

El derecho de las sexualidades

El derecho de las sexualidades

Daniel Borrillo

Traducción de María Teresa D'Meza
y Rodrigo Molina-Zavalía



Bernal, 2023

Borrillo, Daniel
El derecho de las sexualidades / Daniel Borrillo. - 1a ed. -
Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2023.
250 p.; 20 x 14 cm. - (Géneros / Dora Barrancos)

Traducción de: María Teresa D'Meza; Rodrigo Molina-Zavalía.
ISBN 978-987-558-898-1

1. Derecho. 2. Estudios de Género. 3. Sexualidad. I. D'Meza,
María Teresa, trad. II. Molina-Zavalía, Rodrigo, trad. III. Título.
CDD 306.7

Ilustración de tapa: *Three for one*, de Federico Beltrán Masses. Cortesía del Archivo Federico
Beltrán Masses AFBM

Traducción del francés: María Teresa D'Meza y Rodrigo Molina-Zavalía

Le droit des sexualités
© Presses Universitaires de France, Humensis, 2009

© Universidad Nacional de Quilmes, 2023

Universidad Nacional de Quilmes
Roque Sáenz Peña 352
(B1876BXD) Bernal, Provincia de Buenos Aires
República Argentina

ediciones.unq.edu.ar
editorial@unq.edu.ar

ISBN 978-987-558-898-1

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723
Impreso en Argentina

Índice

Introducción17

1. La regulación de la actividad erótica19

Sección I. El control de la sexualidad está
en el origen del mundo normativo19

 La prohibición del incesto19

 El incesto en el derecho positivo22

Sección II. La evolución de los fundamentos de las prohibiciones
sexuales: de la metafísica al consensualismo25

 La filosofía consensualista28

 La neutralidad moral del Estado en materia sexual30

 La autonomía de la voluntad del sujeto erótico32

Sección III. El régimen jurídico de las sexualidades:
¿libertad o derecho subjetivo?34

 Democracia y demagogia sexual39

 La sexualidad bajo un régimen de excepción46

 Las barreras al sexo consentido entre adultos55

2. Libertad, igualdad y criminalidad sexuales59

Sección I. Cuestiones teóricas y terminológicas59

 El sexo, el género y las prácticas sexuales59

 El sexo y el estado de las personas: la identidad
 de género y el hermafroditismo61

La orientación sexual.	65	Las mutilaciones sexuales: la ablación de clítoris.	209
Sexualidad y reproducción: sexo sin procreación y procreación sin sexo	68	El proxenetismo	212
Sexismo y homofobia	80	La transmisión voluntaria del VIH.	218
Sección II. La libertad sexual	87	La necrofilia	223
La sexualidad elegida.	90	Sección III. Derecho internacional de la sexualidad	224
El derecho a cambiar de sexo	93	Los derechos sexuales y reproductivos.	224
Las representaciones de la sexualidad	95	El derecho de asilo para las minorías sexuales.	231
Sección III. La igualdad sexual.	97	La lucha contra el turismo sexual infantil	239
La igualdad de los sexos (hombre/mujer)	97	Conclusión	243
La igualdad de las orientaciones sexuales (heterosexual/homosexual)	105	Bibliografía	245
Sección IV. La criminalidad sexual.	120		
La sexualidad padecida	121		
Violencias sexuales y violencias sexuadas.	123		
Las circunstancias agravantes en función de la orientación sexual de la víctima.	127		
3. Prescripciones y proscripciones sexuales	133		
Sección I. El sexo consentido	133		
Los amores iguales	133		
Los amores venales	152		
La pornografía.	160		
Monogamia y deber conyugal	166		
Las prácticas sexuales extremas: el sadomasoquismo.	180		
La sexualidad en la prisión	184		
La sexualidad de los discapacitados mentales	187		
Sección II. La sexualidad impuesta.	192		
El derecho penal de la sexualidad	192		
La pedofilia	204		

Abreviaturas

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique droit administratif</i>
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation [Asamblea Plenaria de la Corte de Casación]
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
CAA	Arrêt d'une Cour administrative d'appel [Sentencia de una Corte Administrativa de Apelaciones]
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation [Sentencia de la Corte de Casación]
C. civ.	Code civil Dalloz [Código Civil Dalloz]
C. pén.	Code pénal Dalloz [Código Penal Dalloz]
CE	Arrêt du Conseil d'État [Sentencia del Consejo de Estado]
CEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos]
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile [Código para la entrada y permanencia de extranjeros y el derecho de asilo]
CGI	Code général des impôts Dalloz [Código General de Impuestos Dalloz]
ch.	Chambre [Cámara]
chron.	Partie doctrine du Recueil Dalloz [Parte doctrinal de la Colección Dalloz]
Civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation [Sentencia de una sala civil de la Corte de Casación]
CJCE	Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes [Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas]*

* Desde 2009, se denomina Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Cour de Justice de l'Union Européenne) [N. de T.].

