**Queers, afeminados, marimachos y tomboys:
Deconstruir la conflación de "sexo", "género" y "orientación sexual" en la ley y la sociedad euroamericana**

Francisco Valdes

83 University of California Law Review 1 (1995)

<https://www.jstor.org/stable/3480882>

**Introducción**

*Cuir*. *Mariquita*. *Tortillera*. *Machúa*. ¿Qué tienen en común estos términos vulgares[[1]](#footnote-1)? ¿Por qué duelen? Y, quizás de forma más intrigante, ¿por qué comparten un mismo tipo de dolor?

Como se expone a continuación, el sistema sexo/género euroamericano (u “occidental”) [[2]](#footnote-2) crea y sostiene castas basadas en la identidad. Estas castas son sexistas y heterosexistas, y también misóginas y homofóbicas. La manipulación estratégica de la fusión entre el sexo y el género con la orientación sexual es esencial para este sistema, tanto en el plano ideológico como en el operativo. El heteropatriarcado, tal como lo conocemos, no podría existir ni sostenerse sin las identidades y las ideologías que refuerzan esta fusión, y las jerarquías sociales, jurídicas y económicas que produce[[3]](#footnote-3).

Dado que el sexo, el género y la orientación sexual son conceptos centrales en el sistema sexo/género de nuestra sociedad, sus historias y sus legados resultan complejos y múltiples. Para ayudar a comprender este sistema y las realidades socio-jurídicas que genera o intensifica, este ensayo ofrece un panorama general sobre la fusión y los conceptos que la componen. Define términos clave para facilitar la claridad del análisis y concluye con una reflexión general sobre el significado de esta fusión en relación con la justicia cuir dentro del Derecho y la sociedad.

**La conflación como triángulo: Las interconexiones entre el sexo, el género y la orientación sexual**

La conflación comprende tres construcciones: el sexo, el género y la orientación sexual. Se trata de una red triangular con tres puntos de conexión—o “piernas”—que los interrelacionan tanto como construcciones sociales como en términos de elecciones conductuales. De forma resumida, la primera pierna de este triángulo es la fusión entre el sexo y el género. La segunda pierna es la fusión entre el género y la orientación sexual. La tercera es la fusión entre el sexo y la orientación sexual.

Cada una de estas conexiones se describe brevemente a continuación. Conviene advertir que el sexo se encuentra en la base de todo el esquema: los arreglos fusionados comienzan y terminan en el sexo. La fusión, y las formas de discriminación que esta produce, deben entenderse por lo que son en última instancia: formas de subordinación basadas en el sexo, pero que incluyen concepciones generalizadas sobre la sexualidad y la orientación sexual. Son estas ideas interrelacionadas sobre el sexo—que se extienden hacia el género y la orientación sexual—las que producen figuras como el/la “maricon(a)”, el/la “cuir”, la “tortillera” o la “machúa” como objetos de discriminación y desigualdad.

**Primera etapa: la confusión entre el sexo y el género**

La primera pierna, que fusiona el sexo con el género, sostiene que el sexo de cada persona es también su género. Tradicional e histórica, el “género” se ha entendido como la idea de que los “niños” prefieren el color azul por razón de su sexo masculino, y que las “niñas” prefieren el color rosado por razón de su sexo femenino. La presencia de esta idea en la sociedad es tan común que no necesita explicación para la mayoría de las personas. Dentro del Derecho, esta primera pierna se acepta histórica y popularmente como una verdad evidente[[4]](#footnote-4), sujeta solo a las calificaciones relativamente recientes que han surgido de la teoría jurídica feminista y de la lucha por la libertad de las personas trans. Tanto en el ámbito legal como en el social, el género—sea cis, trans u otro—opera como expresión social del sexo.

