

## Conceptos (de género) para juristas

**Leandro D. Ríos**

*Doctor en Derecho*

*Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Penal Universidad Nacional del Litoral (FCJS — UNL)*

*Juez Federal con competencia electoral del Distrito Entre Ríos — República Argentina*

**Diario La Ley**, Nº 9914, Sección Tribuna, 16 de Septiembre de 2021, **Wolters Kluwer**

### ÍNDICE

[Conceptos \(de género\) para juristas](#)

[I. Introducción](#)

[II. Terminología metodológica mínima](#)

[III. Conceptos axiomáticos de género](#)

[IV. Conceptos programáticos de género](#)

[V. Conceptos metodológicos de género](#)

[VI. Conceptos operativos de género](#)

[VII. La cuestión de género como dogmática jurídica del principio de igualdad y profundización garantista de la ciudadanía](#)

### Comentarios

#### Resumen

Este artículo de doctrina selecciona, ordena y explicita una serie de conceptos de género, probablemente los más utilizados, surgidos mayoritariamente en el ámbito de la sociología (crítica), para luego traducirlos hacia el interior de la Teoría General del Derecho con el propósito de volverlos asequibles en la labor jurídica y, al mismo tiempo, exhibir su capacidad de rendimiento en el ámbito del Derecho.

## I. Introducción

Sabido es que la materia o cuestión de género constituye una problemática poliédrica que atraviesa todos los ámbitos de la actividad humana.

La producción analítica sobre el tópico resulta inabarcable y, junto con el fenómeno de la degradación de los ecosistemas, es una de las crisis civilizatorias estructurales que exigen repensar todos los conceptos y categorías del Derecho como saber, como orden normativo positivizado, como conjuntos de facultades, deberes y potestades que interactúan entre sí y, también, como ideal de justicia o valoración.

Desde la metodología del «iusgarantismo funcional» (1), resulta esencial la traducción desde el «entorno» (2) problemático hacia el interior de los «sistemas jurídicos» (3) de la cadena de conceptos fraguados en aquella trama de poder cultural, moral, política y económica, que programa las relaciones intersubjetivas de un modo desigual.

Afinar la percepción jurídica de esta cuestión histórica del género, requiere la explicitación de los insumos conceptuales que se utilizan mayormente en el ámbito del análisis sociológico, predominantemente de corte crítico, para así poder alcanzar un desarrollo coherente y robusto en los distintos momentos internos y autorreferenciales de los sistemas jurídicos, a saber, el legislativo, el ejecutivo, el judicial y el dogmático.

Cualquier cadena de conceptos que se propone, debe operar como una herramienta de observación, reflexión y razonamiento de los contenidos teóricos informados y, a modo de advertencia, debe rechazarse cualquier intento de memorización como si se tratasen de definiciones rígidas y definitivas para ser replicadas acríticamente.

El desarrollo de cualquier glosario es permanente y persigue, al menos, tres propósitos: primero, recolectar y organizar el *corpus* conceptual utilizado; segundo, evitar o mitigar el carácter fractal que suele padecer el lenguaje técnico jurídico, especialmente, al momento de su utilización y; tercero, viabilizar y facilitar el debate, hacia el interior de las teorías jurídicas y con el resto del conocimiento científico.

La ordenación de la cadena de conceptos que se propone será la siguiente: en primer lugar, se hará alusión a conceptos básicos, no de la cuestión de género sino del andamiaje teórico con que se aborda la cuestión, es decir, términos de aquello que denominamos «garantismo funcional» como Teoría General del Derecho. Luego abordaremos los conceptos de género axiomáticos o de constatación, para seguir con los conceptos programáticos o sustanciales. Necesariamente se agruparán los conceptos de perfil metodológico específico sobre el género y, por último, se enlistarán los conceptos operativos o de intervención jurídica en particular.

Finalmente, se formulará una síntesis, en tono de propuesta, acerca del modo y lugar en que debe ser ubicada la cuestión de género en relación al Derecho.

## II. Terminología metodológica mínima

Desde el iusgarantismo funcional, se concibe al término «concepto» como aquello observado mediante una diferencia. Así, los conceptos son siempre construcciones de un observador, no preexisten a la observación. En esto se parecen a los objetos, pero a diferencia de éstos, los conceptos alejan al observador de lo observado. Los conceptos se definen por sus opuestos y según sea precisado su antónimo en el binomio de diferencia, se modificará el significado y alcance del concepto. El devenir histórico, con sus contradicciones, incide en el sentido y alcance de los conceptos, pudiendo alterar su significado. Al estar atravesados por la historia, los conceptos nacen y evolucionan, lo cual no siempre significa que progresen o se perfeccionen, dado que a veces se contraen o declinan hasta convertirse en piezas de museo de las ideas y, otras veces, devienen inútiles por hipertrofia, con lo cual se extinguen.

Consecuentemente la «observación» consiste en el acto de distinguir para la producción de información o, así también, el propio tratamiento de la información sobre la base de un esquema de diferenciación. Respecto de aquella información producida, su «análisis» o la actividad de analizar se hará en la operación de observar cuando se busca lo diverso entre lo común, mientras que su «comprensión» o el acto de comprender se trata de la operación de observar cuando se busca lo común entre lo diverso.

En definitiva, se trata de relevar el «esquema conceptual», entendiendo por tal a aquel conjunto de conceptos relacionados entre sí, necesarios y suficientes para observar, interpretar y manejar los axiomas de una disciplina científica y/o de un «paradigma» (4), por ejemplo el de género. El esquema conceptual se enriquece antes, durante y después de cada observación.

Así entonces, precisar los conceptos, observados para su análisis y la comprensión, aproximarse al esquema conceptual, se muestra como una labor metodológica ineludible si se aspira a un correcto estudio de la cuestión de género en el interior del Derecho.

## III. Conceptos axiomáticos de género

En la epistemología tradicional un axioma es una «verdad evidente» que no requiere demostración y sobre la cual se construye el resto de conocimientos por medio de la deducción. Lo importante es subrayar que el axioma gira siempre sobre sí mismo, mientras que los postulados y conclusiones posteriores se deducen de éste.

