

Gambino, Gabriella

El reconocimiento público de las uniones homosexuales: la función del derecho ante los cambios sociales

Prudentia Iuris N° 75, 2013

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Gambino, G. (2013). El reconocimiento público de las uniones homosexuales : la función del derecho ante los cambios sociales [en línea], *Prudentia Iuris*, 75. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/reconocimiento-publico-uniones-homosexuales.pdf> [Fecha de consulta:.....]

EL RECONOCIMIENTO PÚBLICO DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES: LA FUNCIÓN DEL DERECHO ANTE LOS CAMBIOS SOCIALES*

GABRIELLA GAMBINO**

Resumen: En muchos países del mundo se suceden actualmente reclamos de reconocimiento público de las uniones homosexuales. Diversos países europeos han introducido normas tendientes a reconocer nuevas modalidades de ser pareja y familia sobre la base de una nueva concepción “de género” de la sexualidad humana. Pero la impresión que surge es que tales reconocimientos no son siempre precedidos de una profundización propiamente *jurídica*. En tal sentido, a la luz de las recientes solicitaciones político-sociales en materia de sexualidad y de familia, la presente contribución pretende proponer, en una perspectiva filosófico-jurídica, una reflexión sobre la función y el sentido del derecho frente a los cambios sociales.

Palabras clave: Uniones homosexuales - Sexualidad de género - Familia - Filosofía del derecho - Función del derecho.

Abstract : In molti paesi del mondo si sta ormai facendo pressante la richiesta di riconoscimento pubblico delle unioni omosessuali. Diversi paesi europei hanno introdotto normative volte a riconoscere nuove modalità di essere coppia e famiglia, sulla base di una nuova concezione “di genere” della sessualità umana. Ma l'impressione

* El presente artículo es una traducción del texto original en italiano [*Il riconoscimento pubblico delle unioni omosessuali: la funzione del diritto innanzi ai cambiamenti sociali*, in MELINA, L.; BELARDINELLI, S. (a cura di), *Amare nella differenza. Le forme della sessualità e il pensiero cattolico: studio interdisciplinare*, Siena, Cantagalli, 2012, págs. 509-520] realizada por la prof. Débora Ranieri de Cechini para la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”.

** Laureada en Ciencia Política (Università degli Studi di Milano), Doctora en Bioética (Università Cattolica del Sacro Cuore, Roma), Investigadora en Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Tor Vergata de Roma, Miembro del Colegio de Docentes del Doctorado de Investigación en Historia y Teoría del Derecho Europeo. Ha realizado diversas publicaciones sobre temas de Filosofía del Derecho y Bioética tales como *Le unioni omosessuali. Un problema di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007; *Diagnosi prenatale. Scienza, etica e diritto a confronto*, Napoli, ESI, 2003; “La legge italiana sull’aborto”, en ANDERSON, C. A. (a cura di Gabriella Gambino), *La famiglia: una risorsa per la società. Dimensioni giuridiche e politiche di una cultura della vita e della famiglia*, Siena, Cantagalli, 2009, págs. 107-118.

che emerge è che tali riconoscimenti non siano sempre preceduti da un approfondimento propriamente *giuridico*. In tal senso, alla luce delle recenti sollecitazioni politico-sociali in materia di sessualità e famiglia, il presente contributo intende proporre, in una prospettiva filosofico-giuridica, una riflessione sulla funzione e il senso del diritto di fronte ai cambiamenti sociali.

Keywords: Unioni omosessuali - Sessualità di genere - Famiglia - Filosofia del diritto - Funzione del diritto.

En Europa se presentan cada vez con mayor fuerza reclamos de instituciones jurídicas separadas y distintas del matrimonio para regular diversas formas de “pareja” y “familia” (desde la unión registrada y el pacto civil de solidaridad hasta nuevas hipótesis civiles de cohabitación legal y de “matrimonio” entre personas del mismo sexo); instituciones cuyo objeto no es tanto construir “relaciones familiares” –o, si que quiere, *vínculos familiares*– sino más bien regular formas de tutela individual de intereses subjetivos, prontas a desaparecer en cuanto la relación se acabe. En particular, hacia fines de los noventa, diversos países europeos han ido introduciendo en sus ordenamientos leyes que tienden a conferir un reconocimiento jurídico a las uniones homosexuales, en algunos casos, superponiendo en una disciplina común a las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales –igualando entre sí situaciones estructuralmente diferentes–; en otros casos, estableciendo una disciplina específica para las uniones homosexuales¹. Sin embargo, la impresión que surge

