

DERECHO Y MUJER. ANOTACIONES BREVES SOBRE LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO

María del Mar Martín
Universidad de Almería

Abstract: This paper includes some critical reflections about men and women inequality under the law; it also casts doubts on the gender perspective as the right method to avoid sexual discrimination; and finally, this work thinks about the human body as a legal issue.

Keywords: gender ideology, feminism, legal interpretation, human body.

Resumen: Este artículo contiene algunas reflexiones críticas sobre la desigualdad de hombres y mujeres bajo la ley; también pone en duda la perspectiva de género como método adecuado para superar la discriminación por razón de sexo; y, finalmente, se pregunta por la juridicidad del cuerpo humano.

Palabras clave: ideología de género, feminismo, interpretación jurídica, cuerpo humano.

SUMARIO: 1. La mujer como objeto de estudio para el Derecho.- 1. 1. La ideología de género y las distintas perspectivas desde las que afrontar la condición de la mujer para el Derecho.- 2. La deconstrucción como función del Derecho.- 3. Sexo, género y cuerpo humano.-

1. LA MUJER COMO OBJETO DE ESTUDIO PARA EL DERECHO

En los últimos años la mujer está siendo objeto de estudio de carácter transversal para la ciencia jurídica, y la bibliografía que sobre el tema se va acumulando viene siendo abundantísima; además, buena parte de esa bibliografía, aunque no toda ella, adopta una perspectiva de género. El motivo de este interés bien puede situarse en la concienciación social de que algo debe cambiar en la condición de la mujer ante el ordenamiento, y que el que cambie –en la dirección correcta– redundará en la configuración de una sociedad más justa para

todos, que es, precisamente, la finalidad propia del Derecho cuando se le considera como como ordenamiento de la sociedad. El que se haya llegado a tal toma de conciencia, indudablemente, tiene unas raíces complejas, cuyo estudio extralimita incluso las posibilidades de la ciencia jurídica y, desde luego, las de un trabajo como el que el lector tiene entre sus manos, que cuenta con el propósito, ciertamente limitado, de realizar algunas observaciones al problema de la juridicidad de la condición humana, en su vertiente femenina, que puedan iluminar el debate. Concretamente, el trabajo se centrará en algunas reflexiones en torno a tres cuestiones básicas: la ideología de género como enfoque metodológico de estudio de la condición jurídica de la mujer; la deconstrucción del Derecho que postula la ideología de género, y la juridicidad del cuerpo humano, que nos llevará a la consideración de la noción de persona. Quedan, por tanto, fuera de los límites de este trabajo otras varias cuestiones más o menos directamente relacionadas con estas y que habría que abordar si se pretendiese un estudio general sobre Derecho, mujer e igualdad. De entre esas cuestiones que quedan fuera de los límites de este trabajo se encuentran el estudio del tema de la igualdad entre varón y mujer desde la perspectiva del Derecho eclesiástico del Estado, que llevaría de la mano al estudio de esta interesante cuestión en los Derechos confesionales, y el de la relación entre familia, matrimonio y sexualidad, que es un tema quizás especialmente sensible a los postulados de la ideología de género¹. En la medida en que estas páginas tienen su origen, al menos en parte, en la perplejidad que en ocasiones se experimenta al advertir que tras muchas de las posturas doctrinales y las actuaciones de los diferentes operadores jurídicos en este ámbito subyacen consideraciones, ideas o juicios que no siempre son sopesados con la profundidad que merecen, espero que para el lector quede justificado –si bien acaso no comparta del todo la opción metodológica tomada– el hecho de que el discurso no siga un rígido esquema sistemático, como se ha dicho, ni tampoco pretenda exhaustividad. Por el contrario, se mueve con una libertad que no permitiría un estudio de la materia abordado

¹ Me permito remitir, respecto a estos dos temas, a algunas publicaciones en las que les he dedicado atención: MARTÍN María del Mar, “Presupuestos constitucionales de la colaboración de los fieles laicos en el ministerio de los sacerdotes”, *Fidelium Iura*, 14(2004), pp. 55-97; IDEM, “La condición jurídica de la mujer y su relación con la potestad de régimen en la Iglesia medieval española”, *El ‘ius commune’ y la formación de las instituciones de derecho público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 165-182; IDEM, “Consideraciones sobre el concepto de familia en el Derecho español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 25(2009), pp. 421-438; IDEM, recensión de Ferrando, G., *Il matrimonio*, Giuffrè Editore, Milano, 2002 (*Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 19/2003, pp. 926-934), e IDEM, recensión de Autorino Stanzione, G. (dir.), *Le unioni di fatto, il cognome familiare, l'affido condiviso, il patto di famiglia, gli atti di destinazioni familiare (art. 2645 c.c.). Riforma e prospettive*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007 (*Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 25/2009, pp. 881-887).

desde otras perspectivas categoriales de la ciencia jurídica, distintas a la que principalmente se utilizará aquí.

Interesa, para entrar en materia, hacer unas observaciones en torno al sexo y al género. La noción de sexo, por contraposición a la de género, apunta prioritariamente a los datos biológicos del cuerpo humano, mientras que el género alude a la construcción social de una cierta identidad que reposa sobre el sexo, pero que no se identifica necesariamente con él; el género sería una cualidad adquirida, no perteneciente a la naturaleza, sino a la cultura, la cual, conjuntamente con nuestra conformación adosada a nuestra pertenencia sexual, definiría para cada individuo la participación en el mundo del trabajo y en la totalidad de los asuntos humanos². En una primera aproximación parecen contraponerse ambos conceptos: mientras el sexo iría ligado a la naturaleza, el género iría ligado a la cultura. De aquí que la identidad sexual del individuo vendría configurada por el sexo, como dato de la naturaleza, o bien vendría configurada por el género como construcción cultural. Es suficientemente sabido que el género, no como categoría sino como ideología, se decanta claramente por esta segunda posición, y da carta de naturaleza –a través de una serie de deducciones más o menos explícitas y más o menos conscientes por parte de quien sigue a ideólogos del discurso de la igualdad de género– al hecho de que, dado que la concreta identidad sexual que se tenga no depende de la biología del propio cuerpo, puede darse una identidad sexual masculina indistintamente en un cuerpo de mujer o en un cuerpo de varón, pues todo ello es, a la postre, construcción cultural. Cuando se interpretan estos presupuestos desde un prisma de lucha de poder, suele entenderse que, para que la actual construcción cultural que liga la identidad sexual con la identidad biológica pueda perpetuarse a través de las generaciones, el Derecho es un instrumento que se tiene como aliado. De ahí que la lógica consecuencia será la de fijar la función de los juristas (la de aquellos que fueran conscientes de tal realidad) en la deconstrucción del Derecho, no simplemente en estudiar su contenido y proponer las necesarias reformas normativas para ir consiguiendo la anhelada igualdad de derechos entre varón y mujer.

