

U N I V E R S I D A D



DE LOS HEMISFERIOS

Facultad de Derecho

**Tema:**

**FINITUD DE LA REALIDAD E INFINITUD DE LA  
AUTOPERCEPCIÓN EN EL DERECHO. UNA CRÍTICA  
METAJURÍDICA DESDE “LA ESENCIA DEL HOMBRE” DE L.  
POLO.**

**Trabajo de Titulación para la obtención del Título de Abogado**

**Presentado por:**

Carlos De Domingo Soler

**Tutor:**

David Castillo Aguirre

**Quito, enero de 2021**



## RESUMEN

En los últimos años, diversos países iberoamericanos han introducido en sus ordenamientos postulados del discurso *queer*, y frente al posestructuralismo, la posición jurídica de la realidad ha sido relegada. La realidad corporal y esencial del ser humano, aún evidente, se ha volatilizado. En cambio, la autopercepción admite infinitas posibilidades jurídicas, constituyéndose en fuente de derecho/s. En este contexto el derecho desnaturaliza la realidad humana atentando contra su esencia. El presente texto pretende ahondar en esta problemática partiendo de “La esencia del hombre”, planteando algunos argumentos en defensa de la realidad esencial del hombre como primer y último límite del derecho.

**Palabras clave:** autopercepción, derecho, esencia, filosofía poliana, género, realidad.

## **DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMAS ÉTICAS Y DERECHOS**

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este trabajo ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad de Los Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

**Carlos De Domingo Soler**

C.I.: 175770423-2



## ÍNDICE

1. Introducción	8
2. Tipos básicos y género. Aspectos generales	10
3. ¿Qué te hizo el derecho, realidad?	15
4. Conclusiones	28
5. Referencias	30
6. Textos legales	34

# FINITUD DE LA REALIDAD E INFINITUD DE LA AUTOPERCEPCIÓN EN EL DERECHO. UNA CRÍTICA METAJURÍDICA DESDE “LA ESENCIA DEL HOMBRE” DE L. POLO

**Carlos De Domingo Soler**

**carlosedomingosoler@gmail.com**

## **Resumen**

En los últimos años, diversos países iberoamericanos han introducido en sus ordenamientos postulados del discurso *queer*, y frente al posestructuralismo, la posición jurídica de la realidad ha sido relegada. La realidad corporal y esencial del ser humano, aún evidente, se ha volatilizado. En cambio, la autopercepción admite infinitas posibilidades jurídicas, constituyéndose en fuente de derecho/s. En este contexto el derecho desnaturaliza la realidad humana atentando contra su esencia. El presente texto pretende ahondar en esta problemática partiendo de “La esencia del hombre”, planteando algunos argumentos en defensa de la realidad esencial del hombre como primer y último límite del derecho.

**Palabras clave:** autopercepción, derecho, esencia, filosofía poliana, género, realidad.

## **Abstract**

In recent years, various Ibero-American countries have included queer discourse in their legal system, and in the face of poststructuralism, the legal position of reality has been relegated. The bodily and essential reality of the human being, still evident, has volatilized. Instead, self-perception admits infinite legal possibilities, becoming a source of law and rights. In this context, law denatures human reality by attempting against its essence. The present text tries to delve into this problem starting from “The Essence of Man”, raising some arguments in defense of the essential reality of man as the first and last limit of law.

**Key words:** self-perception, law, essence, Polian philosophy, gender, reality.

# FINITUD DE LA REALIDAD E INFINITUD DE LA AUTOPERCEPCIÓN EN EL DERECHO. UNA CRÍTICA METAJURÍDICA DESDE “LA ESENCIA DEL HOMBRE” DE L. POLO

## 1. Introducción

Podríamos decir, no sin cierta polémica, que “la realidad ya no es lo que era”. O, mejor dicho, la realidad ya no es lo que era “en términos jurídicos” o “a la luz del fenómeno jurídico”. Tras los embates del posestructuralismo<sup>1</sup>, la jerarquía que ocupaba la realidad física como causa y fuente de derecho/s, ha sido asumida por el discurso<sup>2</sup>. Y con el auge de la esfera discursiva, la misma corporeidad y todas aquellas

