de la filiación

En lugar de copiar a la naturaleza, una teoría crítica del Derecho procede de manera inversa. No es la biología que sirve de referencia sino la convención, la cual, en Derecho de familia, corresponde a la figura jurídica de la adopción. Efectivamente, de origen exclusivamente voluntario, la adopción permite la constitución de vínculos familiares programados, basados en la reflexión y el cálculo, cosa que no sucede con la espontaneidad del coito reproductivo<sup>54</sup>.

52 IACUB, M., «Naître sous X». *Savoirs et clinique*, Paris n° 4, 1/2004, p. 41-57.

53 BORRILLO, D., «La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation» in DORLIN, E. y FASSIN, E. (Dir.). *Reproduire le genre*, Paris, Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010 pp. 121-136.

54 BORRILLO, D. et PITOIS-ETIENNE, T., «Différence des sexes et adoption: la psychanalyse administrative contre les droits subjectifs de l'individu», *Revue de Droit de McGill*, Montréal n° 4, vol 49, octobre 2004, pp. 1035-1056.

La desbiologización de la filiación no solamente permite resolver el problema de la homoparentalidad al integrar plenamente un niño en el seno de una pareja homosexual<sup>55</sup>, sino que permitiría también poner fin a la discriminación respecto a los hombres que no desean asumir la paternidad. En el caso de los países en donde no existe el aborto, como Brasil o Argentina, el abandono legal del recién nacido puede contribuir particularmente a zanjar el problema de la maternidad no deseada y poner en el circuito de la adopción a niños de temprana edad fácilmente adoptables. En Francia, inclusive con una ley de interrupción voluntaria del embarazo de casi cuarenta años, el *accouchement sous X* continua permitiendo (como vimos anteriormente) a la mujer dar a luz, de manera anónima y entregar al niño en adopción sin revelar su identidad. El Derecho hace como si el hecho (parto) nunca hubiese existido. El abandono de un hijo es un tabú en nuestras sociedades, sin embargo podría ser considerado como un acto de amor, justamente cuando es imposible darle al menor las condiciones afectivas, materiales y morales necesarias para su desarrollo.

La extensión del abandono legal a los hombres pondría claramente de manifiesto que no es lo biológico lo que produce la filiación sino la voluntad. Los progenitores podrían entonces elegir abandonar a su descendencia o asumirla plenamente. De tal modo que no será más la fatalidad la que decide de la condición parental sino la voluntad. De hecho, la desnaturalización de la filiación aplicada a los progenitores implicaría que, al poder eventualmente abandonarlos, éstos tendrían que adoptar a sus propios hijos biológicos si desean asumir la paternidad. Evidentemente, esta nueva forma de adopción intrafamiliar gozaría de un régimen menos burocrático que aquella relativa a terceras personas y podría aproximarse, del punto de vista administrativo, a las acciones clásicas de reconocimiento de paternidad antes del nacimiento o por simple declaración homologada por el juez. Dicha facultad no estaría reservada a los padres; los hijos, una vez alcanzada la mayoría legal, también podrían renunciar a sus progenitores y desvincularse de sus familias de origen.

La desbiologización de la filiación implica asimismo legalizar la maternidad subrogada tanto parcial (con su propio ovulo) como completa (con ovulo ajeno o por transferencia de embrión). Además de fundarse en el principio de la libre disponibilidad del propio cuerpo, el vulgarmente llamado «alquiler de vientre» permite resquebrajar el paradigma de la maternidad asociada al vínculo biológico que se establece durante el periodo de la gestación. No sería entonces el parto (*Mater semper certa est*) el criterio para designar a la madre, como en el antiguo régimen de la filiación, sino lo que las partes hayan establecido en el contrato parental.

55 BORRILLO, D., «La vérité biologique contre l'homoparentalité: le statut du beau-parent ou le PaCS de la filiation», *Droit et société* n° 72, pp. 259-271, 2/2009.

