



HAL
open science

Derechos sexuales y derecho de familia en perspectiva queer

Daniel Borrillo, Fernando Seffner, Roger Raupp Rios

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo, Fernando Seffner, Roger Raupp Rios. Derechos sexuales y derecho de familia en perspectiva queer. Editora da UFCSPA, 2018, 978-85-92652-05-0. hal-01877798

HAL Id: hal-01877798

<https://hal.science/hal-01877798v1>

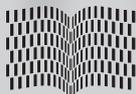
Submitted on 20 Sep 2018

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.

Daniel Borrillo
Fernando Seffner (org.)
Roger Raupp Rios (org.)

Derechos sexuales y derecho de familia en perspectiva *queer*



Editora da
UFCSPA

Daniel Borrillo
Fernando Seffner (org.)
Roger Raupp Rios (org.)

**Derechos sexuales y
derecho de familia en
perspectiva *queer***

Porto Alegre
Editora da UFCSPA
2018

Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre

Rectora

Lucia Campos Pellanda

Vice-rectora

Jenifer Saffi

Editora da UFCSPA

Directora

Ana Carolina da Costa e Fonseca

Vice-director

Eder da Silveira

Consejo editorial

Alberto Antônio Rasia Filho, Ana Carolina Faedrich dos Santos, Ana Rachel Salgado, Cláudia de Souza Libânio, Katya Vianna Rigatto, Márcia Vignoli da Silva, Michely Lopes Nunes, Rodrigo de Oliveira Lemos

Edición

Olívia Barros de Freitas, Ana Carolina da Costa e Fonseca

Traducción

Traduzca.com

Revisión de la traducción

Ana Boff de Godoy, Ana Rachel Salgado

Diseño gráfico

André Selbach Nasi (Ascom/UFCSPA)

Diagramación

Eduardo Coimbra Farias (Ascom/UFCSPA)

Está permitida la reproducción sin fines lucrativos por medio digital de esta obra, parcial o total, desde que citada la fuente o página web donde se pueda encontrarla (www.ufcspa.edu.br/editora).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B737d Borrillo, Daniel.

Derechos sexuales y derechos de familia en perspectiva queer [recurso eletrônico] / Daniel Borrillo; organizadores: Fernando Seffner e Roger Raupp Rios. – Porto Alegre : Ed. da UFCSPA, 2018.

Recurso on-line (286 p.). : il.

Modo de acesso: <http://www.ufcspa.edu.br/index.php/editora/obras-publicadas>
ISBN 978-85-92652-05-0

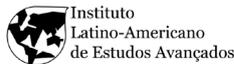
1. Direito. 2. Direito de família. 3. Direitos sexuais. I. Borrillo, Daniel. II. Seffner, Fernando. III. Rios, Roger Raupp. IV. Título.

CDD 344.6

CDU 347.6

UFCSPA – Biblioteca Paulo Lacerda de Azevedo

La producción de este libro fue financiada por el proyecto de investigación «Sentenças de conflitualidades de gênero e sexualidade: uma análise das fontes, dos argumentos jurídicos e da formação curricular dos operadores do direito no Rio Grande do Sul», proceso CNPq 404827/2012-8, coordinado por el Prof. Dr. Fernando Seffner (UFRGS). Además, contó con el apoyo de las siguientes instituciones:



SUMARIO

| | |
|--|----|
| PREFACIO | 7 |
| <i>Gloria Careaga Pérez</i> | |
| PRESENTACIÓN | 19 |
| <i>Mario Pecheny</i> | |
| INTRODUCCIÓN | 25 |
| <i>Fernando Seffner, Roger Raupp Rios</i> | |
| PRIMERA PARTE: DERECHOS SEXUALES Y TEORIA <i>QUEER</i> . . | 43 |
| 1 - Por una teoría queer del derecho de las personas y de las familias | 45 |
| <i>Daniel Borrillo</i> | |
| 2 - Apuntes para un derecho democrático de la sexualidad | 79 |
| <i>Roger Raupp Rios</i> | |

3 - Una perspectiva crítica del Derecho del género y de las sexualidades en el mundo latino 119

Daniel Borrillo

4 - Derechos sexuales: orientación sexual y identidad de género en el derecho brasileño 135

Roger Raupp Rios

SEGUNDA PARTE: DERECHO DE FAMILIA EN PERSPECTIVA *QUEER* 181

5 - Para una teoría del derecho de las personas y de la familia emancipada del género. 183

Daniel Borrillo

6 - Las uniones homosexuales y la «familia homoafectiva»: el derecho de familia como instrumento de adaptación y conservadurismo o la posibilidad de su transformación e innovación 217

Roger Raupp Rios

7 - La contractualización de los vínculos familiares: parejas sin género y filiación unisexuada 239

Daniel Borrillo

8 - Conclusión: Derechos fundamentales, afecto y derecho de familia 277

Roger Raupp Rios

SOBRE LOS AUTORES 283

PREFACIO

DERECHO A LA SEXUALIDAD Y SUS CONTEXTOS

Gloria Careaga Pérez¹

El derecho a un ejercicio pleno y libre de la sexualidad ha exigido una no fácil lucha. A través de la historia, la sexualidad como una dimensión de la vida de las personas, ha enfrentado distintas concepciones orientadas principalmente a su control. En distintas etapas ha pasado de ser un pecado a ser una enfermedad e incluso se le ha confinado a los ámbitos del crimen. Esas concepciones en

¹ Gloria Careaga Pérez tiene máster por la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), es profesora de Psicología Social en la Facultad de Psicología Social de la UNAM y investigadora en el Programa de Estudios de Género, en el cual dirige varios estudios sobre la sexualidad. Coordina el Encuentro de Estudios Latinoamericano de Sexualidad y Sociedad, que ocurre bianualmente. Tiene varias antologías coordinadas, en particular *Los debates sobre masculinidades, poder, desarrollo, las políticas públicas y ciudadanía* (2006), *Sexualidades diversas, aproximaciones para su análisis* (2004), *Poderes cuestionados: sexismo y racismo en América Latina* (2003), y ha publicado varios artículos y capítulos de libros.

mucho lo que han buscado es la negativa del placer sexual como un objeto legítimo en la vida de las personas.

Así, la determinación que en un momento se impuso de la sexualidad para la reproducción ha colocado en una condición sospechosa a cualquier manifestación sexual que ahí se aleje. Pero el lugar en el cual hemos colocado a la sexualidad, tan cerca de la reproducción y tan lejos del placer, resulta incomprensible cuando todas las personas reconocemos que es precisamente el placer sexual el motivo principal para el ejercicio de nuestra sexualidad.

No obstante, cualesquiera de esas expresiones han estado sujetas al escrutinio social y formal para su disciplinamiento, incluso en cada una de las etapas de la vida de las personas. Es más, en mucho esa condición ha llevado al reconocimiento de la sexualidad legítima prácticamente no solo en la etapa reproductiva, sino también dentro del marco de la heteronormatividad, monogámica y conyugal. A pesar de las distintas contribuciones en el desarrollo teórico alrededor de la sexualidad, desde Freud y Kinsey en el Siglo XIX y los análisis críticos de Foucault del Siglo XX; a pesar de la afirmación de las feministas de la sexualidad como dimensión fundante de las relaciones de dominio-sumisión, poco se ha avanzado para liberarla del yugo de la reproducción.

Los intentos de romper con esos límites han sido permanentemente callados. La posibilidad de reconocimiento como legítimo a un movimiento por la libertad sexual rápidamente ha encontrado barreras que impiden no solo su pleno desarrollo, sino incluso la posibilidad de un amplio y adecuado conocimiento sobre la sexualidad misma. Como señalan Correa, Parker y Petchesky (2008), para los movimientos sociales contemporáneos, los derechos son un ámbito necesario e innegable de expresión y siempre un ámbito inevitable de la política. Así, la defensa del derecho a la sexualidad, al estar enmarcada por connotaciones morales, no puede ser la misma que

cuando se emprende la defensa por la justicia social o los derechos humanos en general.

De hecho, en los años recientes el debate en torno al derecho a la sexualidad para todas las personas, independientemente de su sexo, género, raza u orientación sexual ha sido una constante en los espacios intergubernamentales. Sin embargo, el panorama para el derecho a la sexualidad pareciera hoy sombrío, pero más bien habríamos de decir que nos enfrentamos a un complejo escenario paradójico. Después de lo que se ha denominado la década de las mujeres de los años noventa — por los avances en sus derechos y los debates que impulsaron — (GIRARD, 2007), hoy los contextos sociopolíticos cambiaron y no solo los derechos sexuales están lejos de las políticas de los gobiernos de todos los colores, sino que incluso se ha visto un retroceso en el interés por proteger los derechos reproductivos. A través de principalmente reformas legales se han dado rupturas para dar pasos claros a avances importantes por los derechos LGBT, pero al mismo tiempo ha habido reacciones muy fuertes a esos cambios matizadas por polémicas morales y sustentadas por las agudas tensiones, tanto entre el Norte y el Sur como entre el Oriente y el Occidente.

Así, el abordaje de la sexualidad en el debate de los derechos humanos se convierte en un espacio sumamente ruidoso en el que los derechos sexuales son una moneda de cambio en las transacciones entre gobiernos que le impide ocupar el lugar central que hoy se necesita y da curso a que los gobiernos en ocasiones hagan caso omiso de los consensos internacionales alcanzados. No obstante, las políticas de género y sexualidad — más allá de que estén dispuestos o no los gobiernos a ocuparse de ellas directamente en sus negociaciones — no pueden ser ignoradas, son dimensiones de la vida social y política que afectan la vida de las personas y el desarrollo de los países (CORREA; PETCHESKY; PARKER, 2008) y sus consecuencias cada vez más se hacen más evidentes.

Sin embargo, dentro de su complejidad habremos de considerar cómo el modelo económico imperante y la falta de acciones sociales para un cambio cultural a favor de los derechos humanos han profundizado las brechas de desigualdad social entre países y al interior de los mismos, e incluso al interior de los propios movimientos sociales. Coloca así a la sexualidad en un lugar desafortunado ante la urgencia apremiante de atender la pobreza en la que amplios sectores han sido sumidos, como de la necesidad de desmantelamiento de la estructura de discriminación que mantiene a muchos en los márgenes. No será posible ver a la sexualidad articulada al desarrollo mientras se mantenga una cultura sexista, homofóbica y racista, ni si quienes toman las decisiones siguen sin pensar en los significados del impacto de la sexualidad en las distintas esferas de la vida cotidiana. Así, sin una fundamentación clara desde la estructura de derechos humanos, la traducción de los reclamos acuerpados en acciones sociales es impensable.

Por otra parte, las fuerzas conservadoras impulsadas desde distintas jerarquías religiosas han afinado sus estrategias no solo para ampliar su feligresía sino para tornarse sujetos activos en el ejercicio de influencia política sobre los gobiernos. Esas fuerzas se miran cada vez más poderosas, política y económicamente; el poder que tienen hoy las iglesias, es un evidente poder gigantesco con además un recurso mediático fuerte y con una red y articulación social inmensa que entreteje los distintos niveles económicos que colocan a la sexualidad como una amenaza social.

Esa intención habría de desmantelarse para afirmar que los derechos sexuales abren la posibilidad de reconocimiento de una dimensión más de la vida que reconoce, empodera y apoya identidades, conductas y expresiones sexuales que se han mantenido marginadas por el simple hecho de ser expresiones claras del placer, y subordinadas a una normalidad que privilegia un reducido marco de su amplia expresividad, lo que vulnera la oportunidad de comprensión de esa

dimensión para vivirla libremente como señalan los autores involucrados en esta publicación. Eso porque los derechos sexuales aseguran la legitimación del placer y el deseo sexual al mismo tiempo que abren las condiciones sociales y culturales necesarias para vivir la sexualidad en un marco de consideración y respeto, más allá de la imposición de un modelo heterosexista y la dominación masculina, como ejes fundamentales del relacionamiento.

Uno de los focos de la polémica actual sobre esas identidades sexuales no legitimadas es el matrimonio igualitario. Una lucha de ya larga data que hoy se encuentra en el centro del debate. La revolución sociocultural de 1968 a la par que la pluralización de las sociedades contemporáneas y el desarrollo de una cultura global, fueron el escenario de la reivindicación de diversas minorías raciales, étnicas y también sexuales (BÁRCENAS, 2015). La discusión sobre la necesidad de protección de los derechos de las parejas inició formalmente en la década de los 80, cuando la epidemia del VIH develó un sinnúmero de vejaciones que las parejas homosexuales enfrentaron ante el diagnóstico de SIDA en alguno de sus integrantes.

El mismo estigma que acompañó a la epidemia en esa época llevó a que familiares frecuentemente buscaran ocultar el padecimiento, pero sobre todo su condición homosexual, para lo que secuestraban al familiar, y despojaban de todos sus derechos y propiedades a la pareja. Al trauma del padecimiento y muerte de la pareja que sufrieron miles de hombres *gay* a quienes se les negó las visitas a los hospitales sobrevino el de ser lanzados de las viviendas que habían compartido con sus parejas por estar a nombre del fallecido. Al mismo tiempo, algunas lesbianas luchaban por mantener la custodia de sus hijos provenientes de uniones heterosexuales previas, ya que su nueva definición sexual se constituía en una herramienta de control y agresión, que amenazaba también con despojarlas. No obstante, la lucha por el reconocimiento legal de las parejas del mismo

sexo no ha sido una constante en la agenda hasta hace algunos años en los que incluso ha llegado a internacionalizarse y a convertirse en prioridad en la agenda universal.

Si bien podríamos afirmar que la familia es una institución que, a lo largo de la historia, ha tenido distintas configuraciones producto de los intereses que le subyacen, el interés por el reconocimiento de las parejas del mismo sexo ha llevado a la reafirmación de modelos y concepciones únicas de familia entre quienes no están dispuestos a abrir las puertas a nuevas reconfiguraciones, pero también han despertado importantes interrogantes al interior del movimiento lésbico *gay*.

La monogamia, la heterosexualidad y la procreación se constituyeron en la base moral tanto del matrimonio civil como del religioso. El matrimonio igualitario ha venido a romper con esa hegemonía instalando un cambio radical en la familia y el matrimonio, las instituciones en las que se fundamenta la organización de la sociedad. Así, tales instituciones han sido reconfiguradas y resignificadas por las identidades sexuales y de género no heterosexuales, que han resquebrajado la moral heteronormativa y de legitimidad del mundo (BÁRCENAS, 2015). Al mismo tiempo, ese desafío ha dado luz a las iglesias inclusivas, es decir, a aquellas que aun cuando no surgen específicamente para las identidades disidentes de la normatividad sexual plantean distintos niveles de inclusión (*ídem*).² Esa inclusión radical resulta un caso emblemático al otorgar los mismos derechos a las identidades sexuales y de género heterosexuales y no heterosexuales.

Al mismo tiempo, la centralidad del matrimonio en la agenda LGBT tiene su vertiente incómoda. El inicio de la lucha por los derechos LGBT de los años setenta estuvo definido por liderazgos

² Las denominadas iglesias inclusivas no solo han aceptado la pertenencia abierta de personas LGBT a la feligresía y con su pareja, sino también en tener acceso a un ritual de bendición de pareja o a la celebración de algún ritual matrimonial en igualdad con las identidades heterosexuales.

y organizaciones fundados en los principios de izquierda. Sus convocatorias y acciones se caracterizaron por la inclusión y procesos democráticos que impulsaron un conjunto de demandas progresistas. A partir de finales de la década de los noventa empezaron a aparecer también, como entre los gobiernos, nuevos panoramas geopolíticos. El equilibrio entre las fuerzas LGBT cambiaron dramáticamente a partir del nuevo milenio cuando posturas tradicionales e incluso conservadoras fueron abriendo paso (DRUCKER, 2015). Aunque ha habido intentos por recuperar la perspectiva, el movimiento no ha logrado recuperar su posicionamiento original en relación con el trabajo de base y la intención transformadora; antes bien para muchos la tendencia hoy se orienta a la acomodación al interior de las estructuras del sistema dominante.

Si bien la garantía de derechos que otorga el matrimonio es un importante avance en la lucha, como deja ver la discusión que levantan los textos de este volumen, no podemos dejar de reconocer que su introducción lleva a que las parejas del mismo sexo se plieguen a formar relaciones estables, difíciles de disolver, que den sustento al posible apoyo que sus parejas necesitarían en caso de desempleo, sufran discapacidad o enfermedad. Deja de lado así la exigencia de los derechos individuales y la defensa de la libertad sexual. Pero sobre todo vulnera el reconocimiento de formas alternativas de relación.

Incluso, algunos estudios iniciales han mostrado que los matrimonios del mismo sexo ayudan a incrementar la desigualdad en las comunidades LGBT. Los LGBT más favorecidos se benefician más, especialmente por menores impuestos a la herencia. Las personas LGBT con menores ingresos a menudo pierden más en promedio (DRUCKER, 2015), particularmente donde los beneficios sociales de la gente pobre, que es la mayoría, están asociados a su pareja también asalariada.

Dondequiera que hoy el matrimonio homosexual haya ganado es una victoria por la igualdad y al mismo tiempo una contribución al incremento de la desigualdad. Un triunfo porque posibilita a millones de parejas del mismo sexo a disfrutar de los derechos que las parejas heterosexuales tenían garantizados, como no ser lanzados de sus casas cuando la pareja muere, pero contribuye a la desigualdad porque permite al Estado delegar la agenda neoliberal de transferir a las familias las responsabilidades sociales sobre las personas en condición de necesidad.

Desde distintos espacios ha habido voces críticas a la mirada unilateral del matrimonio de los activistas e intelectuales veteranos LGBT progresistas. La Declaración emitida en 2006 «Más allá del Matrimonio» urge «el reconocimiento de formas alternativas de convivencia más allá de un matrimonio modelo», que se sustentan en la discusión de los artículos de este libro, y acceso para todos, sin importar el estatus marital o ciudadano; programas de apoyo vital del gobierno, así como acabar con la regulación del Estado a nuestra vida sexual; el apoyo a las organizaciones sociales de cuidado en lugar de privatizar los servicios sociales. Es decir alzar la voz en el movimiento LGBT por una sociedad libre y justa.

Recordemos también que muchas de las aperturas sobre el tema se han dado ante la devaluación o descrédito de la condición. Lejos de ser una amenaza para el matrimonio tradicional, como afirman los opositores religiosos, permitir a las personas LGBT casarse da a la institución una actualización muy necesaria; incluso cuando se señala que las personas LGBT no representan una amenaza para el *status quo* (POLLITT, 2015). El matrimonio igualitario se refiere a amor, romance, compromiso, estabilidad e iniciar una familia y a la gente le encanta el amor. ¿Y cuál amor es el que estamos buscando? como señala Bonillo. Pero el matrimonio igualitario es también ajustar el amor a los valores familiares, legitimar una institución

conservadora que ha perdido la mayoría de su poder social coercitivo, para llegar a ser la opción para millones. Los derechos sexuales, por el contrario, son sobre el sexo, la libertad sexual, al contrario del matrimonio, en todo su esplendor, sucio e irresponsable; coloca a todas las relaciones entre personas en el marco de la decencia, para reproducir el sistema. Pero, ¿quién quiere hoy ser decente?

Esos aspectos siempre van a levantar controversias y conflictos, pero el problema real es que en nuestras sociedades no hay condiciones para el debate democrático real. Dificilmente se abren espacios para desarrollar una conversación madura, ciudadana y abierta, que reconozca las diferentes posiciones. Aun así, tenemos que seguir hablando públicamente de esas cosas para clarificar nuestras concepciones, porque la calidad de una agenda política, sea de derechos o de políticas públicas, no está exenta de riesgos cuando no la concibes ni peleas por ella con claridad conceptual. Vivimos en sociedades mediáticas donde, además, los temas de sexualidad son apelados fácilmente, y eso es muy riesgoso porque producen debates que dan mucho a la imaginación.

A manera de conclusión digamos que los derechos humanos incluyen a la sexualidad como una dimensión más de las vidas de las personas y buscar el mejoramiento social no puede dejar de lado ese aspecto. Se hace necesario que los gobernantes asuman un compromiso con la laicidad, la pluralidad, la educación sexual; asegurar que nuestras sociedades puedan crecer y madurar en términos de deliberación democrática. La laicidad de las instituciones políticas del Estado y los derechos humanos siguen siendo una parte fundamental para garantizar los derechos de mayorías y de minorías para, desde la identidad y la alteridad, construir otras maneras de estar juntos.

Hoy podemos regocijarnos de la ampliación de la garantía de derechos que salvaguarda la salud y la vivienda, las posibilidades de créditos conjuntos y más para las personas en relaciones homoparen-

tales pero necesitamos del desarrollo de una perspectiva de derechos humanos que posibilite la definición clara de una agenda contra todas las formas de discriminación y el desarrollo de mecanismos para el monitoreo estrecho de las acciones de gobierno, de las corporaciones privadas y de las agencias internacionales.

La realidad social actual y sus nuevas conformaciones políticas, económicas e ideológicas han desestabilizado los procesos. Las interrogantes acá planteadas van en el sentido de identificar el significado de esos cambios para los patrones de desarrollo, los acuerdos bi y multilaterales y los sistemas de cooperación. Entre los actores de la sociedad civil, también están apareciendo expectativas y preguntas con respecto a cómo esas tendencias afectan a las actuales políticas globales y nacionales de género, sexualidad y derechos. Pero se hace necesario que esos debates no se queden solo en el ámbito político de quienes deciden y quienes resisten sino llevar esos debates al ámbito académico.

La gestión desde la sexualidad además tiene múltiples costos, por una parte cargar con el estigma de defensa de derechos inmorales e ilegítimos, y por otra contamina la gestión de las organizaciones sociales con el estigma del mundo de la política que exige aprender y en muchos casos internalizar las reglas y procedimientos del sistema donde sus determinaciones están insertas. Pero su éxito no será posible sin su institucionalización en procesos democráticos formales, probablemente resultado de gestiones y denuncias en espacios intergubernamentales, e incluso de movilizaciones sociales amplias de reclamo de un nuevo marco para su comprensión y ejercicio.

De esa manera, la lectura de este libro resulta fundamental para repensar incluso los propios conceptos porque estamos en un momento en el que puede darse un diálogo más abierto para proponer estilos de vida más acordes a las necesidades de la época. Lejos

de representar nichos de tensión, su lectura debe ampliar y contribuir al desarrollo de un nuevo contexto social, democrático y plural.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARAJAS, Karina Bárcenas. Homoparentalidades: la familia como espacio de reconocimiento. *Revista Parteaguas*, Aguascalientes, a. 5, n. 34, p. 46-51, mar. 2015.

CORREA, Sonia. Potencias emergentes: ¿Puede la sexualidad y los derechos humanos ser un tema secundario? *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 11, n. 20, p. 173-186, jun. 2014.

CORREA, Sonia; PARKER, Richard; PETCHESKY, Rosalind. *Sexuality Health and Human Rights*. New York-London:Routledge, 2008.

DRUCKER, Peter. *Same-sex marriage: an ambiguous victory*. En: New Politics [en línea], 13 julio 2015. [Consulta: 25 julio 2016]. Disponible en: <<http://newpol.org/content/same-sex-marriage-ambiguous-victory>>. .

GIRARD, Françoise. Negotiating sexual rights and sexual orientation at UN. In: PARKER, Richard; PETCHESKY, Rosalind; SEMBER, Robert (Org.). *SexPolitics: reports from the front lines* [en línea]. New York: Sexuality Policy Watch, 2007. p. 311-358.

[Consulta: 25 julio 2016]. Disponible en: <<http://www.sxpolitics.org/frontlines/book/index.php>>.

POLLITT, Katha. There's a reason gay marriage is winning, while abortion rights are losing: are these two "culture wars" issues really that similar? En: *The Nation* [en línea]. 22 abril 2015. [Consulta: 25 julio de 2016]. Disponible en: <<https://www.thenation.com/article/theres-reason-gay-marriage-winning-while-abortion-rights-are-losing/>>.

PRESENTACIÓN

Mario Pecheny¹

El libro de Roger Raupp Ríos y Daniel Borrillo me remite a Sócrates y a Platón, al menos por tres motivos: en primer lugar, como esos antiguos filósofos griegos, porque los autores reflexionan sobre la articulación entre amor (*eros*) y justicia: no hay justicia en la polis ni felicidad posible si esa articulación no es pensada y practicada; en segundo lugar, porque la forma de esa reflexión es el diálogo abierto y pedagógico; y en tercer lugar, porque junto con ellos también he caminado y caminado parques y otros lugares, caminatas que no sé si son filosóficas, pero sí que han estimulado el pensar juntos, una vieja y linda costumbre que se ha ido perdiendo en el acelerado mundo neoliberal que nos tocó en (mala) suerte.

¹ Es Doctor en Ciencia Política por la Universidad de París III. Se especializó en el estudio de políticas y derechos en materia de salud, género y sexualidad. Actualmente es Profesor Titular Regular de Sociología de la Salud de la Carrera de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, UBA; y Profesor Titular de Ciencia Política en el Ciclo Básico Común, UBA. Es Investigador Independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y Categoría I del sistema de incentivos.

La sexualidad ha sido un fin y un medio de normalización social a través del cual el Estado y las mayorías dominantes consiguieron por décadas y siglos construir un edificio normativo que privilegió determinadas formas de sexualidad: prácticas eróticas, identidades, relacionamientos y unidades de convivencia que los suponen. La heterosexualidad, al ser potencial y usualmente reproductiva, agrega al componente erótico y relacional el aspecto filiatorio, puesto que de relaciones sexuales heterosexuales, en determinadas condiciones, pueden resultar hijos e hijas; también puede suceder que lo sexual resulte del proyecto de familia (de querer tener hijos/as), que el proyecto detrás de los relacionamientos sexuales sea el de dar lugar a una familia, con las consecuencias legales, de estatus y de patrimonio que esa forma social privilegiada trae consigo.

Que lo sexual no es natural sino histórica, política y socialmente construido, es un asunto casi universalmente compartido en el seno de las ciencias sociales. En su variante de sentido común, el carácter contingente (no-necesario) de lo sexual es un supuesto que ha permitido desde hace décadas cuestionar el orden sexual, que estructura aquello que se espera y premia de los individuos y grupos humanos en materia de erotismo y relaciones amorosas, y aquello que se castiga y estigmatiza.

En los años sesenta y setenta, el lenguaje de ese cuestionamiento al orden sexual ha sido el lenguaje emancipatorio: sacarse las cadenas. Las cadenas de la opresión sexual, de la represión, del control, de los modelos únicos a seguir (relacionarse heterosexualmente, si es posible dentro del matrimonio legalmente sancionado, con el fin de tener hijos y formar una familia), de la violencia y la tradición, debían romperse. La energía sexual contenida, las identidades invisibilizadas y perseguidas, los relacionamientos no reconocidos, así como las formas de opresión y explotación más históricamente teorizadas y objeto de luchas – es decir, las formas ligadas a las clases sociales que

redundan en la opresión económica y las formas ligadas a la colonia, la dependencia y el imperialismo, todo ello formaba un universo político conceptualizable en el lenguaje de la liberación. Con la emancipación, no sólo se liberarían pueblos y fuerzas productivas, sino también las energías eróticas que pugnaban por salirse de los estrechos cauces de la norma. La liberación sexual, la liberación nacional y social, no eran incompatibles entre sí sino que se suponían, al tiempo que nadie pondría en dudas de que la justicia social y la liberación de los proyectos de felicidad individuales eran indisociables.

Las dictaduras militares pusieron las agujas del reloj de las agendas en otras urgencias: la de la defensa de la vida ante los crímenes perpetrados o consentidos desde el Estado, la demanda de un estado de derecho, la exigencia de reglas democráticas de funcionamiento político. Trajeron a la región, como reacción ante tanta arbitrariedad, el lenguaje y la movilización en nombre de los derechos humanos. Las renacientes democracias de los años ochenta retomaron entonces, de a poco, las cuestiones sexuales, pero ya no tanto en el lenguaje liberacionista previo a las dictaduras, sino más bien en el lenguaje de los derechos.

Es así que lo sexual se empezó a conceptualizar políticamente en términos de derechos: reivindicaciones cuyo procesamiento político exigía la formulación de las aspiraciones políticas formateadas como derechos de sujetos, sobre materias determinadas, derechos que el Estado debía en principio dejar de negar y comenzar a proteger y promover.

Un concepto útil para pensar esos procesos es el concepto de heteronormatividad. Ese concepto refiere al privilegio dominante o exclusivo de un tipo específico de sexualidad, la heterosexualidad; de un tipo de vínculo, el monogámico, permanente y reconocido por el Estado a través de la figura del matrimonio, con una finalidad principal que es la de dar lugar a una familia (mediante hijos biológicos)

y un patrimonio económico compartido. Además, algo que no es un detalle menor, el vínculo heterosexual entre un varón y una mujer supone (la mayoría de las veces de manera explícita) la jerarquía simbólica, política, económica y legal del varón sobre la mujer, y de los padres sobre los hijos.

Ese modo heteronormativo de construir lo sexual y todos los vínculos y formas sociales que de él se derivan, que lo suponen, y que lo reproducen, fue cuestionado por gran cantidad de movimientos sociales: feministas, *gays* y lésbicos, trans, de personas con VIH, anti-violencia, anti-trata y tráfico, etc. Esos movimientos históricamente han desconfiado del Estado, y con buenas razones. El Estado y sus agencias (policía, instancias judiciales y punitivas, médico-sanitarias, educativas) habían sido y son los lugares y actores privilegiados en la producción de la heteronormatividad, de las prácticas que la producen y reproducen, y del sufrimiento diario y concreto que cada una y cada uno padece en tal marco institucional.

La desconfianza ante el Estado, en el lenguaje de los derechos y también en el lenguaje de la liberación, se traduce en la voluntad política y en el esfuerzo teórico-conceptual de querer echar por tierra la heteronormatividad. La heteronormatividad sancionada por el Estado y el Estado inherentemente patriarcal y heteronormativo son el blanco y el terreno de la lucha por marcos más justos para la vida sexual y afectiva.

Pero no resultó todo tan sencillo. Llegado a ese punto se presenta un dilema que es tanto político como teórico, que plantea a modo de simple pregunta (aun cuando eso sea una simplificación): Echar por tierra la heteronormatividad, ¿implica echar por tierra cualquier normatividad, o implica echar por tierra el componente «hetero» de la heteronormatividad?

Adelanto una visión, también simplificada, de momentos históricos (políticos y teóricos) en relación con esa pregunta. En un

primer momento, se plantearon reivindicaciones de derechos con un supuesto compartido, un sentido compartido, de que cualquier normatividad es indeseable. Si el Estado sanciona una normatividad sexual, cualquiera que sea, mediante ese gesto sigue privilegiando determinadas formas, identidad y prácticas por sobre otras, sigue construyendo fronteras de inclusión y exclusión, sigue reproduciendo situaciones de diferencia que no son otra cosa que relaciones sociales de desigualdad.

Pero en un segundo momento, la paradoja se instala: la caída de la heteronormatividad no da lugar a la ausencia de normatividades impuestas.

Si se derrumba una normatividad, pueden suceder dos cosas (también aquí, simplifico): que no se instale nada o que se instale una nueva normatividad. La primera opción, que no se instale nada, es falsa: sin el Estado y sin reglas, se instala un estado de naturaleza (una situación en la que prevalece la ley del más fuerte, de quien tiene mayores recursos), se instalan modos de ser sociales cuya regulación no es que no existe, sino que pasa a ser objeto de la autorregulación tal como es hoy, es decir, mercantilizada. Resumiendo: la ausencia de regulación o de normatividad deja a las prácticas y vínculos a merced de la violencia de quien es más fuerte o a la merced del mercado. La segunda opción es pensar nuevas formas de normatividad. Eso es menos excitante, más difícil de plantear en términos liberadores, más técnico, y sí, riesgoso en el sentido arriba evocado de crear nuevas formas de privilegio, explotación y exclusión.

Haciendo un pequeño juego de palabras, pasar del primer momento al segundo momento implica pasar del lenguaje de los derechos al lenguaje del derecho. Palabras como las de Roger Raupp Ríos, Daniel Borrillo y Fernando Seffner cobran todo su sentido en ese pasaje.

Ya hace años que los autores de este libro se plantean, de manera pionera, cuál sería un derecho democrático de la sexualidad. O, como yo lo diría, un derecho sexualizado de la democracia, capaz de dar cuenta de manera amplia, erótica, justa y universal de la inmensa variedad de formas sexuales, identidades, relacionamientos y unidades sociales que existen y podrían existir. Son preguntas políticas, teórico-conceptuales y técnico-jurídicas. Esas preguntas refieren a la sexualidad y a la no-sexualidad: puesto que lo sexual era y es tan central en el armado del Estado, las leyes y el derecho que si se toca lo sexual, se mueve todo. Familia y filiación, salud, propiedad de bienes, residencia y ciudadanía, todo.

Cada uno de los capítulos nos permite conocer y reflexionar sobre la diversidad de aspectos involucrados en sexualizar el derecho y normatizar lo sexual. Yo no calificaría a esos esfuerzos de *queer*, me parece que los capítulos van más allá de esa perspectiva teórico-política, cuya traducción en América Latina todavía no logró captar en plenitud. A mi criterio, los autores dan cuenta de una visión del derecho y la sexualidad que es, en el mejor sentido y en el más tradicional sentido, crítica. Es crítica porque da cuenta de las condiciones de producción y circulación de las discusiones, porque es polémica y polemista, porque se inserta en un análisis de la totalidad que no es reducible a alguna de sus dimensiones, porque articula teoría y práctica, práctica y teoría.

Resumiendo: lectora, lector, camina junto a esos capítulos y dialoga con ellos.

INTRODUCCIÓN

Fernando Seffner e Roger Raupp Rios

DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS SEXUALES DELANTE DE LA PRECARIEDAD DE LOS TEMAS DE SEXO Y GÉNERO: LA EDUCACIÓN JURÍDICA COMO INDAGACIÓN DE LOS MODOS DE VIVIR EN NUESTRA SOCIEDAD

Mucho conocemos sobre una sociedad examinando los sujetos y sus modos de vivir clasificados como abyectos. Lo abyecto está allí, a demarcar mejor los contornos de lo que se tiene como aceptable; es un exterior constitutivo de las formas de vida consideradas viables. Pero también, la porosidad de las fronteras que demarcan el centro, donde habitan los modos de vivir «adecuados y saludables», y las márgenes, donde están los monstruos que asombran la nor-

ma, dice mucho también de las conexiones y tránsitos entre deseo y prohibición. El vivir de modo adecuado está más cerca de lo que se imagina de las formas que se consideran poco adecuadas. Para los marcadores de género y sexualidad tenemos noticias todos los días de esos descaminos. Las travestis y transexuales son al mismo tiempo objeto de manifestaciones de odio y violencia explícita, como también a todo instante sabremos del profundo deseo erótico que despiertan en los llamados «ciudadanos de bien», vez por otra flagrados en situaciones dichas molestas. Todos esos deseos y prohibiciones son construcciones sociales y políticas, aprendidos en modos formales o no de educación, y regulados en leyes. Todo eso se refiere a la Educación y al Derecho, campos que construyen y sustentan tipologías de lo aceptable y de lo no aceptable:

Pues, como se sabe, las tipologías son exactamente el modo por el cual la abyección se confiere: considérese el lugar de la tipología dentro de la patologización psiquiátrica. Sin embargo, previniendo cualquier malentendido anticipado: lo abyecto para mí no se restringe de ningún modo a sexo y heteronormatividad. Se relaciona a todo tipo de cuerpos cuyas vidas no son consideradas 'vidas' y cuya materialidad se entiende como 'no importante'. Para dar una idea: la prensa de los Estados Unidos regularmente presenta las vidas de los no occidentales en esos términos. El empobrecimiento es otro candidato frecuente, como lo es el territorio de aquellos identificados como 'casos' psiquiátricos. (BUTLER, 2002, p. 161-162, traducción nuestra).

Este libro surge en el marco de ese reto. La enseñanza jurídica, en especial aquella desarrollada en las facultades de derecho, acaba envuelto en presupuestos normalizadores y familistas, colaborando para la reproducción de esas tipologías excluyentes e incrementando la precariedad de los sujetos. Al colocar a disposición reflexiones conducidas a lo largo de la carrera de dos profesores de derecho que comparten una perspectiva crítica y dialogan entre sí, en el contexto del derecho continental europeo y latinoamericano,

este trabajo pretende suministrar material para reflexión y elaboración de contenidos que enfrenten ese cuadro.

Estructurada en dos grandes secciones y provocada por la teoría *queer*, se relacionan a la teoría general del derecho, sexualidad y género (primera parte) y sus implicaciones en el derecho de familia (segunda parte). De ese modo, presentadas una teoría *queer* del derecho (capítulo 1), del género y de las sexualidades (capítulo 3) y sus respectivos elementos en el desarrollo del ordenamiento jurídico positivo (capítulos 2 y 4), se lanzan las bases para un derecho de familia libre de las amarras del asimilacionismo (capítulo 6), del familismo (capítulo 7) y de la heteronormatividad (capítulos 5 y 8).

Si por un lado son el Derecho y la Educación campos donde reina la preocupación con la norma, sea con su aprendizaje, o con su correcto cumplimiento, es innegable que esos campos operan con lógicas diversas. También es innegable que en ellos hay cada vez más espacio para acoger las transgresiones de la norma y buscar modalidades de convivencia con los «diferentes». Pero el diálogo entre los campos del Derecho y de la Educación tiene zonas de conflicto históricas. Basta recordar un conjunto conocido de dichos del sentido común que orbita alrededor de la afirmación de que es donde la educación falló que entra en escena la necesidad de aplicación de los principios del derecho, en general para penalizar lo que se hizo indebidamente. Y lo que se hizo indebidamente fue por culpa de algún proceso educacional que falló. Puestos de esa forma, Derecho y Educación quedan en posiciones casi antagónicas. El conflicto se vuelve más intenso cuando pensamos esos dos campos, Derecho y Educación, atravesados por los temas del género y de la sexualidad.

Temas de género y sexualidad no son solo objeto de investigación académica, son también el motivo de poderosos movimientos sociales con todos los colores del espectro político, ya sea para mantener o modificar lo que nos acostumbramos a tomar como debido o

indebido. Se sabe que en la escuela no solo se hace un recorrido de aprendizaje de los conocimientos científicos. La escuela es productora de identidades, y las identidades de género y sexualidad están en ella incluidas. Alrededor de ese tópico asistimos amplia disputa en Brasil, de la cual la retirada de los ítems que tratan sobre la temática de género en los planes municipales y provinciales de educación es nada más que la punta del *iceberg*.¹ Pero los procesos educativos que nos enseñan lo que se considera «correcto» o «indeseado» en términos de género y sexualidad no habitan solo el territorio escolar. Ellos están ampliamente diseminados en la forma de pedagogías culturales (LOURO, 2000) en artefactos como novelas, películas, propagandas de artículos de consumo, homilías religiosas, noticias de periódico, artículos en revistas, placas de anuncios, juguetes para la infancia y adolescencia, ritos de pasaje, invitaciones para fiestas, estilos de moda y vestuario, tecnologías para la vida cotidiana, novelas y poesías, pintura y escultura, declaraciones de autoridades, diseño de estrategias empresariales, políticas públicas de salud o previdencia, declaraciones de candidatos en campañas electorales, estructuras de redes sociales, organización de agrupamientos familiares, distribución de ganancias en el mercado de trabajo, chistes y anécdotas, etc.

A rigor, no hay territorio de la vida social que no esté atravesado por diferencias y disputas de género y sexualidad, de modo explícito o implícito. No sin motivo, los campos de la Educación y del Derecho son constantemente llamados a intervenir en las cuestiones de género y sexualidad, sea para mostrar lo que es «correcto», sea para punir lo que se consideró una «ofensa moral»; sea para enseñar a niños y a adolescentes a respetar las diferencias de género y sexualidad en una postura que valoriza la inclusión, sea para ga-

¹ La posición del Ministerio de la Educación brasileño y de algunas entidades acerca del tema puede ser vista en Tokamina (2015).

rantizar derechos a los sujetos portadores de las nuevas identidades de género y sexualidad, como el acceso al matrimonio, al derecho de guarda de hijos, etc.

Parte de la discusión acerca del género y de la sexualidad se alinea, tanto en el Derecho como en la Educación, en el territorio de los derechos humanos. Hay un conjunto de disposiciones de los últimos años que estructuró el área de educación en derechos humanos en Brasil, a saber: en 2003, la creación del Comité Nacional de Educación en Derechos Humanos – CNEDH (BRASIL, 2003); en diciembre de 2006, la edición del Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos; en 2012, la edición de las Directrices Nacionales para la Educación en Derechos Humanos (BRASIL, 2012). Afuera esos marcos, tenemos un sin número de iniciativas en los niveles de municipios y estados, e incluso en la iniciativa privada, ampliando el alcance de la educación en derechos humanos. En ella se alojaron no solo las demandas de género y sexualidad, sino también aquellas relativas a raza y etnia, libertad de pertenencia religiosa, libertades laicas y lucha contra la intolerancia religiosa, respeto a los diferentes modelos de familia, lucha contra el prejuicio derivado del origen regional (en el caso brasileño, contra nordestinos, por ejemplo), derechos de las personas con deficiencias o necesidades especiales, respeto a las personas mayores, educación para la paz, estudio de la cuestión de la violencia en el país, debates sobre el consumo de drogas en las sociedades contemporáneas, el estudio de las culturas juveniles, a cuestión del trabajo infantil, derecho a la memoria, libertad de expresión, modos de ampliación del régimen democrático, denuncia de los crímenes del período de la dictadura militar, etc.² De modo sucinto, y pensando los sujetos sociales marcados por gé-

² Para conocer un poco la estructuración del campo y las investigaciones en marcha en el ámbito académico vale consultar <http://dhnet.org.br/index.htm> y <http://www.andhep.org.br/> (Acceso en: julio 2016).

nero y sexualidad, nos valemos de la noción de derechos humanos de Hannah Arendt comentada por Judith Butler:

Arendt dice cosas interesantes acerca de lo que cree que el hombre necesita para sobrevivir en su humanidad. Tiene derecho a un hogar y derecho a tener derechos, una formulación muy interesante desde el momento en que son derechos básicos que no pueden fundamentarse en ningún gobierno establecido ni en ninguna institución social; en ese sentido, no son derechos positivos. También parece haber derechos de pertenecimiento. Hay el derecho a tener una textura social de la vida. (BUTLER; SPIVAK, 2009, p. 76).

Los puntos esenciales del fragmento anterior, que vamos a retomar adelante, son el derecho a tener una textura social para el desarrollo de la vida y el derecho a tener derechos. Examinando programas y estrategias didácticas en la educación en derechos humanos en el ámbito de la provincia de Rio Grande do Sul, Brasil, con el recorte de los temas de género y sexualidad,³ tanto a aquellas de la enseñanza universitaria cuanto las practicadas en la secundaria, es posible reconocer una variada topografía política. Tanto los derechos humanos son accionados para que las minorías tengan acceso a garantías legales ya disfrutadas por la mayoría heterosexual, como los derechos humanos pueden servir para confinar las minorías en «programas especiales de educación» o «legislaciones específicas», donde se vuelven prisioneras de las marcas identitarias de género y sexualidad, que al fin y al cabo no son vistas como «normales» sino son «regularizadas» por la educación y por la ley. La lucha por la igualdad puede tomar rumbos inesperados, y colaborar con la reificación de la norma, más «normalizando» las minorías que garantizándoles

³ Los datos resultan del proyecto de investigación «Sentencias de conflictualidades de género y sexualidad: un análisis de las fuentes, de los argumentos jurídicos y de la formación curricular de los operadores del derecho en Rio Grande do Sul», financiado por el Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico – CNPq –, llamada n. 32/2012, proceso n. 404827/2012-8, investigador principal Fernando Seffner. Parte de la financiación del presente libro se deriva de eso proyecto.

libertad de expresión, además de producir jerarquías en el interior de esos grupos, como verificamos con la homonormatividad: puede ser *gay* sí, puede ser aceptado, desde que sea joven, blanco, discreto, masculino, sin afectación, clase media, buen nivel de escolaridad, se quiera casar, servir a la patria, constituir familia, tener hijos, vivir de modo monogámico el amor eterno.

Los procedimientos de examen que marcan nuestra sociedad, en que la verdad final sobre cada uno es extraída del sexo, nos llevan a la obra de Foucault. Allí se muestra la construcción de una historia de la sexualidad en el mundo occidental, no preocupada con la experiencia de lo erótico y muy poco con la calidad de los placeres, sino muy ocupada con la producción de verdades científicas, que dicen de nosotros, pero dicen también de la sociedad en que vivimos. Según Foucault, en especial en la Europa del siglo XVIII, se trata de colocar el «sexo en discurso»: hacer hablar para poder entonces clasificar e intervenir, constituyendo ahí el campo de conocimiento que nos acostumbramos a reconocer como «cuestiones de sexualidad» (FOUCAULT, 1999, 2004). La heterosexualidad aparece como intrínsecamente vinculada a identidad de los sujetos, se naturaliza, se vuelve norma, y de ella cada vez menos se habla. Todas las luces, el foco de las atenciones, se concentra en los «desvíos», en las «fugas» de la norma, en las transgresiones, sean ellas la homosexualidad, el hermafroditismo, el travestismo, los amanerismos, y todo más que se inventó después para capturar otras eróticas y otros deseos que no la heterosexualidad. Con eso se delimitan las fronteras de lo posible en términos de experimentación sexual, y se construyen las identidades que serán precarizadas o vueltas no viables de existir. Esa es la malla de poder-saber que Foucault analiza, en el centro de la cual la pareja monogámica heterosexual reina como legítimo y figura ejemplar de como las cosas «deberían ser».

La norma se legitima no solo por los procedimientos que marginalizan las diferencias del campo de lo posible, sino también por colocar la heterosexualidad como el presupuesto de la «sexualidad verdadera». Tenemos la imagen de que la heterosexualidad existe desde siempre, nunca se modificó, es algo casi que de la naturaleza del mundo, confundida con la reproducción, por lo tanto un dato biológico de la historia humana. Todos los procedimientos que cercan la heterosexualidad están entre la compulsividad y el silencio. Se habla mucho de la homosexualidad, de las travestis y transexuales, de la intersexualidad, pero no se habla de la heterosexualidad, porque parece que de ella no hay qué decir, ella simplemente existe y se la acepta. El régimen de heterosexualidad compulsoria se refiere a la expresión de la norma en el campo de la sexualidad y del género: «un conjunto de disposiciones (discursos, valores, prácticas) por medio de las cuales la heterosexualidad está instituida y vivenciada como única posibilidad natural y legítima de expresión» (WARNER, 1993 apud JUNQUEIRA, 2013, p. 483, traducción nuestra).

Si el horizonte de la educación en derechos humanos está dado por lo que las mayorías ya obtuvieron, difícilmente se puede esperar de esa modalidad de educación un impacto muy profundo en el enfrentamiento de la norma, para el caso del género y de la sexualidad, la heterosexualidad compulsoria. Vale recordar que la esclavitud, en Brasil o en los Estados Unidos, ya fue algo debidamente regulado y aceptado en la legislación, y era practicada de acuerdo con el código jurídico vigente. Fue necesario más que pensar en la norma para vencer esa modalidad de trabajo, que se equiparó al derecho de la mayoría branca. Lo mismo vale cuando pensamos en la mayoría de los derechos conquistados por las mujeres, a empezar por el voto. El hecho de que las mujeres no podían votar era algo legal y definido en ley, pero el voto estaba accesible a los hombres. Nuevamente, el esfuerzo fue equiparar con los derechos de la mayoría masculina,

mayoría aquí entendida no desde el punto de vista numérico, sino desde el punto de vista de la fuerza de representación política. Pero las mujeres también vienen conquistando un conjunto de derechos que se refiere a su cuerpo, como es el caso de las legislaciones del aborto, y que son derechos nuevos. De la misma forma, el movimiento LGBT, al reivindicar y obtener en muchos países el derecho del acceso al matrimonio civil, tanto se equipara a lo que la mayoría heterosexual ya tiene, como en parte sobrepasa, al permitir que se piense la familia como agregado que no se vincula de modo directo a la procreación. Tenemos por lo tanto movimientos de alcanzar la igualdad, como de «sobrepasar» la igualdad, creando nuevos derechos, y de cierta forma marcando la existencia de diferencias:

Cierta distancia o ruptura se vuelve condición de posibilidad de la igualdad, lo que significa que la igualdad no es un asunto de extensión o de aumento de la homogeneidad de la nación. Claro está que puede tratarse solo de un pluralismo que, como sabemos, restablece la homogeneidad después de admitir en casa un poco de complejidad (BUTLER & SPIVAK, 2009, p. 86).

Proponemos pensar la conexión entre los derechos ya alcanzados por las mayorías y los derechos que las minorías reivindican a partir de la noción de precariedad de la vida de Judith Butler (2006) juntamente con la noción de solidaridad, que orientó buena parte de la respuesta inicial al SIDA en Brasil. En esa obra, Judith Butler discute la cuestión del valor de la vida, en conexión con textos anteriores de su autoría. Toda la argumentación se desarrolla alrededor de la idea de que la vida está definida por la precariedad, y puede ser objeto de control, violencia y muerte, sino también de acciones de solidaridad. Pero la precariedad es diferencial, porque hay vidas de sujetos y grupos situadas en terrenos de alta vulnerabilidad, mientras otras se sitúan en territorio de privilegios. La autora critica la noción de una autonomía o soberanía irrestricta de los individuos

(BUTLER, 2006, p. 15) que lleva a la noción de meritocracia, y apuesta en una ética de las relaciones humanas que privilegia pensar en la dependencia, en nuestra vulnerabilidad de otro anónimo que depende de mí y de quien yo dependo (BUTLER, 2006, p. 14).

Con eso, lanzamos una mirada en ese escenario que abarca derecho, educación, género y sexualidad alimentados por las teorizaciones *queer* y por una vertiente de pensamiento político brasileño. Y nos esforzamos para alargar los límites de lo pensable y para problematizar las conexiones entre márgenes y centro. Para pensar la educación en derechos humanos, presentamos las principales afirmaciones de Judith Butler (2006) acerca de la vida. O sea, antes de pensar en derechos humanos, proponemos pensar la vida. Y colocamos esas afirmaciones en conexión con la cuestión de la solidaridad, que también se refiere a la vida. Nuestro modo de vida está profundamente relacionado con el modo de vida de los otros (BUTLER, 2006, p. 32), lo que nos recuerda la noción de interdependencia puesta en las hablas y acciones marcadas por la solidaridad, principio político que orientó buena parte de la respuesta brasileña al SIDA en su inicio, así como los primeros proyectos de erradicación del hambre, todos de autoría de Herbert José de Sousa, conocido como Betinho:

Brasil, a través de segmentos representativos, por sus características y potencialidades, se puede constituir en un ejemplo de movilización. Difundiendo otra visión sobre la epidemia que restaure la cura como perspectiva y la solidaridad como principio de todo el trabajo de prevención⁴ (SOUZA, 1989, apud PARKER, 2016, traducción nuestra).