La visualización de los aspectos centrales en la problemática de género reconoce una serie de constataciones que lucen (auto)evidentes en los análisis sociológicos, políticos, económicos, antropológicos y culturales, constatándose situaciones asimétricas de poder en las relaciones intersubjetivas cuya denuncia y crítica condiciona los sistemas jurídicos, mientras que sus elementos y relaciones, funciones y estructuras, también ostentan la capacidad de incidir sobre aquellas desigualdades.

Toda cuestión de género puede y debe ser relacionada con la existencia del «patriarcado», entendido como aquel sistema de dominio de género que naturaliza las diferencias sociales a partir de las diferencias corporales (re)programado en función del modo capitalista de producción, aunque su proceso de formación tardó casi 2.500 años, entre el 3.100 hasta el 600 A.C. en el antiguo próximo oriente (antigua Mesopotamia).

El patriarcado se caracteriza por ser institucional o normativamente consolidado, histórico o contingente, ejercido mediante la violencia sexual y fundamentado mediante argumentaciones biologicistas

El patriarcado se caracteriza por ser institucional o normativamente consolidado, histórico o contingente, ejercido mediante la violencia sexual (fuerza o temor) y fundamentado mediante argumentaciones biologicistas. Así, opera con dicotomías jerarquizadas en función de lo masculino, tales como: hombre/mujer; cultural/naturaleza, racionalidad/sensibilidad, público/privado, asignando características, actitudes y roles más valorados a los varones y menos valorados a las mujeres.

Su vigencia como sistema opresivo se manifiesta en prácticas, relaciones y organizaciones, que producen y mantienen la desigualdad sustancial entre varones y mujeres, tales como: el lenguaje ginope, la familia patriarcal, la educación androcéntrica, la maternidad forzada, la historia oculta y/o

tergiversada, la heterosexualidad obligatoria, las religiones misóginas, el trabajo sexuado, el derecho masculinista, la ciencia mono sexual, la violencia de género, entre otras. Históricamente las formas de dominación patriarcal han sido de opresión, de subordinación y de privación de las mujeres.

Probablemente, el aspecto material del patriarcado sea la «división sexual del trabajo», consistente en el proceso social de partición de tareas de producción/reproducción de bienes y servicios en los ámbitos público/privado, en función del concepto de sexo/género, generado, sostenido y optimizado por la sinergia del capitalismo y del patriarcado, en tanto, sistemas de dominación acumulativo de capital y opresor de las mujeres.

Como concepto estratégico, la división sexual del trabajo permite la observación de relaciones sociales de y entre sexo/género, en las cuales se visibilizan jerarquías, injusticias y segregaciones, las cuales habilitan la apropiación de los trabajos domésticos y de cuidado (considerados gratuitos y no cualificados) y operan como un factor estructurante del mundo social. Así, es posible advertir que el sexo/género, en tanto causa/efecto, retroalimenta la desigualdad sustancial. Por último, se ha considerado que la división sexual del trabajo es una categoría útil para comprender la organización de la vida simbólica-material en el marco de relaciones sociales concretas.

En cuanto al «sexismo» o la discriminación en razón del sexo, cuyas dos variantes son el «machismo» y el «hembrismo», se pueden predicar las siguientes manifestaciones:

El «androcentrismo» consistente en la observación sesgada al considerar al «modelo del hombre o masculino» como arquetipo genérico cuyo tratamiento debe ser extendido a la especie particular de la mujer (sobregeneralización). Este modo de observar sexista reconoce dos variantes extremas, las cuales son la ginopía y la misoginia.

El «dicotomismo sexual» es el tratamiento por oposición sin considerar caracteres semejantes, comunes y/o conexos entre los sexos. Suele operar sinérgicamente con el estereotipo sexual y el doble parámetro en los procesos de socialización del patriarcado y constituye una sus dicotomías funcionales, junto con aquellas otras de cultura/naturaleza, racionalidad/sensibilidad, público/privado.

Precisamente, el «doble parámetro», consiste en diferenciar criterios evaluativos creando y manteniendo jerarquías en favor de lo masculino, mientras que el «estereotipo sexual» o el «deber ser» de cada sexo es la propia transformación de prejuicios en expectativas sociales, condensando referencias de sentidos respecto de lo masculino y de lo femenino, mediante la diferencia normal/anormal en orden al patriarcado.

También es sexismo el «familismo» en la medida en que desdiferencia a la mujer, en tanto ser humano, con el sistema social familia. Adyacentemente, al varón se lo considera entorno de la familia y se lo reduce a la función proveedora material.

Por último, la «sobregeneralización» y la «sobrespecificación» son reduccionismos sexistas en sentidos diversos. El primero, es la absolutización de las características, experiencias, necesidades de un género respecto de la humanidad completa, de modo que queden invisibilizadas, discriminadas o infravaloradas las de otro género. En otras palabras: es la operación de tomar la parte (varón), por el todo (humanidad). El segundo, es la contracción de características, experiencias, necesidades a un género, siendo relativa a la humanidad en su totalidad. De otro modo: es la operación de tomar el todo (humanidad) por la parte (mujer).

#### IV. Conceptos programáticos de género

Es posible identificar conceptos capitales en la materia o cuestión de género. Ellos asisten a la programación (5) o

codificación, bajo la diferencia interna licitud/ilicitud, propia de los sistemas jurídicos.

Especialmente, el concepto mismo de «género» es uno de aquellos que interactúa a nivel programático y puede ser entendido como aquella noción predominantemente cultural, histórica, valorativa, social, normativa (deber ser), que utiliza la diferencia varón/mujer. Se debate si es un atributo individual como componente identitario (postura individualista) o, en cambio, se trata de un ordenador social en función del estatus o prestigio, resultante de la división social y sexual del trabajo, o más genéricamente, de la organización del poder (postura comunitarista).