En esa línea se ha dicho recientemente que en la actualidad, “la teoría de género no está centrada en el binomio mujer-varón y sus diferencias conceptuales, sino en dos cuestiones más complejas. Por un lado, se parte de una concepción de género en la que el sujeto está en continua construcción cultural, así los roles asignados también fluctúan en función de su identidad como sujeto, cada vez menos determinada por su sexualidad. Por otro lado, no hay que olvidar que las mujeres siguen estando juzgadas por una ley patriarcal, como si

² Una similar descripción de *género* se encuentra, por ejemplo, por PEÑA GONZÁLEZ Carlos, “Prólogo”, *Género y Derecho*, LOM ediciones, Santiago de Chile, 1999, p. 14.

fuera un varón *capiti* disminuido. Si en el reparto del tiempo las mujeres tienen menos para ellas, y en el reparto del dinero también reciben menos, cuando se imparte justicia, al hacerlo con arreglo a los tiempos y a la economía patriarcal: ¿qué hace suponer que aquí las mujeres no iban a estar discriminadas? Es necesario educar a una nueva ciudadanía en un paradigma diferente al del patriarcado. El nuevo sujeto democrático necesita un proceso deconstructivo que supere los binomios que pueden ser más discriminatorios: varón/mujer, público/privado, productivo/reproductivo y racional/sentimental. Como dijo Aldoux Huxley, las palabras son mágicas por la forma en que influyen en la mente de quienes las usan. El ser humano ganará en dignidad y la justicia en calidad³. Transcribo la cita porque me parece que refleja lo que he tratado de expresar antes: el proceso autoidentitario concebido con independencia de lo biológico-sexual; la visión de las relaciones intersubjetivas bajo un prisma de patriarcado, que no es sino una forma de poder; o el nominalismo que aflora en la cita a Huxley en tanto que se estima que son las palabras las que conforman la realidad de las cosas.

Pero, en realidad, no es totalmente asimilable la noción de género con el uso que de ella hace la ideología de género. La noción de género podría entenderse que es neutra en la medida en que hace referencia a la percepción que el individuo tiene de su propia identidad sexual, percepción que se tiene a través de una concreta cultura (educación, lenguaje, circunstancias, etc.). Nos podríamos preguntar, por ello, si la contraposición entre sexo y género está bien planteada. Para contestarlo habría que ver si el aceptar que la identidad sexual viene configurada por el sexo, es decir, por la naturaleza que le viene dada al individuo, significa necesariamente que no se sea consciente ni se acepte la intermediación de la cultura al percibir esa identidad sexual que se apoya de manera decisiva en el sexo. La respuesta dependerá de cómo se conciba la relación entre naturaleza y cultura y, en la medida en que esa relación se conciba más correctamente la posición que se tome acerca de la relación entre sexo y género será, a su vez, más correcta. Al respecto, en lugar de absolutizar el poder de lo cultural, hay que someterlo a juicio y tener en cuenta que no es humana ni real una libertad que pretenda poder dar cualquier forma a realidades humanas sin un referente propio en la naturaleza, en el ser del hombre. Se trae a colación la libertad porque es ésta la que está en el punto de mira realmente si lo que está en juego es afirmar la capacidad de construir en términos absolutos la propia identidad: el rechazo de la naturaleza, incluso corpórea, pretende el rechazo al límite –percibido como extrínseco– a la voluntad de la persona, que pretende así poder

³ SANCHÍS VIDAL, Amelia, “Interpretación jurídica, igualdad y género en los estudios de Derecho. Aportaciones epistémicas y feministas”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 21(2015), p. 33.

dar cualquier forma a realidades humanas sin un referente propio en la naturaleza, en su propio ser⁴. Ahora bien, la identidad sexual de la persona no puede no pasar por el filtro de la cultura; esa idea, si se me permite decirlo, ni es un invento ni es una exclusiva de la ideología de género. Lo que ocurre es que, en ocasiones, desde la ideología de género se interpretan mal las premisas de otras orientaciones de pensamiento que consideran esencial, en contraposición con los propios presupuestos dogmáticos, la función de lo biológico en orden a la configuración de la identidad sexual. Me parece advertir que en ese error cae Siverino Bavio cuando comienza un estudio sobre diversidad sexual señalando que la sexualidad humana “está anclada en la materialidad, materialidad de la que el cuerpo (como unidad y sistema que trasciende lo meramente fisiológico) y las partes que integran este cuerpo dan testimonio y base. Al respecto, apunta Fausto-Sterling que las experiencias a través de la corporalidad serán desarrolladas conforme el contexto histórico y cultural particular imperante *construyendo* literalmente nuestros cuerpos merced este intercambio con el medio y las ideas que nos rodean posición que puede encontrar un correlato en lo sostenido por Dalmasio al exponer sus posiciones sobre la conciencia humana y que se desligan de las posiciones dualistas cuerpo-psyque. En este orden de ideas, si bien es una creencia extendida que el *sexo biológico* es un fenómeno de carácter *natural*, con categorías inamovibles universal y culturalmente consensuadas, de *varones* y *mujeres*, lo cierto es que, al igual que el género y la sexualidad, también tiene una trayectoria histórica y sobre todo, una construcción cultural atravesada por relaciones de poder/saber”⁵.