---

<sup>1</sup> En el decir de Harcourt (2007), “Poststructuralism concentrates on the moment when we impose meaning in a space that is no longer characterized by shared social agreement over the structure of meaning. It attempts to explain how it comes about that we fill those gaps in our knowledge and come to hold as true what we do believe” (p. 1). Y sigue: “Poststructuralism resists, then, the fourth tenet [of Structuralism]: structures of meanings are not universal, and do not reflect ontological truths about humans or society” (p. 17). En efecto, como sostiene Harcourt (2007), el posestructuralismo y la deconstrucción de Derrida nos han conducido a un *point break* histórico: en este punto, o reconocemos la existencia fehaciente de los límites marcados por la razón y la radicalidad de la naturaleza, o nos encaminamos a la *randomization* (p. 23). A la vista del contexto jurídico global, no pareciera descabellado reconocernos atravesando dicho punto de quiebre. Cfr. Foucault, 1983, p. 442.

<sup>2</sup> Es cierto que, en un primer momento, la paternidad histórica del término “discurso” y su noción posestructuralista puede plantear algunas contingencias. Sin embargo, en el ámbito de los *gender studies* y, sobre todo, de la corriente *queer*, la noción predilecta de “discurso” procede de la lectura butleriana del pensamiento de Foucault (Butler, 2007, p. 201). El principal postulado de Butler es aquel que aúna la capacidad del discurso para *performar* la materialidad corporal, el género y la identidad de los sujetos (Butler, 1993, p. 17; 2002, p. 316). Sendas muestras del éxito que tienen estos planteamientos en determinadas naciones iberoamericanas las podemos encontrar en la entusiasta acogida que la Universidad Complutense de Madrid brindó a Butler el 8 de junio de 2009, con su ponencia *Performativity, Precarity and Sexual Politics*, en la que resume la cuestión del género como “una negociación de poder” (Butler, 2009, p. 1), en la reciente conformación del Ministerio de Igualdad y la Dirección General de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI del Gobierno de España, y en los recursos educativos dispuestos por el Gobierno central para “elaborar formaciones en diversidad sexual, familiar, corporal y de expresión e identidad de género”, Cfr. Grupo de Investigación Antropología, Diversidad y Convivencia, 2020, p. 6. Como tendremos ocasión de comprobar, otros países, tales como Argentina,



manifestaciones esenciales de la naturaleza humana han sido negadas, incluso transgredidas, por legislaciones, doctrinas jurídicas y resoluciones judiciales. Como sostienen algunas ideologías contemporáneas, si la realidad física obstruye el desarrollo del *ser* según lo perciben voluntades, percepciones y subjetividades, esta debe ser desterrada. La realidad, afirman implícitamente las teorías adscritas al discurso, es un dispositivo de represión de la identidad y control de los cuerpos. Por cuanto la realidad *es*, esta limita los apetitos de la voluntad y lo libidinoso, socavando *mi* libertad de ser lo que *me-percibo-ser*.

Es sabido que, en materia sexual, lo estrictamente *real* se hace tangible y evidente a los sentidos mediante los tipos básicos del ser humano (Polo, 2015, p. 151). Es en la diferenciación típica hombre/mujer donde se agotan las posibilidades sexuales y genéricas humanas. No obstante, esta *realidad* se encuentra asediada, soportando el *enforcement* de la miopía jurídica. Precisamente, he aquí el verdadero conflicto en la arena del derecho: si a partir de mecanismos jurídicos el *no-ser* deviene *ser*, ¿dónde queda la primacía de la realidad, entendida como el marco constitutivo de *lo posible-lo imposible*? ¿Cuál es el sustrato primero del derecho, sino la realidad? ¿Cuál es el fenómeno *primero*, persistente y preexistente a todo acontecimiento vinculado al derecho? Es decir, ¿puede el fenómeno jurídico emanciparse de *lo real* y del orden natural? ¿Podría llegar a ser *justo* un derecho manifiestamente emanado de *la irrealidad*? ¿*Lo justo*, en su sentido tomista (Aquino, 2014, Qu. 58), requiere el concurso de *lo real*? Esto es, ¿deben las discusiones sobre la *res iusta* asentarse indiscutiblemente sobre la realidad o, por el contrario, es *lo irreal* susceptible de ser valorado en términos de justo/injusto? Si se derriba la correlación natural y *evidente* entre los cuerpos, las identidades y sus tratamientos jurídicos, ¿sigue imperando la realidad como eje configurador del derecho? ¿o será, entonces, la voluntad ideológica de movimientos sociales, legisladores y jueces –proponentes, hacedores e intérpretes del derecho– el auténtico núcleo coactivo de una *nueva realidad*, en la que *lo-que-no-es* y *naturalmente-no-puede-ser* sí *puede ser* a discreción de consensos y acuerdos jurídicos? ¿No inaugura, dicha discrecionalidad, una nueva movilidad entre los paradigmas de la realidad física y su percepción subjetiva en cuanto a la obligatoriedad