Por oposición, reconocemos al concepto de «sexo» como una noción predominantemente genética, anatómica, hormonal, biológica y ontológica (ser), que utiliza la diferencia macho/hembra.

Ahora sí, arribamos a la diferencia (6) central, conceptual y emancipatoria, expresada en el binomio «género/sexo», en la medida en que devela las falsedades y asimetrías ilegítimas de las ideologías patriarcales y sus consecuentes relaciones de poder, en tanto imponen discriminaciones, opresiones y subvaloraciones a las mujeres. Como concepto reconoce su introducción a las ciencias sociales a partir de la obra «Sexo, Género y Sociedad» (Ann Oakley, 1972). Sus posibles correlaciones con otros binomios tales como naturaleza/cultura, hecho/norma, descriptivo/normativo, forman parte del debate permanente en el feminismo.

A partir de lo señalado podemos concebir al «sistema sexo/género» como aquel sistema social (7) cuyas comunicaciones (8) se encuentran institucionalizadas y asignan recursos, propiedades y privilegios a los seres humanos en virtud del sexo/género. En una primera aproximación, es posible afirmar que el sexo es lo que determina que las mujeres engendren seres humanos, mientras que el sistema sexo/género impone que sean ellas quienes los cuiden (Gayle Rubin, 1984).

Existe una segunda camada de conceptos, relativos a identidades y expresiones, que al encontrarse en relación directa con los conceptos centrales apuntados, resulta necesario que sean aquí explicitados.

Puede concebirse a la «identidad sexual» como la noción psicológica referida a las opciones, preferencias u orientaciones sexuales, que se integra con sentimientos, actitudes, representaciones subjetivas y autorreferenciales. Dichos atributos son dinámicos, transitivos e independientes del sexo y de la identidad de género, admitiéndose ambivalencias y reversiones a lo largo de la vida de los seres humanos.

Por otra parte, la «identidad de género» consiste en la autocomprensión del género interpenetradas y condicionadas relativamente por otras categorías sociales, tales como la raza/etnia, la clase socioeconómica, la edad, la identidad sexual, las características biométricas, el grado de instrucción/capacidad/habilidad y/o la nacionalidad. Se relaciona a la potencialidad de la categoría género, para articular elementos, funciones y procesos estructurales con la subjetividad y, por ende, con los sistemas psíquicos.

Por último, la «expresión de género», alude a la comprensión heterónoma social del género, establecida a partir de las características corporales, de la vestimenta y/o de los manierismos, considerados en referencia a las expectativas tradicionales imperantes.

## V. Conceptos metodológicos de género

El término «feminismo» se destaca por ser polivalente en su cuádruple significación, como movimiento, como ideología, como teoría y como método. Este último sentido y alcance es especialmente valioso para nuestro estudio, pero no nos exime de pasar revista por los anteriores.

El feminismo como movimiento, alude a la fuerza social y política integrada por grupos de personas que reflexionan y actúan con el propósito de eliminar la subordinación, desigualdad y opresión de las mujeres producida por el patriarcado y, de ese modo, lograr su emancipación y la construcción de una sociedad sustancialmente igualitaria, sin que sean posibles las discriminaciones por razón de sexo/género.

Distinta es su acepción como ideología, significado referido al sistema de creencias orientadas a comprender y valorar el mundo, de manera relacional, plural y diversa, rechazando la situación de subordinación, desigualdad y opresión de las mujeres.

Como teoría, el feminismo consiste en aquel cuerpo coherente de conceptos referidos, a su vez a un campo de conceptos, derivados de la diferencia sexo/género, con las pretensiones de comprender la sociedad a los fines de cambiar sus estructuras de poder establecidas por el patriarcado, en tanto subordinan, discriminan y oprimen al

colectivo de mujeres.

Sus distintas versiones teóricas comparten el axioma consistente en que el patriarcado produce y sostiene la desigualdad sustancial de las mujeres respecto de los varones, derivándose así los siguientes postulados básicos mayoritariamente compartidos.

En primer lugar, el feminismo se autocomprende como auténticamente humanista, en tanto desmonta el «modelo del hombre o masculino» como arquetipo genérico cuyo tratamiento debe ser extendido a la especie particular de la mujer (sobregeneralización). De otro modo: se alza frente a la operación de tomar la parte (varón), por el todo (humanidad).

En segundo lugar, se ocupa especialmente de la dimensión de la eficacia de las normas jurídicas, y en tal sentido, le interesa cómo es la aplicación (del Derecho) en función de la capacidad de obrar.

El feminismo aspira a cambiar integralmente las relaciones de poder intersubjetivas, eliminando toda opresión deshumanizante del patriarcado

En tercera instancia, el feminismo aspira a cambiar integralmente las relaciones de poder intersubjetivas, eliminando toda opresión deshumanizante del patriarcado.

El cuarto postulado común del feminismo teórico mantiene la programación político-jurídica de la «constitucionalización de la familia», en dos dimensiones: por un lado, habilitando la esfera pública o externa en condiciones de igualdad sustancial a la mujer y, por el otro, eliminando toda manifestación de vasallaje hacia el interior de la familia en la esfera privada.

En quinto término, el feminismo teoriza acerca del poder y control, a partir de lo sexual, sobre el cuerpo de la mujer como objeto de dominación en el patriarcado.

Y por último, como sexto denominador común, las teorías feministas operan con la diferencia conceptual sexo/género, tanto respecto de las relaciones entre mujeres y varones, como así también, respecto de las relaciones entre mujeres y la función de sus prácticas en el patriarcado.

Adelantamos que la acepción de mayor interés, a los fines conceptuales, es aquella que entiende al feminismo como método, es decir como análisis y comprensión crítica sobre el poder del patriarcado en todas las instituciones y ámbitos de interacción de la sociedad, en donde se verifican situaciones de mantenimiento y reproducción de la desigualdad sustancial en perjuicio de las mujeres. Dichas operaciones de observación se realizan utilizando la diferencia conceptual sexo/género respecto al ordenamiento y a las normas jurídicas.