⁴ Texto original: O Brasil, através de segmentos representativos, por suas características e potencialidades, pode-se constituir num exemplo de mobilização. Difundindo uma outra visão sobre a epidemia que restaure a cura como perspectiva e a solidariedade como princípio de todo o trabalho de prevenção.

La vida está marcada por una vulnerabilidad original, que es también una vulnerabilidad diferencial, una vez que, si por un lado todos somos fundamentalmente vulnerables, cada uno de nosotros – y cada grupo social – lo es de modos específicos, y el reconocimiento de esa marca de la vida en sociedad es vital para contener la violencia y el odio (BUTLER, 2006, p. 58). Es en el encuentro con el otro, con las demandas del otro, que también reconocemos la precariedad que nos constituye,⁵ y es con los ojos puestos en ese horizonte que se pueden formular las acciones para la vida en sociedad (BUTLER, 2006, p. 70). El diálogo con la noción de solidaridad aquí es perceptible cuando se examina la comprensión de Paulo Freire sobre el tema:

Me gustaría añadir la solidaridad como otra calidad deseable. Solidaridad camina lado a lado con espíritu crítico. No puedo imaginar que el mundo se vuelva mejor si nosotros realmente no adoptamos ese sentimiento, si el mundo inmediatamente no se vuelve una gran masa de solidaridad, si no luchamos por la solidaridad⁶ (FREIRE, 2014, p. 522, traducción nuestra).

El vivir en la sociedad, pautado por el recuerdo constante de ese valor primario que es la precariedad de la vida de cada uno de nosotros, involucra el esfuerzo constante en reconocer y pensar desde el punto de vista del otro, de dejarse contaminar con el otro. Eso vale para las cuestiones de género y sexualidad con certeza. Si no hacemos eso, estamos de modo claro invirtiendo en negar la precariedad de la vida, e invertimos en la dominación (en general violenta) y en la idea de que podemos ser completamente autónomos – no depende-

⁵ Lo que implica el acto concreto y simbólico de mirar en el rostro del otro, imagen traída de las reflexiones de Emmanuel Levinas.

⁶ Texto original: I would add solidarity as another desirable quality. Solidarity goes side by side with a critical mind. I cannot imagine the world getting any better if we really don't adopt the feeling and immediately become a great mass of solidarity, if we don't struggle for solidarity.

mos de los otros para conducir nuestra vida, por lo tanto, no tenemos necesidad de entender los problemas de los otros (BUTLER, 2006, p. 56). Esa noción dialoga con los valores de la solidaridad puestos arriba, que abarcan pensar la interdependencia mutua y las obligaciones e intereses que componen lo que llamamos de humanidad.

En fin, todo habla de la centralidad de la precariedad en nuestra vida social (BUTLER, 2006, p. 46), de la cual las marcas de género y sexualidad son solo una manifestación a reclamar acciones de solidaridad. Pensar la vida en sociedad a partir no de una ontología individual liberal, no a partir de la apuesta en el mérito y autonomía individuales, sino pensar la vida como precaria y producida continuamente en sociedad a partir de la relación con otros actores y con el objetivo de disminuir esa precariedad. De esa forma, la solidaridad es concepto, pero también es acción:

La solidaridad no se la descubre por la reflexión, sino creada. Ella es creada por el aumento de nuestra sensibilidad a los detalles particulares del dolor y de la humillación de otros tipos no familiares de personas. Esa mayor sensibilidad vuelve más difícil marginalizar por el pensamiento las personas diferentes de nosotros (RORTY, 2007, p. 20, traducción nuestra).

Agregando los conceptos que desarrollamos hasta aquí, el suelo epistemológico de nuestras reflexiones es enfrentar la tarea de pensar en vulnerabilidad/precariedad y violencia/odio como puntos de partida posibles de la vida política. Dicho de otro modo, pensar la vida en una ontología individual liberal, donde la trayectoria de cada uno está marcada por el mérito individual y poca relación tiene con los demás, o en una ontología social que enfatiza la interdependencia de los seres humanos, su precariedad, la necesidad del ejercicio de la solidaridad y la vital importancia de la construcción de espacios públicos marcados por los derechos humanos. Es en el eje de esa tensión que podemos analizar casi todos los enfrentamientos sociales y sus posibles resolu-

ciones. Nos valemos de la anotación en diario de campo de un evento cotidiano singular⁷ pero que es rutinario en las ciudades brasileñas para pensar las conclusiones y el papel de los derechos humanos definidos en articulación con la precariedad de la vida:

Ese miércoles un niño de 12 años fue asesinado en la calle, al inicio de la madrugada, en el Barrio Restinga en Porto Alegre.⁸ Su asesinato luego fue atribuido a motivos relacionados al tráfico de drogas, explicación común para casi todo tipo de crimen involucrando menores. Nadie reclamó su cuerpo, y la policía costó a identificarlo. Manifestaciones de asistentes sociales y comentarios publicados por los internautas permiten saber con claridad la opinión general que se formó sobre el niño: él era un sujeto ya irrecuperable, con sucesivas entradas por la policía, vagando en la calle, no atendía los pedidos para permanecer en el abrigo, se evadió. La facilidad con que se declara que un chico de 12 años (un niño) es ya un sujeto irrecuperable, y por lo tanto una muerte anunciada, es bastante preocupante en Brasil. Los comentarios de los internautas permiten también notar las nociones de venganza al examinar la muerte del niño – si no lo hubiesen matado, él había matado a alguien; hoy él no estaba armado, pero mañana estaría y asesinaría a un trabajador; es un menos para amenazarnos – así como la completa ausencia de luto en el sentido político, expresada en la reiterada afirmación “él ya era irrecuperable”. Con eso, se lanza sobre el sujeto, que en verdad es un niño de 12 años, toda la responsabilidad por el suceso en la vida, enfatizando el concepto de vida autónoma. Considerar a niños de 12 años como irrecuperables, no ver allí vidas viables, debería haberse vuelto como síntoma social del momento en que vivimos, y no como explicación final para el asesinato del niño. El episodio de ese niño se conecta con la imposibilidad creciente en la sociedad brasileña de asumir como viables otras vidas, tales como aquellas de travestis y transexuales, de gays, lésbicas, portadores del VIH, jóvenes negros, etc. Todas esas personas no son necesariamente culpadas de algún crimen, pero son amenazas a las vidas de otros, son elementos de las “clases peligrosas”, cuyo mejor fin es la eliminación. Pues ellas son una amenaza a aquellas vidas que valen la pena ser vividas, que son viables. Entonces, en su muerte, resuena una mezcla de

⁷ Agradecemos a la Prof. Céli Regina Jardim Pinto que nos llamó la atención para el episodio, así como nos valemos de algunas consideraciones hechas por ella al comentar lo ocurrido.

⁸ Las materias del periódico que ofrecen los elementos principales del acontecimiento pueden ser vistas en TORRES, 2015 e en TORRES; DORNELES, 2015. Nos valemos de comentarios de los internautas en esas páginas, publicados abajo de las noticias, que revelan con claridad la noción de vida no viable, ausencia de luto y apuesta en la muerte como solución del «problema del menor», en sintonía con lo que vinimos discutiendo.

venganza y de limpieza social, porque en fin esas personas pueden matar a cualquiera, o ellas simplemente no son viables. Todo ese modo de notar la cuestión va en el sentido contrario de la solidaridad y de la percepción de la vida como precaria. (PINTO, sin fecha, traducción nuestra).

Uno de los peligros de los términos vulnerabilidad o precariedad es llevar a pensar en grupos que tienen predisposición o inhabilidad al ser afectados por eventos externos, como si eso les fuese una característica intrínseca, y no un problema social. La precariedad se distribuye por ejes de género, raza, sexualidad entre otros, produciendo cuerpos socialmente vulnerables, con vidas intensamente precarizadas. La vulnerabilidad aparece en el corazón de un orden normativo que distribuye poder y capacidad de acción de modo desigual. Vulnerabilidad no es debilidad individual, es posición social. Es difícil ingresar en la escena pública para reivindicar algo sin hablar de un sentido un tanto esencialista de vulnerabilidad, que aproxima la noción de vulnerable con la noción de víctima. Las minorías de sexo y género pueden ser vistas como marginalizadas de las acciones del estado, pero ni por eso están situadas en terreno desatento de la norma y del poder, pues:

[...] las poblaciones que estamos tratando de describir, que hay estado efectivamente sin estado, se encuentran también bajo el poder del estado. Carecen de protección legal, pero de ninguna manera están relegadas a una vida vacía: se trata de una vida saturada de poder. Lo que nos recuerda, de modo crucial, que el poder no es lo mismo que la ley. (BUTLER; SPIVAK, 2009, p. 49).

Es importante señalar que aquel que reivindica derechos iguales en primer lugar habla de un orden social injusto, pero en general se lo entiende como el portador de una vulnerabilidad individual. Es necesario un trabajo de solidaridad con vigor político para mostrar que la vulnerabilidad surge del modo cómo organi-

zamos el mercado financiero, el sistema de salud, las relaciones de trabajo donde el capital vale más que el trabajo, etc. Esas cuestiones todas pueden ser observadas en escenas y situaciones cotidianas del enfrentamiento en lo que se refiere a las diferencias de género y sexualidad, y la construcción de respuestas para cada una de ellas está en la dependencia de la comprensión de esa trama conceptual, que es también una trama muy política, a indicar caminos posibles de acción emancipatoria o no.

En ese contexto, este libro proviene de dos iniciativas y de proyectos de investigación congregando el Programa de Posgrado Maestría Académica en Derechos Humanos del Centro Universitario UniRitter (Grupo de Investigación Antidiscriminación, Igualdad y Diferencia) y del Programa de Posgrado en Educación / UFRGS (Grupo de Estudios de Educación y Relaciones de Género GEERGE), cuyo objetivo era diseminar el conocimiento y colaborar para la consolidación de una cultura de derechos humanos, en especial en América Latina. Ofrecemos aquí a la comunidad académica y a la sociedad civil su resultado, disponible de forma gratuita por la Editora de la UFCSPA vía la red mundial de computadoras, en dos versiones: en español y portugués.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDHEP. Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação. [en línea]. [Consulta: 7 mayo 2016]. Disponible en: <<http://www.andhep.org.br/>>.

BRASIL. Ministério de Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. Resolução CNE / CP 1/2012 de 30 de mayo de 2012. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 de mayo de 2012, sección 1, p. 48.

_____. Secretaría Especial de Derechos Humanos. Portaria nº 98 de 9 de julio de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 de julio de 2003, sección 1, p. 16.

BUTLER, Judith. Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler. *Revista Estudos Feministas*, v. 10, nº 1, jan. 2002, p. 155-167 (entrevista hecha por Baukje Prins y Irene Costera Meijer). [Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2002000100009&script=sci_arttext>.

_____. *Vida precaria: el poder del duelo y la violencia*. Buenos Aires: Paidós, 2006.

BUTLER, Judith; SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *¿Quién le canta al estado-nación?* Lenguaje, política, pertenencia. Buenos Aires: Paidós, 2009.

DHNET. DHnet [en línea]. [Consulta: 7 mayo 2016]. Disponible en: <<http://dhnet.org.br/index.htm>>.

FREIRE, Paulo. Pedagogy of solidarity: a dialogue. In: FREIRE, Ana Maria Araújo; OLIVEIRA, Walter de (Org.). *Pedagogy of solidarity*. Paulo Freire: patron of Brazilian education. Walnut Creek: Left Coast Press, 2014.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

_____. Michel Foucault, uma entrevista: sexo, poder e a política da identidade. *Verve* [en línea], São Paulo, SP. n. 05, p. 260-277, 2004. [Consulta: 20 mayo 2016]. Disponible en: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/4995/3537>>.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Pedagogia do armário: normatividade em ação. *Retratos da Escola* [en línea], Brasília, v. 7, n. 13, p. 481-498, jul/dez 2013. [Consulta: 20 mayo 2016]. Disponible en: <<http://www.esforce.org.br/index.php/semestral/article/view/320/490>>.

LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 9-34.

PARKER, Richard. A cura da AIDS [en línea], 2014. [Consulta: 24 mayo 2016]. Disponible en <<http://www.abong.org.br/noticias.php?id=8190>>.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Consideraciones* [sin fecha]. Notas.

RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TORRES, Eduardo. Menino morto na Restinga é identificado pelos exames periciais. *Diário Gaúcho* [en línea]. Porto Alegre, 29 abr. 2015. [Consulta: 20 mayo 2016]. Disponible en: <<http://diariogauchoclicrbs.com.br/rs/policia/noticia/2015/04/menino-morto-na-restinga-e-identificado-pelos-exames-periciais-4750137.html>>.

TORRES, Eduardo; DORNELES, Renato. Mãe do menino executado na Restinga: “Ele estava na Fase e não queria sair de lá”. *Diário Gaúcho* [en línea]. Porto Alegre, 30 abr. 2015. [Consulta: 20 mayo 2016]. Disponible en: <<http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/policia/noticia/2015/04/menino-morto-na-restinga-e-identificado-pelos-exames-periciais-4750137.html>>.

**PRIMERA PARTE: DERECHOS
SEXUALES Y TEORÍA *QUEER***

1 **POR UNA TEORÍA QUEER DEL DERECHO DE LAS PERSONAS Y DE LAS FAMILIAS**

Daniel Borrillo

LA TEORÍA QUEER

De origen inglesa, el término *queer* significa bizarro, extraño o anormal. A comienzos del siglo XX, comienza a tomar una connotación nueva para referirse a los comportamientos que no corresponden a la norma sexual y, de manera injuriosa, hace referencia a los *gays* y lesbianas quienes, más tarde, se reapropiaron del concepto para autodefinirse. Aunque luego la palabra *gay* reemplazó a *queer*, esta última reaparece en 1990, en Nueva York, con el nacimiento del grupo radical Queer Nation, que va a denunciar el conformismo de las asociaciones *gay* de la clase media blanca y proponer una acción política más amplia en la que puedan reconocerse todas las minorías sexuales (travestis, transexuales, locas, afeminados, sadomasoquistas, marimachos...). Como subraya Didier Eribon:

Queer es una manera de buscar la disolución de las fronteras para que tanto otras identidades (transgénero, bisexual, travesti...) cuanto la multiplicidad de identidades *gay* y lesbianas (maricas, tías, camioneras, *femmes...*) encuentren, todas ellas, un lugar en un movimiento contestatario de las normas sexuales, culturales y sociales (ERIBON, 2003, p. 394, traducción nuestra)

Teresa de Laurentis es la primera en utilizar académicamente la palabra *queer* en su seminario de la Universidad de California en 1990 para denunciar el carácter heterosexista de los estudios sobre la homosexualidad (DE LAURENTIS, 1991). La Teoría *Queer* (las mayúsculas utilizadas por la profesora de Laurentis son una manera irónica de mofarse de la pomposidad de las teorías científicas) se nutre de diversas investigaciones que, desde los años 1950, no han cesado de analizar los mecanismos de la dominación patriarcal. Dos décadas antes, la antropóloga estadounidense Margaret Mead, en su célebre libro *Coming of Age in Samoa: a Psychological Study of Primitive Youth For Western Civilisation* (1928), demuestra que los comportamientos propios al hombre y aquellos atribuidos a la mujer son el resultado de condicionamientos sociales. Según Mead, la naturaleza es maleable pues obedece a las pulsiones que le comunica el cuerpo social. Una parte del feminismo no tardará en apropiarse de dicha corriente culturalista y en denunciar la naturalización de las características biológicas atribuidas a las mujeres y sobre todo los papeles psicológicos y sociales que se deducen de dicha imputación natural.

Los primeros trabajos sociológicos sobre el género provienen de intelectuales comprometidos con el movimiento feminista y tienen en común la crítica al universalismo, presentado hasta entonces como pura y exclusivamente masculino. Los estudios de Jeanne Bouvier (1928) o Leon Abensour (1913; 1923), entre la Primera y la Segunda Guerras Mundiales, así como la obra de Edith Thomas en

los años 1950, por citar algunos ejemplos, intentan 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, basándose en la contraposición entre el simbolismo fálico y el simbolismo uterino polimorfo (cf. IRIGARAY, 1977).

El Derecho es denunciado por el feminismo como un instituto masculino y sostiene que para democratizarlo bastaría pues con feminizarlo. Ese objetivo reivindicado por una parte del feminismo institucional pone de manifiesto la continuidad del pensamiento binario, incluso dentro de la estructura crítica producida por dicho movimiento político (HALLEY, 2011, p. 109-132). 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.

El primer paso para poner fin a tal dominación ha sido la disociación entre sexualidad y reproducción, gracias a la legalización de los métodos anticonceptivos a finales de los años 1960. Dicha legalización ha permitido pensar la sexualidad como una actividad importante por sí, independientemente de las consecuencias que provoque. Entonces, si no es más la reproducción lo que justifica la sexualidad, una vez que 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.

Sin renunciar al aporte fundamental del feminismo, la nueva teoría va aún más lejos. A partir de la idea que considera «anormal» aquellos comportamientos sexuales que se alejan de la heterosexu-

alidad, la Teoría *Queer* parte del siguiente supuesto: el género es una construcción social que permite repensar las identidades independientemente de la lógica binaria de los sexos y la matriz heterosexual de la ley (BORRILLO, 2010, p. 289-321). A partir de la obra de Simone de Beauvoir y de su fórmula revolucionaria «no se nace mujer, se llega a serlo», la Teoría *Queer* prolonga los estudios de Michel Foucault y Jacques Derrida y se consolida con la publicación, en 1990, del ensayo de Judith Butler, *Gender Trouble*, y del libro *Epistemology of the Closet*, de Eve Kosofsky Sedgwick.

Las categorías dualistas universales «hombre/mujer» y «heterosexualidad/homosexualidad» son cuestionadas por esos autores. 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 del «sexo» propuesta por la Teoría *Queer* consiste en develar el dispositivo metafísico (necesario, indiscutible y natural) que condiciona tanto a los roles cuanto al deseo sexual. La fuerza normativa de la categoría «sexo» fue y sigue siendo la de concebirse como evidente (RICH, 1980), como algo substancial que determina naturalmente los papeles familiares y culturales (masculino y femenino) así como la atracción erótica normal entre individuos del sexo opuesto (heterosexualidad obligatoria).

La Teoría *Queer* parte de la hipótesis que el sujeto no preexiste a la acción (retomando la premisa del existencialismo: la existencia precede a la esencia) y por lo tanto no hay ningún original verdadero (el sexo biológico) detrás del género (construido socialmente). Judith Butler completa así la crítica a la naturalización comenzada por Simone de Beauvoir medio siglo antes. El sexo, el género y la sexualidad se retroalimentan, produciendo así un dispositivo político que podríamos resumir 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 la dinámica del dispositivo *sexo-género-(hetero) sexualidad*, la Teoría *Queer* ha permitido pensar dicho dispositivo político como un todo sin aislar cada uno de sus componentes, como lo había hecho el feminismo.¹

La Teoría *Queer* podría definirse como un gesto crítico que permite, a partir de la deconstrucción de las categorías naturalizadas sexo, género y sexualidad, repensar la manera en que se presentan las normas y los mecanismos que las justifican. Utilizo la expresión «gesto crítico» ya que, en realidad, no se trata tanto de una teoría (en el sentido clásico de un *corpus* acabado) sino más bien de un grupo de estudios en formación que intentan problematizar no sólo los efectos del dispositivo sexo-género-sexualidad sino también todas las categorizaciones que encierran a los individuos en identidades fijas e inmutables (LLAMAS, 1998).

A pesar de haber tenido una repercusión importante en las ciencias sociales, el Derecho ha sin embargo ignorado el aporte fundamental de la Teoría *Queer*. La hegemonía del formalismo jurídico en las facultades de Derecho explica en gran medida la impermeabilidad de las ciencias jurídicas a otras ciencias sociales. La situación es aún más sorprendente si pensamos que, justamente, el positivismo y el formalismo contienen importantes elementos teóricos susceptibles de dejar entrar la Teoría *Queer* en el campo jurídico. En efecto, gracias a la ruptura con el iusnaturalismo, el Derecho moderno no necesita más justificar sus instituciones en principios universales, inalterables y verdaderos, ni buscar una fundamentación de la

¹ La obra de Monique Wittig (1935-2003), y más particularmente su ensayo «The Straight Mind» (1992), propone acabar, a través de la escritura, con «la naturalización y la universalización del pensamiento heterosexual»: «El género en tanto que concepto, dice la escritora francesa, justamente como sexo, como Hombre, como mujer, es un instrumento que sirve para construir el discurso del contrato social en tanto que heterosexual» (p. 129, traducción nuestra).

norma jurídica en otra instancia que no sea la deliberación política. La técnica de la «ficción jurídica» (FULLER, 1967) podría haber constituido asimismo un elemento favorecedor del pensamiento *queer* en las ciencias jurídicas. En efecto, cuando la regla del Derecho decide tomar por verdadero algo que no existe para justificar una prerrogativa (por ejemplo, la fundamentación de la existencia de las personas jurídicas, la representación o los derechos que se pueden reconocer al que aún no ha nacido: *injans conceptus pro nato habetur*) está, de alguna manera produciendo un enunciado *queer*. La teoría de los comurientes (ficción jurídica del Derecho sucesorio en virtud de la cual, en el caso de que dos personas llamadas a sucederse hayan muerto sin poder demostrarse quién falleció antes – por ejemplo, en un accidente – se presume que ambas murieron a la vez) constituye también una entidad *queer*. El Derecho, para obtener determinados resultados, se imagina que existe algo que, en realidad, no existe y, en ese sentido demuestra, por su intervención, el carácter puramente convencional tanto de las reglas que gobiernan los comportamientos humanos como la representación de los hechos que las fundan.

El presente texto propone llevar al campo jurídico, la reflexión efectuada por un sector del pensamiento crítico que, desde los años 1970, viene cuestionando la categorización y la jerarquización de los individuos en función del sexo y la sexualidad. Como lo había hecho anteriormente el feminismo, la Teoría *Queer* trata de un modo más radical las nuevas situaciones políticas que surgen de la norma naturalizada. Una Teoría *Queer* del Derecho debe pues comenzar por desnaturalizar la norma jurídica a través de la crítica del conjunto de los elementos históricos y ius-filosóficos que han participado a su naturalización.

Desnaturalizar el dispositivo metafísico sexo-género-sexualidad significa despojarlo de evidencia y mirarlo desde una óptica nueva que nos permita a la vez relativizar cada uno de los conceptos que

componen dicho dispositivo y proponer una definición de la norma jurídica más amplia y sobre todo más justa.

Si las teorías clásicas de Derecho (tanto las liberales cuanto las críticas) no cuestionaron la normalidad desde la perspectiva del género-sexo-sexualidad, una Teoría *Queer* del Derecho parte justamente de las posiciones subjetivas que se encuentran en los límites de la norma social (*gays*, lesbianas, hermafroditas, travestis, transexuales, sadomasoquistas...) para criticar los dispositivos normativos (estado civil, matrimonio, filiación...) que negaron y siguen aún negando entidad jurídica a los que, según dicha lógica, se encuentran en el límite de la ciudadanía.

Una Teoría *Queer* del Derecho es una teoría de la justicia individual que integra en el universo jurídico a todas las personas sin considerarlas en función de su sexo-genero-sexualidad, categorías desprovistas de pertinencia jurídica. Llevada al campo jurídico, la multiplicación de géneros propuesta por Judith Butler, a través de la noción de *performativity*, sólo puede plasmarse en la desaparición de la categoría género en tanto identificación obligatoria de los individuos. De hecho, para que el ser humano pueda adoptar diferentes géneros en su vida privada, es necesario que el sujeto de Derecho se despoje públicamente de dicha categoría. De otro modo, sería absurdo inscribir en los documentos de identidad todas las subjetividades temporarias y pasajeras que los individuos desean darle a sus propias subjetividades (hombre, mujer, asexuado, trans, travesti, macho, hembra, amo, esclavo...). La propuesta de Butler de desnaturalizar el género para que los individuos que practican una sexualidad alternativa puedan tener una vida plena se concretiza jurídicamente con la desaparición de la categoría en tanto que identificación pública y obligatoria de las personas físicas.

DESACRALIZANDO 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 (BROWN, 1988), quienes la convierten en una actividad comercial y quienes la 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 sexo. Algunos lo hacen únicamente por amor, otros para sufrir y hay quienes no sienten nada con ello (JOHNSON, 1977).²

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

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, la atracción sexual por personas discapacitadas se la denomina abasiofilia o ligofilia a los que se excitan en lugares sórdidos y oscuros. Sadomasoquistas, fetichistas, zoófilos, gerontófilos y pedófilos pueblan las enciclopedias y otros tratados de sexología. Hay libertinos e incluso quienes, por respeto al *debita conjugalis*, copulan exclu-

² Una investigación sobre la propagación del SIDA llevada a cabo en Gran Bretaña muestra que el 1% de las personas interrogadas había respondido no haber sentido atracción sexual alguna por nadie (WELLINGS, 1994).

sivamente con su cónyuge en el seno del matrimonio. Existen pues tantas sexualidades como los individuos que las practican.

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 se 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.³

En ese 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 (y de la carga afectiva propia a la visión romántica dominante), nos obliga a abandonar cualquier pretensión sacralizadora de la actividad erótica (RUBIN, 2010).

Contrariamente a la moral cristiana, 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 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. Así, el matrimonio y la prostitución, el amor romántico y el sado-masoquismo merecen ser tratados del mismo modo por el Orden Jurídico, en tanto que se trata de actos libremente consentidos (BORRILLO, 2009).

³ El respeto de la vida privada constituye un derecho fundamental en el Código Civil francés (artículo 9), en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (artículo 8) y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 12).

Si bien no existe una definición del consentimiento en el Código Civil, en este se señala lo 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).⁴ Un acuerdo de voluntades entre personas capaces y sin vicios del consentimiento produce los mismos efectos que la ley respecto a 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 *télos*, la finalidad a alcanzar sino precisamente el renunciar a escoger con antecendencia entre objetivos y finalidades concurrentes (RAWLS, 1975). 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 puede 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

⁴ El vicio del consentimiento es la ausencia de una voluntad sana con el objetivo de falsear, adular, anular dicha voluntad y alcanzar propósitos deseados lo cual compromete su eficacia. La voluntad queda excluida cuando el consentimiento en su forma exterior está viciado.

mejor que nosotros mismos lo que es bueno para nosotros e intenta imponérselo (BERLIN, 1990).

Desacralizar la sexualidad significa abandonar la lectura religiosa de la misma y también sacarla del espacio de la excepcionalidad 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 esas otras actividades. Al fin y al cabo, la sexualidad es un componente más de la vida humana.

DESEXUALIZANDO AL SUJETO DE DERECHO

Es el género y no la religión el opio de los pueblos, afirma Goffmann en su célebre libro *Gender advertisement* (1979). Aunque existen contrastes más significativos como las diferencias de clases, edad u origen étnico, son los 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, las personas físicas continúan siendo catalogadas como varones o mujeres. Desde el nacimiento, el individuo integra 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: Eso 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 (Génesis 2:21-24)

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 *thematha* arcaicos que encontramos en todo pensamiento científico antiguo y moderno y en todos los sistemas de representación (HERITIER, 1996, p. 17-18, traducción nuestra).

Ninguna clasificación es inocente, una vez 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» (SEIDMAN, 1996). 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.

Nuestras democracias no toleran más la clasificación de las personas en función del color de la piel (desde que se puso fin al *apartheid*). La decadencia de la política colonial acabó con la categoría de «indígenas musulmanes o israelitas» propia a las colonias francesas del norte de África (WEILL, 2002). En virtud del principio de separación de la Iglesia y el Estado, la religión desaparece de los documentos de identidad y desde la Revolución francesa, los ciudadanos han dejado de tener linaje aristocrático reconocido ju-

rídicamente. Mientras que las adscripciones a la raza, la religión,⁵ 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. El ser humano, para dicha ideología, se encuentra constituido 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 podemos denominar, según la expresión de Louis-Georges Tin (2008), la «cultura heterosexual».

Los comportamientos esperados por dicha nomenclatura sexual determinan las relaciones sociales de sexo, es decir los prototipos de masculinidad y feminidad construidos y en base a los cuales se miden los comportamientos humanos. 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 (LYTTON; ROMMEY, 1991), el terreno de la subjetivación y la dominación social (HOLLINDALE, 1988).

La lógica binaria de los sexos, aparece como el soporte del sistema jurídico tanto a nivel individual cuanto familiar y social. De hecho, durante siglos fue esa misma lógica la que sirvió para justifi-

⁵ En el Antiguo Régimen, los judíos formaban un grupo aparte con un estatuto jurídico propio. Durante el período petenista, en la Francia ocupada, fue creado el tristemente célebre estatuto de los judíos (3 octubre 1940).

car la inferioridad de la mujer y, hoy día, sigue sirviendo para legitimar la desigualdad de lesbianas, *gays* y transexuales (BORRILLO; COLAS, 2005).

A nivel individual, el estado civil cristaliza situaciones permanentes o relativamente estables que estipulan cualidades de la persona y predeterminan la capacidad de obrar del individuo. El estado civil de las personas comprende el nombre, los apellidos, la fecha y el lugar de nacimiento, las relaciones de parentesco y la filiación, la nacionalidad, el domicilio, la capacidad civil y el sexo. El artículo 58 del Código Civil argentino (inspirado en el artículo 57 del Código francés) establece:

El acta de nacimiento se levantará con asistencia de dos testigos. Contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que le correspondan; asimismo, la razón de si se ha presentado vivo o muerto; la impresión digital del presentado. Si ese se presenta como hijo de padres desconocidos, el Juez del Registro Civil le pondrá el nombre y apellidos, haciéndose constar esa circunstancia en el acta.

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 esos sean ambiguos.⁶ Llamados tradicionalmente hermafroditas (hijos del dios Hermes y de la diosa Afrodita) esas personas han sido consideradas a lo largo de la historia como monstruos y continúan provocando reacciones de horror (BRISSON, 1997, p. 9).

⁶ La Organización Mundial de la Salud define la intersexualidad como una «condición genética u hormonal-enzimática» de ciertas personas «que al nacer presentan, de forma simultánea, características sexuales masculinas y femeninas». Datos de la OMS indican que con dicha condición nacen 1 de cada 2.000 personas alrededor del mundo.

La ley francesa relativa a las instrucciones generales del estado civil determina 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 (FRANCIA, 1999, traducción nuestra).

Entonces únicamente en caso de error se podía rectificar los documentos de identidad. Así, durante mucho tiempo los tribunales se oponían a modificar el estado civil de los transexuales⁷ invocando la indisponibilidad del estado de las personas. En el caso «Botella contra Francia», del 25 de mayo de 1992, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que se produjo una infracción 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, cajas de la seguridad social, 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 opera-

⁷ La Organización Mundial de la Salud califica a la transexualidad como un trastorno de identidad sexual, caracterizado por la incongruencia entre el sexo anatómico y la identidad sexual, entendiendo por tal la conciencia de pertenecer a un sexo determinado, y viene definido como la disociación sexual centrada en la creencia fija de que los caracteres sexuales externos no son los que corresponden a la persona, de tal modo que la conducta resultante del sujeto se dirige, bien hacia el cambio de los órganos sexuales por medio de operación quirúrgica, bien hacia el ocultamiento completo del sexo operante adoptando el vestido y los modales del sexo opuesto.

ción quirúrgica no sea ya necesaria en países como Francia o España para cambiar el estado civil, es sin embargo obligatorio probar un grado avanzado de hormonización que conlleva una esterilización de las personas transexuales.

Aunque los avances sean significativos, ningún Estado ha cuestionado aun la categoría «sexo» en cuanto tal. Las autoridades que han ido más lejos fueron las de Australia al permitir la inscripción de una tercera categoría, *not identified gender* (género no identificado), 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 (LA NACIÓN, 2011).

Si los Estados no se obstinaron en categorizar a los individuos en función del sexo, ese tipo de problemas dejaría de existir. 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 (ROMAN, 2010).

Respecto a 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 la tierna infancia) 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.

Ademas, el abandono de dichas categorías pondría también fin a los tratamientos brutales y mutiladores a los que se somete 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, pues, como una simple información personal de naturaleza privada, del mismo modo que lo son la raza, la religión, las opiniones políticas...

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 (BORRILLO, 2011, p. 41-51). 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 sus documentos de identidad. En dichos programas, los individuos se autodefinen como miembros de una comunidad étnica, religiosa u otra minoría si desean beneficiarse de cuotas o

de medidas correctivas propias a la igualdad material (CANADÁ, 2003) pero de ninguna manera el Estado los clasifica de oficio como lo hace respecto al género.

DEHETEROSEXUALIZANDO EL MATRIMONIO

El aprendizaje del género contribuye a la construcción de una ideología de la complementariedad: cada uno sabe cual es su lugar, el cual determina una función social específica y una identidad psicológica propia. Efectivamente, la identidad sexual constituye, en el Occidente, la más potente de las identificaciones (FINE, 2001, p. 61-76). 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 a 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 cómo 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. (LEGENDRE, 2016, traducción nuestra).

La lógica binaria del género toma, en ese contexto homófobo, una nueva significación reenviando la cuestión no ya a un estatuto específico propio a uno u otro sexo sino a su necesaria complementariedad, situación que remite a su vez precisamente a la heterosexualidad (BORRILLO, 2007). El género se refiere 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 implica la preeminencia de la heterosexualidad en las instituciones del Derecho de familia.

El movimiento LGBT (lesbiano, *gay*, bisexual y transexual) produjo el triunfo de una visión «contractualista» y desacralizada de la vida familiar, concebida de ahora en adelante al servicio del individuo y no de este al servicio de aquella. Si el feminismo puso fin al «contrato de género» denunciado como la perpetuación de la desigualdad social y política de la mujer, el movimiento LGBT radicaliza dicha evolución pues rompe con la base misma de la dualidad sexual como constitutiva del contrato matrimonial. El fin de la diferencia de sexos como *conditio sine qua non* del matrimonio en las legislaciones de varios Estados corresponde a la concepción moderna del casamiento 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 pues el consentimiento (voluntad), y no ya la consumación (carne), lo que produce la legitimación del acto matrimonial. La voluntad no tiene sexo (BORRILLO, 2006).

Si, como propongo en estas páginas, la referencia al sexo desaparece 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* (que se celebra en especial consideración de la persona con quien se obliga) por antonomasia, el sexo de las partes es un elemento únicamente importante para las mismas, pero deja de tener cualquier relevancia 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...) 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 también desexualizarlo. 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 (artículo 212 del Código Civil). El adulterio o la ausencia de sexualidad constituyen faltas que pueden llevar al divorcio por culpa de quién 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.⁸

DESBIOLOGIZANDO LA FILIACIÓN

El Derecho nunca necesitó la verdad biológica para fabricar lazos de filiación. Mientras que la reproducción es un hecho de la

⁸ Artículos 242 a 246 del Código Civil francés.

naturaleza, la filiación es un acto cultural: se puede obviamente pertenecer a una familia por vínculos biológicos pero la institucionalización de dichos vínculos constituye una convención y no la simple inscripción de un hecho natural. El Derecho no precisa 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. El desarrollo de la ciencia, ha permitido incluso considerar como padre no al genitor (donante de esperma) sino a la pareja de la mujer que se hizo madre gracias a dicha donación. La contracepción permitió el sexo sin procreación y las técnicas de procreación artificial han hecho posible la reproducción sin sexo. Reflexionar sobre la maternidad lesbiana, por ejemplo, permite también disociar dos elementos que el sentido común continúa asociando: maternidad y homosexualidad (DESCOUTURES, 2010).

La reproducción puede ser fruto de un acto espontáneo, de una violación o de una relación consentida y planificada. Algunos sistemas jurídicos autorizan a la mujer a interrumpir el embarazo e incluso, en última instancia, 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 (IACUB, 2004, p. 41-57). Al 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 sobre todo 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 incluso 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 testes genéticos utilizados en los contenciosos de la filiación, refuerzan el modelo biológico (BORRILLO, 2010 p. 121-136).

En lugar de copiar a la naturaleza, una Teoría *Queer* 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 (BORRILLO; PITOIS-HTIENNE, 2004, p. 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, sino que también pone 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, 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, incluso 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, en un hospital público, de manera anónima y entregar al niño en adopción sin revelar su identidad.⁹ El Derecho hace como si el hecho (parto) nunca hubiese existido. El abandono de un hijo es un tabú en nuestras sociedades; sin embargo, podríamos considerarlo como un acto de amor, justo cuando es imposible darle al menor las condiciones afectivas, materiales y morales necesarias para su desarrollo.

La generalización del abandono legal a los hombres pondrá claramente de manifiesto que no es lo biológico lo que produce la filiación, sino la voluntad. Los progenitores podrán 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 implicará que, al poder eventualmente abandonarlos, esos tendrían que adoptar a sus propios hijos biológicos si desean asumir la paternidad. Evidentemente, esa nueva forma de adopción «intrafamiliar» gozaría de un régimen menos burocrático que aquella relativa a terceras personas y podría acercarse, desde la mirada administrativa, a las acciones clásicas de reconocimiento de paternidad antes del nacimiento o por simple contrato homologado por el juez.

La desbiologización de la filiación implica asimismo legalizar la maternidad subrogada tanto parcial (con su propio óvulo) como completa (con óvulo 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 será entonces

⁹ Aproximadamente 600 bebés entran en el circuito de adopción francés a través de éste sistema.

el parto (*mater sempre 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 (CASADO, 2007).

CONTRACTUALIZANDO LOS VÍNCULOS FAMILIARES

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, decía el filósofo que la familia es el primer modelo de las sociedades políticas, la más antigua y natural; el jefe es la imagen del padre, mientras que el pueblo es 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. Pero cuando dicha necesidad cesa, el vínculo natural se deshace. Los hijos, emancipados de la obediencia que debían al padre, y el padre, exento de los cuidados que debía a sus hijos, entran todos de manera igualitaria en la independencia. Si continúan juntos no es ya naturalmente, sino voluntariamente, y la familia se mantiene solo por la convención (ROUSSEAU, [1762], 1968).

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, según Locke, 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 (LOCKE, [1690], 1980).

La ruptura con la visión naturalista no ha encontrado en los filósofos contractualistas un equivalente en materia familiar. Ni Hobbes, Rousseau, Locke, Tocqueville o Constant no han tomado como objeto la familia. Más tarde, los demás filósofos contractualistas continuarán reproduciendo dicha naturalización e incluso John Rawls, el último gran exponente de la teoría del contrato, no se ocupa de las relaciones familiares. Los efectos de dicha situación no tardarán en sentirse: la familia será el espacio más difícil de democratizar. Vemos pues, incluso cuando se piensa la sociedad en términos contractuales, hasta qué punto 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 comentes sociológicas. Engels (1884) 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 siglo XIX, período que dará nacimiento a la familia moderna de tipo nuclear (PARSONS, 1955) y después será incierta, según el sociólogo Louis Roussel (1989).

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 familialista (LENOIR, 2003). 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 doméstico, el hombre gobierna y se compromete a sustentar el hogar (COMMAILLE; MARTIN, 1998). 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, retomando la expresión de Pierre Bourdieu (1996, p. 3-5), 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 incluso en las relaciones familiares.

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 (incluso 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.

La filiación claramente dissociada de la reproducción permite justificar un sistema jurídico fundado no ya en la verdad biológica sino en el proyecto parental. Ese nuevo paradigma corresponde a la visión de la familia en la que 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.

Poco importa que la organización familiar sea tradicional, monoparental, reconstituida u homoparental, lo que realmente cuenta es que el interés del menor esté garantizado y que las premisas del contrato sean respetadas. En tal caso, el Estado debe tratar del mismo modo todas las formas familiares, pero para ello es necesario previamente hacer el duelo del dogma paterno y la consecuente visión vertical de la familia (TORT, 2005), y repensar las reglas que gobiernan las familias (en plural) a partir de la negociación y la contractualización propias a la visión horizontal de las mismas.

Asumir una teoría contractualista de los afectos tanto a nivel del matrimonio como de la filiación no significa desinteresarse por los más frágiles (los menores, los ancianos, los animales, el personal de servicio...). Por el contrario, la técnica contractual bien conocida 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 patrimonial.

En última instancia, la contractualización de la familia es el resultado lógico de la democratización de la vida privada (GIDDENS, 1992) y la victoria de una concepción nueva del individuo emancipado, definido en función de sí mismo, capaz de elegir el curso de su vida y juzgar las consecuencias de sus actos (FOUCAULT, 1984, p. 322-346). Si la Teoría *Queer* nos ha enseñado a construir nuevas subjetividades, una Teoría *Queer* del Derecho nos propone diseñar, de manera más libre, los contornos del sujeto de Derecho y de sus relaciones familiares y sociales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABENSOUR, Leon. *Le féminisme sous le règne de Louis-Philippe et en 1848*. Paris: Plon, 1913.

_____. *La femme et le féminisme avant la Révolution*. Paris: E. Leroux, 1923.

BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

BORRILLO, Daniel. Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes? In: SCHUSTER, Alexander. (Org.). *Equality and Justice Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*. Udine: Forum, 2011. p. 41-51.

_____. La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation. In: DORLIN, Elsa; FASSIN, Eric. (Org.). *Reproduire le genre*. Paris: Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010a, pp. 121-136.

_____. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei, Revista Meritum, *Revista de Direito da Universidade FUMEC*, Belo Horizonte, v. 5 n. 2, p. 289-321, julio-diciembre 2010b.

_____. La vérité biologique contre l'homoparentalité: le statut du beau-parent ou le PaCS de la filiation, *Droit et société*, n. 72, p. 259-271, 2, 2009a.

_____. *Le droit des sexualités*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009b.

_____. La luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion. In: FORTIN Véronique; JEZEQUEL Myriam; KASIRER Nicholas (Org.). *Les sept péchés capitaux et le Droit privé*. Montréal: Les Éditions Thémis, 2007.

_____. Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité: un révélateur de notre capacité à assumer la modernité. In: *Homoparentalités*. Approches scientifiques et politiques. Paris: PUF, 2006.

BORRILLO, Daniel; COLAS, Dominique. *L'homosexualité de Platon à Foucault*. Anthologie critique. Paris: Plon, 2005.

BORRILLO, Daniel; PITOIS-ETIENNE, Thierry. Différence des sexes et adoption: la psychanalyse administrative contre les droits subjectifs de l'individu, *Revue de Droit de McGill*, v. 49, n. 4, p. 1035-1056, octobre 2004.

BOURDIEU, Pierre. Des familles sans nom. In: *Actes de la recherche en sciences sociales*, La famille clans tous ses états, vol. 113, p. 3-5, junio 1996.

BOUVIER, Jeanne. *Histoire des dames employées dans les postes, télégraphes et téléphones de 1714-1929*. Paris: Presses Universitaires de France, 1930.

_____. *La lingerie et les lingères*. Paris: Gaston Doin et Cie Éditeurs, 1928.

BRISSON, Luc. *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine*. Paris: Les belles lettres, 1997.

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

BUTLER, Judith. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. New York: Routledge, 1990.

CANADÁ. Ministerio de la Industria. *Statistique Canada 2003: Enquête sur la diversité ethnique: portrait d'une société multiculturelle*. Ottawa: Ministère de l'Industrie, 2003.

CASADO, Maria. (Org.) *Nuevos Materiales de Bioética y Derecho. Doctrina Jurídica Contemporánea*. Ciudad de México: Fontamara, 2007.

COMMAILLE, Jacques; MARTIN, Claude. *Les enjeux politiques de la famille*. Paris: Bayard, 1998.

DE LAURENTIS, Teresa. *Queer Theory, Lesbian and Gay Studies: An Introduction*. Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies, 3/2, verano 1991, número especial, p. III-XVIII.

DESCOUTURES, Virginie. *Les mères lesbiennes*. Paris: Presses Universitaires de France, Le Monde, 2010.

ENGELS, Friedrich. *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. [El origen de la familia, la pro-

piedad privada y el Estado]. Hottingen-Zürich: Schweizerische Genossenschaftsdruckerei, 1884.

ERIBON, Didier (Org.). *Dictionnaire des cultures gays et Lesbiennes*. París: Larousse, 2003.

FINE, Agnes. Maternité et identité féminine. In: KNIBIEHLER, Yvonne (Org.). *Maternité, affaire privée, affaire publique*. París: Bayard, 2001. p. 61-76.

FOUCAULT, Michel. 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, Hubert; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: un parcours philosophique*. París: Gallimard, 1984.

FRANCIA. Instrucción General, de 19 de mayo de 1999. Regroupe en un seul document les dispositions législatives et réglementaires, circulaires et décisions jurisprudentielles relatives à l'état civil. *Instruction Générale Relative à L'état Civil* de 11 de mai de 1999 [en línea]. *JORF* n. 172. [Consulta: 2 de febrero de 2016]. Disponible en: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.el?cidTexte=JORFTEXT000000647915>>.

FULLER, Lon L. *Legal Fictions*. California: Stanford University Press, 1967.

GIDDENS, Anthony. *The transformation of intimacy: sexuality, love and eroticism in modern societies*. Cambridge: Polity Press, 1992.

HALLEY, Janet. Le Genre Critique: Comment (ne pas) genrer le droit? *Jurisprudence Revue Critique* n. 2, 2011.

HERITIER, Françoise. *Masculin/féminin: la pensée de la différence*. Paris: Odile Jacob, 1996.

HOLLINDALE, Peter. *Ideology and the Children's Book*. Oxford: Thimble Press - Westminster College, 1988.

IACUB, Marcela. Naître sous X. *Savoirs et Clinique*, Paris, v. 1, n. 4, 2004.

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

JOHNSON, Myra T. Asexual and Autoerotic Women: Two Invisible Groups. In: GOCHROS, Harvey L. GOCHROS, Jean S. (Org.) *The Sexually Oppressed*. Associated Press, 1977.

LA NACIÓN. Autorizan un nuevo pasaporte en Australia: ni masculino ni femenino. *La Nación* [en línea] 2011. [Consulta: 18 de febrero de 2016]. Disponible en: <<http://www.lanacion.com.ar/1406366-autorizan-un-nuevo-pasaporte-en-australia-ni-masculino-ni-femenino>>.

LEGENDRE, Pierre. Entretien avec Pierre Legendre: Nous assistons à une escalade de l'obscurantisme. Entrevista por Antoine SPIRE. *Le Monde* [en línea] 2001. 22 octubre 2001. [Consulta: 18 de febrero de 2016]. Disponible en: <<http://sauv.free.fr/archives2/0,9187,3230--236120,00.html>>.

LENOIR, Rémi. *Généalogie de la morale familiale*. Paris: Editions du Seuil, 2003.

LOCKE, John. *The Second Treatise on Civil Government* [1690]. Indianapolis: Hackett, 1980.

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

LLAMAS, Ricardo. *Teoría torcida*. Prejuicios y discursos en torno a la "homosexualidad". Madrid: Siglo XXI, 1998.

PARSONS, Talcott. The American Family: Its Relations to Personality and the Social Structure. In: PARSONS, Talcott; BALES, Robert Freed. *Family Socialization and Interaction Process*. New York: Free Press, 1955.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1975.

RICH, Adrienne. Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence. Signs. *Journal of Women in Culture and Society*, v. 5, 1980.

ROMAN, Diane. Droits de l'homme et identité de genre: le transsexualisme, une (future) question constitutionnelle? *Constitutions: revue de droit constitutionnel appliqué*, Dalloz, p. 79-81, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. París: Aubier-Montagne, 1968.

ROUSSEL, Louis. *La famille incertaine*. París: Odile Jacob, 1989.

RUBIN, Gayle. *Surveiller et jouir: anthropologie politique du sexe*. Paris: Epel, 2010.

SEDGWICK, Eve Kosofsky. *Epistemology of the Closet*. Los Angeles: University of California Press, 1990.

SEIDMAN, Steve. *Queer Theory/Sociology*. Oxford: Blackwell, 1996.

TIN, Louis-Georges. *L'invention de la culture hétérosexuelle*. Paris: Autrement, 2008.

TORT, Michel. *La fin du dogme paternel*. Paris: Flammarion, 2005.

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

WITTIG, Monique. *The Straight Mind and Other Essays*. Boston: Beacon Press, 1992.

2 APUNTES PARA UN DERECHO DEMOCRÁTICO DE LA SEXUALIDAD

Roger Raupp Rios

Ese análisis tiene como objetivo el desarrollo de un enfoque jurídico que tome en serio la perspectiva de los derechos humanos en el ámbito de la sexualidad. Se trata de un esfuerzo de sistematización que propone sentar bases para una discusión jurídica más amplia y coherente de los derechos sexuales entre nosotros, a partir de la enunciación de principios jurídicos proporcionados por los derechos humanos aplicables a las cuestiones traídas por los derechos sexuales.

En ese contexto, la sexualidad y los derechos sexuales que le son asociados no serán tratados como objetos carentes de disciplina ética o de intervención terapéutica, para las cuales el ordenamiento jurídico sería uno de los instrumentos privilegiados de formulación y de legitimación, al lado de áreas de conocimiento tales como la medicina, el psicoanálisis o el pensamiento religioso. También no serán abordados como elementos cuyo significado solamente tendrían sentido si vinculados a la familia, a las relaciones de parentesco, a

la constitución de la subjetividad individual o de la realidad social (LOYOLA, 1999). Diversamente, sexualidad y derechos sexuales serán tratados como elementos cuyo influjo de los principios fundamentales son suministrados por los derechos humanos y deben pautarse, en una sociedad democrática, por los puntos de vista de las diversas ciencias y de los saberes que de ellos se ocupan.

Desarrollar la idea de derechos sexuales en la perspectiva de los derechos humanos apunta a la posibilidad del libre ejercicio responsable de la sexualidad, creando las bases para una regulación jurídica que supere los tradicionales abordajes represivos que caracterizan las intervenciones jurídicas en esos ámbitos. Implica, por así decirlo, una comprensión positiva de los derechos sexuales, en la cual el conjunto de normas jurídicas y su aplicación puedan ir más allá de regulaciones restrictivas, forjando condiciones para un derecho de la sexualidad que sea emancipatorio en su espíritu.

Para ello, es necesario buscar principios capaces de abarcar simultáneamente los grandes ejes¹ que han estructurado el debate corriente sobre los derechos sexuales, a saber, las cuestiones identitarias vinculadas a la expresión de la sexualidad (en que se insertan, principalmente, los temas de las homosexualidades), las relaciones sexuales propiamente dichas y sus consecuencias (campo que alcanza materias diversas como consentimiento, violencia y aborto) y la búsqueda de la fundamentación de los derechos sexuales (históricamente atada a la idea de salud sexual).

La construcción de ese enfoque exige que se considere la relación entre democracia, ciudadanía, derechos humanos y derechos sexuales, bases a partir de las cuales se propondrá un modelo de

¹ Esos ejes fueron listados por Sérgio Carrara, en una conferencia en el seminario «Homossexualidade: identidade, política e produção cultural», realizado por la ABIA - Associação Brasileira de Aids Interdisciplinar, en Rio de Janeiro, el 29 de octubre de 2002.

comprensión democrático de los derechos sexuales, que llamo *derecho democrático de la sexualidad*.