¹ El análisis de la normativa europea en materia de reconocimiento público de las uniones homosexuales se revela extremadamente interesante desde el punto de vista jurídico. En cada país se observa, de hecho, una clara y rapidísima evolución hacia el reconocimiento del “matrimonio homosexual” *strictu sensu*. Los países que han modificado el Código Civil para extender el matrimonio heterosexual a uniones homosexuales han pasado previamente por el reconocimiento de la cohabitación legal y/o del registro de esas uniones, para luego llegar a reformar la disciplina del matrimonio (Holanda, Bélgica, España). Los países que, en cambio, llegaron a adoptar una sola disciplina “análoga” a la del matrimonio tuvieron por lo general recorridos más intrincados, pero sin embargo muy rápidos. Así en Noruega se ha pasado a la “comunidad doméstica”, que reconoce derechos a cualquier tipo de convivencia a la unión registrada para los homosexuales que desean vivir como “marido y mujer”. Suecia ha pasado de la convivencia doméstica heterosexual, a la cohabitación homosexual, para llegar después a la unión homosexual registrada. En Portugal, de la “economía común” se ha llegado a la tutela de las relaciones de hecho heterosexuales primero y luego a cualquier forma. En Dinamarca, Finlandia, Islandia, Alemania y Gran Bretaña el pasaje a la unión registrada con los mismos efectos civiles que el matrimonio fue más inmediato. Podemos deducir de estos datos que la disciplina general de la “cohabitación”, sin referencia o distinción de sexo de los convivientes, parece no conformar ni a las parejas heterosexuales ni mucho menos a los homosexuales, los cuales ambicionan un reconocimiento público de esas mismas uniones. Los países que la han adoptado, de hecho, en poquísimos años han optado por una disciplina más afín al matrimonio para las uniones homosexuales. La impresión es que la disciplina de la cohabitación doméstica haya sido siempre un “paso estratégico” que ha preparado gradualmente el terreno político-cultural a la aceptación de un cambio más profundo en materia de convivencia, constituido exactamente para el reconocimiento público de las uniones homosexuales. Son estas últimas, de hecho, las reales destinatarias de tales cambios o transformaciones normativas. No se ve el motivo, de hecho, por el cual una pareja heterosexual debería estar interesada por una disciplina que no es el matrimonio, ni tampoco la mera convivencia *more uxorio*. Si una pareja está en condiciones de poderse registrar y más aún en condiciones de poderse casar (ya que a tales registros no puede acceder quien resulte estar casado o ya registrado), tratándose además de dos disciplinas fácilmente rescindibles (una con el divorcio, la otra con

de la observación de los acontecimientos político-legislativos es que tales reconocimientos no son siempre precedidos de una reflexión propiamente jurídica, y menos aún, filosófico-jurídica. Se hacen requerimientos en el plano político y se obtienen respuestas legislativas sin argumentaciones ni reflexiones serias, capaces de sostener de manera racional y objetiva las decisiones tomadas en el plano legislativo. Ni por parte del legislador, ni mucho menos, por parte de aquellos que demandan tales reformas normativas.

Contrariamente, parece a una primera mirada, de hecho, que las posiciones de los movimientos homosexuales, sobre este punto, no son homogéneas: junto a aquellos que demandan normas que equiparen las uniones homosexuales a las heterosexuales a través de nuevas legislaciones sobre el derecho de familia², están aquellos que, en cambio, propician una total ausencia de juridicidad³ del universo familiar en nombre de la libertad y de la *privacy*⁴ en cuestiones privadas, como la sexualidad y la familia. En resumidas cuentas, detrás de la demanda del reconocimiento público de las uniones homosexuales se oculta una multiplicidad de reclamos diversos y no homogéneos, difícilmente conducibles a una única línea de pensamiento y a un preciso objetivo político-social. A pesar de esto, un dato permanece innegable: los movimientos homosexuales quieren cambios normativos, dirigen una explícita demanda al derecho. Una demanda compleja, que atañe a dimensiones esenciales de la coexistencia, la *familia*, donde desde siempre el hombre, la mujer y el niño, reconociéndose, desarrollan y estructuran la propia *identidad* de padre, madre e hijo. Identidad que se le pide al derecho que reduzca a *funciones* ahora reproductivas, ahora educativas, ahora de asistencia recíproca y de cuidado, no más atribuibles a un hombre o a una mujer sino a cualquier “dúo” de individuos que deseen cohabitar y reconocerse en una familia mientras dure la cohabitación: generando así problemáticas inagotables de acuerdo al modo como el hombre moderno concibe la propia sexualidad, genitalidad y filiación.