Una consecuencia metodológica evidente es el surgimiento del concepto «perspectiva de género (o género sensitiva)». Dicha expresión, de extendido uso científico y coloquial, alude al modo de observación que opera con la diferencia sexo/género y centra el análisis y comprensión de lo observado en las relaciones de poder entre varones y mujeres, con el propósito de interpretar y argumentar críticamente las normas jurídicas. En tanto perspectiva múltiple y plural, no pretende la sustitución mecánica de la perspectiva androcéntrica por la perspectiva ginocéntrica, sino antes bien, una perspectiva holística, relacional e integradora de la humanidad. En lo relativo a los sistemas jurídicos, se trata de argumentos de su entorno moral, sociológico, político y económico que se relacionan (9) bicondicionalmente con sus funciones (10) internas ejecutivas, legislativas, judicial y dogmática, generándose una interpenetración entre el código lícito/ilícito y la diferencia sexo/género.

Dentro de la perspectiva de género es necesario aludir a la «interseccionalidad», entendida como su específica estrategia de observación, según la cual el acto de distinguir para la producción de información (11) evita la separación de categorías y su consecuentes enfoques subinclusivos, destacando su coalescencia, fusión, inseparabilidad o relación bicondicional terminológica, con el propósito de estilizar el análisis y la comprensión. Una precisión más aguda se alcanza con el concepto de la «consustancialidad de las opresiones (o de opresiones simultáneas)», la cual consiste en la interseccionalidad referida, en especial, a las formas de dominación, tanto estructurales, disciplinarias, hegemónicas como interpersonales.

Probablemente, en el plano observacional, el concepto de mayor exhaustividad sea el de «transversalización de la perspectiva de género» (*gender mainstreaming*) en tanto estrategia metodológica integral de observación del mundo (12) que opera con la diferencia sexo/género y centra el análisis y comprensión de lo observado en las relaciones de poder entre varones y mujeres. Esta transversalización presupone la interseccionalidad y su propósito es lograr

índices de igualdad (sustancial). Respecto de los sistemas jurídicos, alcanza a todos sus momentos internos.

También se han diseñado conceptos con el propósito de destacar problemas o sesgos en la observación. En este sentido la «ginopía» refiere precisamente a los déficits de y en la observación, debido a la prescindencia del concepto sexo/género y de la utilización exclusiva de la perspectiva masculina o androcéntrica. Así, puede computarse como una de las variantes extremas del androcentrismo, junto a la aversión a las mujeres o misoginia.

Un abordaje adecuado de la materia o cuestión de género propone la «deconstrucción» conceptual, la cual puede ser definida como el desmontaje de conceptos y/o esquemas conceptuales mediante su análisis, con el propósito de exhibir su configuración androcéntrica y observar las relaciones de poder entre varones y mujeres que los sustentan. Esta tarea se puede llevar a cabo resignificando, aboliendo o creando nuevos conceptos teóricos.

Un claro ejemplo creativo puede ser el que ofrece el concepto del «dilema de la diferencia» (o de *Wollstonercraft*), el cual consiste precisamente en un argumento crítico compuesto por proposiciones aparentemente contrarias disyuntivamente, presentadas en el binomio igualdad/diferencia. En la conexión de la ciudadanía con la identidad sexual, la opción electiva refleja las contradicciones entre los principios democráticos de la igualdad y el orden sexual de la diferencia (Carole Pateman, 1989, en referencia al planteo de Mary Wollstonecraft, 1792).

Ocurre que la dicotomía igualdad/diferencia, se ha reproducido en los binomios igualdad/ libertad, público/privado, producción/reproducción, cultura/naturaleza y trabajo/cuidado, entre otros, llevando al feminismo a librar dos luchas políticas diferentes: políticas de la igualdad y políticas de la diferencia. Considerándola como una «trampa», se propone la superación de esta opción patriarcal dicotómica inadmisibles, rearticulando las esferas públicas y privadas, revalorizando las diferencias y concibiendo la igualdad como ejercicio del consenso de diferencias en un diálogo constante (Reverter Bañón, 2011). Desde la perspectiva del iusgarantismo funcional, el dilema de la diferencia ha sido pensado en relación al concepto de ciudadanía del Estado legal de derecho, olvidando la pluralidad como premisa del Estado constitucional de derecho.

## VI. Conceptos operativos de género

En el ámbito punitivo, se utilizan específicos conceptos de violencia contra las mujeres. Puede que cronológicamente hayan aparecido primero aquellos en referencia a determinado ámbito espacial de relaciones o, si se prefiere, espectro situacional y luego se haya conceptualizado con mayor rigor el fenómeno aludido.

Con independencia de las definiciones convencionales y legales existentes, es posible señalar que la «violencia doméstica» es aquella afectación desproporcionada de derechos fundamentales (13) perpetradas mediante conductas realizadas en el marco de relaciones intersubjetivas de poder asimétricas, mientras que la «violencia de género» consiste también en la afectación desproporcionada de derechos fundamentales pero realizada mediante conductas cuya expresión de sentido (objetivo) infringe la «prohibición de discriminación» y/o «prohibición de sometimiento o de exclusión», mientras que su motivación (subjetiva) se vincula con el género de la víctima.

En la máxima gravedad de las clases de violencia contra las mujeres, es adecuado distinguir entre «femicidio» y «feminicidio», a pesar de que buena parte de la bibliografía les concede el trato de sinónimos.

El femicidio es un concepto político y sociológico crítico orientado a reconocer y visibilizar la violencia contra las mujeres, en su forma más extrema como manifestación del sexismo, en la variante machista, referido a los homicidios de mujeres cometidos por varones, motivados en razones de género (Diana Russel, 1976).

En cambio, el feminicidio reconoce, al menos, dos acepciones: como concepto político y antropológico se refiere al genocidio contra mujeres en el marco del patriarcado (Marcela Lagarde y De los Ríos, 2008), y como concepto jurídico, se refiere a la tipificación penal agravada del homicidio doloso, cometido por un varón contra una mujer, mediando violencia de género (elemento normativo del tipo). En este último sentido, consiste en un delito especial impropio (varón) cuya cualificación se funda en la condición de la víctima (mujer) y el específico contexto (de género) en el que se lo comete.

