

Méndez, Julio Raúl

*Perspectiva y teorías de género. Su proyección
jurídica*

XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2016
Facultad de Derecho – UCA

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:

Méndez, J.R. (2016, octubre). Perspectiva y teorías de género : su proyección jurídica [en línea]. *Presentado en Duodécima Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Ley Natural y Dignidad Humana*. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/perspectiva-teorias-genero-mendez.pdf> [Fecha de consulta:]

XII JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO NATURAL

Ley Natural y Dignidad Humana

Perspectiva y teorías de género. Su proyección jurídica

RESUMEN

El trabajo aborda la noción de género, y su distinción con las de sexo y sexualidad. Plantea la distinción entre la *perspectiva* de género (como análisis sociológico y jurídico) y las *teorías* de género (como concepciones antropológicas).

Sobre éstas identifica la diversidad según la respectiva consideración de la corporeidad en la complejidad humana (integralismo, dualismo, personalismo).

A continuación, analiza su proyección iusfilosófica en algunas leyes argentinas (identidad de género, matrimonio igualitario, cupo femenino).

Las conclusiones versan acerca de las aporías emergentes tanto de las teorías seguidas en las normas, como de la relación de las normas entre sí.

AUTOR

Julio Raúl Méndez

Profesor Titular de Filosofía del derecho

Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Católica de Salta

PALABRAS CLAVE

Género. Sexo. Identidad de género. Matrimonio igualitario.

COMISION

Comisión 2. Dignidad humana y bioética

PERSPECTIVA Y TEORIAS DE GENERO. SU PROYECCION JURIDICA

1.- Sexo, sexualidad y género

1.1.- La segunda mitad del siglo XX nos dejó dos grandes revoluciones antropológicas. Una está dada por las posibilidades que trae la biotecnología. La otra por la llamada *cuestión de género*. Surgida en Occidente, se propaga globalmente.

Su origen se debe a que, al análisis psicológico sobre la vida sexual humana, desarrollado en la primera mitad del siglo XX, se añadió el análisis histórico-sociológico.

El primero introdujo la consideración sistemática de que la subjetividad sexual no es una sola, sino que presenta variantes individuales y que, respecto a ellas, es posible establecer varias tipologías.

El segundo aportó que hay diversidad de modelos socio-culturales históricos, que presentan diversos modos de reconocer y pautar la vida sexual. Que, como todas dimensiones de la vida humana, también la sexual está proyectada y mediada por el ámbito social de la cultura, con sus símbolos, sus lenguajes, sus convicciones, sus valoraciones y sus estructuras de organización. Pero que, especialmente, la vida sexual no tiene una completa definición en lo biológico e instintivo, sino que necesita ser plasmada de modo cultural. El impulso sexual aparece con una gran plasticidad, de modo que las reglas de organización varían de cultura en cultura, y se transmiten en la educación como algo “natural”.

1.2.- De esta manera, se ha desarrollado una posibilidad de abordar la complejidad ontodinámica del hombre, como realidad bio-psico-espiritual-social, distinguiendo en él tres dimensiones: sexo, sexualidad y género. En la inmensa literatura existente sobre esta cuestión, la terminología presenta oscilaciones y variantes. La que aquí adoptamos tiene muchas ventajas de claridad y, al ser explicitada en su semántica, resulta de gran utilidad.

El *sexo* corresponde a lo biológico en la especie humana ya constituida como tal. Es algo objetivo, recibido, en sus tres niveles (genético, morfológico y fisiológico).

La *sexualidad* corresponde a la subjetividad psicológica, que define la orientación sexual (en sus niveles de autocomprensión, de autoestima, de emociones y voliciones referenciales), y también las conductas objetivas.

El *género* expresa la dimensión socio-cultural e histórica, que recoge lo anterior en los niveles de las costumbres, de la valoración ética y de la normativa legal. Viene de lo psicológico y también lo alimenta.