Una cosa es el sexo y, ciertamente, otra distinta es la percepción que de él se tenga, pero hay que tener en cuenta que el sexo posee una verdad propia, en el sentido de que es real, y que esa realidad no puede existir en el mundo sino existe históricamente, lo que necesariamente implica estar dentro de un contexto cultural concreto; ese contexto cultural concreto debe ser juzgado, indudable-

⁴ En una obra dedicada a la familia desde el punto de vista de la filosofía jurídica, dice acertadamente su autor, d’Agostino, que “no es fácil admitir que la dimensión propia del hombre es la finitud; ésta impone el reconocimiento del carácter creado del hombre (lo finito no se hace a sí mismo, sino que *ha sido hecho*), la aceptación de hasta qué punto es esencial en la existencia humana la experiencia del límite: el límite como aquello que impone la renuncia a la pretensión de una expansión ilimitada del propio yo; cosa que exige reconocer exclusivamente en la aceptación de una determinación existencial el proceso de autoidentificación. No asombra, por tanto, que el anhelo de quebrantar el límite –con la pretensión de alcanzar una infinitud ontológica– contradistinga de maneras variadas toda la experiencia histórica del hombre” (D’AGOSTINO, Francesco, *Filosofía de la familia*, Madrid, 2006, p. 77).

⁵ SIVERINO BAVIO, Paula, “Diversidad sexual y derechos humanos: hacia el pleno reconocimiento de las personas sexualmente diversas”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 19(2014), pp. 1-2. Sobre algunas de las cosas que aparecen en este párrafo me referiré más adelante, ahora sólo me interesaba hacer notar la idea no acertada que se tiene respecto a lo natural, en este caso sexual-biológico.

mente, y el criterio para ser juzgado no puede ser otro que su respeto a las exigencias propias del ser humano⁶. Lo que quizás haya de tomarse en consideración es que, siendo innegable, en numerosos casos, y radicalmente injusta la desigualdad jurídica de la mujer, el abuso de algo no postula necesariamente la desaparición de ese algo (planteamiento que podría llegar a ser irracional), sino que lo que exige es la desaparición del abuso.

1. 1. LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO Y LAS DISTINTAS PERSPECTIVAS DESDE LAS QUE AFRONTAR LA CONDICIÓN DE LA MUJER PARA EL DERECHO

Una cuestión que hay que abordar es que la ideología de género se suele presentar, en cuanto perspectiva para el estudio del Derecho, con pretensiones de exclusividad. En un libro publicado en 2014⁷, algunas docentes de distintas disciplinas jurídicas hacen una interesante exposición de la evolución normativa de la lucha por los derechos de las mujeres en las ramas o especialidades que constituyen el objeto de sus respectivas disciplinas; pues bien, el capítulo dedicado al Derecho constitucional español, así como en el sugerente prólogo que introduce el libro son buenos exponentes de lo que trato de decir. Situándonos en los presupuestos constitucionales y en el reconocimiento de los derechos fundamentales en el Derecho español, es interesante traer a colación lo que dice Melado Lirola, quien, tras afirmar acertadamente que “las medidas de acción positiva y la tutela de la igualdad material entre mujeres y hombres es una exigencia democrática de respeto a la dignidad humana, que supone un grado más en la evolución de los derechos humanos, propia de la sociedad avanzada que la Constitución predica en su Preámbulo”, añade que la consecución de esta sociedad avanzada “implica, sin reservas, afrontar un cambio jurídico que afecta a la propia organización de la sociedad y a la configuración e interpretación de los derechos fundamentales, con el objetivo de provocar la ansiada deconstrucción de los roles asignados a varones y mujeres a través del Derecho, en los diferentes ámbitos interpersonales en los que pueda actuar. Desde esta perspectiva rechazamos la idea de que una interpretación feminista de los textos constitu-

⁶ Sobre el juicio de las culturas hace una referencia d'Agostino que puede aportarnos alguna claridad a lo que se ha dicho. Concretamente dice de este juicio que “sólo puede hundir sus raíces en un principio extracultural, capaz de advertir el espíritu que anima a las culturas, pero que no quede reducido a éstas, so pena de perder su sentido propio. Por eso, el juicio en torno a las culturas jamás podrá llevar, propiamente, al intento de sustituir una forma cultural por otra distinta, sino al de conducir a su plenitud la verdad que en cualquier forma se encuentra encerrada, con la conciencia clara de que, a través de esa dinámica, se logrará siempre una aproximación al valor absoluto que esa específica forma cultural custodia y defiende, y nunca una concreción total del mismo” (D'AGOSTINO, Francesco, *Filosofía de...* cit., p. 103).

⁷ El libro es VV.AA., *Mujer e igualdad en el Derecho español*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014. El capítulo dedicado a la mujer en el Derecho constitucional es de Ana Melado Lirola, mientras que el prólogo es de Beatriz Collantes Sánchez.

cionales sea asimilable a una opción ideológica más, válida como otra cualquiera, en una democracia pluralista. Creemos al contrario que los postulados feministas se corresponden con las tendencias internacionales de interpretación de los derechos humanos. Pensar lo contrario es tanto como desconocer el sentido de la historia y la evolución de los derechos de la persona⁸.