La problemática operativa que implican los conceptos indicados han provocado en el ámbito jurídico internacional el diseño del concepto, acaso procesal, de la «debida diligencia (reforzada)», concebido como el deber (14) jurídico estatal, positivo y objetivo de cuidado, contenido y delineado en la directiva de conducta dirigida a los Estados, respecto de todas las esferas de su organización, estructuras y niveles, imponiendo su condición de garante en orden a la adecuada y presta prevención, y represión de la violencia de género.

## VII. La cuestión de género como dogmática jurídica del principio de igualdad y profundización garantista de la ciudadanía

En una primera aproximación afirmamos que la «dogmática jurídica» es uno de los momentos internos, autorreferencial y autopoyético, de los sistemas jurídicos, que analiza y sistematiza los conceptos jurídicos con el fin de teorizarlos y ofrecerlos disponibles para su uso a y en los restantes momentos internos, legislativo, judicial y ejecutivo. En ese marco, organiza interpretaciones y argumentaciones generales para la construcción y aplicación de normas jurídicas, ya sean principios o reglas.

Como ciencia de los sistemas jurídicos, su función primordial consiste en limitar la arbitrariedad de las variaciones contingentes en la construcción de las normas jurídicas y de los casos, de modo tal que determina las condiciones de lo jurídicamente posible en el Derecho como orden auto sustitutivo, informando problemas de conexión y de inserción.

La función de la dogmática jurídica no es, sin embargo, una rótula en el eje normas jurídicas —aplicación—, ni tampoco puede ser limitada a la mera función de asistencia en la subsunción ni, así tampoco, a la de una elaboración detallada de supuestos de hecho legalmente determinados o a la construcción de realidades para hacerlas subsumibles. Su función es transversal y consiste en el control de consistencias con vistas a decisiones de otros casos. Por ello, la labor dogmática no sólo permite reducir la indeterminación de las normas jurídicas, sino que, mediante su generalización y problematización, identifica e incluye otras posibilidades de decisión (15) .

Al comienzo de este estudio no dudamos en calificar a la materia o cuestión de género como una de las crisis civilizatorias estructurales que exigen volver a pensar dogmáticamente todos los conceptos y categorías del Derecho (16) .

No obstante, cabe preguntar si esta problemática compleja exige novedosas calibraciones en las funciones internas de los sistemas jurídicos programados con los vectores propios del «Estado constitucional de derecho» y de la «ciudadanía», como logros evolutivos (17) .

El «Estado constitucional de derecho», puede definirse como el paradigma político-jurídico que reúne equilibradamente el concepto «democracia»/«república». Así, la dimensión «democracia» responde a la indagación acerca de «quién» decide (la mayoría) y «cómo» se decide (por mayoría), mientras que la dimensión «república» responde «sobre qué no» se puede decidir, ni siquiera por mayoría (los derechos fundamentales: vida y libertad), y «sobre qué no se puede dejar de» decidir ni siquiera por mayoría (igualdad y solidaridad). Éstas son las dos dimensiones internas de la noción de «república», la liberal y la social, respectivamente (18) .

Resulta un imperativo del Estado constitucional de derecho decidir sobre las cuestiones de género y ello conduce al correcto entendimiento del «principio de igualdad»

En especial, como se advierte, resulta un imperativo del Estado constitucional de derecho decidir sobre las cuestiones de género y ello conduce al correcto entendimiento del «principio de igualdad» como principio jurídico característico del Estado social de derecho (19) , cuyo actual desarrollo y configuración reconoce una primera dimensión individualista liberal que lo concibe como «prohibición de discriminación» y una segunda dimensión estructural sociológica, complementaria y no contradictoria de la primera, que lo entiende como «prohibición de sometimiento o de exclusión».

La dimensión individualista liberal (como «no discriminación»), está consagrada en el artículo 16 de la Constitución nacional (20) , y se estructura

de la siguiente manera: a) en una primera aproximación el principio de igualdad se formula, respecto de las normas y del ordenamiento jurídico como: «igualdad de trato en iguales circunstancias», admitiéndose tratamientos diferentes en la medida que se lo realice en forma homogénea, uniforme y no arbitraria; b) Las circunstancias (categorías) seleccionadas deben sortear el test de razonabilidad (escrutinio amplio), constituido por un doble juicio: 1) fijación de cuál es el fin de la norma y 2) fijación de la relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio de selección elegido de las categorías y el fin de la norma y c) en caso de tratarse de «categorías sospechosas» (21) , tales como criterios de raza, color, sexo/género, idioma, religión, nacionalidad, opiniones políticas o de cualquier otra índole social, posición económica, nacimiento o condición física, su irracionalidad se adjudica mediante un juicio *a priori* (22) , sometiéndose a un test de razonabilidad (escrutinio estricto). Las únicas excepciones superadoras de la presunción de irrazonabilidad o sospecha son la demostración de un interés estatal urgente, suficientemente

importante e insoslayable (en el ámbito público estatal) y la calificación ocupacional de buena fe (en el ámbito privado).

La discriminación directa resulta detectable en la medida en que no se superen las pruebas (o test) de razonabilidad aplicables, de escrutinio amplio o estricto, según corresponda.

El método operativo del principio de igualdad como no discriminación, recurre a la ignorancia desprejuiciada (velo de la ignorancia). Sin embargo, existen déficits o problemas de neutralidad ante las desigualdades estructurales en contextos de exclusión sistemática, como paradigmáticamente ocurre en la cuestión de género.

Complementariamente, la dimensión estructural o sociológica del principio de igualdad (como «no sometimiento o no exclusión»), ha sido incluido en la programación de nuestro ordenamiento constitucional en los artículos 37 (23) y 75, incisos 19 (24) y 23 (25) ).