<i>Clunet</i>	Revue du droit international <i>Clunet</i>
Cons. const.	Décision du Conseil constitutionnel [Decisión del Consejo Constitucional]
CSE	Charte sociale européenne [Carta Social Europea]
CSS	Code de la Sécurité sociale Dalloz [Código de Seguridad Social Dalloz]
CRR	Commission des recours des réfugiés [Comisión de Apelaciones de los Refugiados]*
C. trav.	Code du travail Dalloz [Código del Trabajo Dalloz]
D.,	Dalloz Recueil Dalloz [Colección Dalloz]
DA	Droit administratif (éditions du Juris-Classeur) [Derecho administrativo (ediciones Juris-Classeur)]
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois [Directorio de notarios de Defrénois]
Dr. fam.	Droit de la famille (éditions du Juris-Classeur) [Derecho de familia (ediciones Juris-Classeur)]
Dr. ouvr.	Droit ouvrier [derecho laboral]
DP	Recueil périodique et critique Dalloz (avant 1941) [Colección periódica y crítica Dalloz (antes de 1941)]
<i>Dr. pén.</i>	<i>Droit pénal</i> (éditions du Juris-Classeur)
Dr. soc.	Droit social [Derecho social]
<i>Eur.</i>	<i>Europe</i> (éditions du Juris-Classeur)
fasc.	Fascicule [fascículo]
form.	plén. Formation plénière [formación plenaria]
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
HALDE	Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité [Alta Autoridad para la lucha contra la discriminación y por la igualdad]
Instr.	Instruction [instrucción]
IR	Informations rapides du Recueil Dalloz [Informaciones rápidas de la Colección Dalloz]
<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>

<i>JOAN</i>	<i>Journal officiel – Débats de l'Assemblée nationale</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
<i>JCP</i>	<i>La Semaine juridique</i> , édition générale
<i>JCP</i> , éd. E	<i>La Semaine juridique</i> , édition entreprise
<i>JCP</i> , éd. N	<i>La Semaine juridique</i> , édition notariale
Jur.	Partie jurisprudence du Recueil Dalloz [Sección jurisprudencial de la Colección Dalloz]
Lég.	Partie législation du Recueil Dalloz [Sección legislativa de la Colección Dalloz]
MST	Maladies sexuellement transmissibles [Enfermedades de transmisión sexual (ETS)]
NCPC	Nouveau Code de procédure civile [Nuevo Código de Procedimiento Civil]
obs.	Observations [observaciones]
OFPPA	Office français de protection des réfugiés et apatrides [Oficina Francesa de Protección a los Refugiados y Apátridas]
Ord.	Ordonnance [Ordenanza]
Pacs	Pacte civil de solidarité [Pacto civil de solidaridad]
<i>RD publ.</i>	<i>Revue de droit public</i> [Revista de derecho público]
<i>RD sanit. soc.</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i> [Revista de derecho sanitario y social]
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'État [Colección de decisiones del Consejo de Estado]
Rec.	Lebon Recueil Lebon [Colección Lebon]
Rép. min.	Réponse ministérielle [Respuesta ministerial]
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation [Sentencia de la Cámara de requerimientos de la Corte de Casación]
<i>Rev. adm.</i>	<i>La revue administrative</i> [La revista administrativa]
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i> [Revista crítica de derecho internacional privado]
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i> [Revista crítica de derecho sanitario y social]
<i>Rev. sc. crim.</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i> [Revista de ciencia criminal y de derecho penal comparado]

* Desde 2007, se denomina Corte Nacional del Derecho de Asilo (Cour nationale du droit d'asile) [N. de T.].