**Segunda etapa: la confusión entre el género y la orientación sexual**

La segunda pierna, que fusiona el género derivado del sexo con la orientación sexual, resulta menos familiar—al menos en un primer momento. Sin embargo, la asociación generalmente reconocible entre personas *cuir* y *tortilleras*, por un lado, y entre *mariconas* y *machúas*, por otro, sugiere que existe cierta correlación entre el género determinado por el sexo y la orientación sexual. Esta fusión refleja un hecho histórico y contemporáneo: la orientación sexual funciona como el componente *sexual* del género. La orientación sexual ha sido y sigue siendo parte integral del género, porque el género abarca tanto dimensiones *sociales* (o “públicas”) como dimensiones *sexuales* (o “privadas”). Esta segunda pierna, al igual que la primera, existe tanto en la teoría como en la práctica, y tanto en el Derecho como en la sociedad.

**Tercera etapa: la confusión entre el sexo y la orientación sexual**

La tercera pierna de la conflación puede ser la menos familiar, pero no por ello deja de ser perceptible y demostrable. La conflación entre el sexo y la orientación sexual se manifiesta en la manera en que se deduce la orientación sexual a partir de la semejanza o la diferencia de los sexos dentro de una pareja: cuando hay semejanza de sexo en una pareja, se concluye que cada persona participante tiene una orientación homosexual; cuando hay diferencia de sexos, se asume una orientación heterosexual. Tanto en el Derecho como en la sociedad, las configuraciones sexuales se consideran determinantes de las identidades de orientación sexual. La (no)coincidencia de sexos en una relación delimita los dominios homo, bi o hetero del deseo y del comportamiento sexual. De este modo, la orientación sexual queda fusionada con el sexo.

En resumen, el marco normativo e intelectual de esta fusión sostiene que el sexo determina el género, concibe el género como la dimensión social del sexo y trata la orientación sexual como la dimensión sexual del género, en parte dependiente de la configuración de los sexos dentro de una pareja. Dentro de este marco, la discriminación por orientación sexual desempeña un papel clave en la perpetuación de la discriminación por sexo y por género, debido a que aún es legal. Como se mostrará más adelante, la legalidad persistente de la discriminación homofóbica funciona como una laguna que permite evadir la prohibición jurídica contra la discriminación por sexo o por género.

**La confluencia en el Derecho y la sociedad: El caso *Smith contra Liberty Mutual Ins. Co.***

Dado que la fusión acomoda y exonera los prejuicios androsexistas y heterosexistas, socava la capacidad de la ley para concebir o aplicar normas eficaces y basadas en principios contra las cepas múltiples del fanatismo. Por lo tanto, esta conflación socava la eficacia tanto de las normas jurídicas como de los procedimientos legales que, en teoría, deberían garantizar justicia en condiciones de igualdad ante la ley.

Al generar una “laguna por orientación sexual” que permite el prejuicio por sexo o por género, la conflación entre sexo, género y orientación sexual perjudica al sistema jurídico de la nación. Y al hacerlo, daña también a la sociedad y a su población en múltiples dimensiones, como lo ilustra el caso que se presenta a continuación.

La opinión judicial fundacional que ilustra y legaliza esta conflación data de la década de 1970. *Smith v. Liberty Mutual Insurance Co.* ejemplifica cómo la conflación afecta tanto el Derecho como la vida social y económica cotidiana. Como la primera decisión dictada bajo el Título VII que aborda de forma expresa la asociación fusionada entre sexo, género y orientación sexual, *Smith* ejerce una influencia dominante en el campo jurídico que inauguró. Por ello, resulta especialmente significativo que *Smith* muestre con qué facilidad los tribunales—al igual que otros sectores de la sociedad—adoptan o rechazan, ya sea por ignorancia o por estrategia, la conflación o algunas de sus partes.

El caso *Smith* revela cómo la cultura jurídica reproduce y recicla tradiciones y nociones sexo/género, para sostener la perpetuación del heteropatriarcado. *Smith* ejemplifica cómo la fusión entre sexo, género y orientación sexual opera de manera injusta dentro de la cultura jurídica, al generar resultados distorsionados y precedentes incoherentes, que legitiman la discriminación en las relaciones sociales y económicas.