1.3.- Este concepto ha habilitado lo que se llama *perspectiva de género*, es decir la consideración del aspecto socio-cultural e histórico en las relaciones entre varones y mujeres. Se trata de no pasar por alto que los modos de considerar al varón y a la mujer tienen diferencias en el plano socio-cultural e histórico.

1.4.- Ahora bien, en la aplicación de la *perspectiva de género*, podemos distinguir dos grandes grupos de *teorías de género*. Cada uno de ellos nos ofrece un abordaje radicalmente distinto del otro.

1.4.1.- Por una parte, está el grupo de las teorías de género de tipo *integralista*, que recogen de modo fuerte la unidad sustancial del hombre en sus tres dimensiones (biológica, psico-espiritual y social). Para estas teorías el modo como se asuma subjetivamente el sexo biológico, el modo cómo se exprese en las conductas y el modo cómo se viva la diferencia en una sociedad, *de hecho*, son múltiples; por ello caben diversas consideraciones. Para el *integralismo*, la dimensión biológica es una determinación recibida y constitutiva de la persona, de manera que las dos dimensiones ulteriores (psico-espiritual y social) tienen en ella una referencia ineludible para la identidad y su desarrollo. Por ello, la orientación sexual de las personas, sus conductas sexuales y los modos de organizar socialmente la vida sexual, no pueden prescindir en su definición y en su valoración del sentido integral de la persona, que incluye la identidad biológica y su sentido propio. Cada uno puede decir “*yo soy cuerpo*”; ciertamente no solamente cuerpo, pero yo soy cuerpo. Entre el sujeto (*yo*) y el predicado (*cuerpo*) hay identidad (*soy*). El cuerpo es constitutivo del sujeto y es portador de un sentido propio.

1.4.2.- Por otra parte, está el grupo de las teorías de tipo *no-integralista* (tanto las de tipo *dualista* como también algunas de las versiones *personalistas*). Éstas coinciden en desligar las dimensiones psico-espirituales y sociales de la determinación biológica de la persona.

Para las teorías de base *dualista* el sujeto está constituido en las dimensiones psico-sociales; la corporeidad resulta, entonces, algo totalmente disponible y carente de significado propio para la identidad de la persona. La fórmula apropiada es *yo tengo cuerpo*. Entre el sujeto (*yo*) y el predicado (*cuerpo*) no hay identidad, sino posesión (*tengo*). La comprensión es de una posesión respecto a algo “otro” respecto al sujeto. Un poder de otorgar sentido a una materialidad totalmente disponible.

Algunas versiones del *personalismo*, si bien sostienen que la integridad de la persona incluye la corporeidad, no le reconocen a ésta ser portadora de un sentido de referencia y de definición en la identidad de la persona. El papel activo se desplaza solamente a las dimensiones psico-sociales. La comprensión de la biología estaría siempre hecha desde una estructura de valores y símbolos establecidos en el ámbito psicosocial. De este modo, tanto la orientación sexual como las conductas sexuales y la organización social de la vida sexual, tienen una definición no ligada a la corporeidad: son consideradas como meras construcciones psicológicas y sociales.

1.4.3.- El activismo de los representantes de este segundo grupo de teorías de género (las *no-integralistas*) ha logrado la difundida, y errada convicción, de que ésta fuera la única acepción. También de que fuera el único modo de acceder a un análisis de situaciones sociales, que tome en cuenta la *perspectiva de género*.

2.- La versión jurídica

2.1.- En el ámbito del derecho convencional, la *perspectiva de género* tuvo una clara instalación en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing, del 4 a 15 de septiembre de 1995. Al término de la misma la Presidenta de la Conferencia aclaró sobre la *Interpretación más generalizada del término “género* en la Declaración final.

Claramente expresó que correspondía el uso común del término “género” como idéntica a *sexo*.