<i>RFD adm.</i>	<i>Revue française de droit administratif</i> [Revista francesa de derecho administrativo]
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i> [Revista francesa de derecho constitucional]
<i>RJPF</i>	<i>Revue juridique personnes et famille</i> [Revista jurídica de personas y familia]
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i> [Revista trimestral de derecho civil]
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droite européen</i> [Revista trimestral de derecho europeo]
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i> [Revista trimestral de derechos humanos]
S.	Recueil Sirey [Colección Sirey]
Sect.	Section [sección]
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation [Sentencia de la sala de lo social de la Corte de Casación]
somm.	Partie Sommaires commentés du Recueil Dalloz [Sección de sumarios comentados de la Colección Dalloz]
t.	tome [tomo]
TA	Jugement d'un tribunal administratif [Sentencia de un tribunal administrativo]
th.	Thèse [tesis]
TGI	Jugement d'un tribunal de grande instance [Sentencia de un alto tribunal]
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Trib. inst.	Jugement d'un tribunal d'instance [Sentencia de un tribunal de distrito]
US	Arrêt de la Cour suprême des États-Unis [Sentencia de la Corte Suprema de EUA]

A Claudio y Mauro

Introducción

La liberación sexual¹ y la expansión pandémica del sida en la segunda mitad del siglo xx colocaron la sexualidad en el centro del debate político y social. Confinada al ámbito de la intimidad y de la vida privada, la sexualidad irrumpió en el espacio público, primero gracias a la acción política del feminismo, y luego, por las demandas del movimiento LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales). Sin embargo, la sexualidad sigue siendo la actividad humana a la que más le cuesta liberarse de la moral tradicional y del discurso médico, lo que a menudo dificulta el análisis legal. Ahora bien, una teoría del derecho de la sexualidad encontraría su fundamento en una filosofía laica construida a partir de la idea de la voluntad del sujeto autónomo y responsable que despliega su libertad a partir de elecciones racionales. La actividad sexual, como cualquier otra actividad humana, es múltiple y variada, que va desde quienes conciben el sexo solo en su dimensión reproductiva dentro del matrimonio, hasta quienes hacen del libertinaje una forma de vida. Algunos prefieren personas de su mismo sexo, otros encuentran placer solo en el sexo opuesto. Para unos, el sexo y el amor son inseparables, otros hacen de la sexualidad una actividad lucrativa.

¹ La liberación sexual es una manifestación política compleja que, gracias al declive del patriarcado y del peso moral de la Iglesia, se caracteriza por una mayor tolerancia respecto de la actividad erótica. Esta manifestación encuentra sus raíces en un cierto número de revoluciones científicas que, desde la década de 1930, han permitido el control y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual, así como la difusión de los métodos anticonceptivos.

Una regulación justa de la actividad sexual debe prescindir de los diferentes significados que cada individuo otorga a su vida erótica. La ley reduce así su intervención sobre la base de dos principios fundamentales: el consentimiento de los individuos y la ausencia de daño a los demás.

Partiendo de una lectura desacralizada de la sexualidad (es decir, emancipada de las tradiciones, doctrinas o ideologías dadas y no problematizadas) y de una concepción modesta del derecho, el estudio que se propone en este trabajo se divide en tres partes: una primera parte introduce los principios políticos y filosóficos que regulan la vida sexual: la evolución de la base de las prohibiciones sexuales, el margen de apreciación del Estado en materia sexual, la intervención del derecho para limitar la voluntad individual, la tensión entre la libertad, la igualdad y la dignidad humana, etcétera. Una segunda parte analiza las cuestiones relativas a la libertad sexual, la igualdad de sexos (varones-mujeres) y las sexualidades (homosexualidad-heterosexualidad) y la criminalidad sexual. La tercera parte del libro presenta y analiza un cierto número de ejemplos concretos de regulación de las sexualidades (prostitución, pornografía, pedofilia, acoso sexual, etcétera) en función de la *summa divisio* clásica: sexo consentido/sexo sometido. Esta parte concluye con un estudio específico de las principales convenciones internacionales relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos, el derecho de asilo para las minorías sexuales y la lucha contra el turismo sexual.

1. La regulación de la actividad erótica

Sección I. El control de la sexualidad está en el origen del mundo normativo

La prohibición del incesto

El incesto designa las relaciones sexuales entre miembros de una misma familia. Gran inhibidor, la prohibición del incesto permite la renuncia al deseo sexual entre los individuos de un mismo clan (endogamia) para volverse hacia otro (exogamia) por una fuerza fundante (tabú) de la humanidad. Para los antropólogos, se trata de una regla invariable que permite la creación de alianzas entre miembros de grupos diferentes. Claude Lévi-Strauss concibe la prohibición del incesto como una forma positiva de intercambio de mujeres con el objetivo de la pacificación social a través de una complementariedad afectiva. Así, al alentar la exogamia, el tabú del incesto obliga a grupos no emparentados a entablar relaciones maritales que refuerzan la solidaridad social. Este enfoque de la sexualidad hace de la prohibición del incesto el elemento que permite explicar el tránsito desde la naturaleza hacia la cultura. En su primera gran obra, *Les structures élémentaires de la parenté*, el antropólogo se pregunta acerca de la universalidad de esta prohibición:

La prohibición del incesto es el proceso por el cual la naturaleza se supera a sí misma; enciende la chispa bajo cuya acción una estructura nueva y más compleja se forma y se superpone –integrándolas– a las estructuras más simples de la vida psíquica, así como estas últimas se superponen –inte-

grándolas— a las estructuras, más simples que ellas mismas, de la vida animal. Opera, y por sí misma constituye el advenimiento de un nuevo orden.¹

A partir de este postulado, Lévi-Strauss define el pasaje desde la naturaleza hacia la cultura² por la institución de normas: la cultura es el universo de las reglas. Y estas reglas son las que forman su objeto de estudio. El análisis de los sistemas de parentesco consistirá, pues, en sacar a la luz los principios obligatorios que gobiernan el juego de la alianza matrimonial en las sociedades primitivas, reglas que rigen el comportamiento individual.

El problema de la prohibición del incesto no consiste tanto en averiguar qué configuraciones históricas, diferentes según los grupos, explican las modalidades de la institución en tal o cual sociedad particular. El problema consiste en preguntarse qué causas profundas y omnipresentes hacen que, en todas las sociedades y en todas las épocas, exista una regulación de las relaciones entre los sexos. Querer proceder de otro modo sería cometer el mismo error del lingüista que creería agotar, por la historia del vocabulario, el conjunto de las leyes fonéticas o morfológicas que presiden el desarrollo de la lengua.³

Por tanto, el mundo normativo sería, según esta teoría etnológica, el producto de la conciencia universal del tabú de las relaciones sexuales entre personas ligadas por cierto grado de parentesco. Así, nuestra especie deviene humana cuando comienza a oponer prohibiciones a lo que en ella misma considera del orden de la animalidad. Esta primera prohibición es de naturaleza sexual.

¹ C. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, París, Mouton, 1967.

² “La prohibición del incesto no tiene origen puramente cultural, ni puramente natural; y tampoco es un compuesto de elementos tomados en parte a la naturaleza y en parte a la cultura. Constituye el paso fundamental gracias al cual, por el cual, pero sobre todo en el cual, se cumple el pasaje desde la naturaleza hacia la cultura.” *Ibid.*, p. 28.

³ *Ibid.*, p. 29.

En su ensayo *Totem und Tabu*, Freud explica la interiorización de esta prohibición a partir del mito de la horda primitiva. El padre de la horda monopolizaba el acceso a las mujeres por medio de la violencia, razón por la cual los hijos organizan una revuelta contra el padre todopoderoso y terminan matándolo; para evitar un retorno al sistema de la horda primitiva, los seres humanos establecen la ley de la exogamia renunciando al incesto. Para el psicoanálisis, el tránsito entre la horda primitiva y el intercambio de las mujeres marca el comienzo de la cultura y de la humanidad.

En todas las sociedades existen normas que prohíben las uniones incestuosas, tanto en forma de castigo de las relaciones sexuales entre parientes cuanto en la forma de impedimentos al matrimonio. Si el incesto por consanguinidad y por matrimonio ya estaba prohibido por el derecho romano,⁴ la Iglesia católica introducirá más tarde nuevas formas de parentescos prohibidos, como la afinidad espiritual resultante del bautismo entre los padrinos, la persona bautizada y sus parientes cercanos. Como lo muestran varios estudios históricos, es a través de la sexualidad que el clero ejercerá un control constante sobre las poblaciones a lo largo de toda la Edad Media.⁵

A partir de esta constatación universal —la prohibición del incesto—, la sexualidad aparece así como la principal actividad humana que da origen al mundo normativo y al Estado de derecho. Como señala Maurice Godelier, “[...] la prohibición del incesto consiste en hacer lo social con lo sexual”.⁶ La sexualidad se convierte de ese modo en el elemento fundamental de la actividad humana, ese que nos permite comprender la dinámica profunda de la vida en sociedad. La regla que prohíbe el

⁴ No por razones de moralidad o de riesgo genético, sino simplemente para evitar confusiones de roles en el seno de las familias. Casarse con una hermana implicaba, en efecto, añadir el estatus de marido al de hermano, lo que provocaría así un desorden en la institución matrimonial.

⁵ A. Burguière, “Cher cousin: les usages matrimoniaux de la parenté proche dans la France du XVIII^e siècle”, *Annales*, 1997, vol. 52, pp. 1139-1360.

⁶ M. Godelier, *Au fondement des sociétés humaines. Ce que nous apprend l'anthropologie*, París, Albin Michel, 2007.