Los hechos en *Smith* eran simples y no fueron objeto de controversia[[5]](#footnote-5). Smith solicitó un empleo como asistente de correo en una gran compañía de seguros, pero se le negó el puesto porque el supervisor que lo entrevistó lo percibió como socialmente “afeminado” y, por tanto, “no muy adecuado para el trabajo”. La Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo (EEOC, por sus siglas en inglés) investigó la denuncia de Smith. El informe del investigador señaló que las características “ofensivas” eran “bastante pronunciadas” y que Smith tenía intereses sociales “no asociados normalmente con varones (coser)”. En realidad, los documentos de la EEOC revelan que Smith había indicado cuatro pasatiempos en su solicitud de empleo: “[t]ocar instrumentos musicales, cantar, bailar y coser”. Al concluir la investigación, la EEOC emitió a Smith un aviso de su derecho a presentar una demanda.

Smith entonces presentó su demanda[[6]](#footnote-6). Durante el proceso de descubrimiento de pruebas, la controversia se centró rápidamente en la afeminación de género *social* y su correlación conceptual y normativa con la afeminación de género *sexual* dentro del marco de la conflación. En respuesta a los interrogatorios formulados por Smith, el empleador declaró abiertamente que Smith no había sido contratado porque el supervisor que lo entrevistó lo consideró afeminado en lo social y, por tanto, “sospechó que era homosexual”. En otras palabras, el entrevistador percibió a un “mariquita” e imaginó a un “homosexual”. De este modo, la conflación entró en el expediente formal del caso, y allí moldeó su desarrollo y sus resultados, tanto en el tribunal de primera instancia como en la corte de apelaciones.

Tras una serie prolongada de maniobras procesales, ambas partes presentaron mociones de sentencia sumaria. En su moción, Smith formuló su reclamo de la siguiente manera: “La *única* cuestión que se plantea… es si negarse a contratar a una persona solicitante con base en estereotipos sexuales constituye una forma ilegal de discriminación por razón de sexo”. En contraste, la respuesta del empleador se limitó a afirmar que “el hecho de que el demandante sea o no homosexual no tiene importancia. Fue sospechado de serlo y por eso no fue contratado” [[7]](#footnote-7).

En la práctica, era legal discriminar contra personas afeminadas en lo social por razón de sexo y género, siempre que se las “sospechara” de tener una determinada orientación sexual. Así, las asociaciones culturales, jurídicas e ideológicas entre afeminación social y sexual, basadas en la conflación entre sexo, género y orientación sexual, terminaron imponiéndose en la formulación de los temas del litigio y, en última instancia, en la resolución del caso.

La formulación de los temas jurídicos en este caso muestra cómo la Pierna Uno y la Pierna Dos operan de forma conjunta en el plano cultural. Esta formulación deja ver cómo el sexo determina el género, y cómo la atipicidad de género social se asocia con una orientación sexual minoritaria. También, evidencia cómo el sexo funciona como base de todos los arreglos fusionados en la cultura legal y moderna. El tratamiento (erróneo) que los tribunales dieron a estos hechos y cuestiones revela cómo estos procesos de fusión repercuten en el Derecho como procedimiento, como doctrina y como resultado.

El tribunal de distrito falló a favor del empleador, al sostener que el Título VII no “prohíbe la discriminación basada en la preferencia afectiva o sexual”. El tribunal no hizo intento alguno por conciliar la discrepancia evidente entre los hechos consignados en el expediente—que, según todas las partes, mostraban la afeminación social como base de la discriminación—y su fallo, que se centró casi exclusivamente en la orientación sexual como causa de la conducta discriminatoria. En cambio, el tribunal simplemente aceptó el encuadre conclusivo y fusionado presentado por el empleador.