---

Ecuador, Uruguay, Bolivia, Brasil, Chile y Colombia, han seguido la estela española, plegándose a estos postulados.

de no contravenir la norma y garantizar los derechos? Y, por último, ¿puede el ser humano abrazar *lo irreal* como *real* sin contravenir su propia esencia?

En el presente trabajo pretendo estudiar, a partir de la metodología cualitativa-analítica y el enfoque sistémico, el estado de precariedad en el que ha quedado sumido el estatuto jurídico de la realidad desde la irrupción del posestructuralismo, la teoría de la discursividad y el pensamiento *queer*, representado en la denominada “autopercepción de género”. Para ello, a continuación, trataré de responder las preguntas que acabamos de suscitar con el soporte de la obra de Leonardo Polo, acudiendo con particular asiduidad a *La esencia del hombre* (2015).

## 2. Tipos básicos y género. Aspectos generales

Declara el libro de Génesis que “creó Dios al ser humano a su imagen; a imagen de Dios lo creó; hombre y mujer los creó” (1:27). Es claro que, con independencia de las diversas interpretaciones escriturales y creencias religiosas, el ser humano se circunscribe a esta opción: *ser hombre*, o *ser mujer*. En el ámbito de lo corpóreo, y dentro de este, de lo sexual, no cabe ninguna otra alternativa. Las posibilidades genéricas humanas están irrestrictamente supeditadas a la dicotomía masculino-femenino. De ahí que “la primera distinción típica de la humanidad es entre varón y mujer” (Polo, 2015, p. 151). Acorde a esta división, el estatuto típico del ser humano se desprende de lo masculino o de lo femenino, quedando cualquier divergencia específicamente sexual enclaustrada en dicha variación. Pareciera evidente, pues, que solo existen ambos tipos básicos, y ninguno más, que, si bien “no agotan la consideración típica de cada mujer y de cada hombre” (Polo, 2015, p. 151), sí agotan los tipos distintivos de la especie humana –misma que, por cuanto está abierta a su perpetuación, requiere el concurso de los componentes idóneos para la procreación—. Y, enseña Polo, la comunión de los tipos mujer y varón no solo es necesaria para asegurar la continuidad de la especie, sino para el correcto relacionamiento humano<sup>3</sup>,

---

<sup>3</sup> Sostiene Polo (2015) que “los seres humanos guardan relaciones según su esencia y también a través de los tipos” (p. 155).

la constitución de las familias y su ascenso como núcleo de la organización social (Polo, 2007, p. 78)<sup>4</sup>.

Más allá de la distinción sexual hombre y mujer, nada hay. Sin embargo, a pesar de que en las últimas décadas han aflorado críticas contra la denominada cisnormatividad (Warner, 1991), es cierto que el orden corpóreo es masculino o femenino<sup>5</sup>. Esta realidad es observable y constatable, validable científicamente a partir de comprobaciones cromosómicas, biológicas, orgánicas y funcionales. Es, lisa y llanamente, evidente. En el ser humano lo masculino y lo femenino se desarrollan, tanto individual como socialmente, de forma diferenciada. Así sugiere Polo (2015): “lo humano se realiza de distinta manera según lo masculino y lo femenino” (p. 151). Pareciera lógico que, atendiendo a las perspectivas corpórea y biológica, lo masculino y lo femenino realizan sus propias contribuciones en la naturaleza humana. Reflejan un régimen de diferencias, “no meramente sexual, sino [...] una diferencia típica y [que] afecta a lo natural, a lo psíquico, etc.” (Polo, 2015, p. 151). En efecto, el concepto

---

<sup>4</sup> Cfr. Congregación para la Educación Católica, 2019, p. 4, § 4. Cfr. Polo, 2015, p. 155.