Pienso que Melado tiene razón cuando afirma que para conseguir una sociedad avanzada es necesario un cambio jurídico y que ese cambio afecta a la propia organización de la sociedad y a la configuración e interpretación de los derechos fundamentales. Realmente ese cambio debe afectar a la propia organización de la sociedad, pues ésta debe organizarse conforme a criterios jurídicos, de justicia, no de fuerza, por lo que un cambio jurídico, al menos de cierta entidad, afecta a la propia organización social; y, naturalmente, afecta también a la propia configuración e interpretación de los derechos fundamentales, pues es esto precisamente lo que está en juego. Dejando de momento el tema de la deconstrucción (ansiosa) de los roles asignados a varones y mujeres a través del Derecho, a los que también hace referencia, se puede decir que estas ideas enlazan en realidad con la noción de Derecho que se tenga en mente. Que el Derecho haya de actuar para lograr una sociedad más justa hace referencia a la función que el Derecho está llamado a cumplir, y si la cumple, redundará sin duda en construir una sociedad más justa. Que esa contribución del Derecho a una configuración más justa de la sociedad incluye el respeto de la dignidad humana no creo que nadie lo ponga en duda; quizás, eso sí, no se tenga una idea del todo acabada sobre en lo que consiste y lo que implica tal respeto⁹. Por lo pronto habrá de aceptarse que esa dignidad es predicable de todo individuo humano, varón o mujer, menor o mayor de edad, capacitado o discapacitado, de un origen u otro e, incluso, si se me permite, dentro o fuera del vientre materno, o de un tubo de ensayo, o en una unidad de cuidados intensivos en un hospital. Que implique, además, un cambio de los roles tradicionalmente asignados al varón y a la mujer, posiblemente también sea cierto, pero habrá que ver qué roles y en qué sentido han de cambiar. Cosa distinta es si cabe entender que la interpretación feminista de los textos constitucionales sea asimilable a una opción ideológica más, válida como otra cualquiera en una democracia pluralista o esto no sea posible porque la interpretación feminista de los textos constitucionales esté a otro nivel distinto. Ciertamente, puede haber innumerables interpretaciones de los textos constitucionales y no todas las interpretaciones serán igual de certeras y de valiosas; ahora bien, en una democracia pluralista lo que debe entenderse es que es igualmente legítimo que todos puedan expresar sus propias ideas. Por otro lado debe tenerse en cuenta que puede

⁸ MELADO LIROLA, Ana, "La Mujer en el Derecho Constitucional", *Mujer e...* cit., p. 41.

⁹ Más adelante se tratará de la dignidad humana.

haber interpretaciones feministas muy dispares e, incluso, incompatibles entre sí. Además, si se parte de la base de que no son interpretaciones asimilables una y otra y lo llevamos a su conclusión lógica, no habría más posibilidad que la de arrinconar como ilegítimas cualquiera otras interpretaciones, aun cuando se presentasen con argumentaciones más o menos convincentes y estuviesen abiertas al diálogo científico.

Distinto es, ciertamente, que se considere que la interpretación feminista se corresponde con las tendencias internacionales de interpretación de los derechos fundamentales. Incluso afirmando esta tesis –y obviando el haber tenido que simplificar demasiado lo que debemos entender por interpretación feminista de los derechos humanos y lo que debemos entender por tendencias internacionales de interpretación de estos derechos– cabe plantearse si el hecho de que una interpretación o una costumbre sea aceptada internacionalmente la inmuniza contra el error.

La afirmación de que la interpretación correcta de los derechos humanos está ligada a la ideología de género, que no debe ser, por tanto, asimilada a otras opciones ideológicas me parece encontrarla también en algunas de las ideas de Collantes¹⁰, por ejemplo, cuando postula la integración de la perspectiva de género en las enseñanzas universitarias, en concreto, dentro del *saber oficial*. Pienso, no obstante, que el cuestionamiento de la validez de unos estudios, en este caso los de la ideología de género, no es algo necesariamente negativo: la ideología de género, o cualquier otra opción intelectual, debe procurar convencer con argumentos, no imponerse. No es cuestionable, a mi entender, que una visión femenina, o si se quiere feminista, ha sido causa de progreso de la ciencia jurídica, entre otras ciencias. Lo que es cuestionable es que únicamente una perspectiva dentro de ellas –la que pueda englobarse en lo que se suele conocer como *ideología de género*– tenga la exclusiva y por ello, deba ser incorporada, sin más, a los *saberes oficiales*, al margen de que la propia idea de *saber oficial* es incompatible con una verdadera democracia. Por otro lado, no debe olvidarse que la sabiduría no va siempre de la mano de los saberes oficiales.

2. LA DECONSTRUCCIÓN COMO FUNCIÓN DEL DERECHO

Se ha hecho referencia a que buena parte de la literatura jurídica sobre la mujer toma, desde hace algún tiempo, la perspectiva de la ideología de género. Se podría decir, y también se ha hecho referencia a ello, que una idea que suele percibirse en esta esta línea de pensamiento en su relación con la ciencia jurídica es la consideración de que el Derecho se encarga de facilitar el traspaso de un

¹⁰ COLLANTES SÁNCHEZ, Beatriz, “Prólogo”, *Mujer e...* cit. , p. 17.

determinado modelo político, social y sexual a las futuras generaciones¹¹. En realidad, esta perspectiva une el análisis de la igualdad entre géneros a la lucha y detentación por el poder. Se podría decir, simplificando un poco la cuestión, que para la ideología de género no basta cambiar las normas jurídicas de manera que se alcance una total igualdad jurídica entre el varón y la mujer, sino que hay que cambiar el Derecho porque de lo que se trataría sería de que no sirviera de instrumento para esa perpetuación del modelo político, social y sexual –rechazable– que se transmite a las futuras generaciones; para ello algo muy estimado por los sostenedores de esta línea es la idea de deconstruir el Derecho. Se podría decir, en palabras algo prosaicas, que es una especie de enmienda a la totalidad, que hace que por este camino haya que andar con cautela pues, indudablemente, detrás de esa *crítica total* hay una idea de Derecho y de lo que sea su función, al igual que hay una idea de ser humano o de sociedad; nociones que habrían de ser examinadas para pronunciarse con seriedad sobre la capacidad de esta ideología de transformar el Derecho de una manera deseable y que haga posible esa mejora real en la condición de la mujer.