En este caso, la discriminación contra personas percibidas como afeminadas—por su atipicidad de género social—quedó legalizada sobre la base de una orientación sexual imaginada o sospechada. Bajo esta perspectiva, incluso las personas heterosexuales que son *mariconas*—o *machúas*—pueden ser tratadas como si fueran “homosexuales” y, por tanto, discriminadas.

Esta conversión de *maricones* en personas homosexuales reconfiguró tanto la reclamación como los hechos del caso. Esta reinterpretación no solo carece de coherencia conceptual, sino que además es errónea desde el punto de vista fáctico. Los alegatos y las mociones presentadas por Smith muestran con claridad que él sostenía que la discriminación contra hombres afeminados constituía discriminación por razón de sexo, ya que reforzaba estereotipos de sexo y género. Smith *no* argumentó en ningún momento que esa discriminación constituyera discriminación por orientación sexual—fue únicamente el empleador quien promovió esa interpretación[[8]](#footnote-8).

Como se explicará más adelante, Smith negó de forma específica y enfática ser gay. Este análisis judicial defectuoso—que pasó por encima de la formulación explícita del reclamo por parte del demandante—permitió que los temas culturales fusionados, presentes en el caso, impusieran un resultado erróneo en el tribunal de primera instancia. El fallo del tribunal de apelaciones no solo no corrigió el error, sino que lo agravó.

En la apelación, Smith volvió a formular la cuestión centrándola en la atipicidad de género social y en su fundamento en el sexo. Smith admitió ser un *mariquita*, pero negó ser homosexual. En su escrito, Smith planteó que la pregunta era si “la discriminación contra una persona solicitante de empleo que, en opinión del empleador, presenta características o rasgos de personalidad que normal o tradicionalmente se asocian con el sexo del género opuesto constituye una forma de discriminación por razón de sexo”. Para argumentar que sí lo era, Smith citó la definición de “afeminado” del diccionario Webster y argumentó que dicha discriminación era ilegal porque daba validez a estereotipos de género determinados por el sexo.

En defensa de su posición, el empleador argumentó que “la discriminación por preferencia sexual o comportamiento social no constituye una causa de acción bajo el Título VII”. Esta unión entre preferencia sexual y comportamiento social parecía calculada para explotar la asociación fusionada entre orientación sexual y género, la cual ya había prevalecido en el tribunal de distrito.

En segundo lugar, el empleador sostuvo que no tenía ninguna política contra la contratación de hombres afeminados, pero que sí tenía un interés legítimo en asegurar “que todas las personas empleadas se comporten de acuerdo con su sexo”. Esta postura afirma, abiertamente, un interés en imponer una corrección de género basada en el sexo, de acorde con las líneas culturales o ideológicas tradicionalistas, como defensa frente a leyes que, en su redacción, prohíben la discriminación por razón de sexo. El éxito de estos dos argumentos, por lo tanto, dependía de que el tribunal aceptara como válidas las nociones, las premisas y las prácticas de la conflación entre sexo, género y orientación sexual, como si fueran Derecho.

El primer argumento del empleador solicitaba, abiertamente, al tribunal que aceptara la fusión entre la atipicidad de género social y la orientación sexual minoritaria. En otras palabras, pedía al tribunal que aceptara la equivalencia entre *mariquitas* y personas homosexuales. En efecto, esta petición instaba al tribunal a adoptar el uso ideológico que el empleador hacía de la conflación. En adición, con ello convertir el caso en una controversia sobre orientación sexual, tal como lo había hecho ya el tribunal de primera instancia.

El segundo argumento del empleador consistía, en esencia, en afirmar que su prejuicio por sexo y género contra los hombres afeminados quedaba compensado por un prejuicio paralelo contra las mujeres masculinas. Según el empleador, esta doble discriminación no podía considerarse ilegal porque se aplicaba “por igual” a cada sexo y género. Este argumento subvierte los principios del Título VII, al sostener que más discriminación puede funcionar como remedio o defensa ante una discriminación que, de otro modo, sería ilegal. Aunque el razonamiento orwelliano que sustenta esta noción de “discriminación igualitaria” ya había sido rechazado en los casos sobre matrimonios interraciales, aquí fue invocado sin que el tribunal lo abordara ni lo cuestionara en ningún momento.

El Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito confirmó la decisión del tribunal de distrito, pero lo hizo con un análisis tan enrevesado como poco sincero había sido el del tribunal de distrito. Según explicó la corte, la demanda de Smith no alegaba que él había sido discriminado por ser hombre; más bien, había sido discriminado porque “como hombre, se consideró que tenía atributos más comúnmente asociados con las mujeres, ejemplificados en el calificativo ‘afeminado’”. Aunque con esta afirmación el tribunal parecía reconocer expresamente que la conducta del empleador estuvo motivada por estereotipos de género basados en el sexo, negó el amparo solicitado simplemente al declarar, de forma incidental, que el sexo no tiene relevancia en relación con el género[[9]](#footnote-9).

Mediante este doble estándar—o laguna jurídica—el tribunal de apelaciones sostuvo que no había ocurrido discriminación por razón de sexo en el caso de Smith. Con ello, afirmó que las *mariquitas* heterosexuales (y presumiblemente también las *machúas*) pueden ser tratadas legalmente como si fueran personas homosexuales, sin importar la orientación sexual real de ninguna de ellas[[10]](#footnote-10).

Según todos los relatos de los hechos, el empleador discriminó contra Smith únicamente porque era un *hombre* considerado insuficientemente masculino por otro hombre. De hecho, el puesto que Smith solicitó fue ocupado (después de su rechazo, pero antes del litigio) por otra persona a quien, bajo el régimen de “discriminación igualitaria” del empleador, sin duda se exigiría ser afeminada: una mujer.

La única diferencia relevante para las acciones del empleador en este caso fue la diferencia de sexo: solo las mujeres pueden ser femeninas. Por lo tanto, la discriminación surgió precisamente porque el sexo de Smith era masculino, pero no encarnaba suficientemente el género masculino en términos sociales o conductuales. Además, una persona del sexo femenino en una situación similar no sufrió ninguna discriminación por presentar una apariencia o actitud “afeminada”. La discriminación ejercida contra Smith involucró así tanto el sexo como el género, conforme a la primera pierna de la fusión.

No obstante, con este enfoque, el tribunal de apelaciones, al igual que el tribunal de distrito, eludió hechos no disputados. En sus alegatos, el empleador presumió de tener una política que exigía conformidad con normas sociales de género y que evaluaba esa conformidad con base en el sexo. En el expediente, el propio empleador reconoció que el señor Smith fue rechazado porque violó dicha política y las asociaciones y los prejuicios fusionados que esta representaba. En los documentos del caso, el empleador afirmó, en efecto, tener derecho a vigilar y hacer cumplir estereotipos de sexo/género de corte tradicionalista—los mismos que otras leyes y precedentes judiciales afirman prohibir. Al negar el amparo solicitado, los tribunales en *Smith* validaron una forma de discriminación basada en el sexo, en el género y en una orientación sexual [percibida].

**Proteger los prejuicios de sexo/género: La laguna jurídica de la orientación sexual**

Paradójicamente, Smith negó de forma vehemente y persistente ser homosexual. Esa negación no fue desmentida en el expediente, ya que la defensa del empleador se basó únicamente en una asociación subjetiva y fusionada entre la atipicidad de género social de Smith y su orientación sexual percibida. Por ejemplo, en su escrito, Smith afirmó que “resent[ía] profundamente la insinuación y las referencias prejuiciadas” sobre su orientación sexual, que el empleador había reiterado, y que “neg[aba] en los términos más enérgicos ser homosexual”. Además, Smith declaró que era un “hombre felizmente casado” y que la “acusación [de homosexualidad] quedaba desmentida de forma contundente por su estado civil”.