Se revela en tal sentido cuál debería ser el auténtico deber del jurista hacia los continuos reclamos políticos y jurídicos propuestos hoy por los grupos homosexuales: no preguntarse de entrada *cómo* intervenir sino *si debe* intervenir y *por qué* tratando

una declaración unilateral), las mayores tutelas previstas para el matrimonio para la parte débil deberían hacer prevalecer la elección por este último. Por esta razón, la unión heterosexual se registra porque se quiere obtener un tipo de reconocimiento más débil y menor protección respecto a la que podría obtenerse con el matrimonio civil (hipótesis que interesa casi seguramente a un porcentaje reducidísimo de parejas convivientes heterosexuales y que por sí misma no constituye un grado de justificación para la introducción de un cambio normativo importante para el derecho de familia), es decir, es evidente que el registro, en realidad, no interesa en absoluto a las parejas heterosexuales, sino que es un modo que el sistema político-legislativo ha encontrado para conferir a las parejas homosexuales un *reconocimiento público*. Para un análisis profundo sobre el tema del reconocimiento público de las uniones homosexuales desde el punto de vista normativo y iusfilosófico, se me permita reenviar a GAMBINO, G., *Le unioni omosessuali. Un problema di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007.

² El sentido de esta afirmación puede apreciarse mejor en su texto original donde dice: “[...] accanto a chi domanda norme che riconoscano la *differenza* omosessuale attraverso l’*indifferenza* per l’orientamento sessuale con nuove legislazioni sul diritto di famiglia” (n. del t.).

³ El texto original utiliza la palabra “degiuridificazione” (n. del t.).

⁴ Dejamos la palabra textual utilizada aquí por el autor aunque en castellano puede ser traducida por “derecho a la privacidad o a la intimidad” (n. del t.).

de comprender si existen razones auténticamente *jurídicas* para hacerlo y con qué significados para el individuo y para la sociedad. Existen contenidos objetivos del derecho, de hecho, que el jurista no puede ignorar y que, por más que se produzcan cambios sociales, le impiden tomar decisiones simplemente en base a meras exigencias subjetivas reivindicadas por grupos sociales.

Antes de elaborar normas, por tanto, el jurista se encuentra frente a un doble deber: 1. razonar sobre la función, el sentido y el fundamento del derecho; 2. buscar el *sentido* de la realidad que se quiere legislar y descubrir, así, si esa misma realidad es *materia jurídica*⁵.

1. En cuanto al primer aspecto, necesita ante todo preguntarse en qué condiciones un *bien humano* puede volverse un *bien jurídico*. A esta pregunta los legisladores europeos no parecen haberle dado hasta ahora mucho relieve, prefiriendo en lugar de un derecho fuerte y consciente de sus elecciones, soluciones normativas pragmáticas, contingentes y transitorias.

Basta pensar en el nuevo lenguaje *de género* que las recientes reformas del Código Civil belga y español han impuesto al derecho, transformando al hombre y a la mujer en sus recíprocos roles conyugales y familiares en sujetos asexuados, renegando del significado simbólico de las palabras: instrumento, estas últimas, de un derecho débil, que no logra justificar las razones de sus elecciones⁶. De allí resulta un derecho incapaz de cumplir con aquella específica *función* que hace del derecho un *sistema de garantía* respecto a contenidos sustanciales, que debería vincularse normativamente a principios y valores⁷. Como ha sido señalado por la doctrina especializada, el derecho, de hecho, no está obligado solo a programar una *forma* de producción a través de normas procedimentales sobre la formulación de la ley, sino que debe también programar su contenido sustancial. Ello requiere una constante redefinición pública de sus *bienes esenciales* que, en razón de su carácter vital, no pueden ser dejados a la interpretación privada⁸. Solo así el derecho podrá garantizar los derechos fundamentales y la estabilidad social. El derecho, en tal sentido, es una técnica social que, para tener éxito, debe neutralizar lo más posible el factor subjetivo, variable e imprevisible, para sacar a las vicisitudes humanas de la incertidumbre y de la inseguridad⁹.

Por otra parte, el mismo concepto de norma excluye el recurso a una voluntad inconstante y mutable para asegurar aquella estabilidad, que supere la fragilidad e inseguridad de la existencia humana.

⁵ En la simple pero clara fórmula heideggeriana: “[...] sentido es aquello en lo cual se mantiene la comprensibilidad de cualquier cosa”, HEIDEGGER, M., *Essere e tempo* (1927), trad. it., Torino, 1969, pág. 248.