Collantes, tras señalar que tan importante como la transmisión del conocimiento a los alumnos universitarios es enseñarles a cultivar un espíritu crítico que les lleve a no aceptar respuestas categóricas que normalmente son aceptadas porque nunca fueron discutidas, aboga por deconstruir los saberes adquiridos en las grandes áreas del Derecho positivo, para reinterpretar su historia integrando, en este caso, a las mujeres como agentes activos de su propia historia¹². Ya vimos con anterioridad que también Melado, en referencia concretamente al Derecho constitucional, abogaba por la deconstrucción de los roles asignados a varones y mujeres a través del Derecho. Podemos subrayar estas dos acciones como muy queridas para la ideología de género: deconstruir y reinterpretar. Es sin duda una perspectiva interesante. Deconstruir es deshacer analíticamente los elementos que constituyen una estructura conceptual; por lo que una deconstrucción es un desmontaje de un concepto o de una construcción intelectual por medio de su análisis, de modo que se muestren sus contradicciones y ambigüedades¹³. A su vez, reinterpretar es volver a explicar o declarar el sentido

¹¹ Una afirmación en tal línea se contiene, por ejemplo, en FACIO, Alda y FRIES, Lorena, “Presentación General”, *Género y...* cit., p. 6.

¹² COLLANTES SÁNCHEZ, Beatriz, “Prólogo”... cit., p. 19.

¹³ Resultan sugerentes, al respecto, los siguientes párrafos de un artículo de Moreno, quien, comentando algunos puntos de la filosofía de Rosen, señala que “Stanley Rosen tiene sobrada razón en acentuar la dimensión productivo-constructiva de la hermenéutica actual (o moderna), y su carácter intrínsecamente político. Cuatro afirmaciones del autor norteamericano –dos más generales, y otras dos más específicas– parecen sintetizar bien el problema. *En despecho de su exaltación de la ciencia matemática y experimental como la fuente mediadora del poder, la filosofía moderna ‘retrograda’ la inteligencia para convertirla en un instrumento de la voluntad. Al operar así, necesariamente promueve –dice algo imprecisamente Rosen– lo que, desde la perspectiva clásica, constituye la*

de algo, en este caso del Derecho, o de cómo se ha hecho hasta ahora. En sí, tanto la deconstrucción como la reinterpretación se pueden entender como tareas propias de una actividad intelectual seria que ponga su punto de mira en cualquier ideología o elaboración científica sobre algún aspecto de la realidad. Aunque también es cierto que del modo en que se utiliza por parte de las personas que sostienen la ideología de género quizás estos verbos tengan una cierta carga peyorativa respecto a la actividad intelectual desarrollada hasta ese momento sobre ese mismo objeto de estudio.

Afirmar –como hacen Facio y Fries–, por otra parte, que repensar el Derecho y su función social es un desafío que va más allá de contar con buenas leyes o con buenas resoluciones judiciales para mujeres, y que significa hacer de esta disciplina un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como una legítima otra y en la colaboración como resultante de dicho respeto a la diversidad¹⁴, nos ofrece unas consideraciones que nos pueden ayudar a formar un juicio certero sobre esa labor de deconstrucción y reinterpretación del Derecho. Por un lado, se manifiesta aquí la coincidencia de la ideología de género con el marxismo al presentar al Derecho –igual que a la filosofía– como herramienta de transformación social: en el caso de la ideología de género, la lucha de clases es transformada en lucha de sexos; y, al igual que en el marxismo, es un planteamiento antirrealista en el sentido de que antepone la teoría sobre la realidad. En otro orden de cosas, ciertamente la función social del Derecho, o más sencillamente la función del Derecho, es más amplia que la que cumple con respecto a las mujeres; en ese sentido, sería más correcto entender que lo que aquí se afirma no es respecto de la función del Derecho en general sino de la función del Derecho en el campo específico de la mujer o de la igualdad de las mujeres y los hombres. Parece que es un matiz sin trascendencia, pero me parece que la tiene, pues cuando se

parte inferior del alma. El hombre moderno quiere ser libre porque no puede aceptar restringir sus pasiones o deseos. En el lenguaje metafórico del (genuino) platonismo, rechaza las ideas y restricciones impuestas a Eros. El asombrarse o espantarse ante lo divino, es reemplazado por la curiosidad... En un nivel más profundo, el deseo de ser Dios se ve intensificado por las modernas anticipaciones del poder infinito de la ciencia.

Este juicio de Stanley Rosen tiene su complemento en la afirmación previa de que *indudablemente la tesis que el arte vale más que la verdad, es un principio dominante en la época actual*. Por otra parte, Rosen constata que es *la popularidad misma de la hermenéutica la que, en nuestro tiempo, manifiesta su importancia a la vez teórica y política, lo cual es un signo, no de mayor comprensión sino del hecho que nos hemos descarrado*. Y agrega, concluyendo, que las hermenéuticas constructivas constituyen *la esotérica doctrina de la voluntad de poder, un instrumento de la astucia de la razón, una etapa en la autodestrucción dialéctica de la sociedad burguesa*” (MORENO V., Fernando, “Hermenéutica, política y filosofía. Consideraciones sobre la hermenéutica de Stanley Rosen”, *Acta Philosophica*, I (1992), fasc. 1, pp. 98-99).

¹⁴ FACIO, Alda y FRIES, Lorena, “Feminismo, género y patriarcado”, *Género y...* cit., p. 22.

está firmemente persuadido (acertada o equivocadamente) de algo es fácil que la importancia dada a una parte de un todo puede llegar a hacer confundir el todo con la parte, y provocar que un determinado planteamiento teórico no tenga bases sólidas. Es función del Derecho indudablemente lograr una sociedad más justa, pues es precisamente conseguir que las relaciones interpersonales se rijan conforme a criterios de justicia, lo que incluye la búsqueda de la igualdad jurídica entre los diversos individuos humanos, antes de cualquier diferenciación objetiva, y que las diferenciaciones que haya no sean cauce o motivo de discriminaciones; de modo que se consiga lo que, en un lenguaje no excesivamente técnico se puede describir como lo hacen Facio y Fries. No está de más recordar que estar de acuerdo con esto no supone aceptar que el único modo de lograrlo –ni tampoco el mejor modo– sea a través de una deconstrucción tal y como es concebida por la ideología de género.