## 8. La familia es también una construcción artificial

Jean-Jacques Rousseau, en su *Contrato social*, construye una teoría de la vida en sociedad basada en la voluntad individual y colectiva pero curiosamente considera la institución familiar como precontractual. De hecho, dice el filósofo: «La familia es el primer modelo de las sociedades políticas, la más antigua y natural: el jefe es la imagen del padre, el pueblo la imagen de los hijos». Al dejar la familia afuera del contrato social, Rousseau naturaliza el poder patriarcal y explica el origen de la cohesión familiar por un imperativo natural:

La más antigua de todas las sociedades y la única natural es la familia: los hijos no están acaso bajo la tutela del padre mientras lo necesitan para sobrevivir<sup>56</sup>.

Locke, por su parte, ve en la familia la comunidad más próxima del estado natural y el orden patriarcal se le aparece como un modelo de la organización social:

La familia es si se quiere el primer modelo de las sociedades políticas: el jefe es la imagen del padre, el pueblo es la imagen de los hijos y todos nacidos iguales y libres alienan su libertad únicamente en beneficio de la utilidad<sup>57</sup>.

### 8.1. El contractualismo en el ámbito familiar

La ruptura con la visión naturalista no ha encontrado en los filósofos contractualistas un equivalente en materia familiar. Hobbes, Rousseau, Locke, Tocqueville han dejado la familia fuera del contrato social<sup>58</sup>. Más tarde, los demás filósofos contractualistas continuarán reproduciendo inconscientemente dicha naturalización e inclusive John Rawls, el último gran exponente de la teoría del contrato, no se ocupa de la familia en tanto que tal (solo parece preocuparle la desigualdad que aquel instituto reproduce).

Los efectos de dicha «negligencia» no tardaron en surgir: la familia será, de hecho, el espacio más difícil de democratizar. Inclusive cuando se piensa la sociedad en términos contractuales, resulta difícil concebir la familia como una construcción social, fruto de la negociación individual. Sin embargo, su carácter histórico ha sido ampliamente demostrado desde el siglo XIX por todas las corrientes sociológicas. Engels<sup>59</sup> explicaba las relaciones familiares a partir de las relaciones sociales de producción. La familia extendida de origen rural deja de ser la norma hacia fines del

56 ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*. Paris, 1762.

57 LOCKE, J., *The Second Treatise on Civil Government*, 1689.

58 PATEMAN, C., *The Sexual Contract*, Stanford University Press, 1988.

59 ENGELS, F., *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Zurich, 1er edición en alemán en 1884.

siglo XIX, periodo que dará nacimiento a la familia moderna de tipo nuclear<sup>60</sup> y después será incierta, según el sociólogo Louis Roussel<sup>61</sup>.

La democratización de la vida privada necesita como preámbulo a cualquier reflexión futura, una reformulación de los vínculos familiares que permita sacarlos del proceso de naturalización, propio a la ideología familiarista<sup>62</sup>. Esta última, al ubicar al padre en la cúspide de la jerarquía familiar, legitima la visión holística fundada en el matrimonio indisoluble y la división sexual de los roles: la mujer se ocupa del espacio domestico, el hombre gobierna y se compromete a sustentar el hogar<sup>63</sup>.

El proceso de desinstitucionalización de la concepción tradicionalista de la familia comienza con el advenimiento del Derecho civil laico de principios del siglo XIX. A partir de la ruptura con el Derecho canónico, el Derecho civil ha intentado fundar la organización de la vida familiar no en la institución sino en el contrato. El divorcio constituye la prueba de dicho proceso (pues en cualquier momento las partes pueden dejar sin efecto el negocio matrimonial) así como todas las reformas que promocionan la igualdad de la mujer y de los hijos dentro y fuera del matrimonio. La coexistencia del matrimonio con otras formas de conyugalidad como la unión civil, las parejas de hecho, las parejas cohabitantes, responde a dicha exigencia igualitaria así como el acceso a la adopción para las parejas del mismo sexo. Las familias sin nombre<sup>64</sup>, retomando la expresión de Pierre Bourdieu, comienzan a ser reconocidas por el Derecho, primero a nivel de la alianza y luego de la filiación. El movimiento LGBT asume plenamente la cultura política de la post-modernidad en la cual prevalece la lógica de la elección y el proyecto parental.