⁶ En España, por ejemplo, los términos “esposo y esposa” han sido sustituidos por la expresión asexuada de “cónyuges” y los términos “madre/padre” por “progenitores”; cf. la reforma del Código Civil del 21 de abril de 2005.

⁷ FERRAJOLI, L., “Il diritto come sistema di garanzie”, en *Ragion pratica*, I, 1993, págs. 143-161.

⁸ VIOLA, F., *Dalla natura ai diritti: i luoghi dell'etica contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

⁹ FULLER, L. L., *The Principles of Social Order: selected essays of Lon L. Fuller*, in L. L. Fuller, K. I. Winston (eds.), Durham, Duke University Press, 1981.

Al contrario, el derecho formalista –en materia de libertad matrimonial y familiar– deja la máxima imprevisibilidad a la voluntad de las partes implicadas en estas nuevas formas de convivencia, terminando así por adoptar en sí aquellos términos que deberían haberse alejado del derecho: fragilidad, contingencia, inseguridad. En particular, el ámbito de la sexualidad viene hoy reivindicado como uno de los ámbitos privados para la autorrealización del individuo en una perspectiva autorreferencial, con el riesgo de realizar un error técnico fundamental: en lugar de buscar la realización de un *bien en sí*, se lo convierte en un *bien para sí*, el individuo convierte el *bien para sí* en un *bien en sí*, simplemente en nombre de la libertad de elección y exigiendo que el bien subjetivo venga a ser asumido como interés público, aunque en sí mismo pueda no haber nada que responda al interés de la generalidad de la sociedad¹⁰.

El derecho, en cambio, es una experiencia ética, es decir, expresión del ser *coexistencial* del hombre en calidad de ser-en el mundo, sujeto-en-relación con otros hombres. En cuanto tal, es ontológicamente relacional y es solo en el contexto de esta antropología de la relacionalidad donde emerge el sentido del derecho como instrumento de garantía de la coexistencia. Solamente el individuo en su dimensión relacional puede ser entonces *referente de la juridicidad*.

La norma jurídica, por tanto, no puede nacer de una pretensión autorreferencial del sujeto o de un grupo de sujetos, sin una adecuada evaluación de su universalidad y tipicidad. Eso significa que es necesario preguntarse si *la estructura de la relación* que la norma quisiera disciplinar es *objetiva y auténtica* respecto al ser del hombre y a su verdad.

En este sentido, la dificultad que comúnmente se encuentra para comprender las razones por las cuales la demanda de reconocimiento de las relaciones homosexuales no puede ser atendida por el derecho puede ser explicada por las siguientes observaciones.

El derecho (*ius*) que los movimientos homosexuales requieren para obtener un reconocimiento jurídico de nuevas modalidades de ser pareja se coloca como instancia autorreferencial en el interior de la sociedad. Como explica Sergio Cotta:

¹⁰ En tal sentido, la homosexualidad pertenece solo a la esfera de lo privado: es una modalidad de comunicación con el otro que no posee en sí nada que responda al interés de la generalidad de los asociados. Por esto no puede tener relevancia en la esfera pública. Aunque puede traducirse en un deseo de convivencia o en un deseo de cohabitación, pero no por ello reviste interés público. La cohabitación, de hecho, pueden realizarla también dos hermanos o dos personas ancianas, prescindiendo de una relación afectiva o sexual entre ellos; pero para el Estado no es relevante la dimensión meramente afectiva, ni tampoco el hecho de la convivencia; sino más bien solo aquellos compromisos y responsabilidades que con el matrimonio devienen *exigibles en el ámbito jurídico* y que la pareja homosexual estructuralmente no puede asumir: compromiso y responsabilidad en el interior de una *alianza* ordenada por su naturaleza a la fecundidad al pleno desarrollo de la personalidad de los cónyuges posible en la perfecta unión realizable por medio de la complementariedad sexual) y de los hijos. El matrimonio heterosexual es una comunidad de socialización, de reproducción, de educación, con funciones y efectos específicos, que vienen –en el interés de todos– regulados por la ley. Es la institución gracias a la cual la sociedad se forma. La unión homosexual, por el contrario, puede ser una comunidad de vida que solo posee relevancia privada para las partes que la constituyeron. Diversamente, deberían hacerse cargo de (no saben bien cuáles) compromisos y responsabilidades sociales, que el Estado debería por consecuencia poder *exigir* aún en términos jurídicos de la pareja conviviente.