El Derecho es un saber que trata de basarse, como todos, en certezas. Considerado como sistema normativo, la certeza es un valor que debe estar siempre presente: a eso se dirigen categorías tales como las presunciones. La deconstrucción derridiana¹⁵ tiene sobre la certeza un efecto demoledor en cualquier ámbito que se emplee, pero en el Derecho puede llegar a ser completamente enervante. Repárese, solamente, en el hecho de que la actividad deconstrutora es radicalmente subjetiva. Cuando se postula una *deconstrucción jurídica*, ¿quién se espera que la haga? ¿el juez? ¿el titular de un órgano administrativo? ¿debería dejar trazado su personal itinerario deconstrutor en la sentencia o en el acto administrativo deconstruido? El Derecho es un saber pegado al terreno. Así lo crearon los juristas romanos. Es, a su manera, más *sanchopancesco* que *quijotesco*, y se aviene mal con mistificaciones ideológicas que pueden resultar brillantes para *épater le bourgeois*, pero que poco resultado positivo dan en el día a día de la realidad jurídica.

3. SEXO, GÉNERO Y CUERPO HUMANO

La relación entre sexo y género conduce a plantearnos, también, la cuestión de la relevancia para el Derecho de la biología humana. En este ámbito, un primer punto que debemos afrontar es si el Derecho puede actuar legítimamente en todos los ámbitos en los que se dan relaciones interpersonales, es decir, en todos los ámbitos sociales. Debemos tener presente que, en realidad, hay pocos ámbitos donde el legislador –que es un operador jurídico, si bien no el único– no pueda actuar, pero no todo le será legítimo ni estará objetivamente justifi-

¹⁵ Como es sabido, la ideología de género toma forma en Estados Unidos a partir de 1968 por influencia de algunos filósofos, en especial del desconstruccionismo de Jacques Derrida y de Michel Foucault.

cado. Un ámbito que incide en el núcleo de lo que viene a llamarse ideología de género, y en donde el Derecho debería conocer la realidad de las cosas, conocerse bien a sí mismo (noción de Derecho, función del Derecho, función del legislador, etc.) y ponerse sus propios límites, es, como se ha dicho, en lo referente a la biología del cuerpo humano. Es éste un campo que viene dado, aun cuando se pueda negar —o negar importancia—; pero si se niega, se estará construyendo una ideología sobre una base falsa. El cuerpo es parte constitutiva del individuo humano; si se me permite, añadiría que no se tiene cuerpo, sino que se es cuerpo, aunque no solo cuerpo. En este ámbito, al Derecho le es dado respetar la realidad de las cosas, protegerla, establecer algún correctivo en caso necesario, pero no invadir la realidad. La realidad tiene su significado, no se puede obviar, no todo es deseo; no todo está sujeto a la voluntad humana, y hay cuestiones pertenecientes a la intimidad de las personas en las que los poderes públicos tienen, naturalmente, vetado actuar, ni siquiera para garantizar un hipotético derecho al bienestar personal. No podrían legítimamente dar pautas sobre la actividad sexual de las personas, con independencia de su estado civil. Sí cabe, sin embargo, que protejan a las personas desvalidas cuando se las quiere someter a prácticas degradantes, como son todas aquellas que violentan su libertad. Se podría decir, entonces, que hay cuestiones delicadas en las que el legislador estará llamado a actuar para evitar discriminaciones injustas, pero esa función no es, de suyo, licencia para modificar las estructuras sociales básicas. En otras cuestiones el Derecho estará llamado a tutelar la libertad de acción de investigadores, incluso de empresarios, pero deberá evitar que los individuos humanos puedan llegar a convertirse en objeto de investigación, en objeto de lucro o en objeto de deseo. Las llamadas libertades sexuales tienen también su propio límite —intrínseco, cabría decir— a no ser que la única lectura que se haga de ellas sea a modo de propiedad del propio cuerpo, lectura que no deja de tener un cierto sabor burgués; además del límite —extrínseco, por seguir con la dicotomía— marcado por los derechos de los demás y por el bien que trasciende a los miembros de la sociedad considerados individualmente —bien común, en terminología clásica—¹⁶.

Se acaba de señalar que el cuerpo es parte constitutiva del individuo humano, que, en sentido estricto, no se tiene cuerpo sino que se es cuerpo; vale la pena detenernos un poco en esta cuestión, por su relación con el concepto de persona humana, concepto que está indudablemente implicado en lo que vaya a entenderse que deba ser el proceso autoidentitario. Como tuve ocasión de exponer en otros lugares¹⁷, en este tema es esencial tratar de la unidad sustancial

¹⁶ Estas consideraciones, por lo demás, son aplicables en su generalidad a todo el Derecho, no solo cuando el Derecho entra en relación con la biología humana.

¹⁷ MARTÍN, María del Mar, "El cuerpo humano y el derecho. Notas a propósito de una monografía

de la persona humana; si no se enfoca bien, difícilmente va a tomarse una perspectiva válida cuando se aborde la cuestión de la juridicidad del cuerpo humano, y, consecuentemente, la validez de la ideología de género como medio adecuado para lograr la igualdad jurídica de varones y mujeres.

Queda aclarada la importancia de abordar el tema de la unidad sustancial del individuo humano, dado que si se entiende, por el contrario, que el cuerpo es algo que posee la persona humana para su uso y disfrute pero que no es propiamente persona humana, entonces tendrá sentido entender que la persona se aloja en el cuerpo —o se expresa a través de él—, pero no es cuerpo y, por ello, el sexo no tiene por qué determinarle en el proceso autoidentitario.