La democracia y la ciudadanía son ideas centrales en los diversos movimientos sociales contemporáneos. Mediante su articulación, una variada gama de reivindicaciones ha logrado avances importantes, incluyendo demandas de diversos sectores de la vida individual y colectiva. Uno de los efectos de esa dinámica ha sido la comprensión, cada vez más difundida, de las múltiples dimensiones requeridas para la construcción de una sociedad democrática, como lo demuestran las demandas de inclusión social, económica, política y cultural. Esas dimensiones marcan además una ampliación del concepto de ciudadanía, puesto que éste tradicionalmente se asociaba solamente con el estatus jurídico adquirido en virtud de la pertenencia nacional.

La idea de los derechos humanos, según es entendida en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, también refleja esa dinámica. La evolución de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948 hasta la afirmación de los derechos económicos, sociales y culturales, pasando por la atención a cuestiones concretas relacionadas, por ejemplo, con el género y con la infancia, atiende tal constatación. Cada vez más el ser humano es visto como sujeto de derechos que van mucho más allá que la simple pertenencia a una nacionalidad. Entre los aspectos implicados en esas dimensiones, la sexualidad aparece como uno de los aspectos más polémicos y de difícil progreso. A pesar de las luchas cada vez más visibles y articuladas de los movimientos feministas, *gays*, lésbicos, transgénero y de trabajadoras y trabajadores sexuales, falta mucho aún para lograr una participación en igualdad de condiciones para esos grupos en la vida social. No obstante la aprobación, en diferentes partes del mundo, de legislación protectora de ciertos derechos, falta mucho para que

sean efectivos y se expandan a otros ámbitos importantes. Muchos factores concurren en esa situación de privación de derechos y de limitación de oportunidades, los cuales han sido objeto de atención desde diferentes perspectivas.

Desde la mirada jurídica, los conceptos de derechos reproductivos y derechos sexuales son una expresión de ese esfuerzo. A pesar de los avances obtenidos, hay razones de orden teórico y práctico que recomiendan avanzar más. Para eso, es necesario desarrollar un *derecho democrático de la sexualidad*, es decir, una revisión de la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos constitucionales fundamentales, de diversas normas jurídicas cuyo ámbito de protección tiene que ver con diversas manifestaciones de la sexualidad humana.

La importancia de esa tarea va más allá de la coherencia teórico-científica y del cultivo del saber intelectual. Construir, en la medida de lo posible, un abordaje jurídico más sistemático, posibilita a los/as profesionales del derecho y a los movimientos sociales contar con un instrumento de intervención más eficaz, más allá de exigir la profundización de esos debates de un modo coherente, permitiendo la democratización de la discusión y, en consecuencia, del sistema jurídico y político como un todo.

Este capítulo pretende contribuir en ese sentido; es importante situar este trabajo en el contexto de las grandes tradiciones jurídicas occidentales contemporáneas. La propuesta de un derecho democrático de la sexualidad se nutre de la experiencia y del debate en el sistema romano-germánico (de donde se originan los sistemas jurídicos nacionales de la Europa continental y de América Latina) y en la *Common Law* (presente en Inglaterra, Estados Unidos y en los países de colonización anglosajona). Ese enfoque no sólo es compatible, como difunde directamente de las respuestas que, en uno y otro sistema jurídico, se están construyendo. De hecho, parlamentos y

tribunales, cada uno a su modo, han reaccionado a las demandas que el ejercicio de la sexualidad produce en los días de hoy. El análisis de esas respuestas, sin depender de la tradición jurídica de la que devienen y del predominio parlamentario (romano-germánico) o jurisprudencial (*Common Law*) en la producción del derecho en cada una de ellas, son la base de este estudio; los principios jurídicos propuestos y sistematizados son los pilares y las claves para la actualización de tradiciones jurídicas frente a la sexualidad.

DERECHOS REPRODUCTIVOS Y SEXUALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el ámbito de la sexualidad, los instrumentos internacionales de derechos humanos han evolucionado a partir del reconocimiento de la situación de vulnerabilidad de las mujeres, teniendo como punto de partida la idea de los derechos reproductivos (CABAL, ROA, LEMAITRE, 2001; VARGAS, 1996). En efecto, después de las declaraciones genéricas y abstractas en relación con el derecho a la vida, a la salud, a la igualdad y la no-discriminación, a la integridad corporal y a la protección contra la violencia, al trabajo y a la educación (reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención Americana de Derechos Humanos), se produjeron documentos internacionales como resultado de conferencias que trataron específicamente con la reproducción, y en ese contexto, con la condición femenina.

La Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Teherán -1968) reconoció la importancia de los derechos humanos

de la mujer y la necesidad de contar con medidas para proteger esos derechos (Art. 15). La Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el año 1975 como el Año Internacional de la Mujer, y estableció el decenio 1976-1985 como dedicado a la mejoría de las condiciones de vida de las mujeres. En ese período, se realizaron dos conferencias mundiales: en Copenhague, Dinamarca, y en 1985 en Nairobi, Kenia. Antes de esas fechas, en 1979 fue promulgada la importante Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En 1993, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada en Viena, Austria, se declaró que los derechos humanos de la mujer son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos, siendo necesaria su participación en igualdad de condiciones sociales y la erradicación de todas las formas de discriminación con base en el sexo y de todas las formas de violencia contra la mujer.

En 1994, la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, que tuvo lugar en El Cairo, Egipto, estableció un Programa de Acción que afirmó los derechos reproductivos como categoría de los derechos humanos ya reconocidos en tratados internacionales, incluyendo el derecho a escoger libre y responsablemente el número de hijos/as y su espaciamiento, disponiendo de información, educación y de los medios necesarios para lograrlo. Algo muy importante para los fines de este trabajo fue la declaración de que la salud reproductiva implica la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos. El documento, como un todo, reafirma la importancia de relaciones de género más igualitarias, con mayor libertad para las mujeres, libres de discriminación y de violencia. Es también relevante mencionar el derecho de los hombres, mujeres y adolescentes a tener acceso a métodos seguros, eficaces, aceptables y de su elección, para la regulación de la fecundidad. En esa conferencia se desarrolló el El Programa de Acción de El Cairo,

que, además de introducir el concepto de derechos reproductivos, señaló para el reconocimiento de derechos sexuales, destacando el derecho de ejercer la sexualidad y la reproducción libre de discriminaciones, coerciones y violencias. En esa ocasión, también se acordó que los Estados Partes, además de potenciar y fomentar relaciones respetuosas e igualitarias entre hombres y mujeres, deberían (1) fijarse a las necesidades de los adolescentes, permitiéndoles mejor decidir sobre el ejercicio de su sexualidad y (2) dedicar atención especial a segmentos poblacionales más vulnerables a las violaciones de derechos humanos en los campos de la reproducción y de la sexualidad (VENTURA, 2003, p. 14).

En 1995, la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, ocurrida en Pekín, China, confirmó las directrices definidas en El Cairo. En esa conferencia, se afirmó la necesidad de proteger derechos estrictamente vinculados a los derechos reproductivos, tales como los derechos sexuales, el derecho a la salud, a la integridad y a la protección contra la violencia, a la igualdad y a la no-discriminación, al matrimonio, la educación y la protección contra la explotación sexual. Es importante señalar que la Plataforma de Pekín, en el capítulo “Mujer y Salud”, trató de cuestiones fundamentales como el reconocimiento de derechos sexuales y reproductivos, afirmando el derecho al libre ejercicio de la sexualidad a través, principalmente, del énfasis en la salud sexual.²

² En el artículo 30 de la Declaración de la Conferencia Mundial sobre la Mujer: «Asegurar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de mujeres y hombres en la educación y la salud y promover la salud sexual y reproductiva de las mujeres y su educación». A su vez, el ítem 97 de la Plataforma de Acción: «los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre aspectos relativos a la sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente sobre esas cuestiones, sin estar sujetas a la coerción discriminación o violencia. Las relaciones sexuales y la reproducción, incluyendo el respeto a la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad en cuanto a las consecuencias del comportamiento sexual».

En el ámbito regional, un instrumento de particular importancia para América Latina fue La Convención de Belém do Pará (1994), ocurrida en Brasil, destinada a prevenir, castigar y erradicar la violencia contra la mujer. Esa convención estableció como preocupación explícita la violencia perpetrada en el ámbito doméstico y la responsabilidad del estado no sólo por los actos de violencia estatal, sino también por la tolerancia de actos de violencia privados contra la mujer.

En esos diversos instrumentos normativos, se resaltava: la subsunción de la violencia doméstica y las altas tasas de mortalidad materna con el derecho a la vida, a la protección de la integridad física y la prohibición de tratamientos inhumanos, degradantes y de la tortura; el acceso a los servicios de salud reproductiva sin discriminación de género, y al derecho genérico a la salud; la violación sexual como tortura; las violaciones sexuales durante los conflictos armados como crímenes contra la humanidad y como crímenes de guerra (conforme a lo establecido por los tribunales *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia y Ruanda y el Estatuto de la Corte Penal Internacional); el obstáculo al control de la fecundidad por parte de la mujer, así como las esterilizaciones involuntarias y la imposición de métodos anticonceptivos, como violación a la autonomía reproductiva; la denuncia médica de la práctica del aborto como violación a la intimidad, derecho que tiene que ver también con la toma de decisiones reproductivas sobre el cuerpo.

En el contexto de esos instrumentos internacionales, el derecho a la igualdad y a la nodiscriminación ha sido desarrollado de manera cada vez más amplia. Más allá de su relación con muchos de los derechos anteriormente enunciados, su mandato de igualdad de condiciones para el ejercicio de diversos derechos y la superación de las barreras de la discriminación apunta, en una interpretación comúnmente aceptada, a la prevención y represión de conductas dis-

criminatorias, la adopción de medidas afirmativas dada la situación de desventaja de la mujer, la protección respecto al acoso sexual, al embarazo o su posibilidad y al igual acceso a un sistema de enseñanza que incluya la educación sobre salud reproductiva.

Otro aspecto importante, desarrollado en el contexto de derecho internacional de los derechos humanos, es el respeto al derecho del matrimonio y la fundación de una familia. Ese implica el derecho a contraer matrimonio libremente, disolverlo y a una misma capacidad y edad de consentimiento.

Considerando el objetivo de este artículo, he de resaltar: (1) que la sexualidad fue abordada en los instrumentos internacionales a partir de la legítima y necesaria preocupación con la situación de la mujer, (2) que esa preocupación engendró, a partir del espectro de los derechos reproductivos, una noción de derechos sexuales y (3) que, todavía, es necesario que se amplíe esa perspectiva para el desarrollo de un derecho de la sexualidad (MILLER, 2000). No podemos olvidarnos que, incluso en la Conferencia de Pekin, donde la idea de derechos sexuales comienza a aparecer de manera más clara, tales derechos estaban muy estrechamente asociados a la salud sexual.

Es preciso, pues, ante el fenómeno de la desasociación entre sexualidad y reproducción, realizar en el campo jurídico el movimiento verificado en las ciencias sociales, dotando de legitimidad y dando consistencia a un saber jurídico sobre la sexualidad, esfera de la vida fundamental en el contexto de la sociedad occidental contemporánea (HEILBORN, BRANDÃO, 1999, p. 7).

LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS Y SEXUALES EN EL DERECHO DE LA SEXUALIDAD

En un abordaje jurídico de la sexualidad, sus contenidos son generalmente articulados a partir de las demandas que surgen de situaciones específicas representativas de las luchas y reivindicaciones de los movimientos feministas, desde las realidades sociales de la discriminación sexista y de la violencia hasta cuestiones relativas a la salud reproductiva, especialmente con respecto al acceso a anticonceptivos y al aborto.

Esa dinámica genera una comprensión de la temática de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos mediante una perspectiva centrada en la situación de violación de derechos enfrentada por las mujeres, vistas tanto como víctimas de discriminación o de violencia, y como seres humanas involucradas directa y particularmente en la reproducción.

Sin subestimar en ningún momento tales realidades, avanzar en la comprensión de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos en el marco de los derechos humanos implica ampliar la perspectiva. Eso porque los derechos sexuales y los derechos reproductivos son categorías jurídicas propensas a la problematización de fenómenos y relaciones sociales enfrentadas no sólo por las mujeres, sino también por los hombres. Tales derechos son necesarios de manera significativa, en las discusiones del respeto a la expresión sexual, aquí entendida en su forma más amplia, abarcando la orientación sexual homosexual, heterosexual, bisexual, la transexualidad y el travestismo. A ellos también no se les puede excluir el debate sobre el acceso a los diversos tipos de técnicas de reproducción asistida.

Efectivamente, todas las situaciones enumeradas, expresan la pretensión del ordenamiento jurídico de regular una serie de relacio-

nes sociales en las cuales los aspectos relacionados con la sexualidad se presentan de manera directa y decisiva. Por lo tanto, es necesario atribuir al concepto de los derechos sexuales y los derechos reproductivos un espectro más amplio, capaz de responder a tantas y tan variadas demandas.

De esa manera, fijar la comprensión de esos derechos exclusivamente a las realidades mencionadas, vinculadas particularmente a ciertos aspectos de la condición femenina, produciría lagunas ante la diversidad de las cuestiones involucradas. Además, se podría correr el riesgo de reducir la operacionalidad de esas categorías jurídicas, incluso en lo que respecta al universo femenino, lo cual significaría un reduccionismo indeseable e innecesario.

No se puede olvidar que los derechos humanos, especialmente cuando han sido reconocidos constitucionalmente de manera amplia y extensa en un texto jurídico fundamental abierto a las nuevas realidades históricas, tienen la tarea de proteger la mayor gama posible de situaciones. En ese punto, por ejemplo, la Constitución brasileña de 1988 consagra sin ninguna duda tal apertura, ya sea por la cantidad de normas constitucionales expresas, definitorias de derechos y garantías individuales y colectivas, o por la cláusula explícita de apertura a la inclusión de nuevos derechos humanos, según la cual «Los derechos y garantías expresados en esa Constitución no excluyen otros derivados de los regímenes y principios conferidos por ésta, o de otros tratados internacionales de los que la República Federal del Brasil forme parte» (Art. 5º, § 2º). A esa cláusula explícita de apertura constitucional al reconocimiento de otros derechos humanos, se debe agregar además la enumeración constitucional de los derechos de los artículos 5º, 6º y 7º, ya sea como previsión de otros tantos derechos humanos individuales y colectivos a lo largo del texto, tales como los derechos relativos a la seguridad social y a la sociedad familiar (Artículos 194 y 226, respectivamente).

Dispositivos constitucionales de ese tipo establecen bases sólidas y un terreno fértil para el reconocimiento de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos, desde la perspectiva aquí defendida. Sin embargo, para su concretización y efectividad, esos dispositivos fundamentales, nacionales e internacionales, deben ser objeto de estudio y sistematización, y demandan reflexión teórica a la academia y compromiso por parte de los operadores del derecho.

En ese contexto, se afirmará, más y más, la idea de un *derecho democrático de la sexualidad* frente a la difundida expresión *derechos sexuales*. Un enfoque jurídico de la sexualidad, radicado en los principios de igualdad, libertad y respeto a la dignidad, se revela más apto para responder a los retos teóricos y prácticos que las orientaciones, expresiones, prácticas e identidades asociadas a la sexualidad producen en el contexto de las sociedades democráticas contemporáneas. No se trata de disolver ningún rol de derechos sexuales ni de invalidar el esfuerzo de enumerarlos más concretamente; se objetiva, de hecho, ampliar y profundizar su comprensión por medio de referenciales principiológicos más coherentes y sistematizados.

ELEMENTOS BÁSICOS PARA EL DESARROLLO DEL DERECHO DE LA SEXUALIDAD

El ordenamiento jurídico, entendido como un conjunto de normas (principios y reglas jurídicas), es un proceso de regulación social. Su materia prima son las relaciones sociales, cuyos diversos contenidos (económico, social, religioso, moral, sexual, etc.) son considerados (o no) en la elaboración de las normas, buscando la obtención de un cierto resultado, orientado por ciertos valores, que pueden ser una acción, una omisión, la imposición de una pena, la premiación de determinadas conductas. Los contenidos a los que me

refiero pueden ser los más diversos en cada relación social juridicalizada: a veces, la norma considera cierta condición personal como supuesto para el reconocimiento de un beneficio (ser ciudadano de cierto país para tener acceso a determinado beneficio público) o prejuicio (haber sido condenado criminalmente a la privación de cierto derecho); otras veces toma en cuenta solamente ciertas conductas, tratando de abstraer de la condición personal del agente..

Estructurado de esa manera, el ordenamiento jurídico toma en cuenta determinadas esferas de la vida, generando diversos ámbitos, cuya construcción, afirmación y consagración académica dependen de innumerables factores relacionados con los momentos históricos en que cada uno se desarrolla. Las revoluciones burguesas van a construir en la Europa continental un sistema jurídico centrado en el Código Civil, concebido como una verdadera «constitución de la vida privada», listo para regular la propiedad, la herencia, los negocios, el comercio y la familia. El paradigma de sujeto de derecho era claro: masculino, blanco, europeo, cristiano, heterosexual. La difusión de ese paradigma también alcanzó el derecho público, siendo fácil entender por qué las proclamas constitucionales de un sujeto de derecho universal y abstracto operaban de manera tan excluyente frente a las mujeres u otros grupos sociales.

La elaboración de esos derechos en innumerables documentos internacionales es fruto de una evolución del derecho internacional público gestado después de la II Guerra Mundial. El derecho, partiendo de la afirmación necesaria de la dignidad de todos los seres humanos como respuesta a las consecuencias de los totalitarismos, el racismo «científico» y la presencia de los neocolonialismos, fue teniendo que reconocer las especificidades, abriendo espacio para el reconocimiento de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, llegando entonces a la situación particular de la vulnerabilidad fe-

menina, según dan testimonio los distintos encuentros, conferencias e instrumentos.

Los marcos de esa construcción histórica de los derechos reproductivos y sexuales, hacen necesaria la ampliación de esas nociones, posibilitando proponer un derecho de la sexualidad cuyo ámbito de protección refleja la amplitud de la comprensión contemporánea de los derechos humanos y de los derechos constitucionales fundamentales.

ÁMBITO DE PROTECCIÓN

En el contexto descrito, la relación íntima entre la categoría de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos se vuelve muy comprensible y positiva. Sin embargo, es necesario avanzar más. Las concepciones de derechos sexuales/derechos reproductivos desarrolladas de esa manera hacen que el tratamiento jurídico de la sexualidad se concentre en la condición particular de un determinado grupo de seres humanos (las mujeres), agrupando normas de distintos ámbitos del ordenamiento jurídico con el fin de proteger a ese grupo de la discriminación, promover su condición, posibilitar el más amplio disfrute del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. En esa dinámica, quedan sin la debida atención – y a veces en situación de confrontación – otros puntos fundamentales para el desarrollo de un derecho de la sexualidad.

En efecto, un derecho de la sexualidad debe cuidar no sólo la protección de un grupo sexualmente subordinado en función del género o del sexo. Otras identidades reclaman esa protección, como ocurre con la población *gay*, lesbiana y transgénero. Más aún: el derecho de la sexualidad no se puede agotar en la protección identitaria, independientemente del grupo que sea. La protección jurídica de conductas y preferencias sexuales no necesariamente vinculadas

a identidades particulares apunta en esa dirección, como demuestra el sado-masochismo u otras formas de erotismo «no-convencional» (TAYLOR, 1997, p. 106).

La propuesta de que el derecho de la sexualidad no debe estar fijado solamente en identidades y prácticas sexuales predefinidas, evitando etiquetas e imposiciones heterónomas, evita el peligro de que clasificaciones rígidas, basadas en distinciones sexuales monolíticas, acaben reforzando la lógica que genera el machismo y heterosexismo en el derecho vigente (CALHOUN, 1993). Eso sin hablar del papel del sistema jurídico en la construcción de esas identidades usualmente marginadas, imponiendo una determinada visión sobre un grupo determinado. Se trata, por lo tanto, de elaborar un derecho de la sexualidad que intente evitar esos peligros, informado, por los principios de la libertad y la igualdad, como veremos a continuación. Su aplicación, frente a cada caso concreto, debe promover un ajuste de cuenta entre las identidades y prácticas en cuestión y tales principios.

El derecho de la sexualidad tampoco puede dejar por fuera actividades social y económicamente relacionadas con el ejercicio de la sexualidad, como sucede con los profesionales del sexo. Como veremos más adelante, la prostitución es uno de los temas sensibles en la elaboración de un derecho democrático de la sexualidad.

Así concebido, un derecho de la sexualidad puede propiciar la protección jurídica y la promoción de la libertad y la diversidad, sin quedar fijado en identidades o conductas meramente toleradas o limitarse a la vulnerabilidad social femenina y sus manifestaciones sexuales. Es necesario invocar principios que, velando por el mayor ámbito de libertad posible, de igualdad y dignidad, creen un espacio libre de etiquetas de menosprecio a cuestiones relacionadas con la homosexualidad, la bisexualidad, el transgénero y los profesionales del sexo.

Cuando se habla de una regulación jurídica de cierta esfera de la vida, como en ese caso la sexualidad, es preciso averiguar el alcance que se quiere tener o, dicho de otro modo, el objeto de regulación. El derecho de la sexualidad, en resumen, incluiría identidades, conductas, preferencias y orientaciones muy diversas relacionadas con aquello que socialmente se establece, en cada momento histórico, como sexual (WEEKS, 1986, p. 25). En una perspectiva alineada al constructivismo social, nunca se debe olvidar que la sexualidad está impregnada de convenciones culturales que modelan las propias sensaciones físicas (PARKER, 1994).

El desarrollo del derecho de la sexualidad necesita también alentar una diversidad de perspectivas como elemento esencial para su elaboración. Así como en el derecho de la antidiscriminación, en el cual la interseccionalidad de la discriminación (GRILLO, 1995) no se reduce a la mera suma de situaciones discriminatorias (las mujeres negras sufren una especie de discriminación cualitativamente distinta del sexismo contra mujeres blancas o del racismo contra hombres negros, irreducible a una «suma de prejuicios»), un derecho democrático de la sexualidad debe ir más allá de un catálogo de identidades y prácticas sexuales. De hecho, esas no existen como entidades abstractas, sin raza, clase, color, etnia, etc. ¿Cómo estructurar un derecho de la sexualidad en esos términos?

PRINCIPIOS BÁSICOS: LIBERTAD, IGUALDAD Y DIGNIDAD

Establecido el ámbito de protección de derecho de la sexualidad, se necesita explicitar sus principios fundamentales. Libertad e igualdad, principios básicos de las declaraciones de derechos humanos y del constitucionalismo clásico, son principios cuya afirmación implica el reconocimiento de la dignidad de cada ser humano para

orientarse, de manera libre y merecedora de igual respeto, en la esfera de su sexualidad.

En consecuencia, el derecho democrático de la sexualidad rompe por principio con el tratamiento subordinado de las mujeres, homosexuales, seropositivos, niños y adolescentes percibidos en una visión tradicional más como objetos de regulación que como sujetos de derecho (COLLIER, 1995). Al adoptar esa perspectiva y dedicarse sobre todo a las situaciones de vulnerabilidad, tal derecho no se ajusta a la victimización, nutrida por la inferioridad y animada por la dramatización de la infelicidad (ROSANVALLON, 1998, p. 64). La vulnerabilidad, a diferencia de la victimización, asume una perspectiva de igualdad y de dignidad, contextualizándolas en los escenarios de la injusticia, discriminación, opresión, explotación y violencia que asolan a innumerables identidades y prácticas sexuales subordinadas u otras condiciones asociadas a éstas, como la seropositividad con el VIH/SIDA (PARKER, 2000, p. 103; DINIZ, 2001, p. 27).

Corolario de esa postura es la efectividad del principio democrático en la esfera de la sexualidad. Este principio, en el marco de los derechos sexuales, así como en los derechos reproductivos, apunta a la garantía de la participación de los beneficiarios y destinatarios de las políticas públicas a ser desarrolladas, participación que abarca la identificación de los problemas, la elección de prioridades, la toma de decisiones, la planificación, la adopción y la evaluación de estrategias.

Libertad e igualdad son protecciones y garantías de dignidad que se traslapan como argumentos de la «libertad pura», «interferencia discriminatoria en la libertad» e «igualdad pura» (WINTEMUTE, 1995, p. 185; TRIBE, DORF, 1990, p. 1.094). Ejemplifico con la homosexualidad: libre desarrollo de la personalidad y la privacidad sexual como «libertad pura», tiene la prohibición de la manifestación pública del afecto restringida solamente para ciertos grupos como

«interferencia discriminatoria en la libertad» y la restricción a ciertos empleos públicos o privados como «igualdad pura».

La libertad y la igualdad se despliegan en innumerables derechos, manifestaciones más concretas de sus contenidos en la esfera de la sexualidad. Tal perspectiva, efectivamente, agrega a esos derechos el contenido jurídico suficiente para enfrentar una serie de situaciones que involucran relaciones individuales y sociales en las cuales la sexualidad y la reproducción humanas están presentes de manera significativa.

Eso depende de la comprensión jurídica, principalmente de la diseminada entre los operadores jurídicos, en relación con las consecuencias jurídicas de muchos derechos humanos clásicos, así como del nivel de información sobre la vigencia y la eficacia jurídica de los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados al derecho nacional. Un buen ejemplo de la necesidad de tal comprensión puede ser proporcionado por los principios vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos, también aplicables ante las realidades de la sexualidad y la reproducción: el derecho a la igualdad se ha desdoblado en la protección de las diferencias de los diversos sujetos de derecho, vistos en sus peculiares circunstancias y particularidades que demandan respuestas y protecciones específicas y diferenciadas, consagrando el principio de la diversidad.

LIBERTAD E IGUALDAD COMO MEDIOS DE DEFENSA EN EL DERECHO DE LA SEXUALIDAD

Los derechos humanos de primera generación, reconocidos desde principios del constitucionalismo liberal (identificados como derechos negativos, de defensa contra intromisiones abusivas), incluyen libertades individuales cuya dimensión contemporánea al-

canza diversas esferas constitutivas de la sexualidad. Contenidos jurídicos pertenecientes a las libertades clásicas, tales como el derecho a la privacidad o a la libertad de ir y venir, pueden ser eficazmente concretizados frente a fenómenos como la prostitución o el ejercicio de la autonomía reproductiva.

Toda la comprensión jurídica basada en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional con respecto a las dimensiones formales y materiales del principio de igualdad, a su vez, fortalecen directrices jurídicas sólidas frente a la discriminación basada en el sexo o en la orientación sexual.

Diversas cuestiones relacionadas con la regulación de la transexualidad pueden encontrar sus directrices fundamentales en la conjugación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y en el derecho a la igualdad, ese último concebido también como derecho a la diferencia; sin hablar de una interpretación actualizadora de la teoría general de los derechos de la personalidad, inicialmente desarrollada en el campo civilista de nuestra tradición jurídica.

Se trata pues, del reconocimiento y desarrollo del contenido jurídico de los principios básicos de los derechos humanos y de los diversos derechos constitucionales clásicos, tarea apta para constituir formas de convivencia diversas y renovadas. En ellas, la afirmación de la autonomía y la libertad en las esferas de la sexualidad y de la reproducción pueden concretizarse. Eso se ilustra, por ejemplo, en las decisiones judiciales sobre prohibición de la discriminación por motivo de sexo u orientación sexual y también en las recomendaciones emitidas por el Ministerio Público en programas de salud reproductiva.

El derecho a la libertad sexual; el derecho a la autonomía sexual, a la integridad sexual y a la seguridad del cuerpo sexual; el derecho a la privacidad sexual; el derecho al placer sexual; el derecho a la expresión sexual; el derecho a la asociación sexual; el derecho

a decisiones reproductivas libres y responsables; el derecho a la información sexual libre de discriminatorio: esos son algunos de los despliegues más importantes de los principios de igualdad y de libertad que rigen el derecho de la sexualidad. La libertad, la privacidad, la autonomía y la seguridad, a su vez, son principios fundamentales que se conectan de manera directa con el derecho a la vida y con el derecho a no sufrir explotación sexual.

LIBERTAD E IGUALDAD COMO MEDIOS POSITIVOS DE PROMOCIÓN DEL DERECHO DE LA SEXUALIDAD

Un derecho de la sexualidad en el debate contemporáneo sobre las dimensiones de los derechos humanos, avanza también la consideración de los derechos sociales y económicos, conocidos como derechos humanos de segunda generación y calificados en la doctrina constitucional como derechos positivos, derechos a prestaciones sociales, dedicados a la promoción de la libertad y la igualdad de hecho. La protección contra despedida arbitraria, el derecho a la seguridad social, al acceso al sistema de salud sin discriminación y de forma integral, al sistema público o privado de pensiones y jubilaciones, son todos ejemplos de esa concreción positiva de esos principios fundamentales que el derecho brasileño viene desarrollando.

En esa línea, una variada gama de prestaciones ha sido arrollada en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tales como: (1) acceso a informaciones y educación sexual y reproductiva; (2) servicios de salud sexual y de salud reproductiva accesibles, seguros y adecuados a toda la población, incluido el acceso al progreso científico a través de la oferta de tratamientos y medicamentos que garanticen el control, por hombres y mujeres, de su fecundidad; (3) servicios sociales y legales de apoyo para el ejercicio de esos derechos; (4) políticas de seguridad para cohibir y elimi-

nar todo tipo de violencia; (5) políticas que promuevan y garanticen la igualdad y la equidad entre los sexos, no permitiendo la sumisión de las mujeres y niñas, eliminando toda discriminación sexual; (6) políticas que promuevan y establezcan la responsabilidad personal y social de los hombres en relación a su comportamiento sexual y fertilidad y al bienestar de sus compañeras e hijas (VENTURA, 2003, p. 51).

De hecho, los derechos sociales que implican prestaciones sociales concretas, tales como el derecho a la salud, al bienestar y la asistencia social, se muestran aptos para abarcar una serie de situaciones relacionadas con el ejercicio de la sexualidad y de la reproducción. En su implementación mediante políticas públicas, la visión desde una perspectiva de derechos humanos ofrece bases para evitar el predominio de la medicalización o de la influencia del discurso religioso.

Sobre ese punto, es importante señalar cómo el derecho brasileño ha desarrollado la protección jurídica contra la discriminación por orientación sexual a partir, precisamente, de los derechos económicos y sociales. Al contrario de lo que comúnmente se espera en cuanto a que los derechos civiles y políticos o libertades negativas se manifiesten más fácilmente (o menos difícilmente) a favor de las «sexualidades desviadas» (un ejemplo es la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que afirmaron inicialmente la prohibición de la discriminación por orientación sexual en casos en los que se discutía la penalización de la sodomía), el derecho brasileño ha evolucionado a partir de casos en los que la discriminación por orientación sexual implicó la negación del derecho a la salud y a los beneficios de la seguridad social. A partir de la jurisprudencia firmada en 1996, en relación con la inclusión de la/del compañero/a del mismo sexo en el nivel federal de la salud, los tribunales fede-

rales y estatales han acogido cada vez más demandas que sancionan la discriminación por orientación sexual (incluso hace poco tiempo, el propio Presidente del Tribunal Supremo Federal, en una decisión inicial lo confirmó preliminarmente, obligando a la Seguridad Social pública a no discriminar contra homosexuales en su régimen de beneficios).

LA RESPONSABILIDAD EN EL LIBRE EJERCICIO DE LA SEXUALIDAD

El ejercicio de los derechos de libertad e igualdad practicados por los diversos sujetos en las más diversas situaciones, manifestaciones y expresiones de la sexualidad, en igual dignidad, requiere que se considere la dimensión de la responsabilidad. Afirmada en convenciones internacionales sobre derechos de reproducción y sexuales, la responsabilidad traduce el deber fundamental de cuidado, respeto y consideración a los derechos de terceros (ya sean individuos o la comunidad), para el ejercicio libre y en igualdad de condiciones de la sexualidad. No se trata, en ese sentido, simplemente de imponer el deber de reparar daños o de prevenirlos ante bienes jurídicos individuales y colectivos. Se piensa, en cambio, en el intento de conformar las relaciones sociales vividas en la esfera de la sexualidad del modo más libre, igualitario y respetuoso posible.

De hecho, el ejercicio de la sexualidad alcanza la esfera jurídica ajena, dado que su vivencia requiere, la mayoría de las veces, la participación de terceros. Situaciones como el sadomasoquismo y la edad de consentimiento para participar en relaciones sexuales, por ejemplo, nos indagan sobre la libertad y las condiciones de discernimiento de los individuos, como también sobre las posiciones de poder y los papeles desempeñados por cada uno de los participantes involucrados en relaciones sexuales.

El ejercicio de la sexualidad puede, también, repercutir más allá de los individuos, en una esfera transindividual, con la que evidentemente se preocupa la salud pública. Se piensa, aquí, en aquilatar los deberes consecuentes del ejercicio responsable de la sexualidad ante la comunidad, titular de derechos difusos y colectivos. Desde, por ejemplo, la tradicional represión penal de las conductas con objetivo de diseminar enfermedades venéreas hasta el fomento de campañas mediáticas de prevención de enfermedades sexualmente transmisibles, no resta duda sobre la posición responsable que se requiere de los individuos ante la comunidad.

Afirmar el lugar de la responsabilidad en el seno de un derecho democrático de la sexualidad no significa adoptar una perspectiva represiva, calcada en el moralismo o en la exclusión de las sexualidades estigmatizadas por los grupos mayoritarios. El ejercicio responsable de la sexualidad, informado por los principios jurídicos de la libertad, de la igualdad y de la dignidad, refuerza una comprensión positiva de la sexualidad y de sus manifestaciones en la vida individual y social, cuya realidad exige que se considere a la persona en sus simultáneas dimensiones individual y social. Sin esa percepción, el desarrollo del derecho democrático de la sexualidad padecería de una visión individuocéntrica incompatible con la reciprocidad y el carácter de los derechos fundamentales que lo informan.

RECONOCIMIENTO Y DISTRIBUCIÓN EN EL DERECHO DE LA SEXUALIDAD

Un derecho democrático de la sexualidad, basado en los principios de los derechos humanos y en los derechos constitucionales fundamentales, debe actuar simultáneamente en el sentido del reconocimiento del igual respeto a diversas manifestaciones de la sexualidad y de igual acceso a todas las personas sin distinciones, a los

bienes necesarios para la vida en sociedad. El reconocimiento y la distribución, en palabras de Nancy Fraser, son categorías fundamentales para la comprensión de los paradigmas de la justicia socio-económica y de la justicia cultural o simbólica (FRASER, 1997), ambos universos habitados por diversos derechos sexuales.

En el primero, la injusticia se relaciona con la estructura económica de la sociedad, que se preocupa por las situaciones de explotación (apropiación del trabajo ajeno en beneficio de otros), marginación (confinamiento a situaciones de baja remuneración e imposibilidad de alcanzar mejores condiciones) y privación de condiciones de vida materialmente adecuadas. Todas esas circunstancias están relacionadas con la sexualidad de muchas maneras, tales como el sexismo en el mercado de trabajo, la violencia doméstica, las reacciones ante la violación, la negación de los derechos de provisión social a homosexuales, la prostitución, el acceso de los seropositivos al sistema de salud, etc.

En el segundo la injusticia en relación con los patrones sociales de representación, interpretación y comunicación, ejemplificados por situaciones de dominación cultural (se sujetan a patrones de interpretación y comunicación propios de otra cultura, ajenos y hostiles a la cultura del grupo dominado), el no reconocimiento (prácticas culturales dominantes que vuelven invisible e irrelevante a cierto grupo social) y la falta de respeto (ser cotidianamente maltratado o menospreciado mediante estereotipos presentes en la cultura dominante y en las interacciones cotidianas).

De esa caracterización se generan remedios apropiados para tales tipos de injusticia, cuya relación con cuestiones del derecho de la sexualidad es directa: la justicia económica, en cuanto al reclamo de la distribución de los bienes materiales, apunta a esquemas igualitarios y universalistas; la justicia cultural o simbólica exige el reconocimiento de los grupos estigmatizados, en una dinámica di-

ferenciadora y particularizante. De esa distinción, surge el dilema de la complementariedad entre el reconocimiento y la distribución. Dilema porque, mientras la primera demanda tiende a producir diferenciación y particularismo, la segunda tiende a debilitarlos; en tanto las medidas redistributivas proponen esquemas universalistas e igualitarios, las políticas del reconocimiento tienden a condenarlos. Complementariedad, porque los remedios redistributivos generalmente presuponen una concepción subyacente del concepto de reconocimiento (por ejemplo, algunos proponentes de la redistribución socioeconómica igualitaria fundamentan sus reivindicaciones en «el igual valor de las personas»; de esa manera, consideran la redistribución económica como una expresión del reconocimiento), así como los remedios de reconocimiento algunas veces presuponen una concepción subyacente de redistribución (por ejemplo, algunos proponentes del reconocimiento de la multiculturalidad fundamentan sus reivindicaciones en los imperativos de una justa distribución de los «bienes primarios» de una «estructura cultural intacta»); esos por lo tanto, consideran el reconocimiento cultural como una especie de redistribución (FRASER, 2003).

Ese esquema explicativo es importante para la construcción del derecho de la sexualidad, dada la diversidad de situaciones que se enfrentan y la necesidad de su sistematización. La conjugación y el énfasis entre medidas de reconocimiento y de distribución dependerán de cada caso. Véase, por ejemplo: para los *gays* y las lesbianas, un énfasis en el reconocimiento; en la educación sexual, para la necesidad de información y de medios, en el refuerzo del acceso al conocimiento y a las técnicas anticonceptivas; para la situación femenina, a su vez, parece haber una hipótesis bastante equilibrada, donde el reconocimiento y la distribución se equivalen. Según he dicho, no se trata de defender la exclusividad del reconocimiento o de la distri-

bución, sino más bien de percibir la dinámica apropiada para cada situación, sin menospreciar ninguna de las dimensiones necesarias.

UN ESTUDIO DE CASO: UNIONES HOMOSEXUALES EN EL DERECHO A LA SEXUALIDAD

El caso del reconocimiento jurídico a las uniones de personas del mismo sexo posibilita reflexionar sobre las dimensiones de reconocimiento y distribución y sus dinámicas.

Algunas personas defienden la necesidad del «matrimonio *gay*» por razones distributivas contradictorias con los derechos de reconocimiento. Una primera versión afirma que se trata simplemente de regular algo que ya existe, que estaría inscrito en la biología, a pesar de ser minoritario. Otra versión, más radical, y justo por ello más aceptable al sentido común, parte de la naturalización del modelo pequeño-burgués de familia heterosexual, procediendo a una «domesticación heterosexista» de todas las formas de sexualidad diferentes a ese modelo. Desde que se adapten al esquema general de tales reglas, las sexualidades alternativas serán toleradas.

Algo que tienen en común esas dos perspectivas es su preocupación con la distribución socioeconómica (ellos o ellas consumen, pagan impuestos, pueden incluso expresar afecto entre sí). Sin embargo, esas perspectivas no hacen un reconocimiento a la igualdad y la libertad en la esfera de las relaciones más íntimas, particularmente en las situaciones o relaciones que son vistas como «minoritarias». Debido a ello, tienen una enorme dificultad frente a travestis, transgénero, sado-masoquistas, profesionales del sexo, libertad sexual, etc. Asimismo, esas tienen muchas veces una valoración peyorativa de esas «sexualidades minoritarias», ubicándolas no como fruto de la enfermedad o del pecado, sino de algún desarrollo incompleto, que merecen por lo tanto la compasión y la tolerancia, en tanto se esfuer-

cen por «comportarse bien». En las dos versiones, por lo tanto, se pone un énfasis en la distribución, pero acaban debilitando también la demanda de reconocimiento. Al presuponer de forma consciente o no las existencias de normalidades estadísticas o de normalidades afectivo-comportamentales, tales versiones implican en la práctica la capitulación de la demanda por un igual respeto, simbólico y cultural. Los proyectos de ley de formulación jurídica del derecho de familia basados en esas versiones contradicen por lo tanto un derecho democrático de la sexualidad, basado en los derechos humanos y en los derechos constitucionales fundamentales.

Por otra parte, hay propuestas que compatibilizan o intentan romper esa tendencia. De manera general, se puede utilizar como ejemplo el diseño jurídico de los llamados «acuerdos de solidaridad». En efecto, se trata de legislación que establece, independientemente de la orientación sexual, que las parejas pueden decidir la dinámica de sus vidas afectivas y sexuales, proporcionándoles un instrumento por el cual el valor de la unión es reconocido y respetado jurídicamente. Más allá de la ventaja de asegurar la protección y el reconocimiento estatal de las uniones, un pacto de solidaridad así definido evita la estigmatización generada por una «regulación de la excepción», como ocurre con las propuestas brasileñas originales de unión civil o, de cierto modo, con la inclusión de las uniones homosexuales en la categoría de «uniones estables» del derecho brasileño, en la medida en que esa categoría, por más común que sea, es vista como un «matrimonio de segunda clase», como se puede inferir fácilmente de la redacción de la Constitución brasileña de 1988.

Aunque presentado de manera esquemática y simplificado el debate sobre las uniones homosexuales, ese permite contextualizar, a partir de las categorías de reconocimiento y distribución, los contenidos y las premisas presentes en el derecho de la sexualidad. De ahí se puede constatar la relevancia de esas categorías para el desarrollo

de un derecho democrático de la sexualidad, y el riesgo de adoptar alternativas equivocadas.

MINORÍAS Y DERECHOS ESPECIALES EN EL DERECHO DE LA SEXUALIDAD

La lista de derechos sexuales puede ser vista como un despliegue de derechos generales a la privacidad, la libertad, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, bases sobre las cuales se ha desarrollado la protección jurídica de la sexualidad de las llamadas «minorías». Ese es un punto importante. Enfocado desde esa perspectiva, cuestiones que se tienen como específicas, minoritarias, que son vistas como excepciones casi intolerables pero admitidas, pierden esa connotación peyorativa. Contextualizadas de esa forma, las discusiones sobre los derechos de *gays* y lesbianas son la concreción de principios fundamentales y de derechos humanos de todas las personas (así como la discriminación por motivo de sexo, color o religión), no excepciones a minorías toleradas.

El debate se presenta muy vivamente en la polémica entre «derechos iguales *versus* derechos especiales». Los derechos especiales serían todas las previsiones que protegen de la discriminación, elaboradas por la legislación ordinaria y no previstas expresamente en la Constitución. Sin embargo, si consideramos la situación de privilegio de ciertos grupos (por ejemplo, el privilegio blanco, masculino, cristiano y heterosexual) se revela la imposibilidad de la neutralidad sexual al aplicar la Constitución a situaciones concretas, pues en la vida en sociedad hay grupos privilegiados y grupos oprimidos. Ese dato indica el carácter conservador de ciertas formulaciones en torno a la idea de minorías, pues en el debate de «derechos iguales *versus* derechos especiales» tales formulaciones conducen al error de

marcar peyorativamente ciertos derechos de protección contra la discriminación como siendo «derechos especiales».

En esa perspectiva, la utilización de las categorías «derechos especiales (no deseados) *versus* derechos iguales (deseados)» revela una manifestación del privilegio de ciertos grupos y confunde la necesidad de concretar el principio general de igualdad, de acuerdo con las circunstancias históricas de cierta realidad (por ejemplo, la existencia del machismo y sus consecuencias para las mujeres en el mercado de trabajo), con una interpretación distorsionada del mismo.

ALCANCES DEL DERECHO DE LA SEXUALIDAD: LA DICOTOMÍA PÚBLICO-PRIVADO

Es necesario resaltar los ámbitos en que el derecho de la sexualidad actúa, pues son datos fundamentales para la efectividad de este derecho en la medida en que muchas de las diversas manifestaciones de la sexualidad protegidas por ese ocurren en el ámbito privado. En ese sentido, se atenta para proveer al derecho de la sexualidad un alcance que, en general, es evitado por la doctrina tradicional de los derechos humanos.

Las formulaciones más tradicionales restringen la eficacia jurídica de los derechos humanos y de los derechos constitucionales a las violaciones cometidas por agentes del Estado, dejando al margen las violaciones cometidas por agentes privados. Para esos casos, se reserva la intervención jurídica a las normas del Derecho Penal o del Derecho Civil, aplicadas solamente en casos extremos y concebidas de manera muy condescendiente con las estructuras tradicionales de la familia y de las relaciones entre los géneros. En el caso grave de la violación, por ejemplo, se observa un abordaje exclusivamente de Derecho Penal, descontextualizado del paradigma de los derechos humanos. De esa forma, enfoca más su preocupación en el castigo de

un acto disfuncional grave para la vida de la sociedad, que en la priorización de la dignidad y la ciudadanía de la víctima (PIMENTEL, SCHRZITZMEYER, PANDJIARJIAN, 1988, p. 205).

El derecho de la sexualidad no puede restringirse de ese modo, bajo pena de volverse inocuo ante situaciones en las que la opresión sexual es violenta y cotidiana. Esa es una de las principales lecciones del movimiento feminista para la elaboración de ese derecho y además, para la discusión constitucional más general sobre la eficacia de los derechos fundamentales en relación con los agentes privados. Es preciso romper las fronteras establecidas, cuyos límites acaban consintiendo la violencia doméstica, la violación conyugal o la falta de respeto al desarrollo de la sexualidad de los adolescentes por parte de progenitores y educadores.

Desde la mirada de un derecho democrático de la sexualidad, la esfera privada, especialmente la familiar, no puede convertirse en un refugio para el machismo o el heterosexismo, que implica la desvalorización cultural y económica, femenina, infantil, adolescente u homosexual. De hecho, esas desigualdades en el medio familiar inciden de manera decisiva y continua en la restricción de la autonomía y de la igualdad de oportunidades entre los sexos y entre progenitores e hijos.

A propósito, la literalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos apunta para ese sentido. Según el texto del Artículo 5º de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el compromiso asumido por los Estados incluye

modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con el objetivo de alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (NACIONES UNIDAS, 1979).

Esa perspectiva de derechos humanos y de derechos constitucionales fundamentales, por lo tanto, necesita ir más allá de la barrera tradicional que proscribe su inserción en la esfera privada, posibilitando la superación de enfoques meramente condescendientes o preocupados principalmente con la funcionalidad de la vida en sociedad. Ese dato conduce a la consideración de las funciones de reconocimiento y distribución que serán desempeñadas por un derecho democrático de la sexualidad.

OBJECIONES A UN DERECHO DEMOCRÁTICO DE LA SEXUALIDAD

La afirmación de un derecho de la sexualidad concebido en los términos expuestos enfrenta principalmente tres grandes objeciones. La primera con respecto a la legitimidad democrática de jueces y legisladores para tomar decisiones y medidas de protección de la «sexualidad desviada» contrarias a la opinión pública mayoritaria, proveyendo de protección jurídica a prácticas e identidades sexuales socialmente estigmatizadas, garantizándoles de un espacio libre de discriminación. Una segunda objeción utiliza razones morales para oponerse al derecho de la sexualidad. Abogando una determinada moralidad que se refiere a la relación entre los sexos y el ejercicio de la sexualidad por los individuos, ella califica tales derechos como perversiones violadoras de la moralidad. Una tercera objeción aduce razones médicas, según la cual ciertas identidades y conductas de la vida sexual no son más que desviaciones, degeneraciones o un subdesarrollo.

La primera objeción está basada en un argumento de procedimiento, *el argumento mayoritario*. Como la mayoría de los individuos de determinada sociedad rechaza y estigmatiza ciertas identidades y

prácticas sexuales, una decisión contraria a eso sería una usurpación del proceso democrático, un desprecio a la voluntad popular, y sería además un acto arbitrario por parte del órgano legislativo o judicial que así lo decida. Desde la mirada de los derechos humanos, ese argumento no prospera. Es refutado por una de las características fundamentales de los derechos humanos, especialmente cuando han sido reconocidos en las Constituciones nacionales, que es su función de protección de individuos y grupos contra la violencia perpetrada por las mayorías.

De hecho, en la propia génesis de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del constitucionalismo se afirman ciertos derechos inviolables y garantizados incluso contra las decisiones de la mayoría. En el caso de la sexualidad, las identidades y prácticas estigmatizadas, una vez sometidas a los principios básicos de igualdad y de libertad, están protegidas contra las decisiones de mayoría, que pueden violar dichos principios. Además, en esa tradición de constitucionalismo y de los derechos humanos, esa es una condición para la vida democrática y la preservación de ese núcleo fundamental, por lo que su afirmación no subvierte la vida democrática; al contrario, tal protección es exigida por la democracia, régimen que no se caracteriza solamente por el respeto a la voluntad de la mayoría, sino también por el respeto a las minorías.

El segundo motivo se basa en razones morales, *el argumento moralista*. Tales derechos simplemente no serían derechos porque siendo contrarios a la moral, serían también distorsiones, distorsiones valorativas. Ese argumento se aproxima al anterior en la medida que asocia la dinámica mayoritaria de las mayorías en defensa de una moralidad también mayoritaria. La respuesta a tal objeción, desde una perspectiva que privilegia la libertad y la igualdad, viene de John Stuart Mill (2015): la única moralidad que la democracia puede acoger es la moralidad crítica, en que los argumentos de gusto, tradici-

ón, de enojo y de sentimiento de rechazo de la mayoría no pueden ser finales, bajo pena de que prevalezcan las amenazas del integrismo, del fundamentalismo de las tradiciones, del autoritarismo, que provienen de aquellas personas que se consideran iluminadas.

En efecto, los criterios de (1) ausencia del daño relevante a terceros y (2) existencia del consentimiento libre y espontáneo fortalecen las bases para que el pensamiento democrático responda a la objeción moral ante la libertad sexual. De esa manera, así como una persona religiosa debe aceptar la libertad de culto y la posibilidad del ateísmo como la mejor forma de garantizar su vivencia religiosa, una persona moralmente conservadora puede admitir las garantías de libertad sexual, a fin de que el Estado, por medio de sus agentes, no tenga la posibilidad de interferir en el ejercicio de su moralidad. La idea central que da sustento a esos criterios, es precisamente el respeto a la dignidad humana: las regulaciones son incompatibles con un igual respeto a todas las personas, ya que interfieren en las decisiones personales al considerar a los individuos incapaces de decidir por sí mismos (NUSBAUMM, 1999, p. 22).

El argumento moralista se expresa muchas veces de forma religiosa. De esa manera, un derecho democrático de la sexualidad implica refutar los discursos fundados en premisas religiosas, ya que el «reconocimiento jurídico» de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos en la tradición de los derechos humanos ubica ese debate en la arena más amplia de un Estado de derecho laico y democrático, en armonía con los ideales republicanos. Concebidos a partir de esos marcos fundamentales, los derechos sexuales pueden constituirse en espacios en los que la sociedad civil y el Estado se mantienen autónomos ante las instituciones religiosas, preservando el pluralismo y el respeto a la diversidad.