Para subrayar que su enfoque se centraba en el sexo y el género, Smith sostuvo que no estaba “exigiendo que un empleador aceptara [un] estilo de vida o valores no convencionales”, y enfatizó que “la negativa del demandado [a contratarlo] no se basó en una determinación de que el demandante fuera, en efecto, homosexual, sino en una valoración subjetiva según la cual pose[ía] rasgos personales que Liberty Mutual asociaba, mediante estereotipos, con el género femenino”. Smith intentó reiteradamente dejar claro que su demanda no se refería a la orientación sexual y que, en cualquier caso, él era un hombre felizmente casado, miembro de la mayoría sexual—aunque también atípico en términos de género social. Sin embargo, al ignorar los hechos y los reclamos planteados en la demanda, el tribunal se aferró a la laguna jurídica vinculada a la orientación sexual: dado que la discriminación por orientación sexual sigue siendo, en general, legal, basta con que el empleador declare que su discriminación por sexo/género se basó en una “sospecha” o percepción sobre la orientación sexual para eludir cualquier consecuencia jurídica[[11]](#footnote-11).

En la práctica, como demuestra el caso *Smith*, esta estrategia tiene la capacidad de transformar una discriminación evidente por sexo y género en una acción empresarial validada judicialmente. Este desplazamiento representa una laguna jurídica que socava el derecho contra la discriminación por sexo y género, al abrir paso a estrategias defensivas sin escrúpulos y decisiones judiciales carentes de principios—una invitación que tanto los abogados de la defensa como los tribunales han estado dispuestos a aceptar sin mayores reservas.

Quizá, entonces, la lección más reveladora del caso *Smith*—*y* también su legado más peligroso—reside en la disposición de los tribunales a transformar lo que en realidad fue una demanda por discriminación basada en el sexo y el género en una demanda por discriminación basada en la orientación sexual. Después de todo, un punto clave en esta controversia—y uno que se repite en casos posteriores—es que Smith *nunca* alegó haber sido discriminado por su orientación sexual. De hecho, intentó reiteradamente enfocar el litigio en su atipicidad de género social.

Sin embargo, a pesar de sus esfuerzos y de su inscripción inequívoca como un hombre heterosexual “felizmente casado”, Smith fue etiquetado como un homosexual sospechoso a partir de las percepciones fusionadas que originaron la controversia desde un inicio. Su orientación sexual presumida eclipsó todo lo demás a medida que avanzaba el caso: según los guiones sociales y jurídicos dominantes, Smith *tenía* que ser *cuir* porque había sido percibido como *mariquita*—tanto en el Derecho como en la sociedad. Además de sus otras lecciones, *Smith* demuestra así el poder distorsionador de la etiqueta homosexual—un poder que debilita el Derecho contra la discriminación por sexo y género, y que, al mismo tiempo, alimenta activamente las fuerzas patriarcales y homofóbicas de las nociones y prejuicios fusionados.

La conflación descrita más arriba, ejemplificada por los hechos, el “razonamiento” y la resolución del caso *Smith*, representa un enfoque construido y carente de principios frente al sexo, el género y la orientación sexual, tanto en el Derecho como en la sociedad. Esta fusión subvierte los valores sociales y jurídicos fundamentales que, en teoría, se basan en la igualdad, la diversidad y la justicia. Sin duda, este daño afecta con mayor intensidad a las mujeres y a las minorías sexuales, porque la conflación proyecta y protege de forma específica prejuicios y jerarquías androsexistas y heterosexistas. Por ello, el patriarcado y la homofobia son sus imperativos ideológicos centrales. Aunque el tratamiento fusionado del sexo, el género y la orientación sexual perjudica a muchas personas, así como a la cultura jurídica en general y a la sociedad en su conjunto, son las mujeres y las minorías sexuales quienes sufren su opresión de forma más directa y aguda.