“[...] en el sujeto que relacione exclusivamente para sí mismo su propia acción [...] la tendencia-a sobre-entiende una pretensión-desde: cada acción es implícitamente una pretensión respecto a otros ‘yo-sujetos’. [...] En el horizonte de la subjetividad inmediata [...] la pretensión es sentida como espontánea afirmación justa del propio ser y por lo tanto como un derecho [...]”¹¹. En tal modo, *verdad subjetiva y justicia* se compenetran: me *aparece* como justo aquello que es verdadero para mí. En el ámbito de la coexistencia social, por tanto, reducida a la dimensión de la subjetividad, la convivencia de sujetos-agentes se configura –en el plano de las acciones– como una convivencia de pretensiones conflictivas, que para que sean superadas es necesario recuperar la dimensión de la *coexistencia*. Si, en efecto, se niega que el derecho posee su propio fundamento en la *estructura* de la coexistencia, la presencia misma del derecho se justifica solamente en base a su efectiva capacidad de cumplir con una función pragmática y se reduce a esa dimensión, exactamente, funcionalista, entendida como garantía de tutela y promoción de *determinados* intereses, aun en perjuicio de sus bienes esenciales¹². En esta perspectiva reduccionista, se entiende al derecho solo en su dimensión formal: puro instrumento técnico al servicio de valores o de objetivos que no le pertenecen, pero que nacen de exigencias económicas, políticas o ideológicas de naturaleza subjetiva. Se configura así un círculo vicioso: el derecho, entendido en su dimensión funcional, necesita de una política legislativa pública que sea encarnación de la tolerancia institucional hacia cualquier contenido del derecho mismo, y la tolerancia, a su vez, para alcanzar cumplimiento, debe concretarse en un derecho positivo formal, indiferente a los contenidos objetivos de la coexistencia.

En tal sentido, es esencial que el jurista contribuya a recuperar la conciencia de que la dimensión jurídica de la coexistencia no se puede reducir al derecho positivo y a la noción de ordenamiento legal –es decir, al conjunto de las normas y de los procedimientos que regulan la coexistencia– en función de intereses *extraños* al derecho. Y que a tal fin sea capaz de *redefinir* en una perspectiva objetiva –es decir, propiamente jurídica– aquellas instituciones que son estructurales de la coexistencia humana, ya que poseen en la estructura misma del coexistir la propia normatividad intrínseca: el matrimonio y la familia.

2. ¿Cuál es pues el sentido esencial de las instituciones jurídicas a las cuales las sociedades modernas parecen querer imponerle cambios, es decir, el matrimonio y la familia? ¿Qué exigencias fundamentales e imposibles de eliminar de la coexistencia dan una respuesta? ¿Qué relevancia poseen para el derecho la sexualidad y la familia?

¹¹ COTTA, S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomenologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1991, pág. 53.

¹² El pacs y las otras formas de reconocimiento de las nuevas modalidades de convivencia son instrumentos privilegiados para secundar las exigencias de esta reestructuración de lo privado en una perspectiva exclusivamente *funcionalista* de las relaciones humanas. Con la privatización y la disolubilidad, la pareja se transforma en un “duo” de sujetos de cualquier sexo que se quieren y que desean ver tutelados algunos derechos, hasta que dure la relación. Es significativo al respecto la posibilidad, prevista para algunas formas de unión, de la disolución por vía unilateral, ignorando todo deber solidario de la unión.

Para responder a estas preguntas es necesario aclarar dos presupuestos, que han sido puntualmente tematizados por doctrina especializada¹³.

El primero es que la sexualidad y la familia son dos términos no propiamente escindibles. Aquello que los une es su dimensión constitutivamente *jurídica* y *relacional*. En otras palabras, el derecho es aquello que une en el ser humano su *identidad sexualmente estructurada en la dimensión familiar*. El derecho entendido no como norma positiva, sino –en un sentido más específicamente filosófico– como *orden normativo intrínseco* a una realidad relacional. El segundo presupuesto del cual partir es que no hay que entender la sexualidad humana simplemente en una dimensión meramente fenomenológico-naturalística, enfoque tal que evidencia solo el aspecto funcionalístico, identificándola como actividad sexual, forma de placer, modalidad reproductiva óptima, sino que hay que pensarla con referencia a la totalidad de la persona, destinada en primer lugar a la configuración del propio yo.

El desarrollo posterior de estos dos presupuestos permite entender su importancia antropológica y su sentido en relación con la cuestión específica de la “familia homosexual”.