La tercera y última objeción, *el argumento biomédico*, se relaciona con el discurso médico, que patologiza las identidades y prác-

ticas sexuales socialmente estigmatizadas. Más allá de que no existe un consenso y mucho menos un reconocimiento oficial en el medio científico, sobre el carácter patológico de muchas de las identidades y prácticas sexuales estigmatizadas, el desarrollo de un derecho de la sexualidad con fundamentos democráticos y atento a los derechos humanos no podrá dejarse dirigir por postulados médicos o biológicos, cuyo papel como instrumento de control social y político ha sido puesto en evidencia hace mucho tiempo. Esa dimensión, más que constituir una obviedad, implica la «desmedicalización» del discurso y de las prácticas de respeto de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos, en un movimiento de democratización genuina de los temas relacionados con la sexualidad, especialmente en las políticas públicas.

En esa misma línea, una combinación que generalmente agrega al argumento médico contenidos moralistas, alerta sobre el peligro de que menores de edad estén expuestos a ambientes de libertad e igualdad sexual. Sin profundizar en la valoración negativa que está implícita en esa objeción, ni en los males que causa a la gente joven esa posición (LEVINE, 2002), una preocupación con la «contaminación de la gente joven» pone de relieve los beneficios y los riesgos de la experiencia democrática. La convivencia con protestantes, judíos y musulmanes puede parecer riesgosa para las familias católicas tradicionales, en la medida en que ese contacto puede implicar la conversión de sus hijos; sin embargo, abolir tal posibilidad implicaría la supresión de la dignidad humana de cada quien. Las personas quedarían incapacitadas para reconocer el valor de la alteridad, como también de elegir por sí mismas sus propias convicciones y prácticas religiosas.

ALGUNOS TEMAS SENSIBLES EN EL DERECHO DE LA SEXUALIDAD

Entre varios temas particularmente sensibles en el derecho de la sexualidad, destacaré tres: su relación con los derechos reproductivos, la prostitución y la pornografía.

Como se vio, la idea de los derechos sexuales está íntimamente relacionada con la afirmación de los derechos reproductivos. Por lo tanto, es necesario fortalecer el derecho de la sexualidad, haciéndolo ir más allá de la esfera reproductiva, sin olvidar que las violaciones a los derechos sexuales frecuentemente ocurren en situaciones que involucran a la reproducción o que tienen como víctimas a mujeres en condiciones de vulnerabilidad.

Así como el derecho de la sexualidad no puede reducirse a un derecho de la reproducción (pues dejaría fuera incluso las prácticas heterosexuales no procreativas) ese no debe restringirse a un derecho de la sexualidad no reproductiva. Ese punto es todavía más importante ante el desafío que implica el desarrollo de un derecho de la sexualidad de cara al enfrentamiento con el machismo predominante en las relaciones de género, el moralismo y las ideologías religiosas hegemónicas.

La prostitución es otro tema difícil, pues desafía la consideración de la libertad de empleo del propio cuerpo en actividades económicas (relacionada con el ejercicio de la autonomía sexual) con una historia de daños innegables (principalmente a las mujeres) producidos por la explotación sexual, que actúa en un contexto en donde el consentimiento es muchas veces, en la práctica, inexistente, dado el empleo de amenazas y de violencia en situaciones de absoluta necesidad. En ese campo, la legislación internacional de derechos humanos enfatiza de forma clara la intolerancia a la explotación sexual en todas sus actividades preparatorias y relacionadas, como la capa-

citación, el transporte, el hospedaje, el pago y el tráfico de mujeres, todos con miras a la explotación de la prostitución.

Desde la mirada de un derecho de la sexualidad sustentado en los principios de libertad e igualdad, la prostitución llama a combatir situaciones de vulnerabilidad femenina, ya sea cultural o económica. Eso presupone la mejoría de las condiciones sociales, propiciando a todas las personas un conjunto mayor de oportunidades – situación en la que la designación «profesionales del sexo» adquiere su sentido más preciso. Entre las discusiones recurrentes en esa área, surgen la criminalización o no de la prostitución y la legitimidad de exámenes de salud obligatorios. Esos temas, que involucran un debate entre prohibicionistas, reglamentaristas y abolicionistas (CARRARA, 1996), encontró como solución la no criminalización y la no reglamentación, conforme a la Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena – directriz que se suma a la preocupación con la mejoría de las condiciones sociales, principalmente de las mujeres pobres, situación que la criminalización parece agravar.

Otro aspecto digno de mencionarse en la elaboración de un derecho de la sexualidad sobre las bases propuestas es la prostitución masculina. Esa resalta, más de una vez, la necesidad de construir un derecho de la sexualidad a partir de una perspectiva más amplia, que considere las situaciones de hombres y mujeres. El tratamiento de la prostitución en la práctica jurídica brasileña es ilustrativo. En Brasil, la prostitución en sí misma no es un crimen, solamente la explotación de la prostitución lo es (el llamado proxenetismo). Sin embargo, cuando se trata de la prostitución masculina, a diferencia de lo comúnmente ocurre en relación con la femenina, la policía y el sistema de justicia la incluyen de manera jurídicamente incorrecta, en el delito de holgazanería. En la práctica, eso redundaría en una estigmatización aún mayor de trabajadores sexuales masculinos y travestis.

La pornografía es otra área sensible en la elaboración de un derecho de la sexualidad. Esa actividad presenta posibles daños causados a terceros y a las personas involucradas, tales como la «objetivización» femenina o reforzamiento del machismo, con todos los efectos colaterales que estimulan la violencia y la falta de respeto ahí producidos. Sin embargo, su prohibición generalizada sin más criterios precisos con relación a qué tipo de manifestación (literaria, cinematográfica, etc.), debe ser considerada como dañina, pues puede causar restricciones indeseables a la libertad de expresión, principalmente artística.

En efecto, de la correcta y necesaria condena a la violencia y la humillación que producen ciertas manifestaciones pornográficas, no se puede sin embargo deducir que toda la pornografía opera de esa manera. Esa realidad apunta a la necesidad de análisis caso por caso, dado el contexto en que cada manifestación particular de la pornografía se presente, prohibiéndose solamente aquellas capaces de provocar efectivamente tal tipo de daños. Se trata, en ese punto, de insertar el debate sobre la pornografía en un contexto más general sobre el contenido de los límites de la libertad de expresión, que, aunque no es absoluto, admite restricciones en determinados casos, en donde la presencia efectiva de daños relevantes está patente (NUSBAUMM, 1999, p. 249).

Libertad, igualdad y dignidad son los principios estructurantes, derivados de la idea de los derechos humanos y de los derechos constitucionales fundamentales, para la construcción de un derecho democrático de la sexualidad. En este capítulo, con base en esos principios constitucionales, he intentado contribuir a sistematizar algunos de los debates más importantes para la elaboración de esa área del conocimiento y para la práctica jurídica.

Para concluir esa tarea hay mucho por hacer, valorar, criticar y ampliar. A partir de ese esfuerzo, queda al menos una certeza: la

importancia de ese desarrollo, dadas las necesidades, presentes y futuras, que la construcción de la democracia exige ante la diversidad sexual presente en nuestras sociedades y los desafíos que de esa se derivan.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALHOUN, Cheshire. Denaturalizing and desexualizing lesbian and gay identity. *Virginia Law Review*, Symposium on Sexual Orientation and the Law, vol. 79, n.º. 7, p. 1859-1875, octubre 1993.

CARRARA, Sérgio. A luta antivenérea no Brasil e seus modelos. In: PARKER, Richard; BARBOSA, Regina Maria (Org.). *Sexualidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ABIA/IMS/UERJ, 1996.

COLLIER, Richard. *Masculinity, Law and Family*. Londres: Routledge, 1995.

DINIZ, Débora. A vulnerabilidade na bioética. In: COSTA Sérgio Ibiapina F.; DINIZ, Débora (Org.). *Bioética: ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001.

FRASER, Nancy. *Justice Interruptus: Critical Reflections on the 'Postsocialist' Condition*. New York: Routledge, 1997.

_____. *Social Justice in the Knowledge Society: Redistribution, Recognition, and Participation* [en línea]. [Consulta: 12 febre-

ro 2016]. Disponible en: <<http://wissensgesellschaft.org/themen/orientierung/socialjustice.pdf>>.

GRILLO, Trina. Anti-essentialism and intersectionality: tools to dismantle the master's house. *Berkeley Women's Law Journal*, n.º. 16, 1995.

HEILBORN, Maria Luiza; BRANDÃO, Elaine Reis. Ciências Sociais e Sexualidade. In: _____. (Org). *Sexualidade: o olhar das ciências sociais*. org. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

LEVINE, Judith. *Harmful to Minors: the perils of protecting children from sex*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2002.

LOYOLA, Maria Andréa. A sexualidade como objeto de estudo das ciências humanas. In: HEILBORN, Maria Luiza (Org). *Sexualidade: o olhar das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

MILL, John Stuart. *On Liberty, Utilitarianism, and Other Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

NACIONES UNIDAS. *Convención (1979)*. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [en línea]. 1979 [Consulta: 18 de febrero de 2016]. Disponible en: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>>.

NUSSBAUM, Martha. *Sex and Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1999.

PARKER, Richard. *Na contramão da AIDS: sexualidade, intervenção, política*. Rio de Janeiro: ABIA/Editora 34, 2000.

PIMENTEL, Silvia; SCHRZITZMEYER, Ana Lúcia; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou “cortesia” – abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social: repensando o Estado Providência*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

TAYLOR, Wilson. The discursive construction and regulation of dissident sexualities - The case of SM. In: USHER, Jane M. (org.). *Body Talk - the material and discursive regulation of sexuality, madness and reproduction*. New York: Routledge, 1997. p. 106-130.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. Levels of Generality in the definition of rights. *University of Chicago Law Review*, nº. 57, 1990.

VENTURA, Miriam (org.). *Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Advocaci, 2003.

WEEKS, Jeffrey. *Sexuality*. London: Tavistock Publications, 1986.

WINTEMUTE, Robert. *Sexual Orientation and Human Rights: the United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

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

Daniel Borrillo

INTRODUCCIÓN

Inicialmente, 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 dialogo y mestizaje.¹ No se trata de una identidad fija sino de un punto de apoyo flexible que nos permite situarnos sin necesidad de arraigarnos. Como subraya Edgard Morin (2016), 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.² 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.³

EL MUNDO LATINO Y EL DERECHO

Desde la mirada jurídica, los países latinos de Europa y América se caracterizan por el lugar destacado del estudio de la

¹ Ver la conferencia de 2003 de MORIN (2016).

² El edicto de Caracalla, de 212, otorga la nacionalidad a todos los hombres 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.

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 del dominio público y del dominio privado 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 (cf. ATIENZA, 2007).

En el seno de la tradición continental nacen también, aunque más tarde, las teorías críticas del Derecho⁴ 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

⁴ Las teorías críticas del Derecho tienen su origen en el pensamiento marxista y la Escuela de Fráncfort. Se desarrollan posteriormente en Francia con los trabajos principalmente de Michel Mialle, Antoine Jammaud y Jacques Derrida. En dicho artículo, 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 a 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*.

las gobiernan desde una perspectiva crítica⁵, intentaré proponer algunos elementos para el debate de nuestra red 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 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 a ciertas identidades no escogidas que a menudo encierran a las personas en categorías rígidas.

⁵ El presente capítulo es una versión reformulada y completada de un artículo publicado en la revista *Direito, Estado e Sociedade* n° 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 en éste capítulo 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.

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 indisolubles: 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, a abordar 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 el espíritu. No hay que olvidar que la vida monacal fue durante siglos el modelo a imitar. Pero eso 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.

LA INDIFERENCIA MORAL DEL ESTADO

Ese principio (del que hablaremos más extensamente adelante) se funda en la idea de que el Estado debe abstenerse de decirnos lo que es bueno o lo que es malo para nosotros y limitarse estrictamente a sancionar los comportamientos perjudiciales al prójimo. Contrariamente al Estado paternalista, el Estado democrático no se substituye a las elecciones de los individuos. Esos 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 deseemos y en las condiciones que hayamos convenido con nuestra pareja. 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 sadomasoquistas⁶. 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 esos 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 «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

⁶ Ver Laskey, Jaggard y Brown contra el Reino Unido (UNIÓN EUROPEA, 1997).

justamente que el Estado penalice dichas prácticas ya que se trata de una ingerencia abusiva en la vida privada.

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 convertir 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, incluso 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 (GAUDREAU-DESBIENS, 2001).

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 prostitutas y los prosti-tutos 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 incluso aquella consumida por adultos.

Otro asunto relacionado con prácticas sadomasoquistas ha llegado al Tribunal Europeo.⁷ Como los *gays* ingleses, una pareja belga fue condenada 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.

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 a 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. ¿Por qué 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)

⁷ Ver K.A. y A.D. contra Bélgica (UNIÓN EUROPEA, 2005).

sino de sexo. Ese 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 esa 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. Esa representación, a menudo de alto contenido estético, subvierte los valores dominantes a través de la parodia del poder masculino. Va incluso 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 Michel 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 mirarse 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 extrañas, con partes extrañas de nuestro cuerpo, en situaciones peculiares (FOUCAULT, 1999, p. 419-420).

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 (HALPERIN, 2000).

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 ese 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 esa 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.

LA ORIENTACIÓN SEXUAL: ENTRE LA RAZA Y LA CLÍNICA

El término orientación sexual (*sexual orientation*) fue utilizado por primera vez en Estados Unidos, en 1973 (ley antidiscriminatoria del distrito de Columbia). 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 tienda a presentarse como universal, corresponde a un espacio específico 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 Michel 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 Victoria, 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.

Si una perspectiva crítica es el supuesto para pensar nuevas subjetividades, una teoría crítica de las sexualidades propone diseñar los contornos del sujeto de Derecho y de sus relaciones familiares y sociales emancipado de la carga multiseccular del género. Reapropiarse de la tradición universalista y formalista del Derecho continental conlleva en sí, paradójicamente, un gesto crítico ya que al reivindicar la tradición para hacer entrar a los «herejes» estamos denunciando la confiscación del universalismo por parte de una minoría (heterosexual, masculina, blanca, burguesa, europea...) englobando en él todos los otros partícipes del mundo común, como lo proponía Hannah Arendt (2005).

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 definitivo 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 anglo-sajona que tiende a hacer del género y la sexualidad una categoría política a efectos tutelares⁸, 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 a nuestros órganos genitales y menos aún nuestros deseos y fantasmas sexuales, lo que hacemos con ellos y como nos definimos sexualmente. Se trata de situaciones jurídicamente irrelevantes que no pueden ni deben condicionar la ciudadanía.

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.

⁸ Como la noción de categoría sospechosa de la corte suprema de Estados Unidos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABENSOUR, Leon. *Le féminisme sous le règne de Louis-Philippe et en 1848*. París: Plon, 1913.

_____. *La femme et le féminisme avant la Révolution*. París: E. Leroux, 1923.

ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Barcelona: Paidós, 2005.

ATIENZA, Manuel. Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30, p. 661-663, 2007.

BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

BORRILLO, Daniel. *Le droit des sexualités*. París: Presses Universitaires de France, 2009.

BOUVIER, Jeanne. *La lingerie et les lingéres*. París: Gaston Doin et Cie Éditeurs, 1928.

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

FOUCAULT, Michel. Michel Foucault, una entrevista: sexo, poder y política de la identidad. In: _____. *Estética, ética y hermenéutica*. Barcelona: Paidós, 1999.

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

HALPERIN, David. *Saint Foucault*. París: Epel, 2000.

JOHNSON, Myra T. Asexual and Autoerotic Women: Two Invisible Groups. In: GOCHROS, Harvey L. GOCHROS, Jean S. (Org.) *The Sexually Oppressed*. Associated Press, 1977.

MORIN, Edgard. *La latinité* [2003, en línea]. [Consulta: 02 febrero 2016]. Disponible en: <<http://archive.mcxapc.org/docs/conseils-cient/latinite.pdf>>.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de cultura económica, 1979.

RUBIN, Gayle. *Surveiller et jouir: anthropologie politique du sexe*. París: Epel, 2010.

UNIÓN EUROPEA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sentencia*. Procedimientos no 21627/93; 21628/93; 21974/93. Laskey, Jaggard y Brown contra el Reino Unido [en línea]. Presidente: R. Bernhardt. Estrasburgo, Francia, 17 de febrero de 1997. [Consulta: 02 febrero 2016]. Disponible en: <<http://worldlii.org/eu/cases/ECHR/1997/4.html>>.

_____. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sentencia*. Procedimientos no 42758/98 y 45558/99. K.A. y A.D c. Bélgica [en línea]. Presidente: Sr. C.L. Rozakis. Estrasburgo, Francia, 17 de febrero de 2005. [Consulta: 02 febrero 2016]. Disponible en: <http://www.rtdh.eu/pdf/20050217_ka-ad_c_belgique.pdf>.

4 DERECHOS SEXUALES: ORIENTACIÓN SEXUAL Y IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO BRASILEÑO

Roger Raupp Rios

Este capítulo tiene como objetivo proporcionar un panorama de los derechos sexuales en el derecho brasileño a partir de la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. En ese esfuerzo, toma como referencia el trato jurídico y el debate contemporáneo brasileños frente a las demandas jurídicas articuladas por el denominado movimiento LGBTTT.

Siendo así, tras una breve nota histórica acerca del trato dado a la homosexualidad en el derecho brasileño, busca identificar las principales tendencias y tensiones que caracterizan el desarrollo de los derechos sexuales en ese país,¹ con ojos atentos sobre las cues-

¹ Para un contexto más amplio de reflexión sobre el objeto de derechos de esta obra, teniendo en cuenta el escenario latinoamericano, ver el artículo «Sexual Rights of Gays, Lesbians, and Transgender Persons in Latin America: a Judge's View» (RIOS, 2010).

tiones de orientación sexual e identidad de género. A continuación, destaca el contenido de la decisión del Supremo Tribunal Federal acerca de las uniones de personas del mismo sexo, cuya importancia e influencia en el escenario jurídico brasileño actual son incuestionables. Al final, indica los temas más urgentes y disputados en esa arena, destacando la criminalización de la homofobia y las amenazas a la laicidad estatal.

NOTA HISTÓRICA ACERCA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DADO A LA HOMOSEXUALIDAD EN BRASIL: DE LA REPRESIÓN COLONIAL A LA DESCRIMINALIZACIÓN IMPLÍCITA EN 1988

El derecho brasileño tiene sus raíces históricas en el derecho colonial portugués. Con la llegada de los portugueses a tierras coloniales, en 1500, pasó a vigorar el derecho lusitano, acompañado de las regulaciones eclesiásticas católicas, según el área del derecho y la cuestión de que se tratara. Comportamientos disociados de la moral vigente, que calificaba como pecado y como ilícito jurídico todo lo que difiriese del coito vaginal entre personas de sexos opuestos, eran sometidos a fuerte represión, considerándolos, además, causadores de desgracias naturales, tales como terremotos, inundaciones y diluvios. Sean actos sexuales practicados entre nativos, sean practicados por colonizadores portugueses, entre hombres o entre mujeres, se unían, en la averiguación de los delitos y en la ejecución de las penas, el tribunal del Santo Oficio, la justicia eclesiástica y la justicia secular (TREVISAN, 2000, p. 67). Todo en un sistema punitivo animado por la práctica premiada de la delación y por la punición de aquellos que, con conocimiento probado, no denunciaban a las autoridades la práctica de la sodomía.

Además de los azotes y del destierro, la pena indicada a los practicantes del «vicio nefando» podía ser la muerte, entregando el cuerpo a la hoguera, reduciéndolo a polvo, «para que de él ni de su sepultura pudiera ser oída memoria» en palabras de las *Ordenaciones Afonsinas*, de 1446 (ORDENAÇÕES AFONSINAS, 1984, p. 54). Los términos de las *Ordenanzas Filipinas*, de 1603, eran aún más graves, por imponer penas que iban más allá del condenado e, incluso, por mencionar de modo explícito a las mujeres como posibles agentes del «vicio italiano».

La criminalización de la sodomía perduró en el derecho brasileño hasta el Código Penal del Imperio, de 1830. Promulgado en el ambiente ideológico del iluminismo liberal, e influenciado por el Código Criminal Napoleónico de 1810 y por el Código Napolitano de 1819, el primer Código Penal del Brasil independiente acabó influenciando la legislación española y latinoamericana.

Pese a la descriminalización registrada en el Código Criminal del Imperio, las prácticas homosexuales vuelven a ser criminalizadas, en el ámbito militar, en 1891 (artículo 148 del Decreto nº 18, de 07 de marzo de 1891, del Código Penal de la Armada), aplicándose a ellas la pena de «prisión con trabajo de uno a cuatro años» a quien estuviese a servicio de la Marina de Guerra y atentase «contra la honestidad de persona de uno u otro sexo mediante violencia o amenazas, con el fin de saciar pasiones lascivas, o por depravación moral, o por inversión de instinto sexual».

Esa norma vigoró hasta el advenimiento del Código Penal Militar de 1944 (Decreto Ley nº 6.227, de 24 de enero de 1944), que conminaba la pena de «detención, de seis meses a un año», a quien practicase la conducta prevista en el artículo 197, en el capítulo de los crímenes sexuales, que preveía: «practicar, o permitir el militar que con él se practique, acto libidinoso en lugar bajo la administración militar». Se trataba de norma penal que, sin destinatario con

orientación sexual específica, estaba destinada nítidamente contra homosexuales.

Eso estuvo en vigor hasta el año 1969, cuando advino el Código Penal militar, actualmente en vigor. En ese documento legislativo, surge la tipificación del acto libidinoso, con destaque explícito dado al acto homosexual y, más aún, con la inserción del *nomen juris* de «pederastia». De ese modo, al menos hasta la promulgación de la Constitución Federal de 1988, cuyos términos pueden ser interpretados como la revocación implícita de la norma penal incriminatoria de actos homosexuales,² subsistieron normas jurídicas criminales de represión a la homosexualidad.

DERECHOS FUNDAMENTALES, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO A PARTIR DE 1988: TENDENCIAS Y TENSIONES DESDE LAS PRIMERAS DEMANDAS HASTA LA DECISIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2011)

La Constitución brasileña de 1988 representa no sólo un rompimiento con el marcado autoritarismo de la dictadura militar iniciada en 1964. Desde la mirada jurídica, es un marco en la afirmación de la prominencia de los derechos humanos y de los derechos fundamentales en el orden jurídico nacional. La lista de derechos fundamentales inscritos en el Título II del documento constitucional, junto a la estatura privilegiada de los derechos humanos vehiculados en el orden internacional e incorporados en el derecho brasileño, posibilitaron la traducción normativa de reivindicaciones democráticas por parte de individuos y grupos en el escenario nacional. Las de-

² A propósito, al juzgar la ADPF n. 291, el Supremo Tribunal Federal brasileño declaró la incompatibilidad en el tipo legal de las referencias a la homosexualidad y a la pederastia.

mandas por reconocimiento de derechos humanos y fundamentales relacionadas a la orientación sexual y a la identidad de género se inscriben en ese contexto. Inicialmente poco articulados, es a partir de mediados de los años 90 del siglo pasado que llegan a los tribunales brasileños los primeros pleitos judiciales desafiando la discriminación sexual en esos dos dominios. En una retrospectiva histórica, es posible afirmar que, a partir de entonces, y hasta la decisión del Supremo Tribunal Federal, tomada en el 2011, el derecho brasileño experimentó una fase de afirmación y de consolidación del reconocimiento de derechos sexuales, en especial enfocados contra la discriminación por motivo de orientación sexual. A su vez, las demandas relacionadas a la identidad de género (relativas, en especial, a la alteración de nombre y de sexo en el registro civil), pasan a presentarse de modo más significativo y a suscitar un debate más intenso sólo a partir de la segunda década de ese siglo (OLIVEIRA, 2012).

En el plano constitucional, el derecho brasileño registra, además de la existencia de proyecto de enmienda constitucional archivado que objetivaba la inclusión de la orientación sexual como explícito criterio prohibitivo de discriminación³, previsiones constitucionales estatales específicas en algunos Estados de la Federación (Mato Grosso⁴, Sergipe⁵, Piauí⁶ y en el Distrito Federal⁷).

En el plano legislativo interno, hay dos referencias en la legislación federal: la Ley n. 9.612, de 1998 (que versa sobre la prohibición de discriminación por motivo de «preferencias sexuales» en la

³ Ver la Propuesta de Enmienda Constitucional n° 67, de 30 de junio de 1999 (BRASIL, 1999).

⁴ Ver la Constitución del Estado de Mato Grosso (MATO GROSSO, 2011).

⁵ Ver la Constitución del Estado de Sergipe (SERGIPE, 2012).

⁶ Ver la Constitución del Estado de Piauí (PIAUI, 2011).

⁷ Ver la Ley Orgánica del Distrito Federal brasileño (DISTRITO FEDERAL, 2011).

programación de la radiodifusión comunitaria),⁸ y la Ley n. 11.340, de 2006⁹ (que combate la violencia doméstica y familiar contra la mujer, sin distinción de orientación sexual). En los ámbitos estadual y municipal, más de una centena de localidades brasileñas y algunos Estados federados sancionaron leyes, de cuño administrativo, prohibiendo discriminación por motivo de orientación sexual (CEZÁRIO; KOTLINSKI; NAVARRO, 2007).

En ese conjunto de normas, merece destaque el Programa Brasil sin Homofobia (Programa de Combate a la Violencia y a la Discriminación contra LGBT – lesbianas, *gays*, transgéneros y bisexuales – y de Promoción de la Ciudadanía de Homosexuales), lanzado en 2004 por la Secretaría Especial de Derechos Humanos (CONSELHO, 2004). Se trata, en sus palabras, de programa constituido de diferentes acciones, objetivando (a) apoyo a proyectos de fortalecimiento de instituciones públicas y no gubernamentales que actúan en la promoción de la ciudadanía homosexual y/o en el combate a la homofobia; (b) capacitación de profesionales y representantes del movimiento homosexual que actúan en la defensa de los derechos humanos; (c) diseminación de informaciones sobre derechos, de promoción de la autoestima homosexual; y (d) incentivo a la denuncia de violaciones de los derechos humanos del segmento LGBT. Antes del Programa, las dos versiones del Plan Nacional de Derechos Humanos (de 1996 y 2002) mencionaban el combate a la discriminación por orientación sexual, aunque sin desarrollar mayormente ese ítem.

La inserción de la prohibición de discriminación por orientación sexual se inició en virtud de demandas judiciales, a partir de mediados de los años 1990, dirigidas hacia las políticas de seguridad

⁸ Ver BRASIL, 1998.

⁹ Ver BRASIL, 2006.

social (LEIVAS, 2003, p. 111). Vinieron luego las decisiones judiciales, iniciativas legislativas, municipales y estatales concentradas en los primeros años del tercer milenio, diseminadas por diversos Estados de la Federación.

Un examen del contenido de esas iniciativas y de la dinámica mediante la que son producidas en el contexto nacional llama la atención hacia dos tendencias: la búsqueda por derechos sociales como reivindicación primera en que la diversidad sexual se presenta y la utilización del derecho de familia como argumento jurídico recurrente. Esas tendencias caracterizan una dinámica peculiar del caso brasileño frente a la experiencia de otros países, en los que, en general, la lucha por derechos sexuales se inicia por la protección de la privacidad y de la libertad negativa y tiene como etapa final la caracterización jurídico-familiar de las uniones de personas del mismo sexo.

Además de esas tendencias, la inserción de la diversidad sexual, así como se manifiesta en la legislación existente, revela la tensión entre las perspectivas universalista y particularista en lo que se refiere a los derechos sexuales y a la diversidad sexual, por un lado, y a la lucha por derechos específicos de minorías sexuales, por otro.

La primera tendencia a ser examinada es la utilización de demandas reivindicando derechos sociales como lugar donde se defendió la diversidad sexual. Como se ha referido, mientras en países occidentales de tradición democrática la lucha por derechos sexuales ocurrió, inicialmente, a través del combate a restricciones legales a la libertad individual, en el caso brasileño lo que se percibe es la confirmación de la prohibición de la discriminación por orientación sexual como requisito para el acceso a beneficios de la seguridad social. Eso es lo que revela, por ejemplo, la superación en el derecho europeo de la criminalización del sexo consensual privado entre homosexuales adultos – la denominada sodomía – que tiene como fundamento el

derecho a la privacidad, al paso que, en el caso brasileño, desde el inicio el combate a la discriminación fue vehiculado en virtud de la exclusión discriminatoria contra homosexuales del régimen general de la seguridad social, cuando se trata de pensión y auxilio reclusión para compañero del mismo sexo.

Una hipótesis para la comprensión de ese fenómeno viene de la génesis histórica de las políticas públicas en Brasil. Gestadas en sus formulaciones pioneras en contextos autoritarios, en los que los individuos eran concebidos mucho más como objetos de regulación estatal que como sujetos de derechos, esas dinámicas nutren concepciones frágiles sobre la dignidad y la libertad individuales. Alimentadas por la disputa política entre oligarquías y por el referente del positivismo social, las políticas públicas en Brasil se caracterizaron por la centralidad de la figura del trabajador como ciudadano tutelado, caracterizando un ambiente de progreso económico y social autoritario, sin espacio para los principios de la dignidad, de la autonomía y de la libertad individuales (BOSI, 1992). De ahí viene la persistencia de una tradición que privilegia el acceso a prestaciones estatales positivas en detrimento de la valorización del individuo y de su esfera de libertad y del respeto a su dignidad, dinámica que se manifiesta en la historia de las demandas por derechos sexuales mediados por los derechos sociales en Brasil.

La segunda tendencia es la recurrencia de los argumentos del derecho de familia como fundamento para el reconocimiento de derechos de homosexuales. De hecho, no es difícil percibir que, en muchos casos, la inserción de contenidos antidiscriminatorios relativos a la orientación sexual se valió de argumentos de derecho de familia, lo que se manifiesta de modo cristalino por la extensión del debate jurídico – en los tribunales y entre aquellos que se dedican a estudiar derechos sexuales – sobre la calificación de las uniones de personas del mismo sexo. Junto a la polémica sobre la figura jurídica

adecuada para esas uniones, es común asociar de modo necesario el reconocimiento de la dignidad y de los derechos de los implicados a la asimilación de su conducta y de su personalidad al paradigma familiar tradicional heterosexual.

Las razones de esa recurrencia al derecho de familia pueden ser buscadas en la ya registrada fragilidad de los principios de autonomía individual, de dignidad humana y de privacidad que caracterizan la cultura brasileña. En efecto, fuera de la comunidad familiar, donde el sujeto es comprendido más como miembro que como individuo, más como parte, medio y función que como fin en sí mismo, no habría espacio para el ejercicio de una sexualidad indigna y de categoría inferior.

Una rápida búsqueda sobre las respuestas legislativas estatales y municipales revela la predominancia de dos perspectivas en cuanto a la diversidad sexual y a los derechos a ella relacionados. Por un lado, los diplomas legales de carácter más particularista, en los que una categoría de ciudadanos es identificada como destinataria específica de la protección, como es el caso, por ejemplo, de la legislación paulista sobre lucha contra la discriminación por orientación sexual, Ley n.º 10.948 de 2001 (SÃO PAULO, 2001). Por otro lado, se tienen diplomas más universalistas, destacándose la ley gaúcha, Ley n.º 11.872 de 2002, que “dispone sobre la promoción y reconocimiento de la libertad de orientación, práctica, manifestación, identidad, preferencia sexual y da otras “providencias” (RÍO GRANDE DEL SUR, 2002, traducción nuestra).

De hecho, mientras los primeros se refieren a «cualquier ciudadano homosexual (masculino o femenino), bisexual o transgénero», de acuerdo con el art. 1 de la Ley del municipio de Juiz de Fora – Minas Gerais (2000), en el Estado de Rio Grande do Sul se

reconoce el derecho a la igual dignidad de la persona humana de todos sus ciudadanos, debiendo, para tanto, promover su integración y reprimir los actos atentatorios a esa dignidad, especialmente toda forma de discriminación fundada en la orientación, prácticas, manifestación, identidad, preferencias sexuales, ejercidas dentro de los límites de la libertad de cada uno y sin prejuicio a terceros (RIO GRANDE DO SUL, 2002, art. 1º, traducción nuestra).

No se cuestiona, en ningún momento, la intención antidiscriminatoria presente en esos dos modelos de respuestas. Sin embargo, es necesario estar atento a las ventajas, desventajas y riesgos propios de cada uno.

En efecto, la adopción de estrategias más particularistas expone a riesgos importantes: cosificar identidades, ir hacia un refuerzo del gueto e incrementar reacciones represivas (basta revisar el contra-discurso conservador de los «derechos especiales» y el resurgimiento de legislación medicalizadora «curativa» de homosexuales). Eso sin hablar de los peligros de limitar la libertad individual a la potencialmente fluida esfera de la sexualidad (preocupación que ha manifestado la Teoría *Queer*) y de exigir, cuando son accionados los mecanismos de participación política y de protección estatal, definiciones identitarias más rígidas acerca de quién es considerado sujeto de la protección jurídica específica. En ese contexto, parece preferible la adopción de estrategias más universalistas. Esas parecen capaces de superar las dificultades de una concepción meramente formal de igualdad, desde que observadas las diferencias reales y a las especificidades que se construyen a cada momento, sin cerrarse en ellas. Se trata de reconocer la diferencia sin canonizarla, trabajar con las identidades autoatribuidas sin hacerlas fijas y de rechazar la reificación del otro.

LA DECISIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEÑO SOBRE LA UNIÓN DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Sin duda, la decisión del Supremo Tribunal Federal, por unanimidad, en el sentido de que la unión continua, pública y duradera entre personas del mismo sexo constituye entidad familiar, reconociéndola como unión de hecho, dando interpretación, conforme a la Constitución, al Código Civil, art. 1273 (Alegato de Incumplimiento de Precepto Fundamental nº 132 y Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 4.277, decisión conjunta¹⁰) repercute de forma muy intensa en el desarrollo de los derechos sexuales en Brasil.

Este apartado se vuelca sobre la repercusión jurídica de esa decisión. Aun así, en relación a los demás, vale registrar, aunque sólo brevemente, que la manifestación del tribunal impacta el psiquismo de muchos individuos y familias, auxiliándolos a percibirse de modo más tranquilo y menos atormentado, dada la fuerza simbólica que carga, visto que tantos íntimamente conviven de modo atribulado con la sexualidad propia y de sus íntimos.

La repercusión política de la decisión judicial tampoco se pone en duda. Poco después de que la decisión fuese tomada, vinieron a público, en los medios de comunicación, en marchas públicas, en los púlpitos e, incluso, en el Parlamento, militantes y activistas religiosos clamando contra el «activismo» judicial del STF, la «usurpación» de la competencia del Parlamento e, incluso, por el «derecho» que tendrían los religiosos de ejercer influencia, como portavoces de una creencia estadísticamente mayoritaria, en los asuntos del Estado.

Registradas esas repercusiones, este análisis se concentra en el ámbito propiamente jurídico, dividiéndose en dos tiempos.

¹⁰ Ver BRASIL, 2011.

Inicialmente, serán expuestas algunas de las más importantes y directas repercusiones jurídicas de la histórica decisión del STF, así como su significado inmediato para el debate, incluso enfrentando la objeción de «usurpación» y «activismo» de que es acusado el Supremo Tribunal Federal. A continuación, se destacarán algunos argumentos que fueron levantados en los votos ya divulgados, considerando su impacto para el fortalecimiento o no de los derechos humanos y de los derechos sexuales, como concebidos en las etapas antes expuestas.

REPERCUSIONES JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES DE LA DECISIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mucho se puede preguntar acerca del significado y de la repercusión inmediatos de la decisión tomada por el Supremo Tribunal Federal. Destacaré algunas cuestiones: ¿Cuál es el significado de esa decisión? ¿Cuál es la repercusión para otras áreas del derecho? ¿El STF legisló atropellando al Congreso Nacional? ¿Cuáles son las consecuencias prácticas de la decisión?

El significado es inestimable para la consolidación de la democracia y de los derechos fundamentales. Fueron confirmados derechos básicos, a todos reconocidos, como la libertad sexual, la prohibición de discriminación sexual, la privacidad, la intimidad, el respeto a la dignidad de la persona humana, la diversidad y el pluralismo.

La afirmación en cuanto a la existencia y a las consecuencias de esos derechos, especialmente en la esfera de la sexualidad, donde minorías sexuales son discriminadas, deja claro el deber de respeto y de la dignidad constitucional de que son merecedores los homosexuales, aunque eventuales mayorías, por sondeos de opinión o por re-

presentantes electos, intenten imponer sus prejuicios. En ese sentido, nunca será excesivo destacar que el Supremo Tribunal Federal reconoció, categórica y explícitamente, en la lista de discriminaciones constitucionalmente censuradas, la discriminación homofóbica. Ese paso es de suma importancia para el desarrollo y la consolidación del derecho antidiscriminatorio brasileño, pues se trata de enfrentar una especie de prejuicio que, aún en los días de hoy, no sólo actúa concreta e injustamente en la vida de individuos y de grupos, sino que insiste en justificarse.

La repercusión se da en varios campos. A partir del incontestable deber de respeto a las minorías sexuales y de la relevancia de los derechos sexuales, son superadas posturas que intentan justificar discriminaciones en el trabajo, en la educación, en la salud y en las más diversas relaciones sociales. Queda clara la urgencia y la necesidad de medidas antidiscriminatorias, como la criminalización de la homofobia. Se gana certeza sobre muchos temas, como, por ejemplo, la posibilidad de postular a la adopción conjunta por parte de personas del mismo sexo que viven en unión de hecho. Se abren caminos para llevar la igualdad más en serio, incluso en el derecho de familia, con el reconocimiento del derecho al matrimonio, como hizo la Corte Constitucional de África del Sur.

El STF no legisló. El STF aplicó la propia Constitución, que ya protege a todos de discriminación sexual, especialmente a aquellos que son objeto de prejuicio. Otros derechos también fueron aplicados, especialmente la libertad sexual y el respeto a la dignidad humana. De ahí la conclusión de que excluir las uniones homosexuales es restricción indebida, contraria a la Constitución, dejando claro que el párrafo 3º del art. 226 de la CF/88 no determina que la unión de hecho es exclusiva para heterosexuales.

En esa línea, destáquese que el Supremo Tribunal Federal trató con seriedad los bienes jurídicos constitucionalmente resguar-

dados en la Constitución, que son los valores del pluralismo y de la diversidad, ahora concretizados en la esfera de la sexualidad, con repercusión directa en el derecho de familia, cuyos contenidos centrales fueron dispuestos en el texto constitucional.

Las consecuencias son prácticas y efectivas. Todos los jueces brasileños están vinculados a la decisión y ya no pueden rechazar la unión de hecho por tratarse de personas del mismo sexo. Varios derechos se derivan de ello, tales como: inclusión en planes de salud, seguridad social, asociación como dependiente en clubes y sociedades, deber de alimentos en caso de necesidad, división de bienes adquiridos durante la vigencia de la unión, derecho a la herencia, usufructo de los bienes del fallecido y acompañamiento de la pareja en instituciones hospitalarias.

Sabedores de esa postura judicial, los particulares ya no podrán justificar tratamiento prejudicial al prestar servicios al público, mucho menos sustentar la persistencia de arraigados prejuicios.

LA ARGUMENTACIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PERSPECTIVAS Y TENSIONES FRENTE A LOS DERECHOS SEXUALES

Los argumentos traídos a la discusión por los Ministros que participaron en el juicio, aunque unánime en cuanto a la calificación jurídica de las uniones homosexuales como uniones de hecho, revelan múltiples facetas, cuyo contenido hace reflexionar sobre el desarrollo de los derechos sexuales, tanto en relación a su consolidación, como en lo que se refiere a las tensiones y desafíos que esos enfrentan.

En ese momento, se presentan algunas de esas perspectivas y tensiones, objetivando, sin cualquier intención de disminuir la importancia histórica y jurídica de la decisión, profundizar la reflexión.

Se trata de un esfuerzo necesario, no sólo a favor de la consolidación dogmática del ‘derecho de la sexualidad’, sino también frente a las reacciones políticas y pasionales provocadas por el juicio (por ejemplo, la agresividad contra el STF presente en la ‘Marcha por Jesús’, realizada en el año 2011, en la capital de São Paulo).

Se inicia este análisis por las perspectivas traídas por la argumentación contenida en el juicio, teniendo en cuenta la afirmación de los derechos sexuales entre nosotros. Punto central, que merece intenso destaque, es la relación entre los derechos fundamentales y la sexualidad. Se ha registrado, de modo muy claro y directo, la pertinencia de la sexualidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Ese razonamiento puede ser destacado al menos por dos vías: el énfasis en la relación entre el derecho de libertad y la libertad sexual y el deber de protección constitucional, derivado de los derechos fundamentales, ante la discriminación por orientación sexual.

En efecto, el voto del relator es preciso y enfático en cuanto a la relación entre el derecho general de libertad y el derecho fundamental de libertad sexual. Más que eso: señala cómo diversos despliegues de la libertad constitucional promueven la protección del ejercicio igual de ese derecho por todos, sin depender de orientación sexual. En ese sentido, se puede entender la concretización, colocada en el voto del relator, de la libertad sexual en otras esferas, tales como derecho a la intimidad sexual y derecho a la privacidad sexual.

Otro ítem notable fue la comprensión de la prohibición de discriminación por motivo de sexo. Según el tribunal, tal norma de derecho fundamental abarca la prohibición de discriminación debido a la «preferencia sexual» (regístrese que, en otros momentos, se hizo alusión a las expresiones «opción sexual» y «orientación sexual»). Fue explicitada la existencia de un derecho constitucional a la isonomía también entre heterosexuales y homosexuales. Aunque la comprensión de la protección antidiscriminatoria por motivo de sexo no haya

alcanzado, en ese juicio, las hipótesis de identidad de género (transsexualidad y travestilidad), no hay duda que el tribunal formuló, de modo claro y manifiesto, que el concepto constitucional de «sexo» abarcaba las hipótesis de discriminación por orientación sexual.

A la par de ese abordaje, el juicio también destaca el deber estatal, que se deriva del contenido de los derechos fundamentales, de proveer el ejercicio de esos derechos con medidas de protección. Se mencionó que la inexistencia de cualquier instituto jurídico, en esa hipótesis, produce una situación en que no hay protección mínimamente adecuada frente a la discriminación. Se trata, en ese contexto, de una verdadera obligación constitucional de no discriminación y de respeto a la dignidad humana, a las diferencias y a la libertad de orientación. La ausencia de la protección estatal, materializada en el reconocimiento jurídico familiar de las uniones homosexuales configura, por lo tanto, violación de derecho fundamental a la protección.

Otro aspecto digno de nota es la afirmación de la laicidad como principio que debe regir la conducta estatal frente a la discriminación por orientación sexual. Esa impide que concepciones morales religiosas particulares detengan al Estado en su deber de protección a los derechos fundamentales, como ocurre en el derecho a la libertad de orientación sexual.

La relación con el respeto a la dignidad humana también fue registrada. Teniendo como fundamento ese dispositivo constitucional, se destacó el respeto debido a los diversos proyectos de vida por parte del Estado en relación a los individuos, lo que sería perjudicado cuando se trata del no reconocimiento de la forma jurídica familiar en virtud de prejuicio por orientación sexual.

La invocación de la categoría de los derechos de reconocimiento constituye otro aspecto de relevancia en lo juzgado. En efecto, inscribir el respeto a la autonomía individual, al libre desarrollo de la personalidad y a la diversidad de proyectos de vida como una

cuestión de justicia simbólica, presta concreción a la idea de deber de respeto a la dignidad humana.

Por fin, subrayo la afirmación clara sobre el derecho a la igual protección por parte del derecho, de que son titulares los homosexuales, no pudiendo el Estado adoptar medidas que provoquen la exclusión de ese grupo. De forma explícita, el tribunal registró la censura constitucional a la discriminación contra homosexuales, incluyendo, de ese modo, de forma manifiesta, a la homofobia como una de las manifestaciones discriminatorias constitucionalmente vedadas.

Junto a esas perspectivas para el desarrollo de los derechos sexuales, hay que registrar también puntos de tensión para el desarrollo de los derechos sexuales. Sin profundizar en el análisis minucioso de tales aspectos frente a varios argumentos traídos a la superficie durante el juicio, me concentro en las consecuencias y riesgos derivados del marco jurídico en que la controversia fue presentada al tribunal, es decir, el derecho de familia.

La circunstancia de que se trata de un caso de derecho constitucional de familia, por sí sola, hace necesario poner énfasis en ciertos contenidos propios del derecho de familia, cuya presencia desafía de modo particular la consolidación de los derechos sexuales. Eso porque la amplitud de los derechos sexuales va mucho más allá de las cuestiones abordadas por el derecho de familia.

En efecto, derechos sexuales dicen respecto a la concreción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales en la esfera de la sexualidad, cuyo ámbito no se confunde ni se limita a aquel peculiar a la realidad de las agrupaciones familiares. Si es verdad que algunos derechos sexuales pueden fundamentar la pertinencia de las uniones homosexuales en el concepto jurídico familiar de unión de hecho (como hizo el STF a partir de la libertad sexual), también lo es que esa relación no siempre será adecuada y correc-

tamente comprendida cuando lo que está en juego es el contenido jurídico del derecho sexual invocado.

Tómese la libertad sexual como demostración emblemática de esa tensión y de los riesgos que encierra para la afirmación de los derechos sexuales. El contenido jurídico de la libertad sexual va mucho más allá de la posibilidad de mantener una vida familiar con persona del mismo sexo y recibir protección adecuada, por parte del Estado, para vivenciar esa especie de relación conyugal. El derecho de libertad sexual incluye esferas de la intimidad (nótese que el Ministro relator fue explícito en ese punto, incluyendo el 'solitario disfrute', ilustrado por el onanismo), que no dependen de la conyugalidad familiar; incluye la búsqueda del placer sin cualquier proyecto de conyugalidad afectiva; incluye la prestación de servicios sexuales a título oneroso; incluye la práctica sexual simultánea con más de una pareja; incluye también prácticas sexuales consideradas no convencionales, como el sadomasoquismo, por ejemplo.

En virtud de ese marco limitador de derecho de familia a partir del cual, por razones de técnica procesal, se desarrolló el juicio, se corre el riesgo de, en una lectura menos cuidadosa o más conservadora, condicionar la comprensión del contenido jurídico de los derechos sexuales a la convivencia familiar. El riesgo de ese sesgo conservador, lejos de ser mera especulación teórica, puede cristalizarse en una tendencia que designo como asimilacionismo familista. Esa tendencia se caracteriza por la conjugación de dos ideologías: el asimilacionismo, donde miembros de grupos subordinados o considerados inferiores adoptan patrones oriundos de grupos dominantes, en su propio detrimento; y el familismo, aquí entendido como tendencia a subordinar el reconocimiento de derechos sexuales a la adaptación a patrones familiares y conyugales institucionalizados por la heterosexualidad forzosa.

En el campo de la diversidad sexual, el asimilacionismo se manifiesta a través de la legitimación de la homosexualidad mediante la reproducción, además del requisito de la oposición de sexos, de modelos aprobados por la heteronormatividad. Vale decir, la homosexualidad se acepta desde que nada agregue o desde que no cuestione los patrones heterosexuales hegemónicos, desde que anule cualquier pretensión de originalidad, transformación o subversión del estándar heteronormativo. En esa dinámica, a esos arquetipos son asociados atributos positivos, cuya reproducción se espera por parte de homosexuales, condición *sine qua non* para su aceptación.

En el asimilacionismo familista, la dimensión más aceptable, y cuya adaptación puede ocurrir más fácilmente, se da en las relaciones familiares, dada la predominancia, en la dogmática contemporánea, del derecho de familia, de las realidades existenciales en detrimento del formalismo en los vínculos jurídicos, directriz antes predominante. En ese contexto, la identificación del «afecto» como factor distintivo de las relaciones e identificador de los vínculos familiares, cumple función anestésica y acomodadora de la diversidad sexual a las normas de la heterosexualidad forzosa, en la medida en que propone la «aceptación» de la homosexualidad sin cualquier cuestionamiento más intenso de los patrones sexuales hegemónicos. Eso porque la «afectividad» termina funcionando como justificación para la aceptación de disonancias a la norma heterosexual, sirviendo como mecanismo de anulación, por compensación, de prácticas y preferencias sexuales heterodoxas, cuya falta de valor se equilibra por la «pureza de los sentimientos». De esa forma, se opera una asimilación al mismo patrón que se buscaba enfrentar, produciendo, a partir de ahí, una nueva serie de exclusiones.¹¹

No obstante la afirmación en los diversos votos que instruyeron el juicio, por veces rigurosa y continua, de la pertinencia de la libertad sexual y del respeto a la orientación sexual en el ámbito de los

¹¹ Ver Rios, 2013.

derechos fundamentales, es imposible no percibir los riesgos inherentes a la exaltación del afecto y a la sublimación de la sexualidad.

En ese sentido, sin dejar de reconocer las intenciones anti-discriminatorias presentes en el origen del término, no es por casualidad que se diseminó el uso del término «homoafectividad». Se trata de expresión familista que muy difícilmente se puede apartar de contenidos conservadores y discriminatorios, por nutrirse de la lógica asimilacionista, sin la cual la «purificación» de la sexualidad reprobada por la heterosexualidad forzosa queda gravemente comprometida, todo con serios daños a los derechos sexuales y a la valoración más consistente de la diversidad sexual. Regístrese, por fin, que, en su manifestación más directa, ese discurso se aproxima del conservadurismo, en la medida en que la orientación sexual necesita ser «higienizada» de contenidos negativos (promiscuidad y falta de seriedad) que, a *contrariu sensu* de la hegemonía heterosexual, se asocian a la homosexualidad.

Los riesgos inherentes a la perspectiva pobre de los derechos sexuales tienen relación directa con el contexto jurídico en que fue proferido el juicio. Esos se manifiestan por el modo en que los operadores jurídicos, los académicos y la sociedad en general recibirán las conclusiones de lo juzgado, más que por los términos en que se expresan los diversos votos, aunque, en algunos de ellos, esa tensión se presente.

La breve y reciente historia de los derechos sexuales en Brasil revela la recurrencia al derecho de familia como fundamento para el reconocimiento de derechos de homosexuales, fenómeno que designo como «familismo jurídico». No es difícil percibir que, en muchos casos, el éxito de demandas relativas a la orientación sexual se valió de argumentos del derecho de familia, lo que se manifiesta de modo cristalino por la extensión del debate jurídico – en los tribunales y entre aquellos que se dedican a estudiar derechos sexuales – acerca

de la calificación de las conyugalidades homoeróticas. Al discutir sobre la figura jurídica adecuada para esas uniones, es común asociar de modo necesario el reconocimiento de la dignidad y de los derechos de los implicados a la asimilación de su conducta y de su personalidad en el paradigma familiar tradicional heterosexual. Es lo que sugiere, por ejemplo, la lectura de precedentes judiciales que defieren derechos bajo el argumento de que, además de la igualdad de los sexos, los partícipes de la relación reproducen en todo la vivencia de las parejas heterosexuales – postura nítidamente nutrida en la lógica asimilacionista.