2.1.1.- La Resolución 50/203 de la Asamblea General de Naciones Unidas (23/02/1996) que aprueba las Conclusiones de esa Conferencia en su art. 13 establece:

“Recalca que para aplicar plena y efectivamente la Plataforma de Acción se necesitará el compromiso político de facilitar recursos financieros y humanos para la realización del potencial de la mujer, incorporar la perspectiva de género en las decisiones de asignación de fondos presupuestarios a políticas y programas y asignar financiación suficiente a programas concretos que apunten a asegurar la igualdad entre la mujer y el hombre”.

2.2.- El uso del concepto y término *género* como modos sociales de considerar el sexo, de varón y mujer (visión integralista) está definido en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional en 1998. Fue ratificado por la República Argentina el 8 de febrero de 2001.

El artículo 7° del Estatuto de Roma párrafo 3° establece:

“3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede”.

2.3.- Con posterioridad, el documento de la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, *Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*, quiso instalar en este orden el paso de una significación *integralista* a una *no-integralista*. Dicho documento fue presentado en la sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra en marzo de 2007. No fue aprobado y carece de valor oficial; pero es invocado como si lo tuviera.¹

En su Preámbulo, después de expresar la preocupación por las discriminaciones que “menoscaban la integridad y dignidad de las personas que son objeto de (...) abusos”, trae dos definiciones: la de *orientación sexual* y la de *identidad de género*.

“La ‘orientación sexual’ se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.”

“La ‘identidad de género’ se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.”

Como se advierte, esta definición resulta defectuosa, pues define el *género* por el *género* mismo. Se entiende que se trata de la vivencia subjetiva de la propia corporeidad, especialmente en lo relativo al *sexo*. Respecto a nuestra terminología

¹ Cfr. http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.htm.

estaríamos en el ámbito de la *sexualidad*, más que del *género*. También es notable que la distingue de la orientación sexual, como si no fueran una misma realidad.

Pero, lo más importante, es que netamente se sostiene la plena disponibilidad de la identidad corporal. El *sexo* se desprende de la biología, pasa a ser una *asignación realizada por otros*; aquí aparece el aspecto social, pero en el *sexo*, no en el *género*.

El *sexo* pasa a ser una cuestión registral, disponible, sin sentido propio. En el momento del nacimiento, obviamente, el poder de disposición registral no estuvo en el propio sujeto. Fueron otros los que tomaron la decisión. Por ello cabe que sea revisada cuando el sujeto deviene autónomo.

3.- La recepción argentina

Nuestro país ha adoptado esta teoría *no integralista* en una serie de fallos y leyes, que lo inscribieron en la vanguardia de esta dirección.

3.1.- En el año 2010 la ley 26618 modificó el art. 172 del entonces Código Civil, que para el matrimonio requería

“el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente”.

Con la nueva figura del llamado *matrimonio igualitario* se sustituyó la mención a *hombre y mujer* por *contrayentes*. A continuación, se añadió:

“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Se mantuvo (sin distinguirla en su diversidad) la definición de los contrayentes por su identidad de *sexo* biológico, pero se le quitó relevancia para la figura del matrimonio.

3.2.- En el año 2012 se promulgó la Ley 26743 denominada como de *Identidad de género*. En su artículo 2º se transcribió el párrafo del Preámbulo de los *Principios de Yogyakarta* sobre la identidad de género. A continuación, en el art. 3º estableció que:

“Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida”.

En el art. 4º inc. 3, se precisa:

“En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico”.

De esta manera, el *sexo* biológico pierde para la ley significado en sí mismo, se consolida que es algo meramente registral, disponible a la voluntad de la parte. La identidad legal del sujeto es una decisión autónoma, con base legal registral y sin referencia a su corporeidad.

3.3.- En el año 2014 se promulgó el nuevo Código Civil y Comercial, que nos rige desde el 1 de agosto de 2015. El matrimonio es tratado en el art. 406 de esta manera:

“Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad

competente para celebrarlo, excepto lo previsto en este Código para el matrimonio a distancia”.

Ha desaparecido toda referencia al *sexo* y al *género*. Lo único relevante es que sean personas humanas en capacidad de dar consentimiento voluntario en la forma legalmente establecida. La autonomía, sin impedimentos ni vicios, es la única que tiene significado legal. La corporeidad de los sujetos es irrelevante para el matrimonio.