Si partimos de un concepto jurídico de persona¹⁸, se ha de señalar que si a ese concepto le falta su entronque con la realidad no habrá ningún motivo sólido por el que no aceptar que el Derecho regule el estatuto jurídico de la persona como mejor le parezca, y lleve a cabo, por ende, esa pretendida deconstrucción total de roles del varón y la mujer que los desligase de la biología. Pero también en ese caso habrá que afirmar que los operadores jurídicos llevarán a cabo esa deconstrucción de manera justa o de manera injusta, dependiendo de que respete o no la naturaleza propia de la realidad de la que se trate. Importante es, por tanto, que ese concepto jurídico de persona del que parta el operador jurídico entronque con la realidad existencial concreta, que dependerá del entronque de ese concepto jurídico de persona humana con el concepto filosófico de persona humana, siempre que este último se elabore con fundamento *in re*¹⁹.

Una aproximación basada en un mínimo de rigor gnoseológico considero que está en la línea de afirmar que el conocimiento humano incluye en su propia dinámica un proceso de abstracción de la realidad que está siempre implícito en cualquier concepto que se elabore. En ese sentido, el concepto de persona humana tiene como primer punto de apoyo la idea de persona humana que tiene cualquier hombre, y esta idea ya es una cierta abstracción, pues el concepto de persona no existe como tal, sino que lo que existen son hombres y mujeres concretos. Sobre el concepto de persona humana que elabore a través de abstrac-

que quiere ser transgresora”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 21(2005), pp. 279-283. Por otro lado, las ideas principales que expongo en este epígrafe están recogidas básicamente en este trabajo que publiqué hace algún tiempo.

¹⁸ Ciertamente, la problemática para pronunciarse sobre la noción de persona desde el punto de vista del Derecho no es pequeña. Es más, para la determinación de un concepto de persona válido para la ciencia jurídica habrá que entrar en enjundiosas cuestiones implicadas con la filosofía, y, más especialmente, atinentes a los ámbitos de la metafísica y de la gnoseología. Un estudio acabado de la materia no es posible acometerlo en este trabajo, pero no podemos renunciar a aclarar algunas cuestiones al respecto.

¹⁹ Para una profundización en la relación entre el concepto jurídico y el filosófico de persona humana —incluso su relación con el uso vulgar del término persona—, véase, por todos, HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, 3ª ed., Eunsa, Pamplona, 2000, pp. 423-470.

ciones que parten de la realidad, el Derecho estará llamado a obrar ulteriores abstracciones que comporten un *dejar a un lado* los aspectos que son ajenos a la justicia o al obrar social, y que tendrán como resultado la noción jurídica de persona. Dependiendo de cómo se lleven a cabo esos sucesivos procesos de abstracción, la razón humana se equivocará o no, o lo hará en distinta medida, de modo que la noción jurídica de persona que maneje el jurista (también la del jurista que parta de las premisas formales derivadas de la ideología de género) será más o menos acertada.

Resulta evidente que la categoría de dignidad humana está muy unida al concepto de persona humana. Es cierto que nunca faltarán quienes se sirvan de la categoría de la dignidad humana como de un lugar común, sin entender del todo su significado de fondo, pero eso no le resta valor. El significado de la dignidad humana es el de eminencia o excelencia del ser humano por su intensa participación en el más alto grado de ser²⁰, que lo constituye como un ser dotado de debitud y exigibilidad con relación a sí mismo y con relación a los demás hombres. Traigo a colación la dignidad humana porque es una cualidad de la persona especialmente apta para que el Derecho la tenga en cuenta²¹. Y para llegar a la noción de dignidad humana entiendo que se necesita partir de una adecuada visión del ser humano, es decir, es precisa una correcta visión antropológica. Otra cuestión –distinta, pero conexas a la anterior– es la aserción de que la propia existencia del hombre y del mundo conduce a la afirmación –desde premisas propiamente intelectuales– de la previa existencia de un Creador, que los haya creado comunicándoles la existencia, a la vez que le comunica racionalidad y, por tanto, cognoscibilidad. No es gratuita la afirmación de que es necesario recurrir a un conocimiento correcto del ser humano, ya que difícilmente se va a llegar a un significado adecuado de una realidad existente –por ejemplo, la del cuerpo humano, que nos aparece sexuado– por una vía distinta a la propia del conocimiento.

Volviendo al tema de la unidad sustancial del ser humano, hay que hacer referencia al alcance de las ciencias particulares. Me refiero que para saber en su globalidad lo que es la persona –en su unidad sustancial, porque si no, no es persona– no basta contemplarla desde la perspectiva formal de una ciencia parcial, que toma únicamente una dimensión de la realidad que se estudia. Solo a través de un saber global, como es la metafísica, en cuanto estudia la realidad desde la perspectiva del ser, es posible acceder al conocimiento de la realidad

²⁰ Al respecto, *ibidem*, pp. 450. Y, más en general, para la noción de dignidad humana, *ibidem*, pp. 447-453.

²¹ Véase, entre otros, VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, José M.^a, “La persona ante el ordenamiento canónico. Algunas claves de interpretación del canon 96 desde el realismo jurídico”, *La persona nella Chiesa*, Padova, 2003, p. 126.

en cuanto es. En realidad, la metafísica no es una alternativa a la antropología, sino que la complementa y la completa, en tanto que facilita al hombre el poder conocer la realidad que trasciende lo meramente empírico de manera cierta y verdadera, si bien no sea un conocimiento perfecto²². Por otra parte, el hecho de que el resto de las ciencias (las que podemos llamar, por su objeto, ciencias parciales) nos lleven a conocimientos parciales de la realidad no significa que estos no sean válidos o no sean verdaderos; además, el hecho de que el conocimiento de una determinada realidad sea imperfecto no significa que no sea suficiente para alcanzar su propio objeto, sino que es imperfecto porque ese conocimiento se obtiene por abstracción de una realidad que es más rica. Después de estas premisas, ¿qué debe entenderse que es la unidad sustancial de la persona humana? Tanto el alma como el cuerpo son coprincipios sustanciales, por lo que hay que negar que la unión entre alma y cuerpo en el hombre sea accidental: el cuerpo sin alma no es persona, y el alma sin cuerpo tampoco lo es. El cuerpo no es cárcel o casa del alma –ni su altavoz o su antena–, pues ambos son principios distintos de cuya unión resulta un ser sustancial: la persona humana²³. El alma es la forma del cuerpo, que es, como materialidad, la potencia del alma, pero, en cuanto existentes los seres humanos, tanto el alma como el cuerpo –el espíritu– forma y la materia–potencia– son, como se ha señalado, coprincipios sustanciales²⁴.