<sup>5</sup> Sobre los desórdenes de diferenciación sexual en personas intersexuales, véase Hernández, 2018, pp. 330-334. Nótese que, aún dándose ambigüedad sexual en el desarrollo gonadal y/o genital, la intersexualidad oscila necesariamente, en cuanto a los ámbitos cromosómicos y hormonales, entre lo masculino (XY) y lo femenino (XX). No existen, pues, más posibilidades sexuales que la masculina o la femenina, con independencia de que se susciten casos como la “virilización de la mujer genética con genitalidad externa masculina” o la “intersexualidad gonadal verdadera”, ambos con soluciones jurídicas y bioéticas basadas en el principio *primun non nocere*. No obstante, la crítica contemporánea surge a partir del denominado binarismo –masculino o femenino– o dimorfismo sexual u orden monosexual –“una persona solo puede tener un único sexo/género que es estable para toda la vida” (Gregori, 2006)–, persiguiéndose la posibilidad jurídica de encauzar lo masculino y lo femenino como rasgo identitario de los sujetos, tal y como, recientemente, hizo el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (2017), afirmando que “the general right of personality [...] protects gender identity. It also protects the gender identity of those who cannot permanently be assigned either the male or female sex”. No deja de ser paradójico que, tratando de disolver el binarismo sexual, el reconocimiento de este denominado “third gender” no hace más que redundar en el agotamiento típico de la naturaleza sexual, ya que únicamente es capaz de fluctuar *entre* lo masculino y lo femenino, sin categorizarse como negación de lo masculino *ni* de lo femenino, pero sin constituir a su vez un nuevo género que no posea distintas medidas de lo masculino y lo femenino. Esto es, si lo intersexual está conformado por cierta medida de lo masculino (A) y cierta medida de lo femenino (B), el tercer género será, forzosamente, una concreta cuantificación entre ambos parámetros (AB), no un tercer género independiente (C) que pueda sobrevivir sin los componentes masculino y femenino.

poliano de tipos no se limita a la faceta estrictamente biológica del ser humano. Al contrario, se centra en las potencias humanas y en la forma en que cada tipo se hace esencia, ya que “tiene que haber una relación de los tipos y la esencia, porque lo que se esencializa es cada tipo” (Polo, 2015, p. 154). La capacidad del ser humano de desarrollarse, según sus potencias y su condición perfectible y optimable (Polo, 1993, p. 99), está íntimamente ligada con el tipo al que pertenece. El perfeccionarse es natural<sup>6</sup>. La autoperfección es lo que hace hombre al hombre, ya que gira en torno a la propia naturaleza humana –no la transgrede, la sublima–. A la naturaleza humana no se la puede rechazar, siendo, como es, el cimiento que asienta todo perfeccionarse y esencializarse.

Los tipos básicos comportan una corporeidad sexuada acorde a lo masculino y a lo femenino, puntualizada por rasgos físicos y distintos órganos ordenados a su unión. El cuerpo que poseemos sirve al tipo básico al que pertenecemos. El ser humano está dotado de un “cuerpo humano [...] ordenado al tipo”<sup>7</sup>. Se da una correlación directa entre el cuerpo y la esencia, a raíz de que lo corpóreo está ordenado a la forma de lo anímico. El cuerpo, como es por todos sabido, está sujeto a su crecimiento orgánico. También conocemos que este crecimiento es limitado, además de por otros factores derivados de la realidad física y sus accidentes, por el tipo básico en el que se enmarca cada cuerpo. Ahora, que el cuerpo crezca no solo implica que este experimente su perfeccionarse, sino que viva. Sin crecimiento no hay vida. No en vano, el crecimiento es “la característica central del vivir” (Polo, 1997, p. 23). Y el crecimiento de un cuerpo está ordenado *por y hacia* el esencializarse de su tipo básico. El crecimiento orgánico del cuerpo masculino se encamina irremisiblemente al perfeccionarse del tipo varón, de la misma forma que, mediante su crecimiento orgánico, el cuerpo femenino hace lo propio con el tipo mujer. Mediante el crecimiento –digamos, natural– el cuerpo masculino no deviene femenino, así como tampoco el femenino deviene masculino.

La especie humana, según su “capacidad de generar”, está ordenada a la esencia humana y, por ende, a tender al máximo grado posible de perfección de su

---

<sup>6</sup> Sostiene Polo (2015) que “el hombre está hecho para perfeccionarse, en el sentido de que la naturaleza humana se premia a sí misma: eso es la esencialización” (p. 156).