En el asimilacionismo, el reconocimiento de los derechos depende de la satisfacción de predicados como comportamiento adecuado, aprobación social, reproducción de una ideología familista, fidelidad conyugal como valor imprescindible y reiteración de papeles definidos de género. De ahí, incluso, la dificultad de tratar temas como prostitución, travestilidades, libertad sexual, sadomasoquismo y pornografía.¹²

Como se dijo anteriormente, la formulación de expresiones como “homoafetividad” revela un intento de adecuación a la norma que puede dar a ver una subordinación de los principios de libertad, igualdad y no discriminación, centrales para el desarrollo de los derechos sexuales a una lógica asimilacionista - lo que produciría un efecto contrario, revelándose también discriminatoria, pues, en la práctica, distingue una condición sexual “normal”, palatable y “natural” de otra asimilable y tolerable, desde que bien comportada y “higienizada”. La sexualidad heterosexual no sólo se toma como referencia para nombrar al individuo “naturalmente” poseedor de derechos (el heterosexual, que nunca necesitó ser heteroafectivo para

¹² Para sistematizar con la comprensión de la relación entre ley y sexualidad, desde una perspectiva democrática, ver «Apuntes para un derecho democrático de la sexualidad» (RIOS, 2013).

tener derechos reconocidos), mientras que la sexualidad del homosexual es expurgada por la “afectividad”, en una especie de máscara.

En esa línea, es posible comprender la tensión, desde el punto de vista de los derechos sexuales, que deviene de la inclusión de las uniones homosexuales como nuevas especies de comunidades familiares, distintas a las uniones de hecho, en virtud de la analogía. La analogía es una forma de razonamiento que parte de la consagración de la regulación de determinadas hipótesis, consideradas como parámetro, y de la distinción entre esas hipótesis y otras, excepcionales, que están fuera del ámbito de la normalidad del parámetro consagrado. Frente a esa laguna, la analogía identifica, aunque se trate de situaciones diversas, semejanzas relevantes, que justifican la aplicación del mismo tratamiento normativo prestado a la hipótesis paradigmática, extendiéndolo a la hipótesis excepcional.

La utilización de ese razonamiento, reservando a las «uniones homoafectivas» una especie de regulación de la excepción por la sumisión al paradigma heterosexual, acaba por contrariar la idea de diversidad sexual. En efecto, en la perspectiva de la diversidad sexual, que informa la idea de derechos sexuales, las diversas manifestaciones sexuales son tomadas en pie de igualdad, lo que no es compatible con las premisas del procedimiento analógico empleado.

DESAFÍOS EN MATERIA DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO: CRIMINALIZACIÓN DE LA HOMOFOBIA, DESPATOLOGIZACIÓN Y AFIRMACIÓN DE LA LAICIDAD

La necesidad de un abordaje más contundente contra la discriminación por orientación sexual se hace patente ante los desafíos actuales en el contexto brasileño. Los debates sobre criminalización

de la homofobia, la propuesta de que el sistema de salud pública ofrezca tratamientos terapéuticos para revertir la homosexualidad y la tendencia a la patologización de la transexualidad dejan claro hasta qué punto el heterosexismo reacciona frente al reconocimiento de derechos sexuales y cuán amenazados están los derechos hasta ahora conquistados.

CRIMINALIZACIÓN DE LA HOMOFOBIA

La prevención y la represión de conductas homofóbicas camina lado a lado del reconocimiento de los derechos fundamentales vinculados a la orientación sexual y a la identidad de género. Así, una vez afirmado el derecho a la libertad de expresión sexual, se exige la adopción de medidas de protección frente a la discriminación que amenaza y viola tal derecho. De ahí responsabilizar, en las esferas civil, laboral y administrativa, por conductas homofóbicas; de ahí, también, la interpretación conforme a la Constitución realizada por el Supremo Tribunal Federal, incluyendo en el reconocimiento constitucional de la unión de hecho también a las personas de mismo sexo.

Sin embargo, frente a la intensidad de la violencia homofóbica en Brasil, se hace necesaria una reacción más fuerte, que incluya, en el seno de la legislación antidiscriminatoria, protección de naturaleza criminal. En efecto, uno de los desafíos básicos para la democracia en Brasil es la construcción de una sociedad sin discriminaciones, en la que se respete la libertad de cada uno de conducir su vida de modo autónomo. Para ello, es necesario actuar en varios frentes: medidas educativas, oportunidades de participación política y servicios públicos de salud, seguridad y justicia preparados para enfrentarse con la diversidad.

En ese contexto, la legislación antidiscriminatoria se revela, junto a las demás iniciativas, como uno de los instrumentos más im-

portantes. No es casualidad que, desde el final del nazi-fascismo, prejuicio y discriminación hayan sido criminalizados. En Brasil, por ejemplo, la Ley n° 7.716/1989 define como crimen tratamientos perjudiciales debidos a raza, color, etnia, religión o procedencia nacional. Las funciones que la legislación penal cumple son insustituibles: además de posibilitar la punición de atentados graves contra la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad humana, la ley penal tiene carácter pedagógico y simbólico. Señala cuáles son los bienes jurídicos más relevantes, entre los que se incluye, sin duda, en una sociedad democrática y pluralista, el respeto a la diversidad.

Desde hace mucho, homosexuales, bisexuales, travestis y transexuales sufren agresiones físicas y morales intensas: asesinatos, palizas, ofensas verbales, despidos de sus trabajos y exclusión escolar son hechos terrible y vergonzosamente frecuentes. Esa dinámica es alimentada, directa e indirectamente, por opiniones y actitudes intolerantes frente a todo lo que contraríe esa mentalidad heterosexista.

En ese cuadro, la inclusión de la homofobia entre las formas de discriminación penalmente punibles es justa y necesaria. Necesaria porque, además de tener carácter represivo por punir actos homofóbicos, actúa preventivamente, evitando y desalentando tales prácticas. Justa porque fortalece el respeto a la diversidad y a la dignidad humana, sin lo cual no existen garantías para la igual libertad de todos, independiente de color, origen, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género u otras formas de discriminación.

Dejar la homofobia fuera de la lista de discriminaciones que la ley penal sanciona es atentar gravemente contra la democracia, la libertad y la dignidad humanas, relegando a un sinnúmero de ciudadanos a una ciudadanía de segunda clase. Al mismo tiempo, es minar la convivencia pluralista y tolerante, sin la cual nadie puede sentirse seguro de que no será discriminado en virtud de su identidad o temas relacionados a color, origen, religión, raza, sexo, género,

orientación sexual, deficiencia o edad. En el caso de la homofobia, queda mucho por avanzar, pues homosexuales, travestis y transexuales aún son estigmatizados y subyugados como seres abyectos.

No se trata de cercenar las libertades de opinión o de religión. Así como en la prohibición del racismo, lo que se quiere evitar es que la injuria y la agresión, fomentadoras del odio y de la violencia, campeen sin restricciones, poniendo en riesgo y ofendiendo la vida y la dignidad. La prohibición de discursos y prácticas discriminatorias no impide las libertades de opinión, creencia y manifestación. Por el contrario, la práctica de las libertades en el mundo plural requiere su ejercicio sin violencia o intolerancia (como, por cierto, legítimamente ocurre en la criminalización del escarnio público de alguien debido a su creencia religiosa).

Proveer a Brasil de los instrumentos para combatir la homofobia es tanto más necesario cuanto más vulnerables son los individuos y grupos que son objeto de prejuicio y cuanto más intensa es la discriminación. Se trata no sólo de imperativo constitucional y de compromiso democrático, sino también del respeto que es debido a todos los seres humanos, independientemente de identidad, preferencia u orientación sexual.

TRATAMIENTOS TERAPÉUTICOS DE «REVERSIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD»

Si la omisión legislativa en cuanto a la criminalización de la homofobia acaba por debilitar el enfrentamiento de las violaciones por motivo de orientación sexual y de identidad de género, aún más clara es la amenaza a los derechos humanos y fundamentales representada por el intento de institucionalizar, en el sistema público de salud, terapias de «reversión de la homosexualidad».

Es lo que ocurre en el Parlamento Federal brasileño, donde desde las últimas legislaturas hay proyectos que buscan anular resolución del Consejo Federal de Psicología, que prohíbe que sean ofrecidos tratamientos psicológicos desarrollados bajo la premisa de que la homosexualidad es una enfermedad. Bajo el pretexto de garantizar la libertad de profesión y de conciencia de los profesionales psicólogos, tales proyectos olvidan que la resolución atacada dispone, en realidad, sobre ética en la profesión psicológica, al disponer que, efectivamente, psicólogos no pueden tratar como si fuese enfermedad aquello que no lo es (la orientación sexual homosexual). En efecto, no hay «libertad de diagnosticar» como enfermedad aquello que el conocimiento científico consolidado ya demostró no ser enfermedad, aún más cuando motivaciones cargadas de prejuicios se hacen presentes, nutridas por convicciones desprovistas de cualquier base científica.

No obstante, la pura y simple diseminación de la idea de «cura *gay*» es discriminatoria y dañina, en especial para (a) personas que sufren grave prejuicio y discriminación homofóbicos y no encuentran condiciones de reaccionar y para (b) niños, adolescentes y jóvenes cuyas familias se dejan contaminar por el prejuicio, estando en especial posición de vulnerabilidad, incluso en el espacio familiar. La idea de «cura *gay*», en sí misma, deja sin cuestionar y naturaliza un lugar privilegiado para la heterosexualidad en detrimento de todas las demás expresiones de la sexualidad, configurando verdadero heterosexismo. En esa línea, se muestra inadecuada, por tanto, cualquier perspectiva que objetive criticar la «cura *gay*» con argumentos que pretendan justificar la «normalidad» de la homosexualidad, pues heterosexualidad y homosexualidad son expresiones sociales, culturales, históricas y políticas de los modos de existir como individuo y de organizar la sociedad.

El espacio público democrático, en especial la esfera estatal, no admite falta de respeto o consideraciones peyorativas y negativas, por palabras y actos, en contra de ciudadanos, con motivación discriminatoria, tales como comparar conductas homosexuales a actos legalmente ilícitos («no es que no respetemos a los homosexuales, sino las conductas homosexuales, si ilegítimas, como robar u ofender a alguien»). Eso sin hablar del riesgo de que algunos defiendan tales posturas con objetivos económicos, como tener a disposición recursos públicos de la salud para que sean utilizados por instituciones privadas, de modo contrario al conocimiento científico y con propósito discriminatorio.

ABORDAJES BIOMÉDICO Y DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Las demandas involucrando identidad de género revelan otro de los desafíos brasileños contemporáneos en materia de derechos sexuales. Se puede agruparlas según el derecho disputado¹³ (rectificación de nombre civil, rectificación de sexo en el registro civil mediante procedimiento médico de cambio de sexo; rectificación de nombre y de sexo en el registro civil sin la necesidad de procedimiento médico¹⁴) y según la argumentación invocada para sustentar el pedido (argumentos biomédicos y argumentos de libertad, autonomía, privacidad, respeto a la dignidad e igualdad).¹⁵

¹³ Esos, según se constata por la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia, responsable de la unificación jurisprudencial y por la última palabra en cuanto a la interpretación de la legislación civil, son las demandas más recurrentes y relevantes en los tribunales brasileños (BOLETIM JURÍDICO, 2014).

¹⁴ Tramita en el Supremo Tribunal Federal brasileño una Acción Directa de Inconstitucionalidad, ADI 42751, objetivando interpretación conforme a la Constitución de la legislación civil, facilitando el cambio de nombre y de sexo sin la necesidad de procedimiento quirúrgico.

¹⁵ Ver RIOS, 2012.

Articulando esos dos grupos, es posible examinar los derechos disputados a partir de la argumentación desarrollada.¹⁶ En un grupo, se constatan demandas por rectificación de nombre y de sexo con la necesidad de aprobación y procedimientos médicos; en el segundo grupo, esos derechos no dependen de la aprobación biomédica, mucho menos de que el individuo se someta a procedimientos terapéuticos, sean ellos quirúrgicos o no. En este análisis, el abordaje del primer grupo recibe el nombre de abordaje biomédico, al paso que el abordaje del segundo grupo se denomina abordaje de derechos humanos (SUIAMA, 2011).

El abordaje biomédico de las cuestiones jurídicas de identidad de género privilegia la perspectiva de la enfermedad y del disturbo psíquico-orgánico (la transexualidad como disforia de género, popularizada en la expresión ‘error de la naturaleza’). En esa línea, se desarrolla una argumentación jurídica centrada en el ejercicio del derecho a la salud, entendido como acceso a una prestación de salud. Ese abordaje carga, en sí, la patologización como estrategia de legitimación del derecho pleiteado: sin el reconocimiento del defecto de la naturaleza, no hay aprobación social, moral y jurídica. La premisa de su razonamiento es el binarismo de género y, más que eso, la conformidad del sexo biológico al género asignado por el tratamiento médico. Su lógica es normalizadora, vale decir, sumisión a los estándares vigentes y reificados en las identidades masculina y femenina, experimentadas como manifestaciones de las dos únicas posibilidades de cuerpo sexual: macho y hembra, hombre y mujer.

El abordaje de derechos humanos frente a las demandas de identidad de género, a su vez, vislumbra la existencia concreta de los individuos a partir de un amplio abanico de posibilidades, es decir,

¹⁶ En esa perspectiva, ver la decisión del Tribunal Regional Federal brasileño de la 4ª Región, por la inclusión en el sistema público de salud nacional de los procedimientos para el cambio de sexo: BRASIL, 2007.

de la diversidad sexual. De ese modo, estructura su argumentación mediante la concretización de los derechos humanos y fundamentales de libertad, privacidad, respeto a la dignidad humana e igualdad, comprendida como prohibición de discriminación por motivo de sexo y de género.

Por esa vía argumentativa, se parte del reconocimiento y de la aceptación de la diversidad como un hecho y como algo a ser valorizado y promovido, sin la necesidad de legitimar los diversos modos de estar en el mundo y de vivenciar la sexualidad por conformidad con el binarismo de género. Es importante registrar la existencia, en el Parlamento Federal brasileño, de proyecto de ley sobre identidad de género, elaborado de acuerdo con esa perspectiva.¹⁷

Desde la mirada de los derechos humanos y fundamentales, la supremacía de una u otra perspectiva no es irrelevante. Al contrario, la fuerza normativa de la Constitución y el consecuente deber de adoptar la comprensión que mayor eficacia preste a los derechos fundamentales requiere la prevalencia de la interpretación que armonice, si necesario, el derecho a la salud a partir de la perspectiva de la libertad, de la igualdad y de la protección de la dignidad humana. No se trata de jerarquizar derechos fundamentales, privilegiando derechos de libertad negativa sobre derechos prestacionales positivos. Lo que está en juego es cómo dar concreción a la noción de la indivisibilidad y de la interdependencia entre los varios derechos humanos fundamentales, de modo a alcanzar la mayor eficacia jurídica de todos los derechos fundamentales.

El fenómeno de la transexualidad es emblemático para demostrar esa dinámica entre los varios derechos fundamentales, porque la medicalización es el abordaje que predomina cuando el asunto es transexualidad, en que el énfasis es el debate sobre el derecho a la

¹⁷ Se trata del proyecto de ley nº 5002/2013 (BRASIL, 2013).

intervención quirúrgica, instrumento apto para reparar el «error de la naturaleza». Como se ha dicho antes, en esa perspectiva biomédica está subyacente el dicho «binarismo de género», vale decir, la concepción según la cual las identidades sexuales masculina y femenina corresponden a ciertos patrones predeterminados, resultantes de una serie de elementos y características. Lo que define esa combinación es, básicamente, la actuación combinada de dos órdenes de saber y de creencias: el poder que detienen los profesionales de la salud (vistos como guardianes del saber biomédico) de definir «científicamente» quien es hombre y quien es mujer y, a su lado, la prevalencia de determinadas percepciones, socialmente dominantes, sobre lo que es ser masculino y lo que es ser femenino. Tanto es verdad, que, para que ocurriese la apropiación médica de la transexualidad como algo reservado a la actuación y al saber médicos, fue necesario separar a los «verdaderos» transexuales (mediante la enumeración de síntomas determinados, ya referidos) de los «falsos» transexuales.

Si tal binarismo es adoptado al enfrentar jurídicamente las cuestiones relacionadas a la identidad de género, se estará reforzando la rigidez y la determinación por terceros (los detentores del saber médico y de las creencias mayoritarias sobre lo que es ser verdaderamente femenino y masculino) sobre la identidad sexual y de género que cada individuo experimenta y desarrolla en su vida; lo que se estará debilitando, cuando no comprometiendo mortalmente, es el contenido jurídico de los derechos de libertad, de igualdad, de no discriminación y del respeto a la dignidad humana.

En ese contexto, en el que la autonomía y la igualdad, que son los valores básicos del constitucionalismo democrático, serán eclipsadas por el poder ajeno de la medicalización y de opiniones socialmente dominantes, sólo quedará una alternativa a los seres humanos: dejarse enmarcar por el proceso clasificatorio impuesto por esas fuerzas, donde el ser hombre y el ser mujer, el ser masculino y

el ser femenino, dependerán siempre del atestado ajeno, que exige e impone el marco según un proceso clasificatorio heterónomo, en que un conjunto de las características es evaluado, abarcando los factores genético, gonadal, endocrino, genital y psíquico.

En caso de que se adopte una perspectiva que asuma acrítica o ingenuamente ese binarismo de género, se estará perpetrando una serie de restricciones a diversos derechos fundamentales. De hecho, la imposición de una visión rígida e inflexible del fenómeno humano de las relaciones entre los géneros tiene impacto enorme, para no decir dramático, sobre varios derechos fundamentales. Eso porque una solución que se fundamente exclusivamente en una concepción bio-médica y limitada conduce no sólo a la limitación de la esfera de autodeterminación de individuos «heterosexuales normales» (hombres heterosexuales dotados de modos más delicados y temperamento más sensible, por ejemplo, son excluidos en tests psicotécnicos para cargos públicos en las policías, porque no atienden a la «escala de heterosexualidad») y de transexuales (que pueden pleitear judicialmente, y ya han obtenido éxito, alteración de nombre y registro civil sin someterse a la cirugía de transgenitalización), sino que también produce y legitima graves violaciones de derechos fundamentales de mujeres, travestis y homosexuales.

De hecho, para los derechos de las mujeres, una solución orientada por tal binarismo rígido refuerza dinámicas históricas de subordinación femenina, reproduciendo situaciones e ideologías donde a las mujeres son reservados el dominio del hogar y un papel secundario en la vida pública, social y económica. Eso porque el refuerzo del binarismo de género tiende a transigir con diferencialismos sexuales que disminuyen el espacio de construcción de nuevas relaciones entre hombres y mujeres, capaces de romper con los privilegios y la dominación masculinos. En uno de los ejemplos más evidentes, repercusiones jurídicas de ese modelo llegaron, hasta bien

poco tiempo atrás, a alimentar argumentos jurídicos que justificaban la violación doméstica de esposas por maridos bajo el pretexto de cumplimiento de deberes conyugales, el asesinato de esposas por maridos en nombre de la legítima defensa del honor y la no caracterización de la violación como «crimen hediondo», es decir, con la misma gravedad de secuestro o asesinato, cuando no hubiese violencia o grave amenaza, como si fuera posible violar a una mujer sin violencia grave.

En relación a la homosexualidad, una perspectiva que refuerce el binarismo de género es devastadora. De hecho, en el horizonte de esa dinámica binaria, la atracción o la conducta sexual de alguien en dirección a individuos del mismo sexo son consideradas anormales e intolerables. Tanto que la propuesta de aquellos a quienes más incomoda y que menos toleran la diversidad sexual (que es lo opuesto al binarismo) es, pura y simplemente, la eliminación de la homosexualidad mediante su cura, a través de la inclusión de tratamientos médicos o de rituales y prácticas religiosas comunitarias, que serían, incluso, puestos a disposición o costeados por el Sistema Único de Salud (SUS) y por otros organismos del Poder Público, cuando no la criminalización.

Para los derechos de las travestis, el refuerzo del binarismo de género es aún más violento. Las travestis, encarnando quizás la experiencia más radical de la autonomía individual frente a las convenciones sociales sobre lo que es estandarizado como «natural» en cuanto al sexo y sobre lo que es tolerable por los patrones tradicionales y dominantes de convivencia entre hombres y mujeres, osan inventar un nuevo modo de ser en términos de género, transitando verdaderamente en las «fronteras del género». Se trata de una construcción de sí peculiar y original, donde, desde el punto de vista del género, los individuos travestis se construyen por lo femenino. En las palabras de Marcos Benedetti, «las travestis», las cuales «al mismo

tiempo en que producen meticulosamente rasgos y formas femeninas en el cuerpo, están construyendo y recreando sus valores de género, tanto en lo que concierne a lo femenino como a lo masculino» (BENETTI, 2005, p. 131, traducción nuestra). Como alerté antes, el refuerzo del binarismo de género en el caso de las travestis incentiva todo tipo de violencia contra esos individuos: las travestis son las víctimas principales de la violencia discriminatoria, desde la descalificación moral más intensa hasta el frecuente asesinato.

En esa perspectiva jusfundamental, lo que se tiene que evitar, para superar la idea de disforia sexual, es afirmar que sólo es masculino y sólo es femenino aquel que atienda a una determinada, rígida, fija y excluyente combinación de características, impuestas por las convicciones sociales de la mayoría o por la pretensión de un saber médico neutro y objetivo. Tal percepción, intransigente e inflexible, genera violaciones de derechos fundamentales y es fruto de cerrar los ojos a la realidad: la sexualidad y la vida humana no se dejan enmarcar en patrones históricamente definidos por profesionales de la salud o por representantes de la opinión de la mayoría. La vida humana y sus manifestaciones son un *continuum*, y no se dejan aprisionar en polaridades opuestas y compartimentos cerrados.¹⁸

LAICIDAD Y DERECHOS SEXUALES

Sin perder de vista la diversidad de cuestiones y la originalidad de cada uno de esos desafíos (criminalización de la homofobia, propuestas de tratamientos terapéuticos y la necesidad de un abordaje

¹⁸ Es importante registrar que el Supremo Tribunal Federal decidió que «El transgénero tiene derecho fundamental subjetivo a la alteración de su prenome y de su clasificación de género en el registro civil, no exigiendo, por lo tanto, nada más que la manifestación de voluntad del individuo, el cual podrá ejercer tal facultad tanto por la vía judicial como directamente por la vía administrativa» (RE n 670.422).

de derechos humanos frente a la identidad de género), hay un telón de fondo en el escenario brasileño actual que atraviesa todos esos debates y reivindicaciones. Se cuida de la consolidación de la laicidad estatal como principio organizador de las políticas públicas, legislación y jurisprudencia, directriz que se encuentra amenazada por proyectos de poder llevados a cabo por fuerzas políticas, presentes en la sociedad brasileña, representantes de un pensamiento cristiano de matriz fundamentalista y con explícita militancia política (CUNHA, 2012).

En efecto, la relación entre el contenido jurídico de ese principio y la protección de los derechos humanos y fundamentales relacionados a la orientación sexual y a la identidad de género puede ser confirmada por los elementos destacados por el Supremo Tribunal Federal, cuya jurisprudencia ha destacado las siguientes dimensiones: la laicidad como principio organizador de la vida política nacional; la laicidad como protección relacionada al derecho fundamental de libertad religiosa; y la laicidad como contenido jurídico protector de la autonomía privada.

En primer lugar, la laicidad fue confirmada como principio constitucional organizador de la vida política nacional.¹⁹ Calificando al Estado brasileño como laico, secular y democrático, el Supremo Tribunal Federal vislumbra en la laicidad un postulado esencial de la organización institucional del Estado derivada de una decisión política fundamental, que demarca dominios propios de actuación y de incidencia del poder civil (secular).

Para tanto, se identifican al menos dos direcciones. La primera dirección se centra en la conducta estatal frente a las instituciones religiosas y a las respectivas creencias. Se trata de vedar la interferencia estatal en el espacio privado en el que se inserta y se organiza la fe

¹⁹ Destaco las manifestaciones del Ministro Celso de Mello, en especial en la ADPF n° 132 y en la ADI n° 3510. Ver BRASIL, 2011; y BRASIL, 2010.

religiosa, defendiendo la libertad religiosa de individuos y de grupos, así como las instituciones religiosas que se forman en ese contexto. La otra dirección cuida de eventual movimiento de las instituciones religiosas frente al Estado. La laicidad requiere que el Estado, ante tal especie de pretensión, no se deje contaminar, en sus acciones u omisiones, ni por principios teológicos ni por razones de orden confesional, aunque provengan de sectores mayoritarios en la sociedad. Aquí, por lo tanto, se inserta la resistencia que es exigida por el Estado ante iniciativas fundamentalistas que pretendan apropiarse de las estructuras estatales. De esa primera dimensión, en la que la atención se vuelve hacia la laicidad como principio organizador de la vida política, deviene la interdicción de que concepciones morales de cuño religioso guíen la conducta estatal cuando están en causa derechos fundamentales.

En segundo lugar, y en estrecha relación con la dimensión organizativa, la laicidad se presenta como principio que objetiva proteger la libertad religiosa en particular en la sociedad democrática y plural (dimensión también subrayada por el Ministro Celso de Mello, en los precedentes referidos). Tanto es así que se indican, entre el contenido material de la laicidad, las libertades de creencia, de culto y de organización religiosa, en respeto al pluralismo. El mandamiento de neutralidad axiológica, presente en la laicidad, es comprendido como una exigencia que tiene como finalidad preservar la integridad de la libertad religiosa de los ciudadanos.

Si la relación entre laicidad y libertad religiosa (que es una libertad fundamental específica) es directa y explícita, vale destacar, en un tercer momento y de modo aún más amplio, la relación existente entre la laicidad y el derecho fundamental general de libertad. La laicidad del Estado, conjugada con la autonomía privada, condu-

ce a la protección de la libertad individual de actuar, por ejemplo, en materia reproductiva, de acuerdo con sus valores y convicciones.²⁰

Mediante la enumeración de algunos aspectos de la laicidad, subrayados por el Supremo Tribunal Federal en precedentes discusiones sobre derechos sexuales (reconocimiento de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo) y reproductivos (destino de células fecundadas en la utilización de técnicas de fertilización artificial e interrupción de gestación de fetos en caso de anencefalia), es posible profundizar en la relación entre la laicidad y los derechos sexuales y reproductivos en general, con foco puesto en los deberes fundamentales de protección.

En efecto, tanto derechos constitucionales que garantizan posturas jurídicas fundamentales a sus titulares (como ocurre en los derechos de libertad sexual y reproductiva, así como en la libertad religiosa, por ejemplo), como principios fundamentales organizadores de la vida política (como es el caso de la laicidad, en el primer aspecto destacado en los juicios mencionados), exigen acciones y omisiones estatales, ambas en favor de la protección, promoción y concretización de sus respectivos objetos de protección. Omisiones, con el fin de que el ente estatal no invada espacio de libertad garantizado a los individuos; acciones, como imperativos de tutela de los bienes de la vida (libertad sexual y reproductiva), considerados fundamentales por el orden constitucional.

Como se ha visto en la primera parte, la laicidad se presenta (WEINGARTNER NETO, 2010, p. 170), objetivamente, como principio constitucional fundamental, como «principio de la separación de las confesiones religiosas del Estado» (superación de los modelos de unión político-religiosa) y como «principio de la no confesionalidad» (separación estatal de las materias y sujetos religiosos,

²⁰ Voto del Ministro Joaquim Barbosa en la ADIN n° 3.510. Ver BRASIL, 2010.

que actúa sometido a la no confesionalidad). Al mismo tiempo, esa se conecta, de modo íntimo, a derechos subjetivos constitucionalmente previstos, en especial a la libertad general, libertad sexual y reproductiva, a la libertad religiosa y al derecho de igualdad — ese como mandamiento que prohíbe la discriminación por motivos religiosos.

Así, se puede establecer una relación de doble vía entre la laicidad y los derechos fundamentales. Es decir: considerar tanto lo que la laicidad contribuye para la comprensión y el ejercicio de derechos fundamentales, como aquello que la previsión de derechos fundamentales (en especial, sexuales y reproductivos) señala para la comprensión de la laicidad y de los deberes de protección a ella asociados.

En efecto, por un lado, la laicidad es principio organizativo que se radica y puede ser visto como una emanación del derecho fundamental de libertad religiosa, a esa libertad sirviendo y concretizando. De ese modo, al concretizar los derechos fundamentales, la laicidad exige que el Estado no adopte ninguna perspectiva religiosa, que no utilice directrices religiosas al actuar, que no discrimine individuos y grupos en virtud de la presencia o de la ausencia de creencias religiosas.

Por otra parte, los variados derechos fundamentales previstos en el orden constitucional, a los que están asociados deberes constitucionales de protección por parte del Estado, lo obligan no sólo a abstenerse de actuar informado por directrices religiosas, sino también a tomar medidas positivas y concretas cuando pretensiones religiosas intenten, valiéndose o no del aparato estatal, crear obstáculos para el ejercicio de los derechos fundamentales. De otro modo, omitiéndose de modo inconstitucional, el Estado transige con violaciones a derechos fundamentales, precisamente por no comprometerse con la laicidad, que no es solamente organizativa y manifestación de la dimensión objetiva de la libertad religiosa, sino también está relacionada con la protección de la libertad, de modo amplio, y con

otros derechos fundamentales. Esa falta de compromiso, desde la mirada jurídica, puede traducirse como omisión (relativa al deber constitucional de protección) contraria al principio constitucional fundamental que es la laicidad, comprendido de modo global.

Dicho de otro modo, teniendo en mente el objeto de esa reflexión: la laicidad y los derechos fundamentales sexuales tiene su comprensión adecuada, en el contexto de la Constitución de 1988, mediante una consideración conjunta y sistemática. El sentido propio de cada uno requiere atención para esa relación de complementación. En ella, la laicidad informa los derechos sexuales y reproductivos, dejando claro que, en su desarrollo y ejercicio, se presenta un espacio libre de interferencia religiosa.

La laicidad se presenta como libertad, tanto de modo negativo (ausencia de interferencia indebida), como positivo (condiciones que posibiliten el ejercicio de los derechos). En el primer sentido, de modo negativo, impidiendo que el Estado (en toda su gama de actividades, legislativa, ejecutiva y judicial) se valga de directrices religiosas al concretizar esos derechos; en el segundo sentido, de modo positivo, obligando a que el Estado actúe, con el fin de proteger los derechos sexuales de individuos y de grupos, siempre que interferencias religiosas intenten tomar o restringir las condiciones para el reconocimiento y el ejercicio, en los espacios públicos, de tales derechos.

Tómese la hipótesis de los derechos sexuales. El Estado, organizado bajo la égida de la laicidad, tiene que desarrollar una legislación, jurisprudencia, administración y políticas públicas que, en el ámbito de la salud, no sólo eviten la adopción de directrices religiosas, sino que no se omitan caso pretensiones o iniciativas religiosas diseminen la subordinación femenina o la homofobia.

En esa línea, se puede reflexionar, por ejemplo, a partir de la decisión promulgada en la ADPF nº 132. La conclusión de que el

Estado brasileño se omite, de modo inconstitucional, al no disciplinar legalmente la unión de hecho homosexual, en cuanto a sus deberes constitucionales de protección de los derechos fundamentales de libertad sexual y de no discriminación por motivo de orientación sexual, demuestra que el derecho fundamental de no discriminación por motivo de orientación sexual informa la laicidad. Como constitucionalmente prevista, esa se concretiza como un deber de actuar para que razones religiosas no triunfen en el espacio público y, de ese modo, no se impongan restricciones inconstitucionales al ejercicio de la libertad sexual y de la no discriminación por motivo de orientación sexual.

Más que eso: el sentido constitucional de la laicidad sólo se alcanza con la complementación de los derechos sexuales y reproductivos, cuyo contenido, establecido a partir de esa relación, reclama un actuar positivo que garantice el reconocimiento y el ejercicio de esos derechos. Ese actuar positivo, como requerido ante el Supremo Tribunal Federal, comprende una manifestación estatal capaz de proteger, mediante un recurso judicial vinculante, los derechos sexuales de los titulares de esos derechos fundamentales.

El escenario jurídico brasileño contemporáneo, en materia de derechos humanos y fundamentales relativos a la orientación sexual y a la identidad de género, se caracteriza por el avance de determinadas demandas, resistencia a medidas de protección y, al mismo tiempo, riesgos concretos de retroceso.

De hecho, es innegable la importancia y el peso, en el mundo jurídico, de la decisión del Supremo Tribunal Federal referente a la unión de hecho de personas del mismo sexo. Al afirmar el *status* de derecho fundamental a la libertad sexual y a la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual, y al reconocer la diversidad sexual como un dato relevante y protegido por el derecho constitucional, la actuación del tribunal acabó por consolidar una

trayectoria jurisprudencial de reconocimiento de derechos, en especial en cuanto a la orientación sexual. Ojalá postura jurisprudencial igualmente fortalecedora de los derechos humanos y fundamentales se verifique cuando el tribunal venga a apreciar la acción de inconstitucionalidad respecto a la identidad de género, cuyo fundamento refleja un abordaje de derechos humanos.

Por otro lado, hay una resistencia cada vez mayor ante las propuestas legislativas que instituyen respuestas criminales para el enfrentamiento de la homofobia, articulada, en especial, por sectores que invierten en la contaminación del debate público democrático mediante la invocación de razones religiosas, en nítida afronta a la laicidad estatal.

En ese contexto, la lucha contra la homofobia y el heterosexismo, que engendran la discriminación por orientación sexual sufrida por *gays*, lesbianas, travestis y transexuales, es arena emblemática y decisiva. Permite, al mismo tiempo en que los derechos sexuales son desarrollados, superar graves injusticias y construir patrones más democráticos y pluralistas en la convivencia social, donde la diversidad y el respeto son valores básicos y necesarios para todos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENEDETTI, Marcos Renato. *Toda feita: o corpo e o gênero das travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

BOSI, Alfredo. *A dialética da colonização*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1992.

BRASIL. Congreso. Cámara de los Diputados. *Propuesta de Enmienda Constitucional n° 67, de 30 de junio de 1999*. Modifica los artículos 3 y 7 de la Constitución Federal. Diario de la Cámara de Diputados. Brasília, DF, 14 sep. 1999, p. 148, p. 40955-409558. [Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14330>.

_____. Congreso. Cámara de los Diputados. *Proyecto de Ley n° 5002, de 20 de febrero de 2013*. Dispone sobre el derecho a la identidad de género y altera el art. 58 de la Ley n° 6.015, de 31 de diciembre de 1973. Proyecto de Ley 5002/2013. Brasília, DF, 20 feb. 2013. [Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>.

_____. *Ley n° 9.612, de 19 de febrero de 1998*. Instituye el Servicio de Radiodifusión Comunitaria y da otras providencias. Ley 9.612/98. Brasília, DF, 19 feb. 1998. [Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9612.htm>. Acceso en: 28 de agosto. 2016.

_____. *Ley n° 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Crea mecanismos para cohibir la violencia doméstica y familiar contra la mujer, en los términos del §8° del art. 226 de la Constitución Federal, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres y de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; establece sobre la creación de los Juzgados de Violencia Doméstica y Familiar contra la mujer; modifica el Código de Proceso Penal, el Código Penal y la Ley de Ejecución Penal, y da otras providencias. Brasília, DF, 07 de agosto. 2006. [Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*. Requerente: Procurador General de la República. Requerido: Presidente de la República y otros. Ponente: Ministro Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 29 de mayo de 2008. p. 134-659. [Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: Disponible en: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Argumentación de Incumplimiento de Derecho Fundamental nº 132*. Requerente: Gobernador del Estado de Rio de Janeiro. Ponente: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de mayo de 2011. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 13 de octubre. 2011 n. 198. [Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: Disponible en: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acceso en: 28 de agosto. 2016

_____. Tribunal Regional Federal de la 4ª Región. *Sentencia nº 2001.71.00.026279-9/RS*. Apelante: Ministerio Público Federal. Apelada: Unión Federal. Ponente: Juez Federal Roger Raupp Rios. Apelação Cível 2001.71.00.026279-9/RS. Porto Alegre, 14 de agosto. 2007. [Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/dsexualesreprod/Acordao-transgenitalizacao-transsexuales-TRF4.pdf>>.

CEZÁRIO, Joelma; KOTLINSKI, Kelly; NAVARRO, Melissa (Org.). *Legislação e jurisprudência LGBTTT* [en línea]. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>.

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil sem homofobia*: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. [Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>.

CUNHA, Christina Vital da. *Religião e política*: uma análise de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll, 2012.

DISTRITO FEDERAL (Estado). *Lei Orgânica do Distrito Federal, de 20 de diciembre de 2011*. Lei Orgânica do DF. [Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70442>>.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Os homossexuais diante da Justiça: relato de uma Ação Civil Pública. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *A justiça e os direitos de gays e lésbicas*: jurisprudência comentada. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MATO GROSSO (Estado). Constituição (2011), de 05 de octubre de 2011. *Constituição do Estado do Mato Grosso*. Cuiabá, MT, 01 set. 2012. [Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70444>>.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. *Direitos sexuais de LGBTTT no Brasil*: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça/Secretaria da Reforma do Judiciário, 2012.

PIAUÍ (Estado). *Constituição* (2011), de 27 de octubre de 2011. Constituição do Estado do Piauí. Teresina, PI, 01 set. 2012. [Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70447>>.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). *Lei Estadual nº 11.872, de 19 de diciembre de 2002*. Dispone sobre la promoción y reconocimiento de la libertad de orientación, práctica, manifestación, identidad, preferencia sexual y da otras providencias. Lei nº 11.872/02: Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul. 245. ed. Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: <<http://www.al.rs.gov.br/legis>>.

RIOS, Roger Raupp. Apuntes para un derecho democrático de la sexualidad. In: BORRILLO, Daniel; CASTILLO, Víctor Luis Gutiérrez. *Derecho y política de las sexualidades: una perspectiva latino-mediterránea*. Barcelona: Huygens, 2013. p.73-94.

_____. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. *Civilistica.com* [en línea]. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: <<http://civilistica.com/as-unioes-homossexuais-e-a-familia-homoafetiva/>>.

_____. Direito da Antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero – a compreensão constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: COUTO, Edvaldo Souza; GOELLNER, Silvana (Org.). *O triunfo do corpo: polêmicas contemporâneas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 85-118.

_____. Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF n. 132-RJ e ADI 4.277). In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (Org.). *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 69-114.

_____. Sexual rights of gays, lesbians, and transgenders persons in Latin America: a judge's view. In: CORRALES, Javier; PECHENY, Mario (orgs). *The politics of sexuality in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2010. p. 251-258.

_____. Uniões homossexuais: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo? Por uma nova modalidade de comunidade familiar. In: GROSSI, Miriam; UZIEL, Anna Paula; Mello, Luiz (Orgs.). *Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 109-30.

RIOS, Roger Raupp; SANTOS, Wederson. Diversidade sexual, educação e sociedade: reflexões a partir do Programa Nacional do Livro Didático. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora (Org). *Homofobia e educação: un desafio ao silêncio*. Brasília: Letras Livres/ EdUnB, 2009.

RIOS, Roger Raupp; SCHÄFER, Gilberto; BORBA, Felipe. Direito da antidiscriminação e a criminalização da pederastia pelo Código Penal Militar. *Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, a. 26, n. 127, p. 311-330, 2012.

SÃO PAULO (Estado). *Lei Estadual nº 10.948, de 05 de novembro de 2001*. Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providên-

cias. Lei nº 10.948/01. São Paulo, SP, 05 nov. 2001. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10948-05.11.2001.html>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

SERGIPE (Estado). *Constituição* (1989), de 05 de outubro de 1989. Constituição do Estado de Sergipe. Aracaju, SE: 01 set. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70454>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

SUIAMA, Sérgio. Em busca de um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros. In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (Org.). *Homossexualidade e direitos sexuais*: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 166-207.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso*: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. Rio de Janeiro: Record, 2000.

VIANNA, Adriana. *Direitos e políticas sexuais no Brasil*: mapeamento e diagnóstico. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004. p. 51-62.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

**SEGUNDA PARTE: DERECHO DE
FAMILIA EN PERSPECTIVA *QUEER***

5 PARA UNA TEORÍA DEL DERECHO DE LAS PERSONAS Y DE LA FAMILIA EMANCIPADA DEL GÉNERO

Daniel Borrillo

En Francia, el término «género», como sinónimo de sexo, está desprovisto de existencia jurídica. El vocablo «género» aparece, principalmente, en los textos relacionados con el derecho de autor para designar el «género literario, artístico o un tipo de industria». En derecho de las obligaciones, el género remite a la clasificación de las cosas. De esa forma, el adagio latino *genera non pereunt* (las cosas de género nunca perecen) indica que el deudor no podría considerarse libre del hecho de perder una cosa de género. El lenguaje jurídico se confunde aquí con el coloquial: el género se refiere al conjunto de seres u objetos del mismo origen o vinculados por la similitud de una o varias características (pertenecer a un género, ingresar en un género).

La categoría sociológica de género aparece en el derecho francés dentro del vocablo «sexo». El derecho positivo se refiere al sexo

como una realidad natural, a tal punto que, según Michèle-Laure Rassat, «la ley no definió sexo porque no le cabe definirlo. El sexo es un concepto científico. A las ciencias les cabe [...] decir en qué consiste y al derecho ratificar sus revelaciones.» (RASSAT, 1985, p. 655, traducción nuestra).

Si el término «sexo» (aunque nunca haya sido definido) es consagrado en ámbito nacional, por otro lado, en ámbito internacional, solo después de la conferencia de Beijing de 1995, surgió jurídicamente el término «género» para referirse a las relaciones sociales del sexo y, principalmente, a la discriminación de las mujeres. Entonces, por el derecho internacional la categoría se hará conocida en el derecho francés. Sin embargo, aunque varios informes europeos se refieran al género,¹ los textos jurídicos en lengua francesa de la Unión Europea usan el vocablo «sexo» (igualdad o discriminaciones fundamentadas en el sexo) o «hombres y mujeres» (igualdad entre hombres y mujeres) para designar el género. Así, las directrices relacionadas con las discriminaciones se refieren a cualquier «situación, disposición, criterio o práctica capaz de perjudicar o colocar en desventaja a personas de un sexo con respecto a personas del otro sexo» (UNIÓN EUROPEA, 2004).² La acción positiva es definida por el derecho europeo como «medidas destinadas a facilitar el ejercicio de una actividad profesional por el sexo subrepresentado o para prevenir o compensar desventajas en la carrera profesional». El acoso es «la situación en la que un comportamiento indeseado, relacionado con

¹ Ver, por ejemplo, *Différences entre les genres en matière de réussite scolaire: étude sur les mesures prises et la situation actuelle en Europe* (Diferencias entre los géneros en materia de éxito escolar: estudio sobre las medidas tomadas y la situación actual en Europa), informe de la Agencia ejecutiva Education, Audiovisuel et Culture (COMISIÓN EUROPEA, 2010).

² Directriz 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, establece el principio de la igualdad entre las mujeres y los hombres con respecto al acceso a bienes y servicios y a proveer bienes y servicios (UNIÓN EUROPEA, 2004).

el sexo de una persona, ocurre con el objetivo o efecto de afectar la dignidad de una persona y crear un ambiente intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo» (UNIÓN EUROPEA, 2004).

Se debe principalmente a los trabajos de las feministas anglosajonas (BELLEAU, 2001) la irrupción de la palabra «género» en la doctrina de los juristas, aunque la ley francesa nunca la use y ningún diccionario o vocabulario jurídico la introduzca en su repertorio.³

Además de esa cuestión terminológica, vinculada frecuentemente a la traducción del término inglés *gender*, es imprescindible constatar que los dispositivos jurídicos, tanto nacionales, europeos, como internacionales, se basan en la supuesta existencia de dos sexos jurídicamente establecidos. Los individuos se encuentran designados en una u otra de esas dos categorías distintas y estables: hombres y mujeres. No sorprendente, el derecho solo refleja aquí una tradición multisecular que naturalizó esa organización binaria del género humano fundamentado en las características biológicas de los sexos (BORRILLO, 2011).

El contenido del término «sexo» aparece en el derecho interno como atribución a una categoría de una parte y como precepto de no discriminación de otra. El sexo entonces es al mismo tiempo identificación y protección. Y, además, el derecho, alimentándose de otras disciplinas, ve igualmente en el sexo las relaciones sociales de género y la diferencia de los sexos, o sea, la repartición complementaria de las funciones socialmente sexuadas. De esa forma, el sexo designa los hombres y las mujeres (sexo biológico), los comportamientos esperados de cada categoría (sexo social o género propia-

³ Es en vano que busquemos la palabra «género» en los diccionarios jurídicos. Por otro lado, el término «sexo» (CORNU, 2007, p. 864) indica «en el hombre o en la mujer, los órganos de la reproducción y de la sexualidad». Como también «cada una de dos mitades del género humano, conjunto de las mujeres (sexo femenino), conjunto de los hombres (sexo masculino)».

mente dicho) y el deseo sexual y afectivo de unos para con los otros (heterosexualidad).

En un primer momento, presentaremos las implicaciones jurídicas de ese triple significado del vocablo para, enseguida, probar su pertinencia jurídica.⁴ En otras palabras, ¿es necesario que el sujeto de derecho sea sexuado para que la imputación de los derechos y obligaciones pueda defenderse judicialmente?

Aunque el término «género» no sea simple en el contexto jurídico, lo usaremos en este artículo (al menos formalmente) como sinónimo de sexo biológico, como categoría de identificación de las personas físicas, como función social y sexual, y como dispositivo antidiscriminatorio. No obstante, esa semejanza semántica no implica absolutamente una sinonimia substancial, como intentaremos demostrar en las páginas que siguen.

EL GÉNERO: UN MONSTRUO DE TRES CABEZAS

Como el can Cerbero, guardián del infierno, el género es un monstruo de tres cabezas. Desde su nacimiento, los individuos son jurídicamente clasificados en la categoría macho o hembra. Esa designación de identidad encuentra su origen en el centro de nuestra cultura. De esa manera, el relato del Génesis cuenta que Dios creó primero al hombre y después

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

⁴ Como lo cita Danièle Lochak, «no es porque los hombres y las mujeres existen como categorías biológicas, sociales o antropológicas que deben necesariamente existir como categorías jurídicas» (LOCHAK, 2011, p. 44, traducción nuestra).

la costilla que Jehová Dios tomó del hombre, hizo una mujer, y la trajo al hombre. Dijo entonces Adán: Eso 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. (BIBLIA, 2015, Génesis, 2:21-2:24).

La evidencia de una humanidad binaria encuentra sus orígenes en la Biblia y en la mayoría de las narraciones míticas,⁵ a tal punto que la antropóloga Françoise Héritier llegará a afirmar que en lo que se refiere

a la diferencia sexuada y al papel diferente de los sexos en la reproducción. [...] Se trata de un límite último del pensamiento, sobre el que está fundamentada una oposición conceptual esencial: la que opone lo idéntico a lo diferente, uno de esos *thematba* arcaicos que se encuentran en todo pensamiento científico, tanto antiguo como moderno y en todos los sistemas de representación (HÉRITIER, 1996, p. 20, traducción nuestra).

Esa forma de transcendencia antropológica, para retomar la expresión de Éric Fassin, refuerza el pensamiento bíblico:

como la religión podía otrora colocarse sobre lo político, del mismo modo hoy, en una sociedad democrática y laica, a algunos les gustaría poner la antropología por debajo de lo político. La diferencia de sexos tendría de ese modo un fundamento no suprapolítico, sino infrapolítico; no teológico, sino antropológico (FASSIN, 2001, p. 97).

Desde el principio, por lo tanto, la designación sexuada de los individuos no posee solo una finalidad reflexiva, o sea, vinculada al individuo frente a él mismo, sino también una finalidad relativa frente al otro. La diferencia de sexo se refiere tanto a la relación de

⁵ Sin embargo, algunos relatos son mucho menos heterosexistas que el del Antiguo Testamento, como vemos en El banquete, de Platón [380 a. C.].

subordinación entre los géneros como a la relación de complementariedad que supuestamente mantienen entre sí. Se trata, al mismo tiempo, de una manera de definir y designar la alteridad para describir mejor la necesaria complementariedad (subordinación o supremacía) sexual. Philippe Malaurie lo explica en los siguientes términos: «Desde el principio del Génesis se dice que Dios creó al hombre y a la mujer. Enseguida, en su propio origen – para los que creen, en su origen divino –, el ser humano fue creado para fundirse uno al otro: para donarse» (MALAURIE, 1999, p. 18-19, traducción nuestra).

El sexo indica, al mismo tiempo, la naturaleza biológica de los seres sexuados (macho y hembra) y las relaciones familiares y sociales que mantienen los géneros masculino y femenino entre sí. Esa visión relacional del sexo supone una ideología que no es solo la de la subordinación de las mujeres, sino también y principalmente la de la necesaria complementariedad entre las sexualidades, o sea, la heterosexualidad obligatoria, para retomar la expresión de Adrienne Rich (1980). En ese contexto, no sorprende que los principales representantes de la doctrina de los juristas que consideran el sexo como «la imagen jurídica de la persona» (LAROCHE-GISSEROT, 1997, p. 461, traducción nuestra), la «división primordial» (CARBONNIER, 2000, traducción nuestra) de la humanidad y la prueba de la coexistencia de «dos estados primeros» (BRUNETTI-PONS, 2004, p. 589, traducción nuestra) sean con frecuencia los mismos que se opusieron ardientemente al reconocimiento de las uniones del mismo sexo (BORRILLO, 1999).

Luego, el sexo se refiere, al mismo tiempo, a un estatus y a una función. El pertenecer a las clases macho o hembra constituye el sexo-estatus o el sexo-identidad. Los comportamientos sociales que supuestamente corresponden a un sexo o a otro (masculino/femenino) así como la jerarquía de las sexualidades (heterosexualidad/homosexualidad) designan el sexo-función (COOK; CUSACK, 2009).

La diferencia del sexo-estatus y del sexo-función es puramente analítica. Sin embargo, permite comprender mejor la complejidad y la dimensión polifuncional de la categoría como también su carácter eminentemente público.

EL GÉNERO-IDENTIDAD

Los individuos que entran en su nacimiento en las categorías sexuadas difícilmente pueden escapar de sus grupos o abandonar sus orientaciones (solo con la autorización del médico y del juez, siempre en un ámbito de un procedimiento administrativo) en vista de la permanencia de la marca biológica de la diferencia de sexo. De hecho, el sexo aparece como el caso más estricto de designación de identidad. Se trata de una división irremediable de la humanidad, ya que está fijada de modo definitivo. La posibilidad de un género neutro había sido evocada al final del siglo XIX por el fundador de la medicina legal, Alexandre Lacassagne, que «requiere una reforma del artículo 57 del Código Civil para imponer un examen médico en la pubertad que decidirá el sexo y la inscripción como hombre, mujer o neutro en los registros del estado civil» (1887, p. 91).