Dicho suplemento de optimización opera ante la condición de pertenencia a grupos sometidos, excluidos, sojuzgados, desaventajados o marginados, identificados como «castas», «parias», «minorías insulares» o «población en las sombras», con el propósito de complementar de modo correctivo el principio de igualdad en su versión liberal, incorporando la consideración estructural del contexto de exclusión sistemática.

En este plano, la discriminación indirecta consiste en la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos relativos a la condición de pertenencia a determinados grupos y su correlativo contexto de exclusión sistemática.

El método operativo del principio de igualdad como no sometimiento o no exclusión, recurre a las acciones positivas o afirmativas, como medidas de discriminación inversa, de trato (estatal) diferenciado o privilegiado de modo justificado, con el propósito de evitar la perpetración de inferioridad legal, social, económica, política y/o cultural, removiendo valladares discriminatorios.

Llegados a este punto el concepto de «ciudadanía» como el derecho a tener derecho, predicado universalmente o, si se prefiere, la capacidad jurídica o titularidad de derechos, en tanto conquista histórica, siendo el legado más importante del pensamiento liberal republicano, emergido del proceso evolutivo de la lucha ideológica y de clases, se profundiza en su discurso cuando se la vincula con la cuestión de género y todo su acervo conceptual.

En particular, la cuestión de género pone en primer plano la relación del concepto de ciudadanía con las «garantías», entendiendo por tal aquellos mecanismos —accionabilidad en juicio— que permiten y aseguran el ejercicio eficaz de los derechos positivamente estipulados (26) .

Todo ello nos deja en el umbral de nuestra conclusión:

El impacto de los conceptos de género relevados y aquellos que puedan surgir, son introyectados por los sistemas jurídicos, norma y ordenamiento, como una dogmática específica del principio de igualdad en orden a garantizar eficazmente la universalidad de la ciudadanía.

Desde el iusgarantismo funcional, la cuestión de género es un formidable estímulo para concretar el genuino estatuto de la igualdad (formal y sustancial) en el Estado constitucional de derecho.

---

(1) La denominación elegida para mentar aquella concepción sobre los «sistemas jurídicos» (sea norma u ordenamiento jurídico con el mismo nivel de complejidad) como una «nueva» teoría general del derecho, aún es provisoria, pues se trata de construcciones teóricas que se encuentran en plena elaboración y sus últimos alcances e implicancias aún están por evaluarse. Mientras tanto, nos interesa dicha formulación como esquema teórico general del cual servirnos, en tanto se posa en un diálogo tan posible, como necesario, entre dos construcciones teóricas incorrectamente presentadas como antagónicas: el «garantismo» como una nueva teoría de la «unidad», de la «coherencia» y de la «plenitud», que impugna la teoría general del derecho concebida como un «todo» compuesto de «partes» (la teoría del ordenamiento, por un lado, y la teoría de la norma, por otro); y la «teoría de los sistemas», concebida como una teoría de la diferenciación funcional-sistémica y, a su vez, como una teoría de la complejidad jurídica. Mientras el «garantismo» (re)programa los sistemas jurídicos en la orientación de los derechos fundamentales, optimizando su función limitadora de los poderes de hecho; el «análisis funcional» aporta un complemento indispensable para la construcción de una teoría de la sociedad y de cada uno de los sistemas, dado que también una correcta descripción funcional contribuye a programar mejor la operatividad de las garantías.

---

(2) «Entorno» (también «medio» o «ambiente», *umwelt*, *environment*): El sistema tiene límites, el entorno no. El sistema, por tanto, puede ser delimitado o definido, el entorno no. El entorno sólo se puede definir desde cada sistema y para cada sistema. Cada sistema tiene un entorno y sólo un entorno. No puede haber dos sistemas diferentes con el mismo entorno. Por oposición, y para mayor explicación, entenderemos por «sistema» al conjunto de elementos que interactúan entre sí y que, al hacerlo, se diferencian mediante límites de un entorno con el que se comunican.

---

(3) «Sistema jurídico»: conjunto unificado, limitado y complejo de insumos normativos (principios y reglas, leyes y sentencias, acordadas y decretos), instituciones, prácticas operativas, ideologías jurídicas, estructuras y funciones que interactúan entre sí y que, al hacerlo, se diferencian de un



«entorno» (política, moral, economía, cultura etc.), con el que también se comunican y condicionan, a través de la regulación (programación) de determinadas relaciones sociales. Se codifica con la diferencia «lícito/ilícito». Tanto la norma jurídica como el ordenamiento jurídico son sistemas jurídicos con similar nivel o grado de complejidad. Los momentos internos, autorreferenciales y autopoyéticos, de todo sistema jurídico son: el legislativo, el ejecutivo, el judicial y el dogmático. Cada cual se comunica y diferencia con los demás y con ello construyen el límite del sistema jurídico con su entorno problemático. Su complejidad proviene pues, en primer lugar, de la complejidad de sus elementos, pero también, en segundo lugar, de su entorno. La formación y la duración de la diferencia entre sistema jurídico y entorno (social, moral, económico, político...) es problemática dado que el entorno siempre resulta mucho más complejo que el propio sistema. Al jurídico, como a cualquier otro sistema, le falta elasticidad suficiente como para poder reaccionar frente a cada exigencia de su entorno. Por ello, no existe ni puede existir, correspondencia completa entre sistema jurídico y su entorno (social, moral, económico, político...). Justamente por esto se hizo difícil constituir la diferencia y justamente por esto es difícil mantenerla en orden a su duración.