Por esta razón fundamental, las personas activistas y académicas feministas y cuir deben contribuir a iniciar y liderar los caminos hacia una transformación más allá de la opresión heteropatriarcal, tanto en la cultura jurídica como en la sociedad en general, en solidaridad y coalición con muchas otras comunidades, a través de fuentes de diferencia múltiples. El conocimiento y la acción feminista y cuir deben ayudar a catalizar y sostener una libertad sexo/género en nombre de nosotres mismes y de toda la sociedad. Solo nuestra experiencia colectiva como sujetes disidentes (y proscrites) del sistema sexo/género puede dar testimonio de los cambios necesarios para lograr justicia y verdadero progreso. Conscientes de esta base crítica, y con un sentido renovado de propósito antisubordinación, *vamos allá*.

1. El *Webster’s Ninth New Collegiate Dictionary* (1983) registra las siguientes definiciones. *Queer* significa “persona cuir, especialmente HOMOSEXUAL—usualmente usado de forma despectiva” (p. 965). *Sissy* se define como “hombre o niño afeminado” (p. 1102). *Dyke* significa “LESBIANA—frecuentemente usado de forma despectiva” (p. 390). *Tomboy* se define como “niña con comportamiento masculino” (p. 1241). Todos estos términos se emplean para desvalorizar y degradar. [Traducción nuestra] [↑](#footnote-ref-1)
2. El término *sistema sexo/género* fue acuñado por Gayle Rubin. *Véase* Gayle Rubin, *The Traffic in Women: Notes on the “Political Economy” of Sex*, en *Toward an Anthropology of Women* 157, 159 (Rayna R. Reiter, ed., 1975). Esta expresión designa los distintos mecanismos mediante los cuales la sociedad regula la sexualidad, el género y la reproducción. *Véase* *idem*, p. 168. Este ensayo utiliza el término para señalar las fuentes comunes y sistemáticas de subordinación de las mujeres y de las minorías sexuales, dentro de nuestra cultura heteropatriarcal. [↑](#footnote-ref-2)
3. Como se ilustrará más adelante, *heteropatriarcado* se refiere a una combinación de androcentrismo y heterocentrismo que privilegia a los hombres y a la masculinidad tanto en el plano sexual como en el social. Para antecedentes históricos, *véase* Francisco Valdés, *Unpacking Hetero-Patriarchy: Tracing the Conflation of Sex, Gender and Sexual Orientation to Its Origins*, 8 Yale Journal of Law and the Humanities 161 (1996). [↑](#footnote-ref-3)
4. La práctica de asignar el sexo con base en los genitales externos continúa vigente. A pesar de la confianza rutinaria en los genitales para determinar el “sexo” en la medicina, el Derecho y la sociedad, la ciencia sabe que la realidad es más compleja. *Véase* John Money, *Gay, Straight, and In-Between*, pp. 28–29 (1988) (se enumeran los “criterios del sexo” como: sexo cromosómico, sexo antigénico, sexo gonadal, sexo hormonal prenatal, sexo morfológico interno, sexo morfológico externo, sexo hormonal puberal y sexo asignado, que corresponde al sexo en el que se cría a la persona y suele ser la base de la identidad de género). Por supuesto, estos criterios no necesariamente coinciden entre sí. (*Ídem.*, pp. 28–31).