Si la ley no define el sexo, una antigua jurisprudencia de la Corte de casación referente al casamiento da como criterio definidor la apariencia externa de los órganos genitales.⁶ Roger Nerson tiene

⁶ *Cass. fr., ch. civ.*, 6 de abril de 1903, *D.P.*, 1904, 1, p. 395, *concl. BAUDOUIN*. Esa teoría del sexo aparente fue confirmada por la Corte de casación después de la condenación de la Corte Europea de Derechos Humanos. De hecho, en su sentencia del 11 de diciembre de 1992, la alta jurisdicción (FRANCIA, 1992) decidió: «cuando, después de un tratamiento médico/quirúrgico aplicado con finalidad terapéutica, una persona que presenta el síndrome de la transexualidad deja de poseer todas las características de su sexo de origen y asume una apariencia física que la aproxima de otro sexo, al que corresponde su comportamiento social, el principio debido a la vida privada justifica que su estado civil indique de ahora en adelante el sexo que ella aparenta».

razón al afirmar que «la legislación francesa no necesitó la definición del sexo, y que de la jurisprudencia referente al casamiento podemos hacer deducciones de la definición establecida por el derecho positivo francés» (1966, p. 74, traducción nuestra). En su redacción actual, el primer inciso del artículo 57 del Código Civil dispone: «el acta de nacimiento enunciará el día, la hora y el lugar de nacimiento, el sexo del niño y los nombres que le serán dados [...]» (FRANCIA, 2017, traducción nuestra).

Según la jurisprudencia establecida por la Corte de casación, el examen de los órganos genitales externos del recién nacido es lo que determina: si el individuo pertenece a uno o a otro sexo;⁷ el reconocimiento que la sociedad hace de ese estado (estado civil); y la atribución de nombres, frecuentemente sin ambigüedad con respecto al sexo del o de la que los usa. De acuerdo con la Corte de apelación de París, «todo individuo, aunque represente anomalías orgánicas, debe estar obligatoriamente vinculado a uno de los dos sexos, masculino o femenino, y eso debe ser mencionado en su acta de nacimiento» (FRANCIA, 1974, p. 196). El artículo 55 del Código Civil enuncia en el inciso primero que «las declaraciones de nacimiento deben hacerse hasta tres días después del parto al oficial del estado civil del lugar» (FRANÇA, 2017, traducción nuestra). Antiguamente, el mismo oficial del estado civil constataba *de visu* (de vista) el sexo del niño que le era presentado (BRANLARD, 1993, p. 45).

La instrucción general, referente al estado civil, aclara también que

⁷ En la ausencia de una definición legal, es necesario recurrir a la jurisprudencia. El Tribunal Grande Instance de Nanterre, en una decisión del 21 de abril de 1983, constató que «en el actual estado de la ciencia, el sexo es definido con la ayuda de varios elementos: cariotipo, fisiología, apariencia, sexo cerebral, comportamiento. Es necesario considerar cada uno de esos elementos para conectar a una persona a uno de los dos sexos» (FRANCIA, 1983, traducción nuestra).

cuando el sexo del recién nacido es incierto, conviene evitar el uso de la indicación sexo indeterminado y el oficial del estado civil debe aconsejar a los padres que le pregunten a su médico cuál es el sexo que parece más probable considerando, eventualmente, los resultados previsibles de un tratamiento médico. Ese es el sexo que se indicará en el acta de nacimiento, y podrá ser rectificado judicialmente en el futuro en caso de estar equivocado. (FRANCIA, 1999, art. 288, traducción nuestra).

En lo que concierne tal instrucción, la corte de apelación de Versailles aceptó el pedido de rectificación del estado civil y el cambio de nombre de un niño que presentó, desde su nacimiento, órganos masculinos extremadamente insuficientes, ya que finalmente el sexo indicado originalmente se reveló equivocado (FRANCIA, 2001, p. 10595). Es necesario recordar que si los padres se niegan a declarar el sexo del niño, su responsabilidad penal podrá ser considerada.⁸

Conocida antiguamente como hermafroditismo (hijo de Hermes y de Afrodita),⁹ hoy esa realidad es conocida científicamente como intersexualidad.¹⁰ En casos de fuerza mayor, esa situación permite una modificación del sexo declarado, considerado como resultado de un error material causado por la incertidumbre inicial. El artículo 288 de la Instrucción general referente al estado civil está complementado como sigue:

Si, en ciertos casos excepcionales, el médico estima que no puede dar inmediatamente cualquier indicación sobre el probable sexo de un recién nacido, pero si ese sexo puede ser determinado definitivamente en un plazo de uno o dos años después de un tratamiento apropiado, podría admitirse, con la aceptación del procurador de la República, que ninguna mención sobre el sexo del niño sea inicialmente inscrita en el acta de nacimiento. En esa

⁸ De hecho, el artículo R.645-4 atribuyó una contravención de clase 5 a cualquier persona que, habiendo asistido un parto, no haga la declaración de nacimiento prevista en el artículo 55 del Código Civil.

⁹ El mito de Hermafrodita narrado por Ovidio en el libro IV de las *Metamorfosis* es la primera explicación para esos individuos que parecen no tener ningún sexo o tener los dos.

¹⁰ Sobre la evolución de la terminología, ver PICQUART (2009, p. 109).

hipótesis, conviene que todas las medidas útiles sean tomadas para que, más tarde, el acta de nacimiento pueda ser efectivamente completada por decisión judicial. En todos los casos de ambigüedad sexual, debe aconsejarse a los padres que elijan un nombre que pueda ser usado tanto por una niña como por un niño. (FRANCIA, 1999, traducción nuestra).

Salvo en casos de intersexualidad, la Corte de Casación adoptaba una posición restrictiva y solo aceptaba los pedidos de rectificación del estado civil en algunas circunstancias excepcionales. De hecho, durante mucho tiempo la justicia francesa permaneció sorda frente a las demandas de los transexuales¹¹ y si la operación de redefinición sexual era tolerada, la modificación de sexo en los documentos de identidad era negada en nombre de la indisponibilidad del estado de las personas, principio de orden público en virtud del cual solo la administración tiene cualidad para fijar y autenticar el estado civil del individuo sujeto de un derecho.¹²

La intersexualidad y la transexualidad ponen de manifiesto la complejidad del sexo: sexo genotípico, sexo fenotípico, sexo endócrino, sexo psicológico, sexo cultural y sexo social son diferentes aspectos de una misma realidad. Cuando no hay un acuerdo entre los aspectos biológicos y los aspectos psicológicos del sexo, algunas personas se ven frente a una situación de perturbación, confusión de identidad de género. Frecuentemente, esas personas quieren so-

¹¹ Diferentemente de los intersexuales, en los transexuales no existe ninguna ambigüedad física, se trata entonces de una cuestión puramente psicosocial.

¹² Según Vincent Calais, «Esa concepción francesa del estado de las personas, marcada por la herencia católica y por la preponderancia política y cultural del Estado, se distingue de otras tradiciones, la del derecho británico, por ejemplo. En Gran Bretaña, los registros de estado civil son documentos históricos, que describen acontecimientos fundamentales de la vida del sujeto, sin adoptar el carácter de un discurso determinante de la identidad individual. Los cambios de apellido y nombre, por ejemplo, estrictamente reguladas en Francia, son mucho más fáciles en Gran Bretaña» (2007, p. 134, traducción nuestra).

meterse a una intervención quirúrgica para corregir su anatomía¹³ y cambiar el estado civil. El impedimento de conciliar los documentos de identidad con el nuevo sexo fue considerado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contrario al respeto por el derecho de la vida privada, lo que provocó un giro en la jurisprudencia francesa.¹⁴ En el caso Goodwin, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el derecho al desarrollo personal debe, de ahora en adelante, primar y observar que la negación de autorizar a los transexuales a cambiar de sexo no es equitativa y que constituye una violación de su vida privada. Del mismo modo, «La Corte no está convencida de que hoy se pueda continuar admitiendo que los términos del artículo 12 de la convención (derecho de casamiento) impliquen que el sexo deba ser determinado según criterios puramente biológicos.» (UNIÓN EUROPEA, 2002, traducción nuestra). La Corte consideró también que cabe al estado determinar las condiciones y formalidades que conciernen el casamiento de los transexuales, pero que «no ve ninguna razón para que justifique que los transexuales sean privados en cualquier circunstancia del derecho de casarse».

En Francia, después de la Circular de 14 de mayo de 2010, no es más necesario haber hecho una operación de redefinición sexual (o sea, de ablación de los órganos genitales); y los tratamientos médico-quirúrgicos, si provocaron cambios irreversibles, ya pueden ser suficientes para justificar el pedido de cambio de sexo (FRANCIA, 2010). En la ausencia de esa modificación física y fisiológica, fruto de por lo menos una hormonoterapia responsable por una esterili-

¹³ Las primeras operaciones de cambio de sexo ocurrieron durante los siglos I y II antes de Cristo (ANDROUTSOS; PAPADOPOULOS; GEROULANOS, 2001).

¹⁴ *Cass. fr., ass. plen.*, 11 de diciembre de 1992, dos decretos: J.C.P., ed. G, 1993, II, 21991, concl. JEOL y obs. G. MEMETEAU, R.T.D. civ., 1993, p. 92, obs. J. HAUSER.

dad, el individuo no puede requerir una rectificación de su estado civil. En otras palabras, no hay salvación para los y las que desean un cambio de género social sin someterse al dispositivo clínico.¹⁵ Como demostró Elsa Dorlin (2008), no fueron las feministas, sino el aparato médico-psiquiátrico quien inventó el género para apoderarse de las cuestiones como el hermafroditismo y el transexualismo. El Estado, después de eso, se refugia atrás de la autoridad médica para reglamentar los conflictos vinculados a la pertenencia a una u otra categoría sexual.

EL GÉNERO-FUNCIÓN

El sexo aparece no solo como un estatus (atributo de la personalidad), sino también como una función que remite a los papeles sociales esperados de uno y otro sexo. El género-función es el aspecto dinámico del género-identificación. Durante mucho tiempo, el sexo-función organizaba jurídicamente la subordinación de las mujeres. Así, del derecho constitucional al Derecho Civil, del derecho del trabajo al derecho de la familia, las leyes excluían a las mujeres de los derechos fundamentales, como el derecho al voto, el derecho a disponer de su patrimonio, a la igualdad en el seno de la familia... Las teorías feministas del derecho (BELLEAU, 2001) dieron nombre al carácter político y a la dimensión arbitraria de la supuesta naturalidad de la diferencia sexual, que sirvió para jerarquizar a los sujetos de derecho y para discriminar «legalmente» a las mujeres.

¹⁵ De acuerdo con la Resolución no 1728 del Consejo de Europa, referente a las discriminaciones fundadas en la orientación sexual y en la identidad de género, la diputada Michèle Delaunay presentó el 22 de diciembre de 2011 una propuesta de ley no 4127 buscando la simplificación del procedimiento de cambio de la mención del sexo en el estado civil.

a) El *gender-blind* del derecho europeo

Algunos vestigios de la concepción paternalista del derecho terminaron desapareciendo gracias al derecho europeo, que se vuelve progresivamente indiferente al género. De hecho, la Corte de Luxemburgo negó algunos beneficios reservados a las mujeres de una manera general sin justificación específica. Era el caso de la ley Roudy del 13 de julio de 1983, que otorgaba principalmente una extensión de la licencia maternidad y una reducción del tiempo de trabajo para las mujeres, cuando esos beneficios también deberían referirse a las funciones paternas y no ser reservados solo a las madres (COMUNIDADES EUROPEAS, 1988). Efectivamente, asociar feminidad a maternidad refuerza un estereotipo de género. Es la cualidad de genitor y no la categoría mujer lo que justifica algunas disposiciones. Un enfoque relacional del género permite, como propone M. Minow (1990), tratar del embarazo como una cuestión que se refiere no solo a las mujeres embarazadas, sino a todos los individuos, pues, mientras esperamos un útero artificial, ese es, por ahora, el único modo de reproducción de la especie humana (ATLAN, 2005).

La interdicción del trabajo nocturno para las mujeres también fue discutida por el juez europeo y conllevó a la derogación del capítulo III de la ley del 9 de mayo de 2001. Siguiendo la misma lógica de indiferenciar el género, la ley del 26 de julio de 2005, que formula diversas medidas de transposición del derecho comunitario a la función pública, amplía el beneficio para que llegue a los empleos públicos (límite de edad, condición de diploma impuesta a otros candidatos...) e igualmente a los hombres padres de tres hijos. Del mismo modo, la Corte de justicia de la Unión Europea considera discriminatorias las operaciones de las compañías de seguro que consideran el sexo para calcular los premios y las cuotas del seguro

automotor: el género no sería más (a partir del 21 de diciembre de 2012) un criterio de determinación de la tarifa de ese tipo de seguro.

b) La función heterosexual del género

La consideración del sexo que hacía el derecho sirvió durante mucho tiempo para justificar la exclusión y el rebajamiento de las mujeres. Hoy, el hecho de pertenecer a uno u otro sexo no aparece más como un elemento formal, determinando el goce de los derechos. ¿Por qué entonces continuar haciendo del género un elemento del estado civil?

La única razón para esa persistencia parece ser, de acuerdo con el análisis de la jurisprudencia francesa desde 1903, la que se refiere a la institución matrimonial, considerada por los jueces como necesariamente heterosexual.

Sin embargo, además de las interpretaciones de la jurisprudencia, es necesario constatar que las principales convenciones referentes a los derechos humanos son redactadas de una manera neutra con respecto al género. Los capítulos comienzan de la siguiente forma: «toda persona tiene el derecho...», «cada uno tiene el derecho...», o entonces «nadie puede ser...», pero cuando se trata del derecho fundamental al casamiento, los acreedores de dicho derecho se vuelven sujetos sexuados: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a casarse y fundar una familia...».¹⁶ Sin embargo, conscientes de esa situación, los redactores de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea no definieron el casamiento, sino que se limitaron a proclamar que «El derecho a ca-

¹⁶ Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

sarse y el derecho a fundar una familia están garantizados según las leyes nacionales en ejercicio». ¹⁷

El género como categoría de identificación del estado civil sirve para definir el casamiento como una institución heterosexual y, consecuentemente, para impedir el casamiento entre personas del mismo sexo. Así, el Tribunal correccional de Brest, en una decisión del 15 de diciembre de 2011, se negó a cambiar el estado civil de Chloé, nacida Wilfrid, después de una operación de reconversión sexual alegando que cambiar el sexo mencionado en el acta de nacimiento de una persona casada terminaría por crear una situación de casamiento entre personas del mismo sexo.

Por otro lado, esos ejemplos también mostrarían el hecho de que el sexo-función (en el contexto jurídico) no es solo un instrumento de la dominación sobre las mujeres (aunque en el contexto sociológico las discriminaciones permanezcan), sino una categoría que produce igualmente la exclusión de los (las) homosexuales: ningún derecho al casamiento para las parejas del mismo sexo, ninguna sucesión *ab intestat*, ninguna reversión de pensión, ninguna filiación adoptiva o por procreación artificial.

Con el fin de restituir su plena capacidad protectora, la categoría sexo, en su dimensión relacional, debería referirse no solo a las «relaciones sociales de sexo», sino también a las «relaciones sociales de sexualidades». La dimensión protectora de la categoría encontraría de esa forma toda su facultad de adaptación sociológica y todo su sentido jurídico.

¹⁷ Artículo 9º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

EL GÉNERO-PROTECCIÓN

El análisis del derecho positivo revela que pertenecer a uno o a otro sexo motiva cada vez menos la aplicación de un estatus específico. De hecho, la mayoría de las reglas que atribuyeron a la mujer un estatus jurídico inferior al hombre desaparecieron a lo largo del siglo XX gracias a las políticas antidiscriminatorias y de protección de la igualdad, que hicieron del «sexo» una categoría ya no más de dominación, sino de emancipación. Al contrario del género-identificación, el género-protección es una categoría provisoria que responde a una necesidad puntual: la igualdad material. Se trata de una medida correctiva que, una vez alcanzado el objetivo, no tiene ninguna razón particular para perdurar.

a) El género como una categoría antidiscriminatoria

La igualdad de los sexos está consagrada en nivel constitucional desde el preámbulo de la Constitución francesa de 1946. También figura entre las misiones fundamentales de la Comunidad Europea (artículo 2 del tratado CE). La Convención europea de los derechos humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ratifican la igualdad de los sexos y combaten las discriminaciones fundadas en el género. En Derecho Civil, ninguna disposición hace de la mujer un ser inferior sumiso frente al poder del marido, y en materia de autoridad parental, el principio es el del ejercicio común por el padre y por la madre. En derecho del trabajo se afirma el principio de la igualdad de tratamiento entre los hombres y las mujeres. Esa igualdad se manifiesta principalmente a propósito del acceso a ciertas profesiones que antes estaban prohibidas a las mujeres y a propósito de la igualdad de las remuneraciones. Los principios de igualdad de los sexos y de no discriminación consti-

tuyen la regla, al punto de haber provocado, en 2011, el desaparecimiento de la interdicción del trabajo nocturno para las mujeres o, por otro lado, la reducción de los premios de seguros automotores, como ya mencionamos.

Desde el ángulo del derecho convencional de los derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el término «sexo» del artículo 14 de la Convención (no discriminación) debería ser interpretado como inclusivo de la orientación sexual. De hecho, enunció en el decreto en el caso «Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal», del 21 de diciembre de 1999, que la orientación sexual es una noción «cubierta, indudablemente, por el artículo 14 de la Convención» (UNIÓN EUROPEA, 1999). Del mismo modo, la Corte suprema de Hawái, en 1993, había considerado que la imposibilidad del casamiento entre personas del mismo sexo constituía una discriminación fundamentada en el sexo del requirente: los jueces consideraron que por el requirente ser hombre el derecho de casarse con un hombre le es negado, mientras que una mujer se habría podido casar con ese hombre (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, 1993, p. 60-63).

Si, para algunas jurisdicciones, la categoría sexo puede comprender la sexualidad, los jueces del derecho comunitario hicieron una interpretación diferente. Así, el 30 de abril de 1996, una mujer transexual logró convencer a la Corte de Luxemburgo de que su licenciamiento constituía una discriminación basada en su sexo (UNIÓN EUROPEA, 1996). Si la noción de discriminación basada en el sexo protege a los transexuales,¹⁸ se podría haber imagi-

¹⁸ Tanto en el contexto europeo como en el nacional: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 de julio de 2002) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*P. v. S. and Cornwall County Council*, 30 de abril de 1996, C 117/01) y la HALDE consideraron igualmente que la discriminación contra las personas transexuales constituye una discriminación basada en

nado que tal protección se extendería a los *gays* y lesbianas. Ese fue el argumento desarrollado por el abogado de Lisa Grant, una mujer lesbiana que decidió recurrir a la Corte de Justicia de Comunidades Europeas (C.J.C.E), invocando el artículo 119 del tratado de Roma sobre la igualdad de tratamiento de los sexos. El abogado general de la Corte, siguiendo los argumentos del abogado de la requirente, consideró que la noción de discriminación basada en el sexo podía comprender igualmente la discriminación fundamentada en la orientación sexual. Luego, comparando la situación de Lisa Grant a la de un hombre heterosexual, el abogado general concluyó que el sexo de la sra. Grant era lo que estaba en el origen de la discriminación y no el hecho de que fuera lesbiana. Efectivamente, si la requirente hubiese sido hombre y no una mujer, habría podido beneficiarse de las ventajas consecuentes de su vida de pareja con una mujer. Se trataría entonces de una discriminación fundada en el sexo que entraría en el dominio de competencia de la Corte. Aunque la C.J.C.E. siga generalmente la opinión de su abogado, en el caso Grant los jueces de Luxemburgo divergieron decidiendo que no había discriminación fundada en el sexo, sino en la orientación sexual, separando, entonces, su jurisdicción. Esa interpretación de la C.J.C.E. reveló la necesidad de instrumentos específicos de protección contra la discriminación que afecta a *gays* y lesbianas. Esa es la vía seguida por el tratado de Ámsterdam, del 20 de octubre de 1997, que introdujo la categoría «orientación sexual» en un nuevo artículo tratado. Es, por lo tanto, por una visión del sexo limitada a su dimensión de estatus, y no de función, por lo que la Corte de Luxemburgo condujo al legislador europeo a crear la categoría «orientación sexual» (BORRILLO, FORMOND, 2007).

el sexo (ver principalmente las decisiones no 2008-28 y 2008-29 del 18 de febrero de 2009).

b) El género como categoría fomentando la diversidad

El sexo no es solo una categoría antidiscriminatoria, sino también una categoría de promoción de la diversidad. De hecho, al finales de los años 1990, por primera vez en Francia, las leyes sobre la paridad marcaron la emergencia de una política pública voluntarista a favor de las mujeres en la representación política. La ley constitucional del 8 de julio de 1999 agregó al artículo 3 de la Constitución un inciso estipulando que «la ley favorece el acceso igual de las mujeres y de los hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas». Un año más tarde, la ley electoral del 6 de junio de 2000 fijó las modalidades prácticas para supuestamente «favorecer» ese acceso igual de las mujeres y de los hombres en el campo de representación pública. Como instrumento favorecedor de la igualdad material, la paridad tiende a corregir una situación política históricamente desfavorable para las mujeres.

Aun sin pronunciarnos sobre los beneficios de tal política, cabe cuestionar si, siguiendo la lógica correctiva que esa comporta, la paridad no debería beneficiar igualmente a los homosexuales. De hecho, así como las mujeres, los *gays* son nítidamente subrepresentados en las asambleas electivas en ámbito local y nacional. Es más, si las lesbianas pueden invocar la paridad, esa situación crea una desigualdad entre los hombres homosexuales y las mujeres homosexuales.

EL GÉNERO-IDENTIDAD: UNA BARRERA PARA LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS

En su dimensión de identidad y de función, la categoría sexo constituye una barrera para la igualdad de las personas. Como criterio de Estado que tiene un papel en la identificación oficial de los individuos, el género jurídico alimenta la ilusión natural de la exis-

tencia de dos realidades sociales claramente diferentes. Pues bien, la sociología destaca el hecho de que la distinción entre los hombres y las mujeres proviene más de las construcciones ideológicas y sociales que de las características invariables y naturales. Los caracteres femeninos y masculinos se forjaron en las relaciones históricas de dominaciones, de tal forma que el sexo es el resultado de esa historia, y no la expresión espontánea de una correspondencia con la realidad biológica macho/hembra. Los intersexuales son las primeras víctimas de esa lógica binaria de los géneros. Como no tienen un sexo claramente definido, esas personas se ven destinadas prematuramente en la notaría a una u otra categoría.

En lo que se refiere a los transexuales, a pesar del informe del Comisario para Derechos Humanos¹⁹ y de la recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sugiriendo a los Estados miembros que aseguren en la legislación y en la práctica de los derechos de las personas transgénero, que se tengan documentos oficiales que reflejen la identidad del género elegido, sin la obligación previa de someterse a una esterilización u otros procedimientos médicos, como una operación de conversión sexual o una terapia hormonal (CONSEJO DE EUROPA, 2010), la administración continúa exigiendo una esterilización como paso previo para la modificación de las actas del estado civil. La aparente desmedicalización del transexualismo efectuada en Francia en el último año²⁰ no

¹⁹ El 30 de julio de 2009, en su informe temático intitulado «Droits de l'homme et identité de genre» (Derechos humanos e identidad de género), lo Comisario recomendaba «cesar de subordinar el reconocimiento de la identidad de género de una persona a una obligación legal de esterilización y de sometimiento a otros tratamientos médicos» (COMISARIO PARA DERECHOS HUMANOS, 2009, traducción nuestra).

²⁰ Decreto no 2010-125, del 8 de febrero de 2010, referente a la modificación del anexo del artículo D. 322-1 del Código del Seguro Social referente a los criterios médicos usados para definir la afección de larga duración: «afecciones psiquiátricas de larga duración».

es más que una simple modificación burocrática de la atribución financiera concedida por el seguro social. El transexualismo continúa siendo considerado una enfermedad de competencia psiquiátrica y es por esa razón que solo un psiquiatra puede decidir institucionalmente quién sufre del síndrome del transexualismo.

En una propuesta de ley presentada el 22 de diciembre de 2011, la diputada socialista Michèle Delaunay propone una revisión completa del proceso de modificación de la mención del sexo en el estado civil, completamente libre de cualquier obligación de intervención médica.²¹

EL GÉNERO-FUNCIÓN: UNA BARRERA PARA LA IGUALDAD DE LAS FAMILIAS

²¹ Se trata de introducir un solo artículo después del artículo 99-1 del Código Civil, redactado de la siguiente forma: «Artículo 99-2. La petición de la rectificación de la mención del sexo le fue presentada al presidente del *tribunal de gran instancia* en la presencia de, como mínimo, tres testigos capaces, sin vínculo ni de ascendencia ni de descendencia con el interesado. Atestiguaron de buena fe sobre el fundamento de la petición. El abuso manifestado por el requirente fundamenta la intervención del ministerio público».

El tribunal ordena, salvo abuso manifiesto, la rectificación de la mención del sexo.

La rectificación es definitiva, bajo reserva de la no introducción de una nueva solicitud del interesado a título del inciso primero del presente artículo.

Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 101, los actos relacionados con el estado civil deben, bajo pena de multa editada en el artículo 50, integrar la rectificación ordenada en el acta de la rectificación.

La rectificación de la mención del sexo le confiere los derechos y obligaciones del nuevo sexo al interesado sin perjuicio de las obligaciones contratadas bajo el dominio del anterior con respecto a terceros y bajo reserva de los derechos vinculados al sexo anterior.

El casamiento preexistente debe ser anulado el día de la introducción de la petición de la rectificación.

La filiación establecida antes de la rectificación no sufre ninguna modificación. Después de la rectificación, la filiación podrá ser establecida, en lo que se refiere al interesado, de acuerdo con las disposiciones del título séptimo del presente Código».

En su dimensión de identidad y de función, la categoría sexo constituye una barrera para la igualdad de las familias. De hecho, el modelo de la familia conyugal organizada alrededor de la complementariedad de los papeles masculinos y femeninos, de la subordinación de las mujeres y de los niños (hijos) y de la supremacía del *pater familias* impidió, durante mucho tiempo, el reconocimiento de otras formas de vida familiar.

Las feministas materialistas destacaron la explotación económica de las mujeres que ese modelo comporta. Durante mucho tiempo, la naturalización de los géneros en el seno de la familia justificaba la subordinación de la mujer casada con respecto a su esposo, así como el monopolio de la institución matrimonial en lo que concierne la filiación legítima. Si el género identificación no constituye más una barrera para el acceso a los derechos familiares (los transexuales gozan del derecho al casamiento²² y las mujeres son formalmente iguales a los hombres), en compensación, el género como elemento que remite a la necesaria diferencia de los sexos, *conditio sine qua non* del derecho al casamiento y a la filiación, sigue siendo el principal obstáculo a la igualdad formal de los *gays* y lesbianas.²³

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima que no haya un derecho fundamental al casamiento para las parejas de mismo sexo,²⁴ el Consejo Constitucional considera que la interdicción al casamiento homosexual no es contraria a la Constitución²⁵ y la Corte de Casación recuerda que, en el actual estado de la ley francesa, el casamiento solo es posible entre un hombre y una mujer.²⁶ No

²² Una vez más, ver el caso «Christine Goodwin c. Reino Unido» (UNIÓN EUROPEA, 2002).

²³ La revisión de las leyes de bioética de 2011, así como las decisiones de la Corte de Casación y del Consejo Constitucional lo demostraron sin ambigüedades.

²⁴ Ver el caso «Schalk and Kopf v. Austria» (UNIÓN EUROPEA, 2010).

²⁵ Ver el caso «Corinne C. y Sophie H.» (FRANCIA, 2011).

²⁶ Ver FRANCIA, 2007.

obstante, los jueces no presentan ninguna explicación para justificar la diferencia de sexos como *conditio sine qua non* del derecho al casamiento. Para encontrar una respuesta, es necesario buscar en otro lugar. Según la socióloga Irène Théry, permitiendo el casamiento a las parejas del mismo sexo, la «diferenciación simbólica» de los géneros femeninos y masculinos desaparecería (THÉRY, 1997b).²⁷ De hecho, además de ser una relación sexual, la pareja sería «una unión sexuada por inscribirse en ese orden simbólico de la diferencia de los sexos que nombramos la diferencia de los géneros» (THÉRY, 1997, p. 24-25, traducción nuestra); luego, si cesa la discriminación en derecho de las parejas – o sea, la jerarquización – de acuerdo con su orientación sexual, se artificializa el género, desorganizando «[...] lo masculino y lo femenino construidos por la cultura de los sexos – macho y hembra – que son su soporte vivo». Finalmente, la autora teme que esa destrucción de la simbolización conduzca nuestra sociedad «de manera radical a un reduccionismo biológico». Pues, según ella, «cierta normalización de la homosexualidad participa debilitando las modalidades de institución de la diferencia de los géneros en la cultura occidental» (THÉRY, 1997, p. 24-25, traducción nuestra), lo que justificaría, desde entonces, mantener una jerarquía de las sexualidades simbolizada principalmente por la imposibilidad de acceso de las parejas del mismo sexo al casamiento civil. Théry justifica también el mantenimiento de la discriminación para el «desafío de la filiación». De acuerdo con esa socióloga, «el casamiento no es la institución social de la pareja, sino la institución que vincula la diferencia de los sexos a la diferencia de las generaciones»; por ese

²⁷ Ese argumento fue más ampliamente difundido por medio de una entrevista concedida al periódico *Le Monde* (THÉRY, 1997a, p. 16). El argumento vale tanto para la hipótesis de casamiento como para la de una asociación, de un objeto compartido, indiferentemente accesible a las parejas homo o heterosexuales (en el período del contrato de unión social; C.U.S.). Reemplazando explícitamente ese argumento: BRUNETTI-PONS, 2004; ver igualmente THÉRY; LABRUSSE-RIOU, 1998.

ángulo, «el derecho concibe el orden genealógico que inscribe cada ser humano en su doble linaje paterno y materno». Pues bien, «ahí», continúa, «se arraiga la diferencia de lo masculino y de lo femenino, que no es natural, sino cultural». He aquí como el argumento cultural está de acuerdo con la tesis naturalista de la diferencia de los sexos como un dato invariable cristalizado en la norma jurídica.²⁸

LIBRARSE DEL DISPOSITIVO GÉNERO-IDENTIDAD PRESERVANDO EL GÉNERO-PROTECCIÓN

El problema puesto por el sexo como categoría jurídica es el de la esencialización de tipos biológicos para una clasificación que busca legitimar su organización o su jerarquía apoyándose sobre distinciones inscriptas en la naturaleza de las cosas y de los seres. La indicación de otras categorías, tales como la raza o la religión, no solo está prohibida en las actas de estado civil francés, sino que también, cuando un extranjero proviene de un país en el que ese tipo de información es admisible, las autoridades francesas no deben considerarla (FRANÇA, 1999): «Como el contenido de las actas de estado civil es determinado por la ley del lugar donde son establecidas, el oficial del estado civil francés no puede introducir en las actas del estado civil de los extranjeros en Francia enunciados previstos por la ley nacional de los interesados si no lo son por la ley francesa (ejemplo: nacionalidad, religión, raza...).»²⁹

²⁸ Para una crítica sobre los efectos conservadores del orden simbólico, ver LOCHAK, 2011, p. 51.

²⁹ «Instruction générale relative à l'état civil» (Instrucción general referente al estado civil), título III, «Règles particulières aux divers actes de l'état civil» (Reglas particulares para las diversas actas del estado civil), capítulo III, «État civil des étrangers en France» (Estado civil de los extranjeros en Francia), artículo 529, inciso 2 (FRANCIA, 1999).

Como para la raza, el rasgo orgánico del sexo consigna la diferencia en los cuerpos y en las psiques de los individuos que no pueden escapar de ese destino biológico y cultural. El uso de la categoría «sexo» en los registros del estado civil presupone una realidad biológica primera, lo que implica reconocer ese aprisionamiento de los individuos y garantizar una perennidad de las identidades obligatorias.

Como categoría explícita, el sexo como elemento de identificación de las personas conserva la ilusión de la naturalidad de la diferencia entre los hombres y las mujeres y, sobretodo, de la necesaria complementariedad. La historia natural de los sexos no es más que la justificación de la heterosexualidad como identidad en una perspectiva de identificación con los valores metafísicos que fundan la familia y la filiación – recordemos los gritos de alerta de los antropólogos, psicoanalistas y otros peritos anunciando el fin de la civilización si el PaCS³⁰ nunca fuese adoptado (BORRILLO; LASCOUMES, 2002).

Sin embargo, como lo mencionamos antes, cuando se usa para fines de identificación, la categoría sexo no produce los mismos efectos de cuando se usa para fines de protección. La inscripción de la pertinencia sexuada en el derecho como elemento de identificación conlleva una irrefutabilidad de las características vinculadas al género. El individuo no podría, a partir de ahí, escapar de la categoría fatal a la que lo designa su apariencia fisiológica. Ese uso de la categoría interviene primero en la percepción y en la representación de la diferencia, el sexo biológico (y *a fortiori* la heterosexualidad) manifestándose bajo el signo de la evidencia. A seguir, instala un modo particular de funcionamiento social, una vez que la diferencia de sexo remite históricamente a la subordinación de la mujer y, hoy, a la heterosexualidad obligatoria (por lo menos con respecto a la pa-

³⁰ Del francés “Pacte Civil de Solidarité”; en Francia es un tipo de unión civil, sobre la que trataremos más adelante.

reja y a la filiación). La diferencia de sexos es una realidad simbólica fundamentada en la creencia de la supremacía cultural de la heterosexualidad. Sería necesario, entonces, de acuerdo con la tradición republicana francesa, apagar el «sexo» (como categoría de identificación) de todos los documentos de identidad, comenzando por el acta de nacimiento y el número del seguro social.

En compensación, el sexismo y el heterosexismo deben continuar siendo combatidos por la ley. En otras palabras, las categorías «sexo» y «orientación sexual» se encuentran justificadas, como medidas provisorias, cuando tienen por finalidad no enclaustrar a los individuos en categorías de identidad, sino permitirles justamente que se emancipen.

Como para las estadísticas étnicas y las políticas de afirmación de la igualdad y de la diversidad, podría aplicarse al sexo el método de autoidentificación. Eso consiste en clasificar a los individuos de acuerdo con su sentimiento de pertenencia a un grupo. Para hacer eso, es permitido ofrecer una lista de modalidades preestablecida (hombre, mujer, sexo neutro...) que los que responden pueden seleccionar, o dejar la respuesta abierta, lo que supone que la formulación de la pregunta use términos no equívocos para los participantes.

He aquí la paradoja de la que no se puede escapar bajo pena de hacer desaparecer el sustentáculo del cambio social: negar la categoría género en nivel de identificación para reivindicarla mejor en el contexto antidiscriminatorio. Sin embargo, la paradoja es fuertemente atenuada cuando se está consciente de que la categoría protectora nunca es definitiva y que responde a una necesidad puntual, orientada por la voluntad de corregir una desigualdad material.

La vinculación de los individuos a un género es el resultado de una norma de lectura de la sociedad doblemente fragmentada por el peso de la identidad del sexo. El género aparece como el primero de los comunitarismos, y el más disimulado, pues se lo presenta como

universal y natural. Es precisamente esa ideología (formulación repetitiva de un estado de hecho no cuestionado y formulado también como estado de derecho) que estableció la neutralidad y la objetividad del lado masculino. El verdadero universalismo solo puede fundamentarse sobre un sujeto de derecho neutro frente al género.

Mientras en materia de empleo o en lo que se refiere al acceso a bienes y servicios, la ceguera del género puede conllevar a discriminaciones, en materia de derechos de las personas y del derecho de la familia es justamente la vinculación al género lo que produce la discriminación. Si parece ser pertinente, por fin, la imputación de identidad del sexo como categoría del Estado, o sea, cristalizando un estatus permanente en las actas de estado civil, por otro lado, cuando el sexo se convierte en categoría de protección contra las discriminaciones y medida correctiva favoreciendo la diversidad de los grupos minoritarios (mujeres, homosexuales, transexuales, intersexuales...), la categoría debe perdurar. No obstante, el Estado no tiene ninguna necesidad de inscribir los individuos en una identidad cristalizada en las actas de estado civil para protegerlos. Luchar contra las discriminaciones no implica absolutamente renunciar al principio de engeguer con respecto al sexo y al género. La raza, la religión, la clase social, la profesión y el estado de salud no están inscriptos en los documentos de identidad, y eso nunca impidió la implantación de las políticas de lucha contra el racismo y el antisemitismo, la asistencia social para las personas en situación precaria o, simplemente, la seguridad social universal.

El fin de la inscripción de género en las actas de estado civil permitirá al mismo tiempo cuestionar la naturalidad de clasificación sexuada y dar un fin a las discriminaciones sufridas por los intersexuados, los *gays*, las lesbianas y los transgéneros. Deshacer la sexualización jurídica permitirá debilitar los estereotipos sociales relacionados a la feminidad y a la masculinidad. Además, luchar contra el sexismo

y la homofobia, sin por eso someter los individuos a un género, permitiría establecer una política antidiscriminatoria en la que la cuestión de la sexuación no remita más necesariamente a las mujeres. La indiferencia de género en derecho permitiría, de ese modo, la realización del género humano universal, o sea, más allá de la condición sexuada de los individuos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATLAN, Henri. *L'utérus artificiel*. París: Le Seuil, 2005.

ANDROUTSOS, G.; PAPADOPOULOS, M; GEROULANOS, S. *Les premières opérations de changement de sexe dans l'Antiquité*. *Andrologie*, 11, n° 2, p. 89-93, 2001.

BELLEAU, Marie-Claire. Les théories féministes: droit et différence sexuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 100, n° 1, p. 1-40, 2001.

BIBLIA, Español. *Santa Biblia*. Trad. Casiodoro de Reina; Cipriano de Valera. Madrid: IberiaLiteratura, 2015.

BORRILLO, Daniel. Fantômes des juristes *vs* Ratio juris: la doxa des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe. In: BORRILLO, Daniel; FASSIN, Éric; IACUB, Marcela Paris (Dir.). *Au-delà du PaCS: l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*. París: PUF, 1999.

_____. Le sexe et le droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi. *Jurisprudence Revue Critique*, n° 2, p. 263-274, 2011.

BORRILLO, Daniel; FORMOND, Thomas. *Homosexualité et discrimination en droit privé*. Paris: La Documentation Française, 2007.

BORRILLO, Daniel; LASCOUMES, Pierre. *Amours égales*. Le PaCS, les homosexuels et la gauche. Paris: La Découverte, 2002.

BRANLARD, Jean-Paul. *Le sexe et l'état des personnes*. Paris: L.G.D.J., 1993.

BRUNETTI-PONS, Clotilde. La distinction de l'homme et de la femme: approche pluridisciplinaire. *Revue de la Recherche Juridique*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, n° 2, 2004.

CALAIS, Vincent. Choisir son sexe, un droit de l'homme? *La Revue Lacanienne*, n° 4, p. 133-140, 2007.

CARBONNIER, Jean. *Les personnes, la famille, les incapacités*. 21a ed. Paris: PUF, 2000.

COMISARIO DE DERECHOS HUMANOS del Consejo de Europa (Unión Europea). *Droits de l'homme et identité de genre*, de 29 de julio de 2009 [en línea]. Strasbourg: Commdh/Issuepaper, 2009. [Consulta: 02 de febrero de 2016]. Disponible en: <<https://rm.coe.int/16806da5d0>>.

COMISIÓN EUROPEA. *Différences entre les genres en matière de réussite scolaire: étude sur les mesures prises et la situation actuel-*

le en Europe [en línea]. Bruselas: Agence Exécutive Éducation, Audiovisuel et Culture, 2010. [Consulta: 02 de febrero de 2016]. Disponible en: <http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/documents/thematic_reports/120fr.pdf>.

COMUNIDADES EUROPEAS. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *Sentencia de 25 de octubre de 1988*, relativa al procedimiento 312/86. Comisión de las Comunidades Europeas *vs.* República Francesa. Presidente: O. Due. Rechazo de Jurisprudencia. París, 1988. p. 06315.

CONSEJO DE EUROPA. *Recomendación CM/Rec (2010)5* del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género [en línea]. Adoptada por el Comité de Ministros el 31 de marzo de 2010. Strasbourg: Consejo de Europa, 2010. [Consulta: 02 de febrero de 2016]. Disponible en: <<https://www.coe.int/en/web/sogi/rec-2010-5>>.

COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009.

CORNU, Gérard (Dir.). *Vocabulaire Juridique*. París: Presses Universitaires de France, 2007.

DORLIN, Elsa. *Sexe, genre et sexualités: introduction à la théorie féministe*. París: PUF, 2008.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Suprema Corte de Hawai. Hawai'i Supreme Court. *Sentencia n° 74*. Haw. Baehr c. Lewin,

645, 852 P.2d 44, de 05 de mayo de 1993. Presidente: J. Levinson. Honolulu. 05 mayo 1993.

FASSIN, Éric. La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique. In: BORRILLO, Daniel; FASSIN, Éric. *Au-delà du PaCS: l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*. París: PUF, 2001.

FRANCIA. *Código Civil*, de 02 de marzo de 2017. Le Code Civil des Français. Code Civil. [en línea]. [Consulta: 03 de agosto de 2016]. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>.

_____. Corte de Apelación de París. Cour D'appel de París. *Sentencia*. Relator: Me. Granjon. París, Francia, 18 de enero de 1974.

_____. Corte de Apelación de Versailles. Cour D'appel de Versailles. Nota: Guez. Versailles, 22 de junio de 2000. *JCP*. Versailles, v. II, p. 10595, 2001.

_____. Corte de Casación. Cour de Cassation. Assembleia Plenária. Acórdão nº 1, Processo Nº. 91-11900. Presidente: M. Draï. París, 11 de diciembre de 1992. *Bulletin*. París, n. 13, p. 27.

_____. Corte de Casación. Cour de Cassation. Primera Cámara Civil. Anulación, *Arrêt n° 511*, de 13 de marzo de 2007. Stéphane C. y Bertrand C.. Presidente: Jean-Pierre Ancel. París, 13 de marzo de 2007.

_____. Consejo Constitucional. Le Conseil Constitutionnel. *Decisión nº 2010-92 QPC*, de 28 de enero de 2011. Caso Corinne C.

y Sophie H. Presidente: Jean-Louis Debré. JORF. Cscx1102828s. París, 29 de enero. 2011. n. 0024, p. 1894. Recueil, p. 87.

_____. *Instrucción General, de 19 de mayo de 1999*. Regroupe en un seul document les dispositions législatives et règlementaires, circulaires et décisions jurisprudentielles relatives à l'état civil. Instruction Générale Relative à L'état Civil du 11 Mai 1999 [en línea]. JORF n. 172. [Consulta: 02 de febrero de 2016]. Disponible en: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.el?cidTexte=JORFTEXT000000647915>>.

_____. Ministerio de Justicia y Libertades. De la Justicia y de la Libertad. *Bulletin Officiel*. Circulaire de la DACS CIV/07/10 de 14 de mayo de 2010, relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil. París, 14 de mayo de 2010.

_____. Tribunal Grande Instance. *Jurisprudence*. Nanterre, Francia, 21 de abril de 1983. Nanterre, 1983.

HÉRITIER, Françoise. *Masculin/féminin: la pensée de la différence*. París: Odile Jacob, 1996.

LAROCHE-GISSEROT, Florence (Ed.). *Leçons de droit civil: les personnes*. t. I, vol. 2, 8ª ed. París: Montchrestien, 1997.

LACASSAGNE, Alexandre. *Les actes de l'état civil*. París: A. Storck, 1887.

LOCHAK, Danièle. Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques. *Jurisprudence Revue Critique*, nº 2, 2011.

MALAUURIE, Philippe. Couple, procréation et parenté. In: BRUNETTI-PONS, Clotilde. *Notion juridique de couple*. Paris: Economica, 1999. p. 18-19.

MINOW, Martha. *Making all the difference*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1990.

NERSON, Roger. Jurisprudence. *Revue trimestrielle de droit civil: RTDC*, n° 5, 1966.

PICQUART, Julien. *Ni homme, ni femme: enquête sur l'intersexuation*. Paris: La Musardine, 2009. RASSAT, Michèle-Laure. Sexe, médecine et droit. In: RAYNAUD, Pierre. *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*. Paris: Dalloz, 1985. p. 651-674.

RASSAT, Michèle-Laure. Sexe, médecine et droit. In: RAYNAUD, Pierre. *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*. Paris: Dalloz, 1985. p. 651-674.

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

THÉRY, Irène. Entretien. *Le Monde*. Paris, p. 16. 25 nov. 1997a.

_____. *Le contrat d'union sociale en question*. Paris: Fondation Saint-Simon, 1997b.

THÉRY, Irène; LABRUSSE-RIOU, Catherine. *PaCS: les pièges d'un nouveau jeu de loi*. *Le Monde de l'éducation*, dossier "Famille, le grand chambardement", n° 264, p. 43-45, novembre de 1998.

UNIÓN EUROPEA. *Directiva del Consejo 2004/113/CE*, 13 de diciembre de 2004 [en línea]. Aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. [Consulta: 02 de febrero de 2016]. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32004L0113>>.

_____. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sentencia*. Procedimiento nº 28957/95. Christine Goodwin contra el Reino Unido. Gran Cámara, Presidente: Luzius Wildhaber. Estrasburgo, Francia, 11 de julio de 2002.

_____. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sentencia*. Procedimiento 33290/96. Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal. Presidente: Matti Pellompa. Estrasburgo, Francia, 21 de diciembre de 1999.

_____. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sentencia*. Procedimiento 30141/04. Schalk y Kopf contra Austria. Presidente: Christos Rozakis. Estrasburgo, Francia, 24 de junio de 2010.

_____. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Sentencia*. Asunto C-13/94. P. contra S. y Cornwall County Council. Presidente: G. C. Rodríguez Iglesias. Luxemburgo, 30 de abril de 1996. *European Court Reports*. Luxemburgo, 1996. v. 1, p. 2143. ART, Julien. *Ni homme, ni femme: enquête sur l'intersexuation*. París: La Musardine, 2009.

6 LAS UNIONES HOMOSEXUALES Y LA «FAMILIA HOMOAFECTIVA»: EL DERECHO DE FAMILIA COMO INSTRUMENTO DE ADAPTACIÓN Y CONSERVADURISMO O LA POSIBILIDAD DE SU TRANSFORMACIÓN E INNOVACIÓN

Roger Raupp Rios

Una de las cuestiones más disputadas en el debate sobre las uniones entre personas del mismo sexo es su caracterización jurídica como comunidad familiar. Este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre las implicaciones de la elección de las categorías jurídicas accionadas para ese reconocimiento (matrimonio, unión de hecho o una nueva modalidad de comunidad familiar) y sus consecuencias para tales uniones y para el propio derecho de familia. Para tanto, es necesario examinar, además de las tendencias que marcan la evolución del concepto jurídico de familia y de los fundamentos normativos que fundamentan la consideración de tales uniones en el ordena-

miento jurídico, la respuesta constitucional a ese tema ante el texto promulgado en 1988.

TENDENCIAS EN LA COMPRENSIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO DE FAMILIA Y LAS UNIONES HOMOSEXUALES

Como escribí en otro texto,¹ Valerio Poncar y Paola Ronfani (1998) se refieren a la existencia, en el Occidente, de dos grandes tradiciones jurídicas formadoras de la concepción de familia. Mientras en Europa continental la comprensión jurídica de la familia se fundamenta en la codificación napoleónica, el derecho de la *Common Law* construyó su modelo a partir de la denominada «familia victoriana». Enfatizaré la tradición continental, aunque refiera la discusión en el ámbito de la *Common Law*, teniendo en vista la extensión del debate sobre el concepto jurídico de familia y la unión de personas del mismo sexo.

El primer aspecto a ser destacado en una exposición de la concepción de familia en el Código Civil Napoleónico es la relación entre la configuración jurídica de la familia y el modelo de Estado.² Entre esos hay estrecha conexión, atribuyéndose a la familia relevancia política y la función de formación de los futuros ciudadanos y propietarios. Se trataba de fundar el orden público sobre el orden privado, el orden social sobre el orden doméstico, la gran patria sobre la pequeña. En ese contexto, deben ser destacados el refuerzo drástico del poder marital, la supremacía absoluta de la familia legítima, la condición jurídica sumisa de la mujer y la criminalización del adulte-

¹ Ver RIOS, 2001, cap. 4.

² Me valgo, en esta exposición, de PONCAR; RONFANI, 1998 (citados, capítulos I, II y III de la Primera Parte).

rio femenino. Además, la jerarquía familiar reposaba en la disciplina machista de la patria potestad, reforzada por su control público. Ese «poder-deber» se orientaba hacia la consecución de fines públicos, de ahí la posibilidad de intervención estatal cuando inadecuadamente ejercido. Esa configuración, marcadamente individualista, representó un modelo de regulación jurídica de la familia forjado de arriba hacia abajo, cuyos cimientos se encuentran en la concepción del ciudadano propietario, en oposición al particularismo jurídico que caracterizaba a Francia (TARELLO, 1976, p. 28).

Así reglada, la familia era entendida como un complejo de individuos jerárquicamente ordenados, formando una «teoría institucional»³ de la familia y del matrimonio, «en el sentido del derecho público, porque va más allá de la autonomía de las voluntades individuales frente a un objetivo superior: el bien de la familia y, por medio de él, el orden social» (MEULDERS-KLEIN apud PONCAR; RONFANI, 1998, p. 9, traducción nuestra). Entre los rasgos característicos de ese modelo institucional, deben ser destacados la percepción de la familia como una entidad cerrada, a ser considerada en sí misma, permanente en el tiempo independientemente de la mutación de sus componentes individuales, orientada hacia la consecución de objetivos económicos y afectivos internos y hacia la realización de finalidades externas y superiores, relacionadas a la manutención y el progreso de la sociedad. En ese modelo jerárquico, en el cual los individuos son concebidos en una «regulación piramidal compleja» y asimétrica, sin la previsión de la paridad de derechos entre los cónyuges, se delineó una estructura familiar de tipo fuerte y autoritario, predominando las relaciones de jerarquía sobre las de autonomía. Aquí no causa cualquier sorpresa la negación absoluta

³ Milton C. Regan, al estudiar la evolución del concepto de intimidad en el derecho de familia anglosajón, demuestra la prevalencia, también en esa tradición jurídica, de la regulación institucional de la familia (1993, p. 6).

a considerar la unión de personas de mismo sexo en el ámbito del derecho de familia. De hecho, en un contexto político e ideológico en el que los géneros están rígidamente definidos y orientados hacia necesidades de producción y al fortalecimiento de determinados patrones morales confirmatorios de esa cosmovisión, no hay espacio para la aceptación de cualquier especie de relación que se aleje del modelo de la familia institucional.