La sexualidad es intrínsecamente relacional. Esta, de hecho, no se agota en sí misma, sino que se desarrolla en los comportamientos y expresiones que entran en contacto con la subjetividad del otro¹⁴.

No solo esto, sino que además la sexualidad es la forma de relacionalidad del yo más relevante sobre el plano existencial. Ante todo porque cada ser humano se expresa y se relaciona con los demás según modalidades necesariamente sexuadas. El ser persona, de hecho, implica ser hombre o mujer no solo en cuanto al aspecto biológico, sino en todo el ser de la persona en sí. En tal sentido, el cuerpo sexuado es mediador indispensable, revelador de la masculinidad y de la femineidad que permean toda la persona. Cada experiencia existencial será, en tal sentido, una experiencia masculina o femenina, interpretada desde el modo de ser y de ver el mundo según la propia identidad sexual. Y no se trata de un determinismo reduccionista, que quiera encerrar al ser humano dentro de los límites angostos de una existencia condenada a la propia *sexualidad* (entendida como identidad sexuada): al contrario, ya que el yo alcanza su máxima plenitud cuando logra desarrollar completamente su ser hombre o mujer, la adhesión a la propia identidad sexual se revela como la condición para la propia realización psíquica.

Con el fin de que el desarrollo de la plena identidad de la persona se realice, sin embargo es necesario que se generen dinámicas relacionales peculiares, que mostrando al individuo la existencia de una *alteridad* y de una *diferencia*, lo conduzcan al descubrimiento de la propia identidad sexual.

El ámbito relacional donde por excelencia se estructuran estas dinámicas, intrínsecamente fecundas en su capacidad de conducir al individuo en el desarrollo de su propia manera de ser existencial, es la familia, es decir –en términos más generales y universales posibles– “la unión más o menos estable, socialmente aceptada,

¹³ D'AGOSTINO, F., *Una filosofia della famiglia*, Milano, Giuffrè, 2008.

¹⁴ Sobre este punto ver AMATO, S., *Sessualità e corporeità. I limiti dell'identificazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1985, en particular págs. 34-35.

de un hombre, una mujer y sus hijos”¹⁵. ¿Por qué necesariamente una pareja heterosexual? Porque como se verá en breve, en términos de principio, solo la presencia de un “padre” y de una “madre” hace posible el desarrollo pleno de la identidad del individuo. El rol paterno y materno, a su vez, pueden provenir solo de una bipolaridad sexual.

La diferencia sexual que naturalmente sobresa en el interior de la familia es la diferencia entre hombre y mujer. Esta constitutiva estructura de la bipolaridad sexual constituye la juridicidad intrínseca de la sexualidad humana. Y es en este punto donde se manifiesta la circularidad antropológica entre las dimensiones de la sexualidad-familia-derecho: la familia se funda sobre la complementariedad sexual hombre-mujer, legitimada y aceptada públicamente porque posee una dimensión social y jurídicamente relevante que es la *posibilidad antropológica* de la presencia de los hijos; la sexualidad, a su vez, posee una propia juridicidad intrínseca de la cual la identidad no puede prescindir, una normatividad intrínseca inscrita en la propia bipolaridad constitutiva de hombre-mujer, que es condición natural y simbólica de la posibilidad de la propia expresión funcional al interior de la relación: la fecundidad, es decir, la transmisión de la vida, en su dimensión biológica y psíquica. Y esta dimensión relacional complementaria inscrita en la sexualidad humana bipolar constituye la norma y justifica la presencia intrínseca y constante del derecho en términos relativos a la fecundidad, a la familia y a las relaciones de filiación.

Ser hombre o mujer son las dos modalidades propias en las cuales se manifiesta la sexualidad humana, no solo porque constituyen la condición biológica del ser humano, sino en primer lugar, desde el punto de vista antropológico, porque el ser hombre o mujer posee en sí inscrita la posibilidad de la fecundidad, como posibilidad de autorrealización a través del descubrimiento de aquella diversidad que hace posible la complementariedad. En la conciencia de la propia corporeidad, el hombre revela a la mujer su feminidad y la mujer revela la masculinidad al hombre. El cuerpo se muestra así revelador ineludible de una identidad, mediador de la identidad psíquica a fin de que sea llevada a cumplimiento a través del descubrimiento de la diversidad.

En tal sentido, no existen múltiples sexualidades ni existen tantas formas de diversidad estructuralmente inscrita en la naturaleza humana. Sobre el plano epistemológico, por tanto, no es posible hablar de las diversidades sexuales¹⁶, sino solo de la diversidad sexual, ya que es una sola e irreducible: aquella entre hombre y mujer.