²² Es magistral la exposición y reivindicación de la capacidad natural del ser humano de conocer la realidad que trasciende a los datos meramente empíricos en la Encíclica *Fides et Ratio* de san Juan Pablo II, que fue publicada en 1998.

²³ Es cierto que existe una tradición filosófica dentro del cristianismo que acogió, por influencia de Platón y Pitágoras, la visión del hombre en la que el alma estaría como prisionera en el cuerpo, deseando romper la unión entre ambos –alma y cuerpo– y dejar la tierra corruptible. Sobre esta cuestión, puede consultarse, entre otros, YEPES STORK, Ricardo y ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier, *Fundamentos de antropología*, Pamplona, 2001, pp. 27-28.

²⁴ Sobre esta composición pueden resultar ilustrativas las siguientes palabras del filósofo Cruz Cruz: “Respondiendo a esta vocación unitaria y estructural del pensamiento contemporáneo, el tomismo ha visto que el verdadero sentido del cuerpo tiene que ser comprendido a la luz de las nociones de materia y forma; estas nociones figuran en la realidad humana no como seres o cosas objetivas, sino como coprincipios inobjetivos que excluyen de su sentido el análisis. Tampoco hay que confundir la materia del cuerpo humano con el cuerpo mismo. El cuerpo propio, a diferencia de la materia del cuerpo subraya el carácter peculiar de la constitución mundana del hombre. La noción de cuerpo propio (Scheleer) pretende superar la discusión poscartesiana y neoplatónica, porque el cuerpo propio afecta a la totalidad del hombre como ser sexuado y social (Merleau-Ponty). Lo que Descartes en verdad estudia es la materia del cuerpo, su constitución analítica. Pero el cuerpo propio es la situación originaria del hombre uno y total: es la corporalización del espíritu humano. Toda la realidad de ser del cuerpo es realidad propia del alma, la cual, en su autorrealización sustancial, se actualiza necesariamente en el medio real-potencial de la materia, y se expresa en ésta de modo sustancial. Bien mirado, el cuerpo propio no es la materia, es la materia informada por el alma y, así, expresión del alma” (CRUZ CRUZ, Juan, “Cuerpo humano”, *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid, 1991, tomo VI, p. 847).

Ciertamente, tanto el alma como el cuerpo pueden ser objeto separado de estudio por parte de distintas ciencias parciales, y para eso se considerarían conforme a objetos formales concretos. En ese sentido, cabe decir que es posible una percepción sensible y consciente del cuerpo humano a través de los sentidos del tacto o de la vista, y que también es posible una teoría del cuerpo humano que elaboren determinadas ciencias como la medicina o la biología, al igual que cabe una teoría estética, filosófica o teológica del cuerpo humano, pues en todos esos casos el cuerpo humano se toma como objeto de nuestro conocimiento²⁵. Pero el hecho de que se abstraiga el cuerpo del ser humano para su mejor conocimiento desde una determinada perspectiva no empece su carácter de coprincipio sustancial en la persona humana.

Es cierto que un Derecho que pretenda medir la realidad conforme a criterios justos –lo cual ciertamente implica una noción correcta de lo jurídico– debe ser lo suficientemente flexible para saber ser un buen instrumento ante nuevas situaciones y circunstancias humanas, me refiero a la biotecnología, pues al permitir desvincular el uso de la sexualidad del origen de nuevos seres humanos podría falsamente concluirse que la realidad del cuerpo humano sexuado no tiene más finalidad intrínseca que la de la autorreferencialidad. En este error me parece que cae Siverino Bavio cuando afirma que la identidad sexual “constituye un aspecto fundamental de la identidad personal, en la medida en que la sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto, encontrándose en estrecha conexión con una pluralidad de derechos, como los atinentes al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, la integridad psicosomática y la disposición del propio cuerpo. La identidad sexual se entiende como la parte de la identidad total de las personas que posibilita el reconocerse, aceptarse y actuar como seres sexuados y sexuales. Varios autores sostienen que la sexualidad es el elemento organizador de la identidad total de las personas. Siendo una expresión fundamental de la identidad, la identidad sexual no puede imponerse, sino que es percibida y construida por el sujeto.

La identidad sexual está constituida por tres componentes que es preciso reconocer y diferenciar: *Identidad de género*, que es la convicción más íntima y profunda que tiene cada persona de pertenecer a uno u otro sexo, más allá de sus características cromosómicas y somáticas; *Rol de género*, referida a la expresión de masculinidad o feminidad de un individuo, acorde con las reglas establecidas por la sociedad y *Orientación sexual*, vinculada a las preferencias sexuales en la elección del vínculo sexo-erótico. (...)”²⁶. En efecto, en tanto que esta autora considera que la identidad sexual de la persona se construye a través

²⁵ Al respecto puede verse, entre otros, GARCÍA GONZÁLEZ, Juan Antonio, *Teoría del conocimiento humano*, Eunsa, Pamplona, 1998, pp. 32-33.

²⁶ SIVERINO BAVIO, Paula, “Diversidad sexual... cit., p. 14.

de un proceso en el que participan tres factores de los cuales ninguno se relaciona directamente con la propia biología, se concluiría que la realidad del cuerpo sexuado no tiene más finalidad que la de la autorreferencialidad.

Como conclusión sobre lo visto en relación con la juridicidad del cuerpo humano y su relevancia en la configuración de la propia identidad personal, cabe la consideración de que el Derecho debe partir de un sólido conocimiento de su función respecto de las realidades metapositivas, y relacionarlo, además, con el bien que trasciende a la persona individualmente considerada.