Fundada en la voluntad, la adopción es un instituto más apto que la verdad biológica para asegurar la estabilidad de los vínculos familiares, tanto homosexuales como heterosexuales. Contrariamente a la filiación carnal, la filiación adoptiva encuentra su legitimidad en la libertad no sólo de acoger los hijos biológicos de los demás sino también en la libertad de abandonar su propia progenitura. La generalización de la adopción (inclusive para los hijos biológicos) permitirá colocar la autonomía de la voluntad y no la heteronomía de la naturaleza en el centro del dispositivo familiar. De ahora en más, el vínculo filial cesa de depender de la simple capacidad reproductora de los individuos y reposa exclusivamente en la voluntad de los progenitores que dan en adopción y de los adoptantes que acogen.

60 PARSONS, T., «The American Family: Its Relations to Personality and the Social Structure», in PARSONS, T. and BALES R. F. (Org.) *Family Socialization and Interaction Processes*. New York, Free Press, 1955.

61 ROUSSEL, L., *La famille incertaine*. Paris, Odile Jacob, 1989.

62 LENOIR, R., *Généalogie de la morale familiale*. Paris, Editions du Seuil, 2003.

63 COMMAILLE, J. y MARTIN, C., *Les enjeux politiques de la famille*, Paris, Bayard, 1998.

64 BOURDIEU, «Des familles sans nom», *Actes de la Recherche en sciences sociales*, vol. 113, 1996, p. 3-5.

La filiación claramente disociada de la reproducción permite justificar un sistema jurídico fundado no en la verdad biológica sino en el proyecto parental. Este paradigma corresponde a una idea nueva de la familia donde no es ya la autoridad paterna y la división de roles lo que caracteriza la organización de la vida privada sino la comunicación, la autonomía y la negociación entre iguales.

Una teoría crítica del Derecho de las personas supone la banalización de la actividad sexual y la desposesión del sexo como categoría jurídica identificadora de los individuos. Aunque puede ser aún importante para cada uno definirse como hombre o como mujer, la pertenencia a la condición femenina o masculina deja de tener relevancia jurídica. En efecto, la diferencia de sexos ha cesado de ser una condición del matrimonio y las personas tienen el derecho fundamental de cambiar de sexo tal como lo garantizan las principales convenciones y cortes internacionales de Derechos Humanos.

Una teoría crítica del Derecho de las familias abandona el concepto modélico tradicional y parte del pluralismo de la vida familiar. De ahora en adelante, poco importa que la organización familiar sea tradicional, monoparental, reconstituida u homoparental, lo que realmente cuenta es que el interés del menor esté garantizado<sup>65</sup> y que las premisas del contrato sean respetadas, vale decir que no exista dolo o violencia en las relaciones intrafamiliares. El Estado debe tratar del mismo modo todas las formas familiares para lo cual es necesario renunciar al dogma paterno (y la consecuente visión vertical de la familia)<sup>66</sup> y repensar las reglas que gobiernan las familias (en plural) de manera horizontal, es decir a partir de la negociación y la contractualización.

Asumir una teoría contractualista de la vida familiar, tanto a nivel del matrimonio como de la filiación, no significa desinteresarse por los más frágiles (los menores, los ancianos, los animales, los empleados...). Por el contrario, la técnica contractual del equilibrio de las prestaciones y la protección de la parte débil (contrato de adhesión, contrato de consumo, cláusula leonina, teoría de la lesión...) permite garantizar eficazmente la libertad y la igualdad de todos los miembros de esa comunidad afectiva y/o patrimonial.

En última instancia, la contractualización de la familia es el resultado lógico de la democratización de la vida privada<sup>67</sup> y la victoria de una concepción nueva del

65 Las principales investigaciones científicas muestran que no existe problema alguno para los menores en ser acogidos en familias homoparentales. Muchos de ellos señalan inclusive que dichas familias educan mejor que las familias tradicionales. Ver GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, LÓPEZ GAVINO y GÓMEZ, *Familias Homoparentales. Desarrollo Psicológico en las Nuevas Estructuras Familiares*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2010.

66 TORT, M., *La fin du dogme paternel*, Paris, Flammarion, 2005.

67 GIDDENS, A., *La transformación de la intimidad. Sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas*, Madrid, Cátedra, 1995.

individuo emancipado, definido en función de sí mismo, capaz de elegir el curso de su vida y juzgar las consecuencias de sus actos<sup>68</sup>.

## 9. Conclusión

Si una perspectiva crítica es, en forma general, el presupuesto para pensar nuevas subjetividades, una teoría crítica de las sexualidades propone, en particular, diseñar los contornos del sujeto de Derecho y de sus relaciones familiares y sociales emancipado de la carga multiseular del género. Reapropiarse de la tradición universalista y formalista del Derecho continental conlleva, paradójicamente, un gesto crítico ya que al reivindicar la tradición para hacer entrar a los «herejes» se denuncia al mismo tiempo la confiscación del universalismo por parte de una minoría (heterosexual, masculina, blanca, burguesa, europea...) para englobar en él todos los otros partícipes del mundo común, como lo proponía Hannah Arendt<sup>69</sup>.

En cuanto al formalismo jurídico, una vez purgado de su dimensión pretendidamente apolítica y neutra, nos permite pensar el sujeto de Derecho sin trasfondo psicológico-sexual es decir sin los candados del género y de la orientación sexual que a menudo constituyen peligrosos moldes uniformizadores en manos de los Estados.

Por fin, la reapropiación del contrato permite dejar en las manos de los individuos y solo en ellas la delimitación de las fronteras que desean establecer en sus relaciones individuales, familiares y sociales. Un pensamiento crítico de las sexualidades en el mundo latino no es definitiva más que permitirle a cada cual la elección del lugar y los papeles que desea interpretar en el vasto teatro del Derecho.

Contrariamente a la tradición anglosajona que tiende a hacer del género y de la sexualidad una categoría política a efectos tutelares<sup>70</sup>, la tradición latina no necesita dicha categorización al enviar la cuestión del género y la sexualidad a la intimidad de la vida privada. Nada debe interesarle al Estado respecto de nuestros órganos genitales y menos aun nuestros deseos y fantasmas sexuales, lo que hacemos

68 FOUCAULT, M., «À propos de la généalogie de l'éthique: un aperçu du travail en cours». Entrevista con H. Dreyfus et P. Rabinow (trad. G. Barbedette), in DREYFUS, H. y RABINOW, P. *Michel Foucault: un parcours philosophique*, Paris, Gallimard, 1984, pp. 322-346.

69 ARENDT, H., *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 2005.

70 Como la noción de categoría sospechosa de la corte suprema de los Estados Unidos. MORNING, A. et SABBAGH, D., «De l'épée a bouclier: des usages discriminatoires et antidiscriminatoires de la race aux États-Unis», *Revue internationale des sciences sociales*, 1/2005, n° 183, pp. 63-81.

con ellos y como nos definimos sexualmente. Se trata de situaciones jurídicamente irrelevantes que no pueden ni deben condicionar la ciudadanía del momento en que se trata de adultos libres.

Para liberarse personalmente de los estereotipos y prejuicios del género, debemos comenzar por denunciar la categoría cristalizada en la ley. Para promover una política de igualdad entre todos los individuos, el Estado tiene que tender al indiferencialismo para tratar con individuos y no con grupos de hombres y mujeres.

El género humano es, en definitiva, el único género significativo para el lenguaje universal del Derecho.