<sup>7</sup> Cabe destacar que “la tipología humana no es corpórea, sino que es anímica” (Polo, 2015, p. 155-6).

naturaleza. Lo masculino y lo femenino son elementos indispensables para hablar de especie humana y de generación. *Ser hombre* o *ser mujer* no son accidentes físicos, sino detalles de la esencia. “El hombre tiene esencia en sentido propio” (Polo, 2015, p. 146). Es decir, el hombre tiene esencia *por sí y hacia sí*, que no *de sí*. O sea, la esencia le es indisponible. Si el hombre no se abroga su esencia<sup>8</sup>, tampoco se la puede negar. Y, no pudiendo disponer a placer de ella, tampoco puede pretender un perfeccionarse según una naturaleza ajena. Poco o nada importa el margen de acción del ser humano si la consecución y el crecimiento ilimitado de sus hábitos persiguen la primacía del subjetivismo sobre la realidad. Por cuanto su acto de ser *es creado* (Polo, 2015, p. 93), el ser humano *es*. Pero *es* en función de su existir creado y causado. Los primeros pasos de su persistir dependen necesariamente de cómo fue causado por Dios (Piá, 1997, p. 69). Si soy creado, rechazarme como creación es rechazar al Creador. Toda pretensión de alterar la naturaleza sexual –tal y como fue creada– mediante disidencias políticas y/o discursivas –las, hoy en día, tan populares “disidencias de género”–, no solo arremete contra la evidencia de los tipos básicos, sino contra la misma hegemonía de Dios en atención a “su/la realidad creada” (Polo, 1999, p. 161).

Esta realidad irremisible –que “hombre y mujer los creó”, o que “somos hombres” o “somos mujeres”– ha sido puesta en tela de juicio por las corrientes antropológicas, políticas y jurídicas heredadas de los principales postulados de Michel Foucault y Judith Butler. En otras palabras, el logro del posestructuralismo ha sido sembrar dudas sobre *lo real* de la realidad. El estatuto general de la evidencia –y, con él, el de los tipos básicos– está siendo asediado en los contextos políticos y jurídicos de determinadas naciones iberoamericanas. Recurriendo a Riofrío Martínez-Villalba (2019), “nowadays knowledge and truth are under attack, and, as a consequence, we are losing the notion of evidence as obvious” (p. 14). ¿Qué es la realidad, hoy, en términos jurídicos? Hasta la fecha, la máxima *queer* que señala que “el género es un constructo social” posee rango normativo orgánico y precedentes de jurisprudencia constitucional en países como España, Uruguay, Argentina, Ecuador, Bolivia, Colombia, Perú, Chile y Brasil –por citar únicamente los principales ordenamientos

---

<sup>8</sup> Recuérdese, en este punto, la primacía que para el Aquinate (2003) tenía la esencia sobre la materia (cuerpo) y la forma (alma), dimanantes de Dios, entendido como la “primera sustancia simple” (pp. 17-8).

de tradición iberoamericana<sup>9</sup>. El constructivismo de género ha quedado plasmado en numerosas políticas públicas, decretos, leyes y resoluciones judiciales nacionales e internacionales, tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018) como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Ruiz-Risueño, 2013). Siguiendo la estela de los principios de Yogyakarta<sup>10</sup>, el reconocimiento estatal de la identidad de género ha sido elevado a la categoría de derecho humano (Hammarberg, 2010, p. 11). Este conjunto de hechos desvela la palmaria influencia del posestructuralismo y la teoría *queer*, comúnmente conocida como “ideología de género”<sup>11</sup> –categorización con la que, personalmente, no estoy de acuerdo–, en el presente escenario político y jurídico iberoamericano.

---

<sup>9</sup> Cfr. Ley 3/2007, España, 2007; Ley No. 18.620, República de Uruguay, 2009; Ley No. 26.743, República Argentina, 2012; Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, República del Ecuador, 2016; Ley No. 807, Bolivia, 2016; Ley 2/2016, Comunidad de Madrid, 2016; Ley 4/2018, Comunidad Autónoma de Aragón, 2018; Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, República del Ecuador, 2018; Ley No. 21.120, Chile, 2019; Decreto 1069 de 2015, y Decreto 1227 de 2015 del Presidente de la República de Colombia; Sentencia No. 06040-2015-PA/TC del Tribunal Constitucional de la República del Perú, 2016; y Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 – 1/600, Supremo Tribunal Federal de Brasil, 2018.