- 
- (4) «Paradigma»: el origen remoto del término 'paradigma' está en el pensamiento griego (concretamente en Platón). Hay un precedente más cercano en la lingüística estructural, en la cual lo paradigmático se opone a lo sintagmático. Pero la actualidad de esta expresión proviene del uso innovador que de ella hizo Thomas Kuhn en su famosa obra *La estructura de las revoluciones científicas* (Barcelona, FCE, 2005). Después de la segunda edición de esta obra en 1969, el término es más amplio y difuso, y eso ha permitido a la filosofía política y social usar el concepto de paradigma con una matriz constructivista, que ha servido, a su vez, para reintroducir lo aleatorio y lo histórico (el tiempo) en la comprensión de la racionalidad científico-técnica. En este sentido, se lo concibe como una cosmovisión, como una forma de concebir el mundo y, a la vez, como una fuente de legitimidad. Es dudoso que Thomas Kuhn estuviera de acuerdo con el uso de la expresión «paradigma» en la ciencia jurídica, dado que jamás la comunidad jurídica acordó de manera estable el objeto y el método de estudio de su disciplina.
- 
- (5) «Programación»: el concepto de programa sucede a un antiguo uso conceptual: el del canon, criterio, o regla del sistema. Programa, hoy se refiere al código y designa a aquellas condiciones en las cuales el valor positivo o negativo del código puede ser asignado a hechos o eventos. En los sistemas jurídicos el programa viene tratado como una cuestión de decisión acerca de que es lo lícito y lo ilícito. En derecho, el programa de decisión general por excelencia es la ley.
- 
- (6) «Diferencia»: una categoría es diferencial cuando no puede ser definida sin recurrir a su opuesto. Así, por ejemplo, la cara de una moneda con relación a la cruz. Diferencia y distinción son términos sinónimos, aunque el segundo parece ser más psíquico y el primero parece más objetivo. Así, de una moneda que fuese igual por ambos lados diríamos que no diferencia cara de cruz, pero de una persona que no pudiera apreciar la diferencia entre cara y cruz diríamos que no distingue cara de cruz.
- 
- (7) «Sistema social»: un sistema social se realiza siempre que se da una conexión de comunicación y se delimita respecto a un entorno a través de una limitación de las comunicaciones oportunas. Los sistemas sociales no consisten, por tanto, en seres humanos y tampoco en acciones, sino en comunicaciones.
- 
- (8) «Comunicación»: el concepto no es reductible a un fenómeno físico o individual, no indica sólo un actuar comunicativo que transmite informaciones, sino mucho más. Comunicación es la operación autopoyética del sistema que es capaz de conectar en una unidad tres diversas selecciones: informaciones, notificaciones y comprensiones, para poder incluir ulteriores comunicaciones. Es la operación elemental por medio de la cual la sociedad genera límites externos, es decir, la frontera entre la red recursiva y autorreferente de comunicaciones en el interior con respecto a todo lo demás en el exterior.
- 
- (9) «Relación»: cualquier contacto entre elementos. Un elemento está adentro o está afuera del sistema, la relación, en cambio, puede cruzar los límites.
- 
- (10) «Función»: es la relación entre elementos de un sistema o entre un sistema y su entorno que asigna a cada elemento del primero un elemento del segundo, o ninguno. En sentido matemático, es la regla que asigna un número real a otro. La primera variable numérica es así dependiente de la segunda que se denomina independiente. La función en cuanto regla no es susceptible de verificación o falsación en sí misma.
- 
- (11) «Información»: La diferencia que produce diferencias. La información se produce sólo en las estructuras de un sistema. El entorno sólo puede irritar o trastornar al sistema: lo que sucede en el entorno el sistema lo trata sólo como ruido. La información aparece cuando las irritaciones son tratadas con diferencias propias del sistema y dentro del sistema. La información, por lo tanto, no está en el entorno dispuesta para ser recogida. El entorno no contiene información, el entorno es lo que es.
- 
- (12) «Mundo»: el mundo es todo lo que acaece. Nada de lo que acaece, acaece fuera del mundo. Luego, no hay un dentro/fuera del mundo, en consecuencia, el mundo no tiene entorno, luego entonces no puede ser un sistema. Simplemente hay sistemas en el mundo, pero la teoría de sistemas no puede explicar el mundo, sino sólo a los sistemas del mundo. Es también un error pensar que el mundo es un «supersistema» que puede dividirse en subsistemas. Eso sólo sucedería si de forma totalitaria concebimos el mundo como un todo mecánico, sin tiempo, compuesto de piezas, partes. Simplemente, si no hay entorno no hay sistema. En todo caso, puede pensarse que el mundo es un entorno, porque no tiene límites; pero entonces habría que identificar al sistema del cual el mundo es entorno.
- 
- (13) «Derechos fundamentales»: todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente, por el solo hecho de existir, a todos los seres humanos en cuanto ciudadanos/as o personas con capacidad jurídica, entendiendo por capacidad jurídica: el derecho a tener derechos. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos universales. Se añade una segunda nota diferencial entre derechos subjetivos fundamentales y no fundamentales. Los primeros son inalienables, irrenunciables, intransferibles, imprescriptibles. Los segundos son prerrogativas establecidas en conformidad a determinadas reglas y que dan lugar a otras tantas situaciones especiales y concretas en provecho de particulares. Los derechos subjetivos pueden desaparecer por vía de transferencia o prescripción, en tanto que las libertades que se derivan de los derechos fundamentales o humanos son, en principio, inalienables e imprescriptibles.
- 
- (14) «Deber»: En una primera acepción, «deber» puede ser un sustantivo sinónimo de obligación jurídica. El deber jurídico está contenido y delineado en la directiva de conducta (prohibición o mandato), por lo tanto, la infracción de la norma equivale al incumplimiento del deber. En este sentido, el deber jurídico implica una restricción de derechos fundamentales, en la medida en que limita la libertad de actuación. En una segunda acepción, el sustantivo

deber es sinónimo de «deber moral» y antónimo de «obligación jurídica». En una tercera acepción, el verbo «deber de» o «deber de ser» es antónimo lógico del verbo ser y designa la característica principal del mundo de lo normativo. La diferencia más importante entre una proposición de ser y una de deber ser, es que esta última no está sometida a la verificación o falsación.

**(15)** Acaso desde una perspectiva acaso atomista-mecanicista, se la considera como el conjunto de estudios sectoriales (*summa divisio*) acerca del Derecho actual, realizados desde un punto de vista interno.