Por ello, el Proyecto dejaba de lado el mandato de cohabitación, y la fidelidad era contemplada como un deber moral. El art. 431 del texto promulgado establece:

“Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”.

La corporeidad ha vuelto a entrar, de manera débil y casi sin alcance jurídico.

3.4.- En el año 1991 se había promulgado la Ley 24.012 llamada *“de cupo femenino”*, porque establecía que en las listas de candidatos a legisladores nacionales al menos un treinta por ciento debían ser mujeres. El art. 1º expresa:

“Las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos.”

Más allá de los sucesivos decretos que fueron necesarios para su implementación práctica, nos interesa señalar sus razones. Aparecen cuatro motivos: a) igualdad en el ejercicio de los derechos políticos (después de la igualdad en el voto por la ley 13010 de 1947; de la igualdad en elegir a la igualdad en ser elegida), b) igualdad de oportunidades, c) aporte de la mirada femenina en los proyectos, deliberaciones y decisiones parlamentarias, d) la representación de los intereses de la mujer. Las dos primeras y la cuarta son consideradas como discriminación positiva según un principio de justicia distributiva. La tercera como un beneficio al bien común de la sociedad.

Esta última razón se basaba en que la diversidad de sexo (como categoría biológica) implica una diversidad de abordaje psicológico y cultural. En los debates se ilustraba el valor que tiene la mirada femenina de las cosas y el aporte histórico de las mujeres argentinas no sólo en la familia, sino también en causa sociales. Se usaba el sexo biológico como equivalente al género.

Si bien las estadísticas dicen que el cupo del treinta por ciento está de hecho superado, ahora se plantea una nueva ley de *“paridad de género”*, que lleva a partes iguales, cincuenta y cincuenta por ciento, a los candidatos a cargos electivos y en todos los órganos del Estado, por diversidad de género con prescindencia del sexo biológico.

4.- Algunas dificultades

4.1.- Esta sucesión de normas nos muestra una clara dirección en el sentido de la teoría de género *no integralista*. La exclusión significativa de la corporeidad se ha ido explicitando. Han quedado solas las dimensiones psicológicas como fuentes de la decisión autónoma. Ésta es la que tiene relevancia jurídica y es fuente de derechos y generadora de obligaciones para los demás. La observación nos dice que esto lleva, en muchos casos, más a complicaciones que a soluciones sociales.

4.2.- Como las normas buscan verse reflejadas en conductas sociales, encontramos que esta dirección tiene una fuerte dificultad en su plasmación efectiva. La realidad de la complejidad humana, en su constitución bio-psicoespiritual-social, no desaparece por una construcción normativa. No podemos detenernos en citar ejemplos de los reflejos casuísticos de la aplicación de estas normas. Pensamos que la mayor parte de las dificultades reales, que buscan resolver, tienen solución por otras vías, que asuman la integralidad de las personas involucradas.

4.3.- También encontramos que, por necesidad, estas normas y la teoría en que se apoyan, no resuelven una aporía que generan. Suprimida la relevancia de la categoría biológica de varón y mujer, cada género queda privado de referente identitario. Los nombres, los términos: hombre-mujer, masculino-femenino, que aparecen en los textos carecen de significado. La asunción de los *Principios de Yogyakarta*, sin obligación internacional alguna, ha llevado a que la realidad de la diversidad interna de la especie humana, en su determinación biológica, sea no significativa para nuestras leyes.

Han quedado los nombres sin realidad. Pero la realidad está ahí y aquí, siempre. Pide ser atendida. La razón no puede dejar de hacerse cargo de ella. Estamos desafiados a atender reflexivamente la realidad, en su integralidad, con las dificultades que tiene, también en *perspectiva de género*, y buscando resolverlas con un realismo que recoja la humanidad en su complejidad constitutiva y en sus circunstancias personales, sociales e históricas.