Ello presupone que abandonamos el enfoque antropológico dualista que es fundamento de la “teoría de *género*” y que, en una perspectiva exclusivamente cons-

¹⁵ LÉVI-STRAUSS, C., *Razza e storia e altri studi di antropología*, Torino, Einaudi, 1967, págs. 147-177. En particular, la palabra “familia” sirve para designar “un grupo social dotado de al menos tres características: 1. originado en el matrimonio; 2. consiste en el marido, en la mujer y en los hijos [...], aunque podemos admitir que otros parientes se integren a este núcleo esencial; 3. los miembros de la familia están unidos por (a) vínculos legales; (b) vínculos económicos, religiosos y otros géneros de derechos y deberes; (c) una red precisa de prohibiciones y deberes sexuales, y un conjunto variable y diferenciado de sentimientos psicológicos, como el amor, el afecto, el respeto, el temor, etcétera”.

¹⁶ BAIRD, V., *Le diversità sessuali*, Roma, Carocci, 2003.

truccionista, separamos la corporeidad de la sexualidad, reduciéndola a orientación sexual¹⁷: la relación directa entre la identidad anatómico-corporal y la identidad personal-relacional es, de hecho, co-sustancial a la unicidad de la persona y no puede ser separada de ella si no a expensas de una “fragmentación de la identidad” de la persona misma.

En tal sentido, el carácter bipolar de la sexualidad no solo posee una función reproductiva, sino también una esencial función cognitiva: es la condición para la percepción de la diferencia, presupuesto para el conocimiento de sí mismo.

Se comprende ahora por qué en el hombre el nacimiento de la familia está profundamente unido al aspecto personal de la fecundidad, destinada a expresarse en los conceptos de paternidad y de maternidad. La fecundidad, incluso, ha necesitado “del otro diferente” para realizarse, no solo en su dimensión biológica –como fertilidad destinada a la reproducción– sino también y en primer lugar en su dimensión antropológica y constitutiva –como fecundidad– destinada a la constitución del yo, es decir, de la identidad subjetiva de los padres y de los hijos.

Por esta razón, los términos a través de los cuales normalmente se determinan los varios sujetos familiares –marido/mujer, padre/madre, hijo/hija¹⁸– no indican solo “roles familiares”, socialmente construidos en los usos y costumbres, sino auténticas “identidades familiares”, que se estructuran en el interior de las dinámicas relacionales que naturalmente se instalan entre los sujetos de la familia.

La normatividad inscrita en la tríada madre/padre/hijo constituye, por tanto, la juridicidad intrínseca de la bipolaridad sexual que debería poderse expresar en el interior de la familia, en cuanto lugar antropológicamente propio del nacimiento y del recibimiento de los hijos: tanto de su nacimiento biológico como psíquico. Por esta razón el concepto de “pareja” es auténticamente relevante para el derecho solo cuando es virtualmente generativo en su principio antropológico. De nada vale que

¹⁷ El modelo liberal de matrimonio, por el contrario, tiene el efecto de anular en la sociedad el modelo de la “diferencia sexual” entre hombre y mujer para introducir un sistema de “orientaciones sexuales alternativas”, reduciendo el matrimonio a una mera modalidad de vivir la sexualidad a dos. A su vez, la orientación sexual, y también la heterosexual, se verían reducidas a una alternativa indiferente al interior de una sexualidad multiforme: masculina, femenina, gay o lesbica. En tal contexto, sobre el plano antropológico-relacional, las relaciones sexuales, expresión de la identidad sexuada rica y compleja de una persona, son leídas en términos de mera orientación sexual. El ser sexuado hombre o mujer no tendría más aquel significado estructural que permea a toda relación humana. La relación entre un hombre y una mujer sería solo una opción, una posibilidad entre una *pluralidad de posibilidades indiferentes*. La antropología heterosexual, naturalmente fundada sobre la bipolaridad hombre/mujer, desaparecería al ser englobada en la nueva “antropología múltiple género”. Todo ello implica una transformación de los valores humanos sobre la sexualidad, el matrimonio y la familia en meras opciones simbólicas a partir de una deconstrucción de la sexualidad y de los géneros. Por esto, el reconocimiento de los nuevos derechos “uni-gender” incidiría decididamente sobre la percepción de los derechos naturales. No permanecerían intocables. Tanto es así que por expresar esta nueva antropología el mismo derecho se encuentra obligado a modificar su lenguaje, transformando al hombre y a la mujer en un sujeto asexuado. Cf. NORIEGA, J., “Homosexualidad: la ficción de una intimidad”, en *Anthropotes* (número monográfico sobre “La questione omosessuale”), 2004/2, págs. 327-339; FLANNERY, K., “Homosexuality and types of dualism: a platónico-aristotelian approach”, en *Gregorianum*, 2000, 81, págs. 353-372; TRONCARELLI, B., “Il corpo nella prospettiva antiriduzionistica della complessità”, en D’AGOSTINO, F. (a cura di), *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato. Nuove forme di rilevanza giuridica del corpo umano*, Milano, Giuffrè, 2003, págs. 193-221.