**(16)** Consideramos discutible las sospechas sobre la neutralidad del Derecho y, consecuentemente, apresurada su impugnación genérica de parcialidad en materia de género que se ha cursado desde los estudios de sociología crítica, de corte feminista. Brevemente, es necesario destacar que en la programación sintáctica o lógica del lenguaje jurídico que posibilita el sentido normativo en los sistemas jurídicos (normas y ordenamientos), a la cual denominamos «Constitución (sintáctica o lógica)», reside la programación iusgarantista que posibilita el correcto trato sustancialmente igualitario entre los varones y las mujeres. Las incoherencias, antinomias y lagunas advertidas y denunciadas en el plano legal desde la perspectiva de género deben ser tachadas de inválidas por resultar inconstitucionales.

**(17)** «Evolución»: Cualquier sistema, a partir de un grado relativamente bajo de organización es complejo, pero cada sistema es siempre menos complejo que su entorno. Un sistema que alcanzase un nivel de complejidad igual al de su entorno perdería sus límites, se desdiferenciaría, «moriría» por hipertrofia. Este desnivel de complejidad a favor del entorno siempre existe, pero nunca es constante, sino que fluctúa o varía. A esta variabilidad la llamamos evolución.

**(18)** Sobre ello sostenemos dos tesis: 1) la insuficiencia de la legitimidad democrática para la validez jurídica, y 2) la prioridad o jerarquía axiológica de la «república» sobre la «democracia», que reconoce el derecho fundamental a la democracia, pues sobre el proceso democrático de la decisión no se puede decidir ni siquiera por procedimientos democráticos. Dicho paradigma opera con la diferencia «principio/regla». Asimismo, funciona con la diferencia validez/vigencia, la cual constituye una categoría interna del sistema, creada por el propio sistema, con la que hasta el último operador debe contar en cualquier operación de producción normativa. Su premisa conceptual más importante, en tanto presupuesto metodológico del garantismo, es el pluralismo, por un lado, en la separación entre derecho y moral y, por otro lado, en la reivindicación de la convivencia respetuosa de los ámbitos jurídico y ético en el ámbito de la política. Por último, en su seno el principio de legalidad es reformulado como sujeción a la constitución y a la ley.

**(19)** «Estado social de derecho»: es la dimensión de la «república» que delimita aquello «sobre qué no se puede dejar de» decidir ni siquiera por mayoría (igualdad y solidaridad), mientras que el «Estado liberal de derecho»: es la dimensión de la «república» que delimita aquello «sobre qué no» se puede decidir, ni siquiera por mayoría (los derechos fundamentales: vida y libertad).

**(20)** Artículo 16 de la Constitución nacional: «La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas».

**(21)** «Categoría sospechosa»: diferencia o categoría diferencial que se define recurriendo a su opuesto y en cuyo proceso de constitución o diferenciación, se utiliza el test de «escrutinio estricto» ante distinciones que formula el ordenamiento jurídico y cuya aplicación se pretende en un caso concreto en base a criterios de raza, color, sexo/género, idioma, religión, nacionalidad, opiniones políticas o de cualquier otra índole social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición física. Ante la presunción de afectación a la igualdad (en sentido material) por el solo uso de alguno de los criterios bajo sospecha enunciados, el método de su detección puede operar por tres vías, sea por tratarse de una distinción que confronta claramente contra una prohibición o mandato constitucional, sea por su irrazonabilidad —*a priori*— o ya sea en virtud de su utilización justificatoria para perjudicar a grupos de la ciudadanía vulnerables, estructural o sistemáticamente discriminados. Sus principales efectos son, en primer lugar, el de colocar a quien pretende servirse de dicha distinción para fundar un trato diferente, sea el Estado o un particular, en una situación de desventaja procesal frente a quien denuncia el trato desigual inconstitucional, distribuyendo las cargas argumentativas y probatorias en forma desigual entre las partes del pleito, dificultando la justificación del trato diferente y, de ese modo, elevando la protección del afectado. En segundo lugar, torna inválida la norma cuya aplicación se pretende, a pesar de haber sido decidida mediante un proceso deliberativo epistémicamente superior. La única excepción superadora de la presunción o sospecha contra la categoría es la demostración de la existencia de un interés estatal urgente que justifique en forma excepcional su aplicación. Dicho concepto se ha originado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso «Korematsu» 323 U.S. 214 (1944).

**(22)** «Juicio *a priori*»: proposición que enlaza un predicado a un sujeto que no se deriva directamente de la observación de la realidad.

**(23)** Artículo 37 segundo párrafo de la Constitución nacional: «...Las igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral». En este sentido, es posible considerar a la «democracia paritaria» como aquel logro evolutivo de la democracia que implica mayor igualdad sustantiva en la participación política. El aumento de su calidad sustancial proviene de integrar equitativamente sectores electorales postergados. Si bien el concepto puede ser relacionado prioritariamente con la participación política de las mujeres, dado que en dicho ámbito se ha producido una gradual conquista en orden a desmontar estrategias ilusorias, tales como la democracia de las/para las/con las mujeres, su aplicación puede ser extendida a cualquier conflicto o reclamo que importe un fortalecimiento de las condiciones de igualdad sustancial en el ejercicio de los derechos políticos.

**(24)** Artículo 75, inciso 19 tercer párrafo de la Constitución nacional: «Corresponde al Congreso: ... Sancionar leyes de organización y de base de la educación ...que aseguren... la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...».

**(25)** Artículo 75, inciso 23 primer párrafo de la Constitución nacional: «Corresponde al Congreso: ...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad».

**(26)** Las garantías primarias son las obligaciones (de prestación) y las prohibiciones (de lesión) que deben ser observadas por el resto de la ciudadanía —

norma primaria—, mientras que, las garantías secundarias son las obligaciones (de reparar o de sancionar) que deben ser observadas judicialmente por los órganos competentes —norma secundaria— ante las afectaciones de las garantías primarias.

---