Las causas de ese fenómeno son de muchos órdenes, sobrepasando los límites de este estudio. Según David Greenberg (1990, p. 347-368), con el ascenso de las economías de mercado y el recrudecimiento de la competición entre los agentes económicos, el ideal de eficiencia generó una valorización de los ahorros y de la economía, en detrimento del consumo y del gasto, en que la búsqueda por el autocontrol y la disciplina forma un cuadro general de austeridad que reprueba todo exceso, especialmente el sexual. De ahí, por lo tanto, la prohibición de las prácticas homosexuales y la emergencia de la literatura antimasturbación y de la condenación a la prostitución.⁴

En ese contexto, no hay espacio para las uniones de personas del mismo sexo, dado que contrarían la lógica que informa a la familia como figura jurídica. Esa contradicción no se limita a los rumbos de la economía y de sus necesidades; la homosexualidad alcanza y confronta, también, dictámenes religiosos dominantes (POSNER, 1992) e informadores de la legislación civil. En palabras de Michel Foucault,

Hasta fines del siglo XVIII, tres grandes códigos explícitos – además de las regularidades debidas a las costumbres y de las presiones de opinión – regían las prácticas sexuales: el derecho canónico, la pastoral cristiana y la ley civil. Esos códigos fijaban, cada cual a su manera, la línea divisoria entre lo lícito y lo ilícito. Todos estaban centrados en las relaciones matrimoniales:

⁴ Relacionando la condena de los excesos y la virtud de la austeridad con los factores religiosos presentes en el desarrollo del capitalismo, ver WEBER, 1987, p. 110-132.

el deber conyugal, la capacidad de ejercerlo, la forma en que era cumplido, las exigencias y las violencias que lo acompañaban, las caricias inútiles o indebidas para las que servía de pretexto, su fecundidad o la manera utilizada para volverlo estéril, los momentos en que era solicitado (períodos peligrosos del embarazo y de la lactación, tiempos prohibidos de la cuaresma o de las abstinencias), su frecuencia mayor o menor: era sobre todo eso lo que estaba saturado de prescripciones. El sexo de los cónyuges era sobrecargado de reglas y recomendaciones. La relación matrimonial era el foco más intenso de las constricciones; era, sobre todo, de esa que se hablaba; más que cualquier otra, tenía que ser confesada en detalles. Estaba bajo estrecha vigilancia: si estuviese en falta, eso tenía que ser mostrado y demostrado frente a testigo. El 'resto' permanecía mucho más confuso: atendamos a la incertidumbre sobre el status de la 'sodomía', o a la indiferencia frente a la sexualidad de los niños (FOUCAULT, 1988. p. 38, traducción nuestra).

Si la concepción jurídica tradicional del concepto de familia no tenía espacio para la consideración de las uniones de personas del mismo sexo, se abren nuevas perspectivas a partir de la segunda mitad del siglo XX, dadas las transformaciones ocurridas desde entonces. De hecho, el modelo de familia institucional va declinando en la segunda mitad del siglo XX: diversas innovaciones legislativas, reflejando los profundos cambios en la dinámica familiar en esos tiempos (GIDDENS, 1993), fueron paulatinamente debilitando el modelo institucional jerárquico y patriarcal. Entre esos cambios, merecen destaque la nueva comprensión del divorcio y la igualdad de derechos entre los cónyuges. Primeramente, se observó la instauración de un tipo de relación familiar que privilegiaba la satisfacción afectiva conjunta de los cónyuges, informado por las aspiraciones de intimidad y reciprocidad en el seno familiar – es el advenimiento de la «familia fusional». A partir de la década de los ochenta, esa configuración se altera aún más, caminando hacia la «familia posmoderna», que se caracteriza por la valorización de la individualidad de cada uno de sus miembros sobre la comunidad familiar. Según F. Singly, «lo que cambia es el hecho de que las relaciones son menos valorizadas por sí mismas y más por las gratificaciones que deben traer a cada uno de los componentes de la familia. Hoy, la «familia feliz» atrae menos, lo

que cuenta es ser feliz por uno mismo» (SINGLY apud PONCAR; RONFANI, 1998, p. 54).

La percepción de esos cambios es esencial para la adecuada concretización del derecho de familia contemporáneo. Tales transformaciones provocaron, en el ordenamiento jurídico brasileño,⁵ al momento de la promulgación de la Constitución de la República de 1988, la inserción de diversas normas respecto a la familia, formando todo un capítulo en el Orden Social constitucional. En él, vale registrar, primeramente, la superación de la visión que subordinaba la dinámica familiar a la consecución de determinados fines sociales y estatales, establecidos en el interior de una única y determinada cosmovisión estatal. De hecho, desde el reconocimiento de la dignidad constitucional de otras formas de vida en común diferentes de la tradicional familia legítima⁶ hasta la igualdad de derechos y de deberes entre hombre y mujer en la sociedad conyugal, el régimen jurídico de la familia constitucionalmente vigente rompe con el paradigma institucional. Ese aspecto es muy importante, puesto que en virtud de esa nueva disciplina constitucional se puede conferir al ordenamiento jurídico la abertura y la movilidad que la dinámica social le exige sin la rigidez de un modelo único que desconozca la pluralidad de estilos de vida y de creencias y el pluralismo que caracterizan a nuestros días.⁷

En esa línea, la actualización del derecho de familia apunta, más allá del paradigma de la familia institucional, al reconocimiento de los nuevos valores y de las nuevas formas de convivencia constituyentes de las concretas formaciones familiares contemporáneas que

⁵ Ver, para una historia del derecho de familia brasileño, RODRIGUES, 1993.

⁶ Conforme el artículo 226, también son reconocidas como entidad familiar la unión de hecho entre hombre y mujer (§3°) y la comunidad monoparental (§4°).

⁷ Ver, respecto a esa preocupación en la interpretación del derecho de familia en la Constitución, RIOS, 1998.

alcanzan no sólo la citada «familia fusional» sino también la «familia posmoderna». En ese sentido, por cierto, se podría mejor explorar y reflexionar a respecto del §8° del artículo 226 de la Constitución de 1988, en el que resulta clara la relevancia y la autonomía de cada individuo participante en la comunidad familiar, sin adoptar una visión «institucional» o «fusional» de la familia.⁸

Ante ese cuadro, en el cual se suman la emergencia de nuevas dinámicas familiares y un ordenamiento jurídico constitucional abierto (que acoge, entre otros elementos, el pluralismo en el derecho de familia), ¿cuáles son los rumbos del debate sobre el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo?

FUNDAMENTOS PARA LA CONSIDERACIÓN DE LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO DE FAMILIA

El debate sobre la pertenencia al derecho de familia de las uniones entre personas del mismo sexo tiene como premisa la especificidad y la diferencia entre esas uniones y aquellas tradicionalmente reconocidas por la legislación civil (principalmente el matrimonio y la unión de hecho, que son las más importantes figuras reconocidas por el derecho brasileño). Otra premisa que informa ese debate es, conforme la opinión defendida por la doctrina familista simpática a las uniones homosexuales y por la corriente mayoritaria del movimiento LGBT, la insuficiencia del mero reconocimiento jurídico obligacional, vale decir, la limitación de tales uniones como asocia-

⁸ Dice el dispositivo: «El Estado asegurará la asistencia a la familia en la persona de cada uno de aquellos que la integran, creando mecanismos para cohibir la violencia en el ámbito de sus relaciones».

ciones meramente económicas,⁹ sin atribuir relevancia al elemento afectivo, que diferencia la unión de hecho constitucionalmente protegida, perteneciente al derecho de familia, de la sociedad de hecho, prevista en el derecho obligacional (COUTO E SILVA, 1979, p. 14).

Como se ha visto, el derecho de familia camina cada vez más hacia el reconocimiento de la naturaleza familiar de relaciones humanas estables y duraderas, fundadas en la sexualidad y en el afecto, con la intención de establecer una plena comunión de vida. De ahí la tendencia que hizo que entrara en el texto constitucional la enumeración de las comunidades familiares antes mencionadas. En ese recorrido, fueron superados antiguos dogmas relativos a las finalidades reproductivas de esas comunidades, antes presentadas como condiciones necesarias para el reconocimiento de la entidad familiar; también fueron superadas exigencias formales, antes satisfechas únicamente por la celebración del matrimonio civil o religioso. Las denominadas «uniones homosexuales», en las que vínculos afectivos y sexuales construyen una comunión de vida estable y durable, se enmarcarían, por lo tanto, en esas notas distintivas requeridas por la regulación jurídica de la familia estampada en la Constitución de 1988. Frente al perfil de esas relaciones, se postula que sean enmarcadas en el ámbito del derecho de familia. Como señaló Luiz Edson Fachin (1997), en el derecho de familia la afectividad sobrepuja la patrimonialidad. Para ilustrar la diferencia radical producida por los abordajes aquí discutidos (del derecho de familia o del derecho obligacional), basta imaginar las diferentes repercusiones jurídicas de una sociedad de hecho y de una unión de hecho en las situaciones de internación hospitalaria: mientras la relación obligacional limita sustancialmente a la «pareja de negocios» en las visitas y en el acom-

⁹ Regístrese, además, que el Superior Tribunal de Justicia, al juzgar el Recurso Especial en el 148.897-MG, decidió por enmarcar las uniones de personas de mismo sexo bajo la configuración jurídica de sociedad de hecho.

pañamiento hospitalario, el «compañero en unión de hecho» ocupa posición diametralmente opuesta en tal circunstancia.

En efecto, se puede afirmar que, así como en las uniones heterosexuales, el establecimiento de relaciones homosexuales, fundadas en el afecto y en la sexualidad, de forma libre y autónoma, dice respecto a la protección de la dignidad humana. Otro ejemplo podrá dejar más clara la defensa del estatuto jurídico familiar para las uniones homosexuales.¹⁰ Para tanto, me valgo de las reflexiones de Hannah Arendt respecto a la prohibición legal de matrimonios interraciales, presente en el ordenamiento jurídico estadounidense todavía en un pasado reciente. Según Hannah Arendt, «el derecho de esposar a quien se desee es un derecho elemental del hombre» (ARENDR apud ERIBON, 1999, p. 490), ante el cual discriminaciones raciales en el ámbito escolar o comercial se revelan como «cuestiones menores». A propósito, Celso Lafer (1988, p. 266-268) destacó las pérdidas a la dignidad humana cuando el ordenamiento jurídico no protege la esfera de vida íntima de los individuos, despreciando el principio de la exclusividad, que rige esa esfera, trayendo exactamente la reflexión de Hannah Arendt sobre la prohibición de los matrimonios mixtos, pues tal restricción afecta directamente la intimidad, en la que las elecciones afectivas deben ser de competencia única del individuo.

Como se ha visto, negar ese *status* familiar a las uniones homosexuales acaba, de modo efectivo, debilitando la intimidad, en la medida en que su privación, de forma indirecta pero muy concreta, dificulta gravemente la construcción de una relación afectiva y su desarrollo (HARVARD LAW REVIEW, 1990, p. 96). Todo ese razonamiento revela, cabalmente, hasta qué punto el principio cons-

¹⁰ Ver Didier Eribon respecto a la discriminación de homosexuales en cuanto al derecho de contraer nupcias, expuestas en anexo a la obra *Reflexions sur la question gay*, (1999).

titucional de la igualdad es violado con la exclusión de la igual protección por el derecho de las uniones entre personas del mismo sexo.

Concurren, además, para el reconocimiento familiar de las uniones homosexuales el principio de la sociabilidad y el respeto al pluralismo, elementos de la concepción contemporánea del Estado Democrático de Derecho íntimamente relacionados con la protección de la dignidad humana. En efecto, la comprensión contemporánea del Estado Democrático de Derecho requiere no sólo la ausencia de invasiones ilegítimas en las esferas individuales, sino que reclama la promoción positiva de la libertad, destinada a crear las condiciones de desarrollo de la libertad y de la personalidad (NOVAIS, 1987, p. 210-212).

Otro valor constitucional que informa y resguarda la protección de la dignidad humana y la relaciona con el carácter familiar de las uniones homosexuales es el pluralismo (PÉREZ-CANOVAS, 1999, p. 236). En efecto, el respeto al pluralismo es condición necesaria para la preservación de la dignidad humana y para el desarrollo personal, en la medida en que sin el respeto a las diferencias individuales desaparece la posibilidad de construir un mundo en el cual haya espacio para la subjetividad y la constitución de las identidades personales (KAPLAN, 1997, p. 154). Relacionando sociabilidad y pluralismo, se constata que la intimidad requiere no sólo el derecho negativo de estar sólo, sino también la posibilidad de establecer espacios de privacidad y condiciones sociales para el ejercicio de las elecciones personales que establecen y mantienen relaciones sexuales y afectivas.

A propósito de eso, Laurence Tribe (1988, p. 1434) destaca que la autonomía individual sexual y el respeto al desarrollo de la personalidad es de particular importancia para *gays* y lesbianas, dado que la expresión de sus vidas y la vivencia de sus uniones es constantemente amenazada, desafiándolos constantemente en la tarea

de la afirmación personal. En ese contexto, advierte el constitucionalista norteamericano, sentimientos diseminados de anormalidad no pueden proporcionar justificación constitucional para excluir a esas uniones del ámbito de la protección jurídica. Esa observación se aplica en muchos dominios, especialmente cuando son invocadas concepciones religiosas para fundamentar tal exclusión. De hecho, teniendo en vista la laicidad que caracteriza el Estado Democrático de Derecho, no hay manera de hacer prevalecer en el derecho estatal convicciones religiosas¹¹ sobre el reconocimiento de derechos a homosexuales, que en esa condición constituyen un grupo socialmente discriminado, sin relación necesaria con la posibilidad de su inserción positiva en la comunidad mayor.

En suma, innumerables fundamentos, de orden constitucional, apuntan hacia la consideración de las relaciones entre personas del mismo sexo en el ámbito del derecho de familia. Ese reconocimiento, incluso, ya ha sido manifestado de forma expresa en decisión del Supremo Tribunal Federal brasileño. Al rechazar, por razones puramente procedimentales, acción constitucional discutiendo el tema, el Ministro Celso de Mello registró que, en ese debate, están en juego principios fundamentales «como los de la dignidad de la persona humana, de la libertad, de la autodeterminación, de la igualdad, del pluralismo, de la intimidad, de la no discriminación y de la búsqueda de la felicidad» (BRASIL, 2006, traducción nuestra).

Esos fundamentos, de modo explícito o implícito, han orientado algunos documentos legislativos y precedentes judiciales que reconocen uniones entre personas del mismo sexo. Sin tener la pretensión ni el objetivo de inventariar legislación y jurisprudencia de modo exhaustivo, sino de contribuir para la reflexión de las tenden-

¹¹ Esa situación dominó el escenario jurídico nacional desde las Ordenaciones Filipinas hasta la promulgación del Código Criminal del Imperio, en 1830.

cias generales, fundamentos e implicaciones de ese reconocimiento, desarrollo, en los apartados a continuación, el análisis del marco constitucional en el derecho de familia para tales uniones y algunas de sus implicaciones.

LA CONSTITUCIÓN DE 1988 Y LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

En la Constitución brasileña de 1988, la regulación constitucional de la familia contempla explícitamente tres tipos de familia: la familia derivada del matrimonio, la familia producto de la unión de hecho y la familia monoparental. Ante eso, se problematiza la posibilidad de reconocimiento de las uniones homosexuales, dado que está ausente cualquier referencia manifiesta. Prácticamente sin ninguna excepción, la investigación sobre las uniones homosexuales en el derecho de familia conduce a la pregunta sobre la calificación de esas uniones en uno de los tres tipos familiares dispuestos en el texto constitucional; no se considera, por ejemplo, la hipótesis de la configuración de otra especie de comunidad familiar, aunque no esté prevista explícitamente.¹²

La primera cuestión a ser enfrentada, antes del examen de la compatibilidad de las uniones homosexuales con los tipos de comunidades familiares expresamente enumerados por la Constitución, es precisamente el carácter de esa enumeración. En efecto, algunos

¹² Nótese que el reconocimiento judicial de otras comunidades familiares, no previstas explícitamente en el texto constitucional, no es ninguna novedad en el derecho brasileño. Ver, por ejemplo, en el Superior Tribunal de Justicia, los Recursos Especiales en el 159.851/SP (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar), en el 205.170/SP (Relator Min. Gilson Dipp), en el 57.606/MG (Rel. Min. Fontes de Alencar), en el 182.223/SP (Rel. Min. Vicente Cernicchiaro) y en el 226.101/CE (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

juristas¹³ sustentan que la Constitución, al enumerar tales y cuales tipos de comunidad familiar, no admite el reconocimiento de otras comunidades familiares. La interpretación de la Constitución, frente a ese problema, sin embargo, debe conducirse de otro modo. En realidad, colocar el problema en esos términos en nada colabora para su elucidación, en la medida en que escudriñar la naturaleza taxativa o enumerativa de las comunidades familiares previstas en el texto constitucional sería concebirlo de acuerdo con el dogma de la completud,¹⁴ es decir, con la idea de que la Constitución haya definido de antemano la respuesta para el problema. No obstante, en la interpretación constitucional la premisa es otra: la Constitución se caracteriza por su abertura y amplitud, y no se propone de antemano «la pretensión de ausencia de lagunas o, incluso, de unidad sistemática» (HESSE, 1998, p. 61-70, traducción nuestra).

En esa línea, interpretación constitucional es, en primer lugar, concretización. Vale decir, «exactamente aquello que, como contenido de la Constitución, aún no es unívoco debe ser determinado bajo la inclusión de la ‘realidad’ a ser ordenada» (HESSE, 1998, p. 31). De ese modo, la interpretación constitucional posee una nota creadora, una vez que solo se puede concluir el contenido de la norma objeto de interpretación mediante la interpretación – todo ello sin abandonar la vinculación a la norma. Para tanto, señala el jurista alemán, es necesario el «entendimiento» de la norma a ser concretizada, en un proceder esencialmente ligado a la (pre)comprensión del intérprete y al problema concreto. No se puede imaginar, así, una comprensión distanciada de la existencia histórica, concretamente

¹³ Ver, por ejemplo, el parecer elaborado por Sérgio Ferraz ante el Proyecto de Ley n° 1.151/1995, que trata de los efectos jurídicos de las uniones de personas del mismo sexo (Boletim OAB Urgente, ano I, n° 56, 1996).

¹⁴ Ver, sobre el dogma de la completud como atributo del ordenamiento jurídico relacionado íntimamente con el absolutismo jurídico inspirador de la codificación, BOBBIO, 1994, p. 119-122.

situada, a partir de la cual son determinados los contenidos de pensamiento y determinados su saber y su (pre)juicio. Así, la unidad de sentido se produce como resultado de un proceso de aproximación que tiene como punto de partida la (pre)comprensión, que, ante la situación concreta, formula un anteproyecto que se coloca al inicio del examen del problema. Es a partir de la confirmación, corrección y revisión de ese anteproyecto que se llegará a la aludida unidad de sentido. La decisión sobre el contenido normativo, en ese proceso, brota mediante el acto de relacionar la norma con vistas al problema concreto; se cuida de un procedimiento que no resulta de una aplicación posterior de algo anticipadamente entendido y sólo posteriormente «aplicado» a un cierto hecho. En palabras de Konrad Hesse, «no existe interpretación constitucional independiente de problemas concretos» (HESSE, 1998, p. 62). La protección contra prejuicios y juicios equivocados, aún si arraigados en el sentido común, se obtiene aquí haciendo conscientes y fundamentadas tales anticipaciones y conclusiones. Esa protección, como se sabe, es tanto más necesaria cuanto mayores y más intensos los prejuicios y los estereotipos negativos dirigidos contra un grupo o individuo. Cuando el asunto es homosexualidad, por lo tanto, el cuidado nunca será demasiado grande, teniendo en cuenta la intensidad de los prejuicios y de los estereotipos que rodean el tema.

Así colocada la hermenéutica constitucional, definen las bases para la consideración de las uniones homosexuales en el derecho constitucional de familia. En vez de buscar en el respectivo capítulo del Orden Social que trata de la familia como un rol ejemplificador o taxativo de especies de comunidades familiares, importa preguntarse cuáles son los principios directivos allí presentes, cuya concretización podrá proporcionar una respuesta al problema aquí estudiado. Ese es el procedimiento para el examen de las uniones homosexuales frente a cada una de las especies de comunidad familiar enumeradas

en el texto constitucional, principalmente el matrimonio y la unión de hecho.

EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES COMO COMUNIDADES FAMILIARES: ¿ADAPTARSE AL DERECHO DE FAMILIA O TRANSFORMARLO?

De lo expuesto, queda constatada la tendencia contemporánea a enmarcar las uniones homosexuales en el ámbito del derecho de familia. Frente a esa realidad, muchas cuestiones son planteadas. Entre ellas, traigo a la reflexión algunas consideraciones, en virtud de la necesidad de profundizar, por parte de la doctrina jurídica y jurisprudencia, de los individuos y del movimiento social, en las implicaciones de esa dinámica. Tales preocupaciones giran alrededor del modo por el cual las uniones entre personas del mismo sexo se insertan en las tendencias del derecho de familia, que transita desde un modelo institucional y jerárquico hasta un modelo posmoderno, pasando por el modelo fusional de familia; también se debe reflexionar sobre la modalidad de comunidad familiar que mejor se aproxima de la realidad de las uniones entre personas del mismo sexo, específicamente las figuras del matrimonio y de la unión de hecho. Teniendo presentes esas reflexiones, finalizaré señalando las virtudes y potencialidades de la inclusión de las uniones entre personas del mismo sexo como una modalidad de comunidad familiar diversa y original frente al matrimonio y a la unión de hecho.

En efecto, es necesario reflexionar sobre el lugar de las uniones entre personas del mismo sexo en el contexto de las tendencias reguladoras del derecho de familia desde el Código napoleónico. Como se ha visto, entre las configuraciones jurídicas de la familia hay tres modelos sucesivos: la familia jerárquica, la familia fusional

y, en los días actuales, la familia posmoderna. Una mirada rápida y esquemática revela, a grandes rasgos, la predominancia, en cada uno de esos modelos, de atributos dominantes. En la familia jerárquica: fuerte institucionalización, diminuto (casi inexistente) grado de autonomía de los miembros de la familia frente a papeles social y jurídicamente definidos, función patrimonial evidente y jerarquización de las relaciones interpersonales; en la familia fusional: predominancia de la institucionalidad, relativo grado de autonomía de los individuos – especialmente cónyuges – en la definición de los papeles sociales y jurídicos, supuestas repercusiones patrimoniales y valorización del bienestar del grupo en detrimento de los individuos; en la familia posmoderna: la institucionalización cede espacio a la autonomía, por los participantes del grupo familiar, en el esquema del régimen de derechos y deberes, compromiso y repercusión patrimonial entre los miembros del grupo, valorización de la relevancia y autonomía individual ante el grupo familiar.

En esa línea, las figuras jurídicas que ejemplifican esas tendencias son, respectivamente, el matrimonio, la unión de hecho y los pactos civiles de solidaridad. En cuanto a esa consideración, pretendiendo contribuir llamando la atención hacia el peligro de que las uniones entre personas del mismo sexo, contagiadas por un cierto romanticismo un tanto ingenuo, se dejen subsumir en un modelo fusional, cuyas consecuencias dejan prácticamente intactos y absorben arreglos machistas y heterosexistas que suelen presentarse en las uniones de hecho; todo ello sin olvidar el carácter patrimonial que caracteriza la práctica de los individuos involucrados en esas relaciones, carácter ese refrendado y estimulado por la legislación y jurisprudencia de las uniones de hecho. Otro aspecto relacionado al modo de inclusión en esas tendencias es el riesgo de una inclusión de tercera clase, donde, abajo del matrimonio (de primera clase, con su heterosexualidad presupuesta y nunca cuestionada) y de la unión de hecho «normal»

(de segunda clase, que es heterosexual), surgiría una tercera clase (la unión homosexual). Además, no es difícil identificar, subyacente a ese movimiento, la consecuencia de proceder a una cierta «naturalización del modelo de familia heterosexual pequeño burgués», procediendo a una «domesticación heterosexista» de todas las formas de sexualidad que difieran de ese modelo (de ahí la enorme dificultad ante travestis, transgéneros, sadomasoquistas, profesionales del sexo y, de modo general, de la libertad sexual).

Por otro lado, me parece que las propuestas de los pactos de solidaridad pueden intentar alejar o minorar esas implicaciones. En efecto, se trata de legislación que establece libertad, independientemente de orientación sexual, para que parejas autodeterminen la dinámica de sus vidas afectivas y sexuales, proporcionándoles un instrumento por el cual el valor de tal unión es reconocido y respetado jurídicamente. Además de la ventaja de asegurar protección y reconocimiento estatal a la unión, un pacto de solidaridad así delineado evita la estigmatización resultante de una «regulación de la excepción», como ocurre con las propuestas originales de la unión civil brasileña registrada o, de cierto modo, con la inclusión de las uniones homosexuales en la categoría de las «uniones de hecho» en el derecho brasileño, en la medida en que esa categoría, por más común que sea, está prevista, como se ha dicho, como una especie de «matrimonio de segunda clase», como se puede fácilmente inferir de la redacción de la Constitución brasileña de 1988.

Dada la novedad del pacto civil de solidaridad frente a las configuraciones ya tradicionales del derecho de familia (matrimonio y unión de hecho), es necesario registrar que el impacto de las experiencias legislativas concretas que involucran pactos de solidaridad en el ámbito del derecho de familia es experiencia contemporánea muy actual y, por lo tanto, lejos de conclusión y balance definitivos. Independientemente del debate sobre uno u otro caso concreto (por

ejemplo, sobre ese impacto en el derecho francés¹⁵), mi intención aquí es demostrar la posibilidad real de avances en la concretización jurídica (legal y jurisprudencial) de nuevas modalidades de comunidad familiar, además de las figuras del matrimonio y de la unión de hecho.

El camino recorrido a lo largo de este artículo muestra que se presentan a las uniones entre personas del mismo sexo, frente a la regulación jurídica familista, al menos dos alternativas: dejarse asimilar (con el riesgo de la aceptación mediante la anulación del universo de posibilidades de nuevos arreglos interpersonales, además del patrimonialismo, de la *generificación* de las relaciones sociales y de moralismos hegemónicos) o cumplir la función de transformación, agregando nuevas alternativas y fundamentos al conocimiento y a la práctica del derecho de familia.

Sin depender de someterse a los tradicionales esquemas de matrimonio, unión de hecho o de concubinato, tales relaciones pueden traer las notas distintivas del fenómeno humano captado por el derecho de familia. Su concretización, iniciada por la jurisprudencia, reclama la adecuada intervención legislativa, creadora de un régimen jurídico familiar peculiar. Frente a esas uniones, más que repetir los esquemas tradicionales de los modelos institucionales de familia, hoy en constante tensión con el idealismo ingenuo de la «familia funcional» o con el riesgo de la reproducción de la familia institucional, se abre la posibilidad de transformar el derecho de familia.

Hasta qué punto están la práctica y la comprensión de la doctrina familista y de la jurisprudencia, bien como de los individuos y de los movimientos homosexuales preparados para tanto es cuestión que sólo será respondida históricamente. En esa tarea, todos

¹⁵ Señalo, entre la extensa literatura existente sobre el PaCS francés, BACHIGNASSE, 1998.

necesitamos, como dice Pierre Bourdieu, «reconstruir la historia del trabajo histórico de des-historicización» (BOURDIEU, 1999, p. 100), vale decir, tomar conciencia de las concepciones que forjaron históricamente los tradicionales modelos de matrimonio y de unión de hecho. Sólo la superación de esas bases construirá las condiciones para un efectivo desarrollo del derecho de familia, abriendo caminos para las múltiples posibilidades de la existencia humana, llevada a cabo individual y colectivamente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACH-IGNASSE, Gerard. Familles et homosexualités. In: BORRILLO, Daniel (Org.). *Homosexualités et droit*. París: PUF, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. p. 119-122.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. Río de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 3300 DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 3 de febrero de 2006. *Diário de Justiça da União*. Brasília, DF, 9 de febrero de 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Direito Patrimonial de família no projeto de Código Civil Brasileiro e no direito português. *Revista dos Tribunais*, ano 68, vol. 520, febrero de 1979.

ERIBON, Didier. *Réflexions sur la question gay*. Paris: Fayard, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FERRAZ, Sérgio. Parecer. Projeto de Lei nº 1.151/1995. *Boletim OAB Urgente*, ano I, nº 56, 1996.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 7. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

GREENBERG, David. *The Construction of Homosexuality*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

HARVARD LAW REVIEW. *Sexual Orientation and the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KAPLAN, Morris B. *Sexual Justice: democratic citizenship and the politics of desire*. London: Routledge, 1997.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado Social e democrático de Direito*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1987.

PÉREZ-CANOVAS, Nicolas. Homosexualité et unions homosexuelles dans le droit espagnol. In: BORRILLO, Daniel (org.). *Homosexualités et droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

PONCAR, Valerio; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. Roma: Editori Laterza, 1998.

POSNER, Richard. *Sex and Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

REGAN, Milton C. *Family law and the pursuit of intimacy*. New York: NYU Press, 1993.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos humanos, homossexualidade e uniões homossexuais. In: DORA, Denise D.; SILVEIRA, Domingos D. da (Org.). *Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, 1998.

_____. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Silvio. Breve Histórico sobre o Direito de Família nos últimos 100 anos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, nº 88, jan/dez 1993.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Mulino, 1976.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2ª ed. Mineola: The Foundation Press, 1988. p. 1434.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 5ª edição. São Paulo: Pioneira, 1987. p. 110-132.

7 LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LOS VÍNCULOS FAMILIARES: PAREJAS SIN GÉNERO Y FILIACIÓN UNISEXUADA

Daniel Borrillo

La familia es una construcción social. Las diversas formas que ha ido adoptando a lo largo de la historia, hace que debamos utilizar el término en plural (familias) para, de ese modo, expresar la ausencia de un modelo único. El incremento del número de parejas de hecho, el uso corriente del divorcio, la multiplicación de las parejas que optan por la unión civil, las familias recompuestas (DAMON, 2012), monoparentales (ALGAVA, 2002) u homoparentales (FRAÏSSÉC, 2012), así como los hijos nacidos fuera del matrimonio, han hecho de la familia una realidad compleja y diversa. En cambio, en singular, en tanto que ideal de organización de la vida privada, la familia se impone a menudo como algo obvio, pese a los dispares contornos que esa institución adquiere en la vida real.

En las manifestaciones contra el «matrimonio para todos» en Francia podía leerse en las pancartas un concreto número de eslóganes que subrayaban el carácter natural de los vínculos familiares:

“matrimonio = un hombre y una mujer”, “Todos nacidos de un hombre y una mujer”, “1 padre + 1 madre = es elemental”, “1 papá, 1 mamá, no mintamos a los hijos”, “No hay óvulos en los testículos”.

La ruptura con el naturalismo en el ámbito político no ha encontrado entre los grandes teóricos del contrato un equivalente en materia familiar. Ni Hobbes, ni Rousseau, ni Locke, ni Tocqueville, ni Benjamin Constant, ni, más recientemente, Rawls¹, han tomado como objeto de su análisis las dinámicas familiares. Sin embargo, no falta bagaje intelectual para desarrollar una aproximación crítica a las mismas. La cuestión fue considerada, sin duda, como menor, demasiado «doméstica» si se compara con las grandes teorías sobre la Política, con mayúsculas. En cambio, es en el seno del modelo de familia donde se articulan las formas más arcaicas del poder. Reenviando la familia al espacio natural, esos grandes teóricos se privaron de un terreno particularmente fecundo de observación y análisis. Tan sorprendente es esa situación que resultaría legítimo preguntarnos si dicha naturalización de la familia constituye efectivamente el límite de su propio pensamiento.

Las consecuencias de esa «negligencia» (voluntaria o involuntaria) no tardaron en manifestarse: la familia se convertirá en el espacio que más tardíamente resultará politizado y el más difícil de democratizar. Sin embargo, el carácter evolutivo de la familia es un

¹ En su artículo «¿Debe abolirse la familia?» [1987] (traducido y publicado en la revista *Comprender*, 2001), Rawls presenta la familia como algo inevitable o, cuando menos, como una manifestación necesaria.

hecho que ha sido demostrado por todas las corrientes sociológicas desde el siglo XIX. Engels explicaba las dinámicas familiares a partir de las relaciones sociales de producción (ENGELS, 1884). La familia extensa de origen rural deja de ser la norma hacia finales del siglo XIX, momento en el que se produjo el alumbramiento de la familia moderna de tipo nuclear (PARSONS, 1937); después resultará indeterminada (ROUSSEL, 1989). En menos de un siglo, todas las concepciones modélicas de la familia han saltado por los aires. En Occidente, las familias son nucleares, monoparentales, recompuestas, homoparentales, integradas por hijos biológicos, adoptivos o provenientes de técnicas de reproducción asistida. Las ciencias humanas muestran la evolución y las transformaciones de las familias, así como la forma en que el Estado acompaña o no a dichos cambios sociales (BURGUIÈRE; KLAPISCH-ZUBER; MARTINE-SEGALEN, 1994).

No espere el lector encontrar aquí una historia de las familias. Tampoco se trata de un ensayo de sociología familiar ni, menos aún, de un estudio de políticas familiares. Nos dedicamos simplemente a explicar cómo las relaciones familiares se liberan (o no) de cualquier forma de naturalismo, originando así la ruptura con el orden tradicional (o su prolongación). Dicha ruptura, cuando tiene lugar, posibilita la desinstitucionalización de la familia. El individuo no se encuentra ya al servicio de la familia, sino que es esa que está ahora al servicio de aquel (DÉCHAUX, 2009).

La consideración de la vida en pareja como un capítulo de la vida privada es algo obvio en Francia desde la aprobación de la ley del divorcio, en el año 1975. La contractualización de los vínculos conyugales se manifiesta no sólo como el fruto de la evolución de las costumbres sino, también, como la afirmación de los valores de autonomía e igualdad (DE SINGLY, 1993). Por el contrario, en opinión de un cierto número de expertos, los vínculos de parentesco deberían

resistir a ese proceso en nombre de los principios antropológicos y en virtud del interés superior del niño.² Todo acontece como si, en un universo en plena mutación, sólo la institucionalización de la filiación pudiese garantizar la estabilidad de los vínculos familiares y sociales. Como advierte un psicoanalista próximo a esa concepción: «En esa familia posmoderna llama poderosamente la atención una constatación: es la línea recta, la de la descendencia, la de la filiación, la que se ha convertido en el caballo de batalla en medio de los acontecimientos que rodean la vida de las personas...» (DELAISI DE PARSEVAL, 2008, p. 16, traducción nuestra). En esa misma línea de pensamiento, Irène Théry afirma que el principio de indisolubilidad del vínculo familiar se ha desplazado de la pareja a la filiación (THÉRY, 1993). A la progresiva contractualización de la relación de pareja, esa corriente opone la necesaria institucionalización de la relación que se mantiene con la descendencia.

Ahora bien, una teoría política de la organización familiar, fundada en la voluntad y en la autonomía individual, lejos de desentenderse del interés del menor y de ignorar la responsabilidad de los adultos, permitiría preservar mejor, en un marco más democrático, los derechos y obligaciones de cada uno de los miembros de la familia.

La contractualización no implica tampoco la desigualdad, como intentaremos demostrarlos más adelante. En efecto, no debemos olvidar que, desde finales de los años 70, las teorías que propugnan una nueva institucionalización de la familia se acompañan, a menudo, de la progresiva desafección del Estado en materia social. Así, sólo las familias que disponen de mayor capacidad económica pueden suplir las carencias del Estado de bienestar, máxime cuando en la práctica se convierten en las últimas beneficiarias de aquél. Los

² Una crítica al «Familiarismo» así como un análisis del lugar que ocupan los diferentes expertos en la naturalización de la familia puede verse en LENOIR, 2003.

trabajos de Jacques Commaille y Claude Martin (1998) han demostrado el carácter profundamente desigual de nuestras sociedades en las que todos los individuos – siguiendo su adscripción familiar o su sexo – no disponen de los mismos recursos para incorporarse positivamente en aquélla. La familia institucional aparece, así, como el principal motor de la desigualdad social (BOURDIEU, 1979).

Lejos de desentenderse de esos efectos económicos, una teoría política de la familia fundada en el contrato coloca la cuestión familiar en el seno mismo de la cuestión social. La asunción de responsabilidad por las personas se acompaña así de la asunción de responsabilidad por el propio Estado en tanto que garante de la igualdad de los individuos. Por el contrario, la corriente institucionalista (frente a las apariencias) podría interpretarse como un movimiento dirigido a aminorar la responsabilidad del Estado mediante un retorno al modelo clásico de solidaridad intrafamiliar.

Este artículo propone algunos elementos de reflexión que permitan estudiar de una forma diferente nuestra relación con la pareja, la procreación, la filiación, la paternidad y la familia, situando las instituciones en su dimensión histórica, recordando para ello las principales reglas del Derecho Civil en la materia. La civilización arranca al individuo de la naturaleza, permitiéndole asumir plenamente su condición humana, histórica y cultural.

La contractualización de los vínculos familiares permite dejar en manos de los principales interesados la organización de su propia comunidad de vida, sin necesidad de remitirse a un supuesto modelo natural. Las nuevas formas de intimidad – esos nuevos modos de relación tan queridos para Foucault –, pueden encontrar en el marco del contrato una concretización política. Así, la vida en pareja deja de limitarse a la relación heterosexual y la filiación se abre a la paternidad unisexuada. En lo sucesivo, lo que contará es el individuo

y su capacidad de compromiso en la vida conyugal y en el proyecto parental.

DE LA INSTITUCIÓN AL CONTRATO

En las sociedades tradicionales, el matrimonio tenía como finalidad la unión de clanes y el intercambio de mujeres constituía un elemento esencial en esa forma antropológica de comercio. El deseo de los miembros de la pareja en modo alguno se tomaba en consideración. Se trataba así, en principio, de asegurar la conservación del patrimonio y la continuidad del linaje. Esas funciones económicas y procreadoras articulan el modelo de matrimonio que, sin presuponer un afecto recíproco, se gobernaba a partir de una estricta distribución de papeles en virtud de la cual la mujer quedaba sometida a la autoridad incontestable del varón. Mientras que en Occidente la organización de la familia se alejará de esa concepción holística y se estructurará progresivamente alrededor del matrimonio individual, otras civilizaciones continuaron concibiéndolo como un pacto de clanes. Así, en la mayoría de las sociedades tradicionales de tipo patriarcal el intercambio de las hermanas de un grupo de hombres con otro grupo de hombres organiza el comercio marital. Por el contrario, en las sociedades matriarcales el hombre goza de una función reproductiva y la paternidad, puramente simbólica, es asumida a menudo por el hermano de la madre (HUA, 1997; BACHOFEN, 1996; CARRER, 1994; MAGLI 1983).

Los trabajos de Edward Evan Evans-Pritchard (1937) muestran que entre los Azandes, un pueblo de África central, los hombres se casaban con chicos, incluso cuando disponían de mujeres, y en los periodos de guerra partían con aquéllos al campo de batalla. La jerarquía se establecía aquí no en función del sexo sino de la edad.

En el origen del Derecho occidental, el matrimonio romano organizaba la sociedad de hombres libres bajo el poder del *pater familias*. Pese a encontrarse regulado por el Derecho privado, las bodas se convierten en un asunto público. En efecto, la alianza organiza el modelo de unidad social y de tutela de los incapaces: mujeres, niños o esclavos. En Roma se desarrollaron diversas formas de relaciones de pareja. La unión legítima, el matrimonio *cum manu* (*confarreatio*, *coemptio* y *usus*) se ubicaba en la cumbre de la jerarquía conyugal. El matrimonio *sine manu*, el *more uxorio* (concubinato) y el *contubernium*, constituían formas satélites, más o menos alejadas de la estricta formalidad del matrimonio legítimo, y permitían la creación de vínculos de pareja entre personas desprovistas de la ciudadanía. Ese orden conyugal continuó justificándose a lo largo de toda Alta Edad Media ante la persistencia de la esclavitud. Fue necesario esperar a una condena papal en el año 1095 para poner fin al *contubernium* que, entre tanto, organizaba la vida familiar de los siervos de la gleba. No está de más recordar que hasta la Revolución Francesa sólo era reconocido el matrimonio religioso.³ Los registros parroquiales hacían las veces de Registro del Estado Civil. La Ley de 20 de septiembre de 1792 instauró finalmente el matrimonio civil, celebrado en el Ayuntamiento, que se convertirá en el único válido ante la ley. En lo sucesivo, en Francia el acto civil de matrimonio deberá preceder a toda ceremonia religiosa bajo pena de sanción penal.⁴

³ Cabe, sin embargo, señalar que el matrimonio no religioso fue posible para los protestantes franceses a partir de 1787 gracias al *Edicto de Tolerancia* firmado por Luis XVI.

⁴ El artículo 433-21 del Código Penal francés establece que quién oficie de manera habitual una ceremonia religiosa de matrimonio sin constatar que el matrimonio civil ha sido previamente realizado en las condiciones establecidas por la ley será sancionado con seis meses de cárcel y 7500 euros de multa.

LA VICTORIA DE LA CONCEPCIÓN LAICA DEL MATRIMONIO

La competencia exclusiva del poder del Estado en materia matrimonial no es, sin embargo, una innovación doctrinal del Constituyente o del Legislador revolucionario. Más bien es el fruto de una larga evolución que permite remontarse hasta la Escolástica tardía y la Segunda Escolástica. La competencia exclusiva del poder civil en materia matrimonial resulta así, según Alfred Dufour (1997), de la convergencia entre la afirmación del principio de autonomía del poder legislativo propio de la sociedad civil frente a la sociedad eclesiástica, por un lado, y la espiritualización del poder de la iglesia frente a los poderes temporales, por otro. La Revolución francesa rematará ese proceso haciendo del matrimonio un contrato *sui generis*, laico y exclusivo.

Durand de Maillance, ponente de la Asamblea Nacional francesa el 17 de mayo de 1791, afirma que

el matrimonio puede subsistir e, incluso, debe subsistir como contrato civil y a todos los efectos civiles, independientemente de la bendición eclesiástica que lo convierte en un sacramento. Así, el contrato de matrimonio y el rito eclesiástico que hace de ese un sacramento son dos asuntos que nunca deberían confundirse a fin de que ambos poderes conserven los derechos que les son propios a cada uno de ellos. (DURANT DE MAILLANE, 1791, p. 166-167, traducción nuestra).

En una intervención de la Asamblea Legislativa, de septiembre de 1792, Sédillez, refiriéndose al divorcio, señala:

El matrimonio es un contrato civil. Su naturaleza es la de los contratos que se resuelven de la misma forma en que han sido celebrados. Creado a partir de la voluntad de dos personas, resulta natural que el matrimonio pueda disolverse mediante la voluntad en contra. (SÉDILLEZ, 1792, p. 610, traducción nuestra).

Aunque desde 1685 el Rey toleraba el matrimonio entre protestantes celebrado ante un ministro de su culto, constituían uniones precarias, desprovistas de efectos jurídicos. La primera versión secularizada del matrimonio fue, bajo Luis XVI, fruto del Edicto de 1787, que otorgó a los protestantes la posibilidad de beneficiarse del *ius conubii*. Lleva razón Jean-Claude Bologne cuando afirma que «ese edicto de tolerancia instituye, en efecto, una alternativa civil al matrimonio religioso: si el sacerdote rechaza casar a una pareja, el juez podrá hacerlo en su lugar». La celebración del matrimonio siempre deberá realizarse ante el sacerdote, testigo privilegiado del compromiso, pero si ese no levanta acta, el Oficial público podrá inscribir el matrimonio (BOLOGNE, 2005, p. 169). Desde el Concordato de 1801, concluido entre Pío VII y Bonaparte, los contratantes son libres de conferir a su unión la forma religiosa, si bien el Estado francés no reconocería otro acto que el celebrado ante el Oficial del Estado Civil. Más tarde, esa vez dando continuidad a lo establecido en el Derecho canónico, el Código de Napoleón institucionalizará la inferioridad de la mujer casada. Declarando su incapacidad, la someterá al poder absoluto del *pater familias*. «La mujer ha sido entregada al hombre para que le haga hijos. Resulta, pues, de su propiedad, del mismo modo que un árbol frutal pertenece a su jardinero», proclama el Emperador. No es hasta 1938 cuando la mujer se desembara de la tutela del marido, y solamente a partir de 1970 el padre deja de ser el detentador exclusivo de la *patria potestad*.

A partir de la secularización del matrimonio y, sobre todo, de la consolidación de la igualdad de la mujer, se producen importantes cambios en el seno del Derecho de familia. Como hemos advertido anteriormente, la introducción del divorcio de mutuo acuerdo deja la suerte de la unión en manos de los esposos. Por añadidura, la institución matrimonial pierde el monopolio de la filiación legítima en la medida en que, tras la reforma de 1972, los hijos nacidos fuera del

matrimonio son beneficiarios, en plano de igualdad, de los mismos derechos que los nacidos dentro del matrimonio. Esa transformación jurídica tiene asimismo sus consecuencias en el orden reproductivo, concretamente tras la liberación del acceso a los medios anticonceptivos en 1967 y, desde 1975, de la interrupción voluntaria del embarazo. La autoridad patriarcal resulta destronada para dejar paso a la negociación y al contrato. La familia se ha convertido así en un espacio en el que la libertad individual de elegir ha desplazado a los imperativos morales y sociales, un espacio donde, además, los hijos son tratados en pie de igualdad.

EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

La reivindicación del matrimonio entre lesbianas y *gays* ha vuelto a poner sobre la mesa el debate acerca de las fronteras de la familia. En realidad, todos los «marginados» de la historia han transformado al matrimonio confiriéndole unos contornos más flexibles. En efecto, pensemos en el pueblo romano, que reivindicaba la *confarreatio*, forma de unión reservada inicialmente en exclusiva a los patricios; o imaginemos también a los siervos de la gleba que, en 1095, tras numerosos conflictos, obtuvieron el permiso papal para acceder al sacramento del matrimonio.

Más tarde, en el marco de la lucha contra los protestantes, Luis XIV proclamó el Edicto de 1680, que prohibía a los católicos casarse con miembros de la «religión pretendidamente reformada», derogado por Luis XVI un siglo después. Esclavos, protestantes, judíos, pero también comediantes, viudas y musulmanes fueron excluidos del matrimonio antes de su secularización.

Aunque las mujeres libres siempre han tenido acceso al matrimonio, es dentro de dicha institución que se han encontrado más de-

pendientes de los hombres. El Código de Napoleón, de 1804, consagra la incapacidad de la mujer casada, y tendrán que esperar a una ley de 1907 para poder disponer de su propio salario. Posteriormente, algunas reformas jurídicas han permitido a las francesas reencontrar la igualdad en el seno de la pareja. Si, como hemos advertido, la Ley de 1938 proclamó la capacidad de la mujer casada, el verdadero cambio sólo tendrá lugar el 13 de junio de 1965, tras la reforma del régimen económico matrimonial, al quedar abolida definitivamente la tutela marital. Un año antes, la Ley de 14 de diciembre de 1964 había ya concedido a la mujer la capacidad para ser tutora sin previa autorización de su marido. Desde entonces, la esposa podrá actuar libremente, abrir una cuenta bancaria a su nombre y recurrir ante los tribunales para conseguir la adopción de medidas urgentes dirigidas a impedir actuaciones que puedan poner en peligro los intereses familiares. La reforma de 1970, sobre el ejercicio conjunto de la patria potestad, constituye, igualmente, una prueba del proceso de equiparación de derechos en el seno de la familia. Mediante la Ley de 11 de julio de 1975 se hizo desaparecer la domiciliación legal de la mujer casada en la casa de su marido. Así, en adelante, el artículo 215 establecerá que «el lugar de residencia de la familia será el que ambos elijan de común acuerdo». La Ordenanza de 4 de julio de 1975 opera la última gran reforma del Derecho de familia, con la intención de simplificar la filiación y perfeccionar la igualdad entre los hijos. Conforme a esa última, la determinación de la filiación quedará sometida a reglas prácticamente uniformes cualquiera que sea la situación matrimonial de los padres, unificando, además, el régimen de impugnación de la filiación.

Ese breve recordatorio de la historia jurídica francesa permite mostrarnos de qué manera diferentes grupos sociales han podido acceder, progresivamente, primero al sacramento y, posteriormente, una vez secularizado, al contrato matrimonial. Es en esa historia en

la que se inscribe la reivindicación por la igualdad de las parejas del mismo sexo. Dicha reivindicación no es otra cosa que la radicalización de la modernidad de la familia, concretamente mediante la afirmación de la libertad de todos los individuos de organizar su vida familiar con la persona de su elección. La aprobación del Pacto Civil de Solidaridad (PaCS), en 1999, constituye una nueva etapa en la contractualización de las relaciones íntimas y en el reconocimiento de las parejas del mismo sexo (BORRILLO; LASCOUMES, 2002). Pero no se trata, en realidad, más que de un punto de partida. En efecto, catorce años más tarde, debido al debate abierto por un matrimonio ocurrido en Bègles el 7 de noviembre de 2012, el Parlamento francés adopta la Ley «de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo». Dicha ley del 18 de mayo de 2013 modifica esencialmente el Código Civil en materia de matrimonio, nombre y apellidos y adopción; pero igualmente el Código de la Seguridad Social, el de Trabajo y otras muchas leyes. Se trata, ante todo, de armonizar el conjunto de normas jurídicas que permitirán a las parejas del mismo sexo el ejercicio del derecho al matrimonio y la filiación adoptiva (BORRILLO; RODRIGUEZ, 2013).

En materia de filiación, la reivindicación *gay* radicaliza igualmente la disociación entre reproducción y filiación, porque, en adelante, la diferencia de sexos dejará de ser una exigencia para la realización del proyecto de paternidad. La cuestión del acceso a las técnicas de reproducción asistida (*assistance médicale à la procréation*, AMP) por las parejas de mujeres no ha sido permitida en la nueva ley. El Gobierno francés reenvía ese asunto a una futura norma de carácter más general.

LA VERDAD BIOLÓGICA EN LA FILIACIÓN

Mientras que la reproducción es un hecho biológico, la filiación se manifiesta como un acto jurídico y, por consiguiente, cultural. La delimitación de las fronteras familiares y nacionales ha constituido en todo momento un dilema político capital. Así, los individuos pueden ser asignados a una sociedad por derecho de sangre (*ius sanguinis*) o por derecho de suelo (*ius soli*), según se opte por la herencia biológica o por el lugar de nacimiento como mecanismos de pertenencia nacional.

Desde la Revolución, el «imaginario» francés de pertenencia a la República ha sido alimentado por la idea de «comunidad teleológica», según la cual es el hecho de compartir unos determinados valores lo que define a la comunidad y no la tradición o la asignación de una identidad (FASSIN, 2010).