¹⁸ COTTA, S., *Il diritto nell’esistenza*, ob. cit., pág. 123.

la ciencia hoy con la fecundación asistida pueda hacer artificialmente y fuera de toda relacionalidad personal cualquier cosa, reclamándole una legitimación al derecho: la intervención de la norma llevará en tal caso a desconocer la realidad de las dinámicas relacionales que quisiera disciplinar, mistificándolas.

El derecho es en su esencia el custodio del correcto desarrollo de las dinámicas relacionales y, en cuanto tal, pertenece constitutivamente a la sexualidad humana, a las dinámicas relacionales cuyo objeto son la fecundidad y la familia. Como tal, debe hacerse instrumento de tutela del *valor simbólico* de la familia, lugar privilegiado de la fecundidad como transmisión de la vida y de la identidad. Del mismo modo, la sexualidad no puede sustraerse a la propia normatividad interna por devenir autorreferencial. Así como la familia posee en sí dimensiones simbólicas estructurales, por lo cual ni puede ser reducida por el derecho a una dimensión pragmática y funcionalista ni tampoco puede convertirse en un lugar donde puedan invertirse los roles sexuales y generacionales.

Por tanto, habría dos razones sustanciales por las cuales la relación homosexual no puede constituir familia en términos *públicos e institucionales*: porque implica la alteración de la identidad de uno de los “partners” que asume la apariencia o la postura del sexo faltante, ya sea en la dimensión horizontal (en la relación de pareja) como vertical (en la relación con los hijos) de la familia; porque siendo extraña a la heterosexualidad, está cerrada a una auténtica paternidad/maternidad. El rol del padre, en términos antropológicos y simbólicos, se configura solo en presencia de una madre que lo “reconozca” como tal delante del hijo, legitimándolo en su “nombre” y en el poder que este nombre posee en el proceso de estructuración de la identidad del hijo; a su vez, el rol de madre se realiza y llega a cumplimiento frente al hijo solo en presencia de un padre que interviene en el proceso simbiótico entre madre e hijo al revelar la presencia de una diversidad sexual que el niño aprende a reconocer para poderse identificar en su propia sexualidad.

En tal sentido, el derecho no puede realizar igualaciones que no le corresponden, llamando con el nombre de familia aquello que aparenta funcionar pragmáticamente como familia, pero que estructuralmente no lo es. Así por tanto, no puede ser reducido a una función de derecho positivo, es decir, de posiciones y formulaciones de derecho subjetivo de contenido flexible, porque en tal caso terminaría finalmente por hacerse bio-legislación, inclinándose a la ideología de una tolerancia que no respeta la *diversidad sexual* en cuanto tal y propiciando paradójicamente discriminaciones.

A tal fin, si partimos de los presupuestos de: a) que hay una juridicidad intrínseca en la existencia; b) que el derecho en particular debe ser garantía de la coexistencialidad de la identidad subjetiva en una sociedad justa, reconociendo como norma lo que puede universalizarse; de esto deriva que es necesario excluir de la reflexión sobre el reconocimiento de relaciones homosexuales una consideración meramente sociológica, de hecho, descriptiva de situaciones subjetivas y de intenciones que (pudiendo tener importancia en otras dimensiones de la existencia, diversa de la esfera del derecho) exceden lo jurídico, de cualquier modo, de aquella necesaria estructura relacional centrado sobre la bipolaridad sexual, que el derecho está llamado a tutelar en el ámbito de la familia.

En la base de cada discurso institucional, de hecho, permanece un problema estructural de coexistencia, que el derecho no puede renegar. El *contenido* de la nor-

ma jurídica, pues, no se encuentra en la mera descripción factual de nuevos hechos –como los nuevos modelos de convivencia, desde los cuales se requiere al Estado poner simplemente en acto, haciendo derivar una serie de consecuencias– sino en la estructura auténticamente relacional que aquella norma permite tutelar: en aquello que constituye la sustancia de la coexistencia humana.