También, es importante señalar que las anomalías genitales se presentan en dos o tres de cada cien nacimientos. Aproximadamente, cuatro millones de personas en los Estados Unidos “tienen genitales que no son completamente masculinos ni completamente femeninos, pero se les asigna un sexo, ya sea masculino o femenino”. *Véase* Laurel W. Richardson, *The Dynamics of Sex and Gender: A Sociological Perspective*, p. 5 (3.ª ed., 1988). Esta población—que suma varios millones—no puede ser ignorada como si fuera social, legal o éticamente insignificante. [↑](#footnote-ref-4)
5. Aunque ambas partes aceptaron los hechos, se encuentran relatados de forma dispersa y poco sistemática en diversas fuentes. El siguiente resumen reúne los elementos centrales con el fin de presentar una visión clara del caso. Esta reconstrucción se basa principalmente en los hechos expuestos en el escrito del apelante, Bennie E. Smith, *Smith v. Liberty Mutual Insurance Co.*, 569 F.2d 325 (5.ª Cir. 1978) (No. 75-3230), y en el escrito del apelado, Liberty Mutual Insurance Company, en el mismo caso (No. 75-3230). [↑](#footnote-ref-5)
6. Smith presentó una demanda por discriminación racial y por sexo. Curiosamente, su querella omitió cualquier mención a la afeminación o a la orientación sexual. Por lo tanto, las asociaciones fusionadas relativas a la orientación sexual no se plantearon en *Smith* desde la presentación inicial de la demanda. *Complaint* p. 3, *Smith* (Expediente Civil No. 17499). [↑](#footnote-ref-6)
7. Respuesta de Liberty Mutual Insurance Company a la moción sumaria de juicio en 3, *Smith* (Expediente Civil No. 17499). [↑](#footnote-ref-7)
8. El tribunal de apelaciones advirtió la confusión del tribunal de distrito, pero aparentemente consideró que provenía de los propios argumentos de Smith. En cierto momento de su opinión, señaló que “el expediente está repleto de los esfuerzos del tribunal [de primera instancia] por alcanzar una comprensión clara de lo que Smith realmente estaba reclamando…” *Smith v. Liberty Mutual Insurance Co.*, 569 F.2d 325, 328 (5.ª Cir. 1978). [↑](#footnote-ref-8)
9. El tribunal sostuvo que el Título VII protege únicamente contra la discriminación por sexo, y por lo tanto no consideró “la conducta denunciada en este caso”. *Ídem.* [↑](#footnote-ref-9)
10. Como caso fundacional, vale destacar que *Smith* también muestra cómo la conflación genera en sí misma controversias jurídicas: en su respuesta a los interrogatorios, el empleador reconoció que la negativa a contratar estuvo motivada por la percepción del supervisor de que el género de Smith no se ajustaba socialmente a su sexo, y que esa falta de conformidad hacía sospechosa su orientación sexual. En otras palabras, la influencia de la conflación sobre las percepciones del supervisor fue, de hecho, el detonante de la acción que originó este litigio. La conflación, por lo tanto, no solo influye en la reacción del sistema legal frente a las controversias, sino que también fabrica y construye controversias que, de otro modo, podrían no haber existido. [↑](#footnote-ref-10)
11. *Véase* Samuel A. Marcosson, *Harassment on the Basis of Sexual Orientation: A Claim of Sex Discrimination Under Title VII*, 81 Georgetown Law Journal 1 (1992) (análisis general del rechazo de los tribunales a reconocer la discriminación por orientación sexual como una forma de discriminación por sexo, así como la viabilidad de una demanda por acoso sexual entre personas del mismo sexo); *véase* también I. Bennett Capers, *Sex(ual Orientation) and Title VII*, 91 Columbia Law Review 1158, 1167–1184 (1991) (discusión sobre el papel de los tribunales en la perpetuación del sexismo al no sancionar la discriminación por orientación sexual); Marc A. Fajer, *Can Two Real Men Eat Quiche Together? Storytelling, Gender-Role Stereotypes, and Legal Protection for Lesbians and Gay Men*, 46 University of Miami Law Review 511, 607–649 (1992) (argumenta que el prejuicio contra personas homosexuales constituye una forma de discriminación por género, aunque los tribunales no la traten como tal); Andrew Koppelman, *Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination*, 69 New York University Law Review 197 (1994); y Andrew Koppelman, *The Miscegenation Analogy: Sodomy Law as Sex Discrimination*, 98 Yale Law Journal 145 (1988). [↑](#footnote-ref-11)