Ni la raza, ni la lengua, ni los intereses, ni la religión constituyen elementos suficientes para definir la nación que, según Ernest Renan, es ante todo una comunidad de individuos libres que han elegido vivir juntos compartiendo unos determinados valores pasados y futuros (RENAN, 1882). Sin embargo, la cuestión de la identidad nacional no ha dejado nunca de alimentar el debate político y de configurar el arraigo «étnico» como consustancial a la pertenencia nacional. Como la familia, la naturalización de la nación constituye el *leitmotif* del pensamiento conservador.

La adscripción a una familia puede derivarse, igualmente, de vínculos biológicos o de la voluntad individual. Desde luego que el Derecho pondera uno y otro contenido, pero, según la concepción filosófica adoptada – naturaleza o convención – la expresión de la familia no tendrá los mismos contornos.

Si el engendramiento pertenece a lo biológico, la filiación constituye un acontecimiento eminentemente convencional. En rea-

lidad, la filiación puede tener en cuenta el hecho natural, pero, como dispositivo de asignación del parentesco, responde a sus propias reglas, desvinculadas de la naturaleza.

En el Occidente, la moral de los bárbaros (ordalías) y el Derecho canónico (*copula carnalis*) tienen en común la verdad del cuerpo como fundamento del vínculo jurídico, contrariamente a la civilización romana, para la cual la voluntad constituía la piedra angular de su sistema jurídico (BAUD, 1993). El Derecho moderno vuelve su mirada hacia las reglas del Derecho romano, otorgando a la voluntad una plaza central en la determinación de los vínculos de filiación y concediendo a la *fictio legis*, en tanto que promoción de la justicia, un lugar destacado. En lo sucesivo, no serán tanto las raíces naturales de la institución las que cuenten, sino los instrumentos jurídicos capaces de obtener resultados concretos (por ejemplo, la paz de la familia o la solidaridad entre las sucesivas generaciones).

La filiación confiere a cada persona un estado civil determinado al que se asocian importantes efectos jurídicos tanto en el plano patrimonial (obligaciones alimenticias, derecho de sucesiones) como extrapatrimonial (atribución del nombre y apellidos, patria potestad). La filiación únicamente existe cuando se determina en las condiciones y conforme a los modos previstos en la ley. Dicho de otra manera, la filiación es determinada por la norma jurídica y no por la ley de la naturaleza. A tal efecto, el Derecho tendrá en cuenta varios hechos fundamentales: la biología (la filiación de sangre), la voluntad (adopción), la presunción (la supuesta paternidad del marido en relación con la madre) y la convivencia (posesión de estado).

La era moderna, tras el advenimiento de las técnicas de procreación artificial,⁵ permite la disociación entre sexualidad y re-

⁵ En Francia, el acceso a las nuevas técnicas (fecundación *in vitro*, inseminación artificial...), conocidas bajo el término general de *assistance médicale à la procréation*

producción. El progreso científico, con la donación de esperma, la congelación de ovocitos, la fecundación *in vitro* y la identificación genética de los padres ha provocado un «pánico moral» (OGIEN, 2004), amplificado por los medios de comunicación y explotado por las corrientes conservadoras. Para apaciguar a la opinión pública, en lugar de asumir los principios jurídicos del Derecho Civil de familia, el aparato político ha preferido resguardarse bajo la sombra tranquilizadora de los expertos (psicoanalistas, especialistas en genética, antropólogos, teólogos...), a fin de que sean esos los que concedan los permisos o dispongan las prohibiciones en materia de filiación (FASSIN, 1999). La biología empieza así a convertirse en el fundamento real o simbólico del sistema de paternidad, en contra de la modernidad que tiempo antes había instaurado la voluntad en el núcleo de dicho sistema (BORRILLO, 2009: 361-371).

El lugar preponderante de la verdad biológica en la determinación del vínculo de filiación fue confirmado por los magistrados en una conocida sentencia de la Corte de Casación de 28 de marzo de 2000. La distinción tradicional entre reproducción (hecho biológico) y filiación (hecho cultural), fundamento del Derecho Civil moderno, resulta cuestionada. No ya a partir de los clásicos argumentos procedentes del Derecho Canónico, sino apelando a una doble retórica que, por un lado, hará de la diferencia de sexos *conditio sine qua non* de la filiación y, por otro, situará el análisis de sangre y la prueba de ADN en el centro del dispositivo jurídico de la paternidad.

Las leyes de la bioética, anticipándose a la reivindicación de futuros padres *gays* y madres lesbianas, tuvo cuidado en reservar a la pareja heterosexual el acceso a las técnicas de reproducción asistida. El miedo a la filiación unisexuada, fruto del reconocimiento del de-

(AMP) queda reservado a las parejas heterosexuales infértiles. La gestación por sustitución (*gestation pour autrui*) es una práctica prohibida a todas las parejas.

recho a la filiación plena a las parejas del mismo sexo, ha tenido como resultado una radical puesta en entredicho de la noción jurídica de filiación concebida, en lo sucesivo, como un acontecimiento natural, o al menos, naturalizable (FASSIN, 2002). El temor a la institucionalización de la homoparentalidad y la fe en la prueba biológica (sanguínea o genética) debilitan los demás supuestos de filiación que reposan sobre la voluntad y la vivencia. Los grandes principios en torno a los cuales se articula el Derecho Civil, tales como la autonomía, el respeto a la vida privada, la igualdad o la libre disposición de sí mismo se hallan así debilitados en provecho de nuevas fórmulas (extrañas al Derecho) basadas en el orden simbólico, la estructuración psíquica de los niños o la diferencia de sexos.

Ahora bien, esa tensión entre verdad objetiva y afectiva ¿no corre el riesgo de poner también en tela de juicio otras formas de filiación, como la adopción plena, las técnicas de reproducción asistida mediante donante o, simplemente, las familias monoparentales? La naturalización del orden simbólico ¿no es un nuevo dogma capaz de influir en el debate democrático? ¿No oculta la exigencia de la diferencia de sexos una forma inconfesable de homofobia? ¿No favorece la preeminencia de lo biológico una nueva jerarquía de las filiaciones? ¿Puede la biología dar cuenta de la complejidad de la filiación? Frente al apremio de las nuevas formas de paternidad ¿no corremos el riesgo de buscar refugiarnos detrás de certezas biológicas? ¿Podría llegarse a admitir que la persona construya su identidad principalmente sobre la base de su patrimonio genético? ¿Puede la diferencia de sexo o la verdad biológica configurar un estatus simbólico superior al de la voluntad y las presunciones? Tantos son los interrogantes que se plantean en el actual debate sobre el matrimonio y la filiación homoparental, y a los que la nueva ley ha dado una respuesta parcial ya que solo permite la adopción para las parejas del mismo sexo casadas.

La preeminencia de la voluntad y la introducción de la verdad biológica únicamente en el marco de un contencioso parecían asumidas hasta el día en que los homosexuales se han puesto a reivindicar los derechos reproductivos. Cuando las parejas del mismo sexo desearon convertirse en padres de pleno derecho (accediendo a las diferentes formas de filiación), un conjunto de nuevas normas (como la Ley de la Bioética, la Ordenanza de 2005, la jurisprudencia de la Corte de Casación...) vinieron a introducir, progresivamente, la exigencia de la heterosexualidad para la instauración del vínculo de filiación.⁶ El vivo debate que ha originado la Ley sobre la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo y, sobre todo, la enmienda propuesta por los parlamentarios socialistas en relación con el acceso a las técnicas de reproducción asistida para parejas de mujeres, testimonian la dificultad que supone pensar los vínculos familiares al margen del sentido común heterosexual, hasta el punto de que aquellos parlamentarios se vieron forzados a abandonar dicha enmienda.

En el estado actual del Derecho, el problema no se plantea para los homosexuales que han concebido un hijo por medios naturales (o por inseminación artificial, pese a ser ilegal en Francia). En ese supuesto, la persona disfruta de la paternidad y de la autoridad sobre el niño (o es padre o es madre y, por tanto, goza del derecho a ejercer la patria potestad). En lo que concierne a la pareja de un padre o una madre homosexual, incluso los conservadores están de acuerdo en la necesidad de encontrar una solución jurídica adecuada (estatuto de padre social, por ejemplo), y la Justicia admite hoy la de-

⁶ En un informe de 1988 a pedido del Primer ministro, Guy Braibant hace referencia a la «afirmación del valor de las estructuras naturales de la paternidad». En 1994, la Ley de la Bioética definió jurídicamente por primera vez la pareja como la unión de un hombre y una mujer. En 1995, el Consejo de Estado habla también, por vez primera, de ausencia de referente paternal en el caso de una adopción por una persona soltera, incluso cuando tal referencia no aparece contemplada en la ley.

legación del ejercicio de la patria potestad en la pareja de una madre lesbiana. No obstante, si bien algunas funciones parentales han sido reconocidas a los homosexuales, el estatus de padre de pleno derecho solo es posible con la nueva ley mediante la adopción. El acceso a las técnicas de reproducción asistida, la presunción de paternidad, y la maternidad de sustitución continúan siendo denegados a las parejas del mismo sexo. Ahora bien, como acabamos de mostrar, el modelo civilista puede funcionar perfectamente en las parejas del mismo sexo. En efecto, dicho modelo sitúa la voluntad en el núcleo de la filiación, y permite ocultar la identidad de los progenitores (parto sin revelar la identidad de la madre,⁷ donante anónimo, adopción plena, etc.); en definitiva, el modelo civilista acepta el reconocimiento voluntario expresado, a priori, en la presunción de paternidad que pesa sobre el marido de la madre. El modelo civilista autoriza la creación de un vínculo de filiación legal simplemente frente a quien se ha comportado como padre (posesión de estado). Para ese modelo, en el fondo, la voluntad no tiene sexo. ¿Por qué pretender, pues, sexualizarla para algunos vínculos de filiación?

La dificultad de admitir una maternidad exclusivamente femenina o una paternidad exclusivamente masculina — acorde, no obstante, con el espíritu del Derecho Civil⁸ —, ha llevado a poner en duda ese modelo en beneficio de una visión naturalista de la filiación: la prueba biológica se impone en los procesos de impugnación de la paternidad, la investigación de los orígenes es objeto de reivindicación social, la diferencia de sexo se transforma en un valor; en resumen, la verdad biológica se pone de manifiesto como el argumento último, no sólo para oponerse a la filiación homoparental y,

⁷ Ese sistema permite a la mujer dar a luz ocultando su identidad y entregando al niño a los servicios sociales.

⁸ La adopción plena por un individuo solo se encuentra autorizada en Francia desde 1966.

por tanto, para crear una suerte de jerarquía entre las filiaciones (que, en lo sucesivo, deberán estar basadas en la paternidad natural), sino también para señalar a las familias monoparentales como las responsables del desorden individual y social.

Para algunos autores, la ley francesa ha ido demasiado lejos en la «negación» de la verdad biológica. Así, Agnès Fine propone el reconocimiento de la pluralparentalidad, que

no solamente está asociada al lugar cada vez más importante que ocupan las familias recompuestas en nuestra sociedad. Ha sido inducida por la creciente consideración de la cuestión identitaria que se ha expresado en forma de reivindicación del derecho del niño a conocer sus orígenes, de los hijos adoptados o de los que han nacido mediante técnicas de reproducción asistida (FINE, 2002, p. 21, traducción nuestra).

La autora lamenta que «contrariamente a Inglaterra o Alemania, Francia se encuentra al margen del modelo de la *open adoption*», es decir, sin ruptura con la filiación biológica. Ese punto de vista implica poner en entredicho la Ley de 1966, que autoriza la adopción monoparental. Constituye, además, una crítica al parto sin revelar la identidad de la madre (*accouchement sous X*) y al anonimato en caso de donación de esperma, así como a la desaparición del origen biológico en el acta de nacimiento en caso de adopción plena. El acceso a los orígenes, para dicha ideología, no aparece tanto como un derecho subjetivo del individuo a conocer sus genitores, sino como el derecho de la humanidad a la «no falsificación de la filiación» (THÈRY, 1993, traducción nuestra).

Para limitar los efectos de la homoparentalidad, la nueva ideología biologizante no duda en cuestionar el sistema del Derecho Civil. En efecto, es a condición de preservar en alguna medida la supremacía procreadora de la heterosexualidad como la homosexualidad podría, consiguientemente, reclamar su inscripción en el orden

de parentesco. La cuestión de lo biológico retoma así un vigor renovado, asegurando, por un lado, el lugar de la heterosexualidad en el seno mismo de la homoparentalidad (o pluriparentalidad, si retomamos la expresión de Agnès Fine), y, por otro, basando la norma no ya en la voluntad sino sobre la inmanencia de los orígenes (llamado en lo sucesivo «orden generacional», «orden simbólico» o «historia narrativa») (BORRILLO, 2011a). El acceso al origen biológico permite otorgar un estatuto simbólico a los genitores y salvaguardar la diferencia de sexos en el montaje de la filiación.

DEL ESTATUS A LA FUNCIÓN: PATERNIDAD Y PARENTALIDAD

Los términos paternidad y parentalidad (*parenté* y *parentalité*) no tienen existencia jurídica. Reenvían a la etnología y a la sociología de la familia. Son, sobre todo, los trabajos de Durkheim, Mauss, Lévi-Strauss, Malinowski, Margaret Mead o Ruth Benedict los que nos han familiarizado con esas nociones. La paternidad (*parenté*) designa las reglas de descendencia que se aplican a cada individuo y, más generalmente, el vínculo que une al niño con uno o con ambos adultos (padre y madre). La parentalidad (*parentalité*) hace referencia a la educación de los hijos, así como a los derechos y obligaciones que resultan de su ejercicio (actuaciones pedagógicas, domésticas, educativas, de cuidado, derecho de alojamiento, de visita, etc.). Se buscarán, pues, en vano esos vocablos en los códigos y en las leyes. El término paternidad (*parenté*) es conocido en Derecho como «filiación», mientras que el equivalente jurídico de la parentalidad es el de la *patria potestas*, llamada más tarde autoridad parental o responsabilidad parental (en Derecho español, *patria potestad*). La filiación remite a un estatus mientras que la autoridad parental hace referencia a una función. La filiación alude a algo estático, designa

un lugar, una posición determinada en un linaje o descendencia. La patria potestad alude, más bien, a algo dinámico; de hecho, se habla del ejercicio de la autoridad parental. Así, se puede privar de la patria potestad (por maltrato, consumo de droga o alcohol, falta de cuidado, poner al niño en situación de riesgo, etc.) precisamente porque se trata del ejercicio, pero no se puede desposeer de una filiación establecida jurídicamente. Los peores padres (criminales o pedófilos) no dejan nunca de ser jurídicamente padres. Su posición, su estatus, no cambia, incluso cuando pierden la función parental (patria potestad). La paternidad y la parentalidad responden a reglas distintas: el Código Civil francés trata de la filiación en el título VII y regula la autoridad parental en el título IX.

La filiación es un vínculo jurídico que crea una relación de ascendencia familiar entre dos personas, designándolos como hijo, por un lado, y, como padre y madre, por otro (filiación propiamente dicha, o paternidad antropológicamente hablando), para convertirlos en acreedores y deudores de obligaciones mutuas o recíprocas (consecuencia de la filiación, o, en términos antropológicos, parentalidad). La filiación confiere a cada persona un estado civil determinado al que se vinculan importantes efectos jurídicos tanto en el plano patrimonial (obligación alimentaria, derecho de sucesión), como en el plano extrapatrimonial (atribución del o de los apellidos, autoridad sobre los menores). En Derecho, la parentalidad es consecuencia, en principio, de la paternidad; sin embargo, como luego veremos, ambas pueden coexistir perfectamente disociadas.

La filiación existe únicamente cuando se origina en las condiciones y conforme a los modos previstos en la ley. Dicho de otra manera, la filiación se determina por la norma jurídica y no por la naturaleza. En principio, la cuestión de la filiación aparece en el Código Civil francés como un elemento que, en principio, permite definir la pertenencia a la nación (arts. 16 a 30, *grosso modo*), para, a continu-

ación, regular la pertenencia a la familia (a partir del art. 310 C.c.). Así, el niño nacido en Francia se presume francés (en principio), la mujer que da a luz se presume su madre, y su cónyuge, si aquella se encuentra casada, se presume ser el padre a condición de que el niño haya nacido dentro de los ciento setenta y nueve primeros días del matrimonio. Ahora bien, como toda presunción, esa puede ser destruida. La cuestión de la filiación es, pues, un asunto de apariencias, de indicios, de evidencias, pero no de la verdad. Respecto a eso, el artículo 310-1 del Código Civil francés establece que:

La filiación quedará legalmente establecida, en las condiciones previstas en el capítulo II del presente título, por efecto de la ley, por reconocimiento voluntario o por posesión de estado acreditado mediante acta de notoriedad. También podrá ser determinada por sentencia judicial en las condiciones previstas en el capítulo III del presente título (traducción nuestra).

Como advierte François Terré «en cualquier edad, la relación de filiación crea entre un individuo y sus autores un vínculo biológico, afectivo, espiritual, que el Derecho asume, modela, copia, a veces deforma» (TERRÉ, 1996, p. 545). Se trata, pues, de una cuestión eminentemente cultural y, por ende, susceptible de evolucionar en el tiempo. Así, la filiación agnaticia del Derecho romano supuso un modelo de paternidad exclusivamente masculina que no tenía necesariamente un origen fisiológico y que reposaba esencialmente sobre la voluntad del *pater familias*.

Recordemos que el Derecho canónico prohibía la adopción y el Antiguo Derecho Francés determinaba la maternidad y la paternidad por el parto, quedando esa última reservada al varón, uniéndose así la procreación carnal y espiritual en la figura del esposo. Por el contrario, el hijo concebido fuera del matrimonio (el bastardo) no disfrutaba más que de un progenitor.

El Código de Napoleón reserva sus favores al hijo legítimo, es decir, al que ha nacido en el seno de la pareja casada. Desde 1972, las sucesivas reformas han puesto fin a la distinción entre hijo legítimo e hijo natural. Ahora bien, como hemos señalado anteriormente, la filiación tiene en cuenta no sólo la realidad biológica y la voluntad, sino también el tiempo (posesión de estado). Concretamente, en relación con ese último supuesto, el artículo 311-1 del Código Civil establece lo siguiente (traducción nuestra):

La posesión de estado tiene lugar mediante la reunión suficiente de hechos que revelen el vínculo de filiación y de parentesco entre una persona y la familia a la cual se le dice pertenecer. De esos hechos, los principales son: 1º Que esa persona haya sido tratada como sus propios padres por la o las personas de la familia a la que se considera pertenecer; 2º Que, con esa misma cualidad, aquéllas hayan contribuido a su educación, a su manutención y acomodación; 3º Que esa persona sea reconocida como hijo suyo por la sociedad y la familia; 4º Que esa persona sea reconocida como tal por la autoridad pública; 5º Que esa persona siempre haya llevado el apellido de los que se le dice haber nacido.

Como el advierte Gerard Cornu (2006), el derecho de filiación no es solamente un derecho de la verdad (biológica), es también un derecho de la vida, del interés del niño, de la paz de la familia, de los afectos, de los sentimientos morales, del orden establecido, del tiempo que pasa.

Cuando el Derecho asimila filiación y procreación lo hace con mucha prudencia. En efecto, el acceso a la certeza biológica se encuentra estrictamente encuadrado y delimitado. Respecto a eso, el artículo 16-11 del Código Civil francés señala que (traducción nuestra):

En el ámbito civil, la identificación mediante huella genética no podrá ser investigada sino en ejecución o en cumplimiento de una resolución judicial como consecuencia de una acción dirigida bien a la determinación o impugnación del vínculo de filiación, bien a la obtención o supresión de sub-

sidios. El consentimiento del interesado deberá haber sido recabado previa y expresamente.

La prueba científica de análisis de sangre es conforme a Derecho (desde la sentencia de 28 de marzo de 2000 de la Corte de Casación), pero no puede ser aportada al proceso excepto si existen presunciones o indicios graves. Para la determinación de la filiación, no es necesaria la diferencia de sexos ni la verdad biológica. En efecto, la adopción plena puede ser individual o por una pareja casada (por uno o dos progenitores). En cuanto a la adopción simple, esa permite crear un vínculo de filiación entre cuatro personas (los padres originarios y los padres adoptivos). A ello se añade que una persona sola puede adoptar, y la progenitora puede renunciar en el parto que tiene lugar sin revelar la identidad de la madre (*accouchement sous X*), de igual manera que el donante anónimo de esperma nunca se convertirá en el padre del niño en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida (AMP).

LA PATERNIDAD DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

Mientras que hasta los años 90 el conjunto de especialistas de Derecho de familia estaba de acuerdo en la dimensión eminentemente social de la filiación (modelo civilista), desde que emerge en la escena pública la reivindicación homoparental comienza a ver la luz una redefinición de tipo naturalista.

Los posicionamientos liberales de varios juristas a lo largo de los años 80, en relación a las condiciones de acceso a las técnicas de reproducción asistida, atestiguan – si tenemos en cuenta los tradicionales caracteres del derecho de filiación –, la lógica de la imposición de un modelo parental fundado sobre las diferencias de sexos. O, dicho de otra forma, a la hora de crear un vínculo de filiación el modelo

civilista permitía la autonomía del derecho frente a la naturaleza. En su calidad de Ministro de Justicia, Robert Badinter preconizaba en 1985 un gran margen de libertad en esa materia, justificando, frente al Derecho, la libertad de la mujer sola de recurrir al uso de técnicas de reproducción asistida, y denunciando, ante su ausencia, una discriminación en razón de su situación matrimonial, así como un atentado a su vida privada. También se pronunció contra la prohibición del recurso a las madres de sustitución. Su razonamiento se basaba en el respeto a los derechos fundamentales y, concretamente, en el «esencial de dar la vida, de colmar más intensamente su destino humano y asegurar su descendencia». En su opinión, se trataba de «un derecho que el ser humano debe ver reconocido y garantizado por la ley para, de ese modo, esperar poder alcanzar el desarrollo de su personalidad, que, en democracia, es el fin de toda organización social» (BADINTER, 1985, p. 4-14, traducción nuestra). Efectivamente, si una mujer puede abortar legalmente, no se entiende por qué razón no puede gestar en su vientre un niño para otra mujer o concretizar a través de la técnica reproductiva un proyecto de maternidad.

Igualmente, un jurista conservador como François Terré señalaba que

la prohibición del acceso a las técnicas de reproducción asistida por los demandantes de hijos, que no obedece a una razón terapéutica, resultaría poco satisfactoria y constituiría una intromisión en la vida privada contraria a la libertad de procreación, aunque fuera motivada por preferencias personales (TERRÉ, 1987, traducción nuestra).

En cuanto al argumento de la necesidad de imponer una filiación bisexuada (materna o paterna), continuaba siendo una exclusiva de los juristas católicos, apegados a la visión naturalista del Código canónico.

¿Qué es lo que ha ocurrido para que tal cambio haya tenido lugar?

En primer lugar, la puesta en marcha del Comité de Ética de Ciencias de la Vida y de la Salud ha permitido la entrada en el debate sobre la futura Ley de la Bioética de representantes de las religiones, así como de psicoanalistas. La dimensión práctica del Derecho se ha visto así «contaminada» por una aproximación ideológica alimentada por el sentido común, que asocia la filiación con la biología.

En 1988, en un informe al Primer Ministro, Guy Braibant hace referencia por vez primera a la necesaria «afirmación del valor de las estructuras naturales del parentesco». En 1994, también por primera vez, la Ley de Bioética definió jurídicamente la pareja como la unión de un hombre y una mujer. En 1995, el Consejo de Estado se refirió a la ausencia de referente paterno en el caso de la adopción por un soltero, pese a que tal referente no es exigido por la ley. Ese proceso político-jurídico ha producido una «naturalización» de la pareja heterosexual como base de la filiación: una suerte de orden simbólico al que el Derecho debe someterse. La «heterosexualización» de la filiación existía (y aún permanece) en el sentido común (vinculado a una visión biológica), pero no existía en el sentido jurídico (vinculado a una concepción civilista). El discurso religioso y una cierta versión psicoanalítica han venido, en ese punto, a confortar a la *doxa*.

Así, el acceso a las técnicas de reproducción asistida no se encuentra pensado políticamente, ni construido jurídicamente, sobre la base de un derecho subjetivo o de una libertad individual (como la interrupción voluntaria del embarazo o el uso de anticonceptivos), o de un proyecto parental de la persona o de la pareja (como la adopción), sino como un acto médico que sirve para paliar la esterilidad o evitar una enfermedad grave. En cierta forma, la AMP constituye una dimisión de lo político a favor de la «razón clínica». A ese impe-

rativo médico se añade la promoción de un tipo de organización de la familia: la pareja de padres (heterosexual) en edad de procrear. En Francia, la legislación sobre la AMP se encuentra legitimada por una concepción de la paternidad «natural», basada en la idea, pretendidamente universal, de que el interés del futuro niño implica el derecho a tener una madre y un padre biológicos. Esos valores, descritos como naturales, están en el origen de la integración de la AMP entre los servicios que proporciona la Seguridad Social, justificando la regla según la cual solo la pareja estable compuesta por «un hombre y una mujer en edad de procrear» tendría derecho a acceder a esa técnica. Lo que hoy se encuentra en juego no es sólo dejar atrás esa concepción de la AMP y abrirla a las parejas de lesbianas en nombre del principio de igualdad, sino también, y sobre todo, pensar las técnicas procreativas independientemente de la justificación médica y del imperativo biparental y heteroparental.

El modelo civilista otorga un papel principal a la voluntad, permitiendo el anonimato de los progenitores, situando, en el caso de la adopción, la paternidad social por encima de la verdad biológica.

Es en el núcleo de ese modelo civilista en el que se inscribe la Ley de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo y la adopción homoparental. Es en el centro de esa concepción contractualista de la familia que el acceso a las técnicas de reproducción asistida por las mujeres solas o por las parejas de mujeres, como también la legislación relativa a la gestación por sustitución (GPA) destinada a las parejas de hombres, resultan igualmente posibles.

LOS EFECTOS DE LA CONTRACTUALIZACIÓN

Una vez presentado el origen y las implicaciones teóricas de la contractualización de la familia, veamos ahora cuales son las princi-

pales consecuencias prácticas tanto a nivel de la pareja cuanto de la filiación en los ámbitos patrimonial y extra-patrimonial.

Como habíamos subrayado al principio de este capítulo, el divorcio aparece en los principales Derechos modernos como un contrato, ya que las partes pueden decidirse, por mutuo acuerdo, a poner fin al matrimonio. El principal efecto de la contractualización es el divorcio. Sin embargo, aún se requiere la presencia del juez para validar dicho contrato de ruptura. Si no existe conflicto alguno entre las partes, la firma del contrato de divorcio y un simple registro administrativo del mismo deberían ser suficientes para que produzca efectos entre las partes y respecto a terceros. Nada justifica la intervención del juez si no existe contencioso alguno o peligro de abuso de alguna de las partes o respecto a los menores. Desde hace tiempo, los diferentes ministros de justicia de derechas y de izquierdas indistintamente han intentado crear en Francia un divorcio administrativo, pero el *lobbying* de los abogados hace que dicha tarea sea imposible.

Más allá del divorcio, existen aún varios escollos que impiden una plena contractualización tanto a nivel horizontal cuanto a nivel vertical.

Respecto a la pareja, la principal barrera se encuentra en la concepción vigente (aunque a mi entender premoderna) del matrimonio como una unión no solo de dos personas sino también de dos familias. Así, las relaciones de alianza (o de parentesco por afinidad como se las denomina en España) crean obligaciones patrimoniales (alimentos, asistencia...) y extrapatrimoniales con la familia política. El casamiento como alianza de familias no se corresponde con la realidad social y tampoco con el sentimiento de los cónyuges que de ninguna manera entienden unirse con la familia del otro cónyuge.

Del mismo modo, todavía son demasiados los imperativos de orden público que disminuyen la capacidad de las partes. El primero

es la limitación del contrato matrimonial a dos personas. Tratándose de personas mayores y capaces, no debería existir impedimento alguno para que contraigan matrimonio más de dos individuos libres y que consienten a ello. Si la poligamia puede considerarse como un contrato nulo, ya que se funda en la inferioridad de la mujer y en la correlativa dominación de un varón sobre varias mujeres, nada impide que, en situación de igualdad, sean celebrados contratos matrimoniales entre varios varones y una mujer o varias personas independientemente del género y la orientación sexual de las mismas. Del mismo modo, la obligación de fidelidad en tanto que principio de orden público, y por ende inderogable por las partes, resulta contraria a la libertad contractual. En efecto, la obligación de fidelidad aparece como la condición de la presunción de paternidad, presunción que a su vez resulta también contraria al principio de contractualización según el cual ningún elemento ajeno a la voluntad debería crear efectos jurídicos.

Como lo hemos esbozado anteriormente, la contractualización de la filiación pasa por el reconocimiento de los menores (hijos biológicos o no) y no por la presunción de ser genitor. Más allá de dicha razón, la obligación de fidelidad aparece como un deber moral (reprobación del adulterio) que, en caso de incumplimiento, conlleva serios perjuicios como el divorcio culposo en Francia o la desheredación y de pérdida del derecho de alimentos en España.

Del mismo modo, ningún régimen automático de tutela resulta compatible con la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, otro de los efectos de la preeminencia de las reglas dispositivas respecto a las reglas imperativas es terminar con dicha tutela involuntaria de los cónyuges entre sí o de los padres respecto de los hijos.

Es, sin duda alguna, en el nivel patrimonial que se ha realizado la mayor parte del proceso de contractualización. Así los cónyuges pueden optar por diferentes formas de organizar su patrimonio

y no debe ser la sociedad de gananciales sino el régimen de separación de bienes que se presume (régimen legal supletorio) en caso de ausencia de convenio. La solidaridad por deudas relativas a los gastos familiares también se justifica en cuanto se circunscribe estrictamente a aquellas. Es de nuevo a nivel vertical que se presentan las mayores resistencias. En efecto, la reserva patrimonial que resulta de la legítima reduce sustancialmente la capacidad de los individuos a disponer de su patrimonio *mortis causa*. Se argumenta a menudo que la legítima permite proteger a los miembros de la familia, pero en realidad dicho sistema perpetúa situaciones de desigualdad, ya que son las familias con mayores recursos que conservan en su seno el patrimonio. Otra opción más justa socialmente sería aquella que, en caso de ausencia de testamento, constituya como causahabiente a instituciones públicas de asistencia social, por ejemplo.

A nivel extrapatrimonial, un sistema de contractualización permite también disponer libremente de los apellidos tanto del número y del orden que los padres entiendan transmitir a los hijos cuanto de la posibilidad de esos últimos a modificar dicho orden o a utilizar solo un apellido si así lo desean, una vez mayores.

Respecto a la filiación, la preeminencia de las reglas dispositivas hace emerger la figura de la adopción como modelo, pues es en dicha forma de organización parental la voluntad unilateral de los futuros padres permite crear el vínculo filial, inversamente al sistema biológico que crea vínculos familiares incluso contra la voluntad de los genitores, en particular de aquella del varón. Contrariamente a la mujer que en Francia puede abortar o abandonar al niño al nacimiento (*accouchement sous X*), basta con una relación sexual fecunda para hacer del hombre un padre con todas las implicaciones jurídicas del caso.

El abandono legal del hijo biológico para las mujeres y su posible extensión para los varones constituye una garantía para el

menor. Al poder abandonarlo, los padres se sentirán más libres de poder reconocerlos y si no son ellos quienes lo hacen siempre podrán aquellos ser adoptados por personas que desean asumir plenamente un proyecto parental. Abandonar a la progenitura es considerado para la moral cristiana como un acto aberrante; sin embargo, podemos ver en ello lo contrario, es decir, un gesto de amor hacia alguien al que se le da la posibilidad de ser acogido por una familia que podrá sustentarlo tanto material como moralmente mejor que el progenitor.

Del mismo modo, el menor al llegar a la edad adulta debería poder abandonar legalmente a sus padres y eventualmente cambiar de apellidos si fuese adoptado por otra persona. Forzar a los individuos a mantener relaciones no deseadas y crear obligaciones entre ellos es el mejor modo de alimentar la violencia psicológica y social, situaciones contrarias a los objetivos de libertad, igualdad y solidaridad que debe fomentar todo orden jurídico.

HACIA UN NUEVO PARADIGMA FAMILIAR

Como lo hemos señalado anteriormente, mientras que Rousseau construye una teoría política de la vida en común sobre la base de la voluntad (individual y, sobre todo, colectiva), deja a la familia fuera del contrato social: «la familia es el primer modelo de las sociedades políticas, la más antigua y la más natural: el jefe es la imagen del padre, el pueblo es la imagen de los niños» (ROUSSEAU, 1762). Es así como la metáfora de la familia permite justificar el orden patriarcal como un hecho natural. La democratización de la vida privada necesitaba de una previa reformulación de los vínculos familiares, que permitiera escapar de la multiseccular influencia de la naturalización. Ese fue el largo trabajo del Derecho Civil desde su secularización. La contestación del orden familiar «natural» no es,

en definitiva, más que la radicalización de la modernidad según la cual la voluntad, y no la diferencia de sexos, constituyen la base de la institución matrimonial y de la paternidad. La filiación disociada de la reproducción permite justificar un sistema jurídico basado no en la verdad biológica sino en un proyecto de paternidad responsable. Poco importa pues la organización de la familia (monoparental, homoparental, nuclear, recompuesta, tradicional...) si las premisas del contrato, así como sus efectos, resultan respetados (igualdad en la unión matrimonial y en la filiación).

El Estado debería pues tratar en condiciones de igualdad al conjunto de familias, como a cualquier otra forma de intimidad. Para llevar a cabo esa tarea, resulta necesario dar cumplida sepultura a un Derecho de familia único fundado en el dogma paterno (TORT, 2005), y repensar las reglas que gobiernan la familia a partir de la negociación y la contractualización. La convivencia del matrimonio, del PaCS y del concubinato como opciones de todas las parejas responde a dicha exigencia, como, también, el reconocimiento del derecho a la adopción, el acceso a las técnicas de reproducción asistida y la maternidad de sustitución más allá de los casos de esterilidad. Basada en la voluntad, la adopción es una institución más adecuada que la biología para asegurar la estabilidad de los vínculos familiares. Contrariamente a la filiación carnal, la filiación electiva (adopción) encuentra su fundamento en la libertad no solo de acoger a los hijos de otros sino, igualmente, de abandonar a sus propios hijos biológicos, lo que hoy sólo es posible para las mujeres (en el parto anónimo o *accouchement sous X*), pero que, mañana, debería poder extenderse a los hombres a través de una declaración formal de reconocimiento de paternidad, en cuyo defecto, el vínculo jurídico de filiación no debería existir. La generalización de la filiación adoptiva (comprendida en ella incluso la de sus propios hijos) permitiría así colocar la voluntad en el centro del dispositivo parental. En lo sucesivo, ese

reposaría exclusivamente en la voluntad del o de los progenitores que entregan al niño y la de los adoptantes que lo acogen. A lo que se añade que la adopción es una institución concebida a partir del derecho del niño a tener una familia, contrariamente a la filiación biológica que se manifiesta más bien como un recurso del derecho al niño (BORRILLO, 2011b, p. 263-274).

Asumir una teoría contractualista de los afectos – tanto horizontalmente, a nivel de matrimonio, como verticalmente, con objeto de extender los supuestos de adopción al nivel de la filiación –, no implica en modo alguno desinteresarse de los vulnerables (los menores, las personas mayores, los animales, etc.). Todo lo contrario, la técnica particularmente contrastada del equilibrio de las prestaciones y de la protección de los más débiles (contratos de adhesión, contrato de consumo, cláusulas leoninas, teoría de la lesión...), permite garantizar más eficazmente los grandes principios internacionales y constitucionales de igualdad del conjunto de miembros de esa comunidad afectiva y patrimonial. Igualmente, la adopción como modelo universal de la filiación, y no la capacidad reproductiva, hace posible basar la paternidad en la responsabilidad y en un proyecto meditado, lo que permite así evitar los tristes casos de maternidad o paternidad no deseados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALGAVA, Elisabeth. Les familles monoparentales en 1999. *Population*, v. 57, p. 733-758, 4/2002.

BACHOFEN, Johann Jakob. *Le droit maternel: recherche sur la gynécocratie de l'antiquité dans sa nature religieuse et juridique*. Paris: Ed. Age d'Homme, 1996.

BADINTER, Robert. Discours devant le Conseil de l'Europe. *Le Débat*, Paris, n. 36, 1985.

BAUD, Jean-Pierre. *L'affaire de la main volée: une histoire juridique du corps*. Paris: Le Seuil, 1993.

BOLOGNE, Jean-Claude. *Histoire du mariage en Occident*. Paris, Hachette, 2005.

BORRILLO, Daniel. *Bioéthique*. Paris: Dalloz, 2011a.

_____. Le sexe et le droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi. *Jurisprudence Revue Critique*, Le genre: une question de droit ? n. 2, p. 263-274, 2011b.

_____. La vérité biologique contre l'homoparentalité: le statut des beaux-parents ou le PaCS de la filiation. *Droit et Société*, Paris, n. 72, 2009.

BORRILLO, Daniel; LASCOUMES, Pierre. *Amours égales*. Le PaCS, les homosexuels et la gauche. Paris: La Découverte, 2002.

BORRILLO, Daniel; RODRIGUEZ, Jesus Flores. La reforma del Derecho de familia en Francia: a propósito del Proyecto de Ley nº 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo. *Actualidad Civil*, nº 4, sección A Fondo, t. 1, Editorial La Ley, abril, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *La Distinction*. París: Les Éditions de Minuit, 1979.

BURGUIÈRE, André; KLAPISCH-ZUBER, Christiane; SEGALÉN, Françoise Martine. *Histoire de la famille*. París: Armand Colin, 1994.

CARRER, Philippe. *Le matriarcat psychologique des bretons: essais d'ethnopsychiatrie*. París: Payot, 1994.

COMMAILLE, Jacques; MARTIN, Claude. *Les enjeux politiques de la famille*. París: Bayard, 1998.

CORNU, Gerard. *Droit Civil: la famille*. 9^a ed. París: Montchrestien, 2006.

DAMON, Julien. *Les familles recomposées*. París: PUF, 2012.

DÉCHAUX, Jean-Hugues. *Sociologie de la famille*. París: La Découverte, 2009.

DELAISI DE PARSEVAL, Genevieve. *Famille à tout Prix*. París: Seuil, 2008.

DE SINGLY, François. *Sociologie de la famille contemporaine*. París: Nathan, 1993.

DUFOUR, Alfred. *Mariage et société moderne, les idéologies du droit matrimonial moderne*. Fribourg: Editions Universitaires, 1997.

DURAND DE MAILLANE, Pierre-Toussaint. *Archives Parlementaires* [1791]. Paris: t. XXVI, 1887. p. 166-167.

ENGELS, Friedrich. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Zurich, 1884.

EVANS-PRITCHARD, Edward. *Sorcellerie, oracles et magie chez les Azandé* [1937]. Paris: Gallimard, 1972.

FASSIN, Eric. La voix de l'expertise et le silence de la science dans le débat démocratique. In: BORRILLO, Daniel; FASSIN, Eric. *Au-delà du PaCS*. Paris: PUF, 1999.

_____. La nature de la maternité. Pour une anthropologie de la reproduction. *Journal des anthropologues*, n. 88-89, p. 103-122, 2002.

FASSIN, Eric. Naturalisation. Filiation, famille et nationalité. In: FASSIN, Eric; DORLIN, Elsa. *Reproduire le genre*. Paris: Bibliothèque publique d'information du Centre Pompidou, 2010.

FINE, Agnès. Qu'est-ce qu'un parent ? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales. *Spirale*, n. 21, v. 1, 2002.

FRAÏSSÉC, Christèle. La famille homoparentale, une représentation sociale émergente. *Bulletin de Psychologie*, n°. 520, p. 337-350, 2012.

HUA, Cai. *Une société sans père ni mari: les Nas de Chine*. Paris: PUF, 1997.

LENOIR, Remi. *Généalogie de la morale familiale*. París: Editions du Seuil, 2003.

MAGLI, Ida. *Matriarcat et pouvoir des femmes*. París: Ed. Des Femmes, 1983.

OGIEN, Ruwen. *La panique morale*. París: Grasset, 2004.

PARSONS, Talcott. The American Family: its relations to personality and the social structure. In: Parsons, Talcott; BALES, Robert Freed. (Org.). *Family Socialization and Interaction Process*. New York: Free Press, 1955.

RAWLS, John. ¿Debe abolirse la familia? [1987]. *Comprendre*, n° 2, 2001.

RENAN, Ernest. Qu'est-ce qu'une nation ? *Conférence*. Sorbonne, 11 de marzo de 1882.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique* [1762]. [en línea]. [Consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: <http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/Contrat_social.doc>.

ROUSSEL, Louis. *La famille incertaine*. París: Odile Jacob, 1989.

SEDILLEZ. *Archives Parlementaires* [1792]. París, t. XLIX, p. 610, 1896.

TERRÉ, François. *L'enfant de l'esclave*. París: Flammarion, 1987.

TERRÉ, François; FENOUILLET Dominique. *Droit Civil*. Les personnes. La famille. Les incapacités. Paris: Dalloz, 1996.

THÉRY, Irène. *Le démariage: justice et vie privée*. Paris: Odile Jacob, 1993.

TORT, Michel. *La fin du dogme paternel*. Paris: Flammarion, 2005.

8 CONCLUSIÓN: DERECHOS FUNDAMENTALES, AFECTO Y DERECHO DE FAMILIA

Roger Raupp Rios

La afectividad es cada vez más difundida en el derecho brasileño contemporáneo. Sea como valor jurídico relevante para el reconocimiento de comunidades familiares, sea como fundamento jurídico para la imposición de conductas que induzcan su presencia en determinadas relaciones interpersonales, e incluso al formular un derecho al afecto, cada vez más se encuentran aplicaciones y consecuencias jurídicas relacionadas con ese tema.

Nadie duda de la importancia de las vivencias afectivas en la vida individual y social. Sin embargo, una comprensión inadecuada de la función desempeñada por el reconocimiento del afecto en la historia reciente del derecho de familia, aliada a la sobrevalorización del afecto, dan como resultado, con frecuencia, no solo restricciones indebidas al derecho de libertad y a la dignidad de los individuos, sino que también reproducen discriminación.

EL AFECTO ENTRA EN ESCENA: DERECHO DE FAMILIA Y DERECHOS DE PERSONALIDAD

El reconocimiento del afecto entra en el derecho de familia, en su historia reciente, como factor preponderante para superar el formalismo y el conservadurismo, los cuales solo admitían como comunidad familiar la que venía de una celebración del casamiento civil. Poco a poco, la valorización del fenómeno existencial de la vida en común, en que el afecto es el rasgo marcado, superó las categorías de la sociedad de hecho y de la prestación de servicios domésticos, del derecho obligacional, hasta desembarcar en la unión estable, modalidad del derecho de familia (PONCAR; RONFANI, 1998).

La relevancia del afecto no se limitó a la esfera conyugal, pues alcanzó también la individualidad. Por medio de la relación de la afectividad con los derechos de personalidad, se asoció el desarrollo personal a la protección de ciertos afectos. De ahí se extrae, como consecuencia jurídica, incluso el deber de indemnizar monetariamente, como resultado del incumplimiento de un «derecho al amparo afectivo» (SANTOS, 2011).

AFECTO Y DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA

El derecho se vale de conceptos prácticos para regular la vida. Esos pueden ser deontológicos (órdenes, prohibiciones y permisiones, en la esfera del deber ser), axiológicos (lo que es bueno en sí mismo, variando de acuerdo con las concepciones de la vida) y empírico-antropológicos (voluntad, interés, decisión, acción) (ALEXY, 1997). La afectividad indica un estado psíquico, que se refiere a la vida individual y de relación. El afecto es, de acuerdo con Laplanche y Pontalis (2008), un estado, penoso o agradable, vago o cualificado;

es la expresión cualitativa de cantidad de energía pulsional y de sus variaciones.

De ese modo, no se puede tomar el afecto como un valor o principio jurídico, ni como un derecho subjetivo, susceptible de imponer deberes correlatos. No se puede obligar, jurídicamente, a alguien a experimentar un estado psíquico sobre el que no tiene control, tampoco vislumbrar en él un principio o valor jurídico, tomados como realidad que debe ser observada o como objetivo oponible a los individuos.

El afecto no puede imponerse como un ideal de vida y de felicidad, sin violación de la dignidad humana, a no ser que el individuo sea considerado un medio para realizar una determinada experiencia de vida, elegida por el orden jurídico. No puede reclamarse como obligación referente a un derecho al afecto, titularizado por alguien con respecto a otro. Es, además, inexigible, pues sería una intromisión grave e indebida en la libertad. Mucho menos, se trata de algo debido a cualquier persona, por fuerza de ley. Lo que se siente y se desea experimentar emocionalmente no solo es incontrolable, sino que también configura una esfera de libertad, en la que el sujeto es libre para relacionarse.

Así, dignidad y libertad actúan en el respeto a la privacidad, entendida como esfera protegida de la objetificación (dignidad), como espacio de autonomía (libertad) y como ámbito cuyas elecciones y estilos de vida frente a terceros no comportan discriminación.

DERECHOS DE FAMILIA, AFECTIVIDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Hay otros riesgos por la inadecuada comprensión del afecto en el derecho de familia. Tomarla como algo más allá de elemento

relevante para superar el formalismo jurídico y, todavía más, fuera del contexto de los derechos fundamentales, produce una falta de respeto al derecho de igualdad.

El énfasis en la afectividad como fundamento para el reconocimiento jurídico de uniones entre personas del mismo sexo – de ahí el término «homoafectividad» – demuestra ese peligro. De hecho, la lógica que alimenta la calificación de esas uniones como «homoafectivas» se muestra discriminatoria y conservadora. Discriminatoria porque asimilacionista, o sea, admite la inclusión desde que los miembros del grupo subordinados o tomados como inferiores adopten estándares apreciados por los grupos dominantes, en su propio detrimento; conservadora, porque familista, vale decir, que tiende a subordinar el aprecio de las identidades, preferencias y prácticas sexuales a la adaptación y reproducción de estándares conyugales institucionalizados por la heterosexualidad hegemónica (RIOS, 2008).

De hecho, se asume cierta condición sexual como parámetro «normal, aceptable y natural», frente a otra, asimilable y tolerable, desde que sea dócil e «higienizada». Los derechos fundamentales, principalmente la libertad, la dignidad y la igualdad, cuando tienen reconocimiento jurídico de grupos humanos como entidad familiar, no se vinculan necesariamente al afecto. Tanto que la manifestación de la voluntad en la celebración del casamiento puede nutrirse de factores y motivaciones distantes del afecto (conveniencia, reconocimiento y prestigio por parte de terceros, intereses patrimoniales) y el vínculo jurídico familiar persiste independiente del afecto (como sucede en el parentesco biológico). En ese dominio, en vez de la imposición de un valor o principio jurídico rector, todo debe estar abierto a las circunstancias de la vida y a la libertad de los individuos, permitiendo varias posibilidades de convivencia, en respeto a la dignidad, sin vehicular proyectos e ideales heterónomos, disminuyendo espectros discriminatorios.

El régimen de las conyugalidades en el ordenamiento jurídico, en vez de un asimilacionismo conservador, engendrado por el énfasis en la afectividad, requiere una formulación diversa. En esa, la conyugalidad es una modalidad posible de vida común, en la que la motivación y las realidades existenciales que la componen no dependen necesariamente de la presencia de la afectividad, sin mencionar el sin número de estilos de vida y proyectos personales. La familia, en ese contexto, debe estar al servicio de la realización de aquellos que la componen, y no al contrario. No cabe al Estado o a la sociedad la imposición de determinado estilo o motivación para la vida en común, ni la idealización de una o de otra concepción de afecto o felicidad. Si no es así, el reconocimiento familiar traerá consigo el imperativo de determinado proyecto de familia, de específica vivencia del afecto, de cierta dinámica conyugal, con violación de la autonomía e instrumentalización de los sujetos.

De lo expuesto, queda clara la necesidad de una comprensión adecuada y de la contextualización de la afectividad como elemento de la realidad y posibilidad de experiencia individual y comunitaria en los diversos dominios de la vida, en especial cuando son objeto de regulación jurídica. Sin que se perciba eso, se corre el riesgo de llevar al ordenamiento jurídico, y al derecho de familia en particular, serios perjuicios en detrimento de los derechos fundamentales más estimados del régimen democrático.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1997.

LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. *Vocabulaire de la psychanalyse*. 2ª ed. París: PUF, 1998.

PONCAR, Valério; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. Roma: Laterza, 1998.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Romualdo B. *A tutela jurídica da afetividade*. Curitiba: Juruá, 2011.

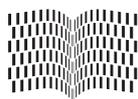
SOBRE OS AUTORES

DANIEL BORRILLO es profesor de Derecho Privado, investigador del Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) en París y abogado de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Es doctor por la Universidad de Estrasburgo y Postdoctor por el Centro de Investigaciones Científicas (Madrid), y actuó como profesor visitante en las siguientes instituciones: Universidad de Bolonia, McGill University, Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT), Universidad de Buenos Aires (UBA), Universidad del Estado de Rio de Janeiro (UERJ) y Carlos III de Madrid. Es autor de varios libros y artículos científicos sobre el derecho de la sexualidad, bioética y derecho de la familia.

FERNANDO SEFFNER es doctor en Educación, docente y orientador junto al Programa de Postgrado en Educación (PPGEDU) de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS) en la línea de investigación Educación, Sexualidad y Relaciones de Género, con énfasis temático en las pedagogías de construcción de las masculinidades. Es también docente y orientador en el Máster Profesional

en Enseñanza de Historia - PROFHISTORIA, polo UFRGS. Actúa en investigaciones y orientaciones investigando situaciones de vulnerabilidad al SIDA; respuestas religiosas al SIDA; las conexiones entre derechos humanos y políticas públicas de género y sexualidad, teorizaciones *queer*, interseccionalidad y marcadores de la diferencia. Es líder del Grupo de Estudios en Educación y Relaciones de Género GEERGE PPGEDU UFRGS e integrante del equipo del LISTHE – Laboratorio de Enseñanza de Historia y Educación FACED IFCH CAP UFRGS y del Núcleo de Estudios e Investigaciones en SIDA NEPAIDS USP, todos registrados en el DGP CNPQ.

ROGER RAUPP RIOS es post-doctor en Derecho (Universidad de París), maestro y doctor en derecho (UFRGS) y desembargador federal en Porto Alegre. Busca temas relacionados al derecho de la antidiscriminación y derechos sexuales, entre otros. Participó en la investigación «Qual diversidade sexual dos livros didáticos brasileiros» (2007-2009). Fue investigador visitante en la Universidad de Texas – Austin, y en la Universidad Columbia – NYC. Es autor, entre libros y artículos, del libro *Direito da antidiscriminação* (2008) y es coautor de *Homofobia & educação: um desafio ao silêncio* (2009) y *Em defesa dos direitos sexuais* (2007).



Editora da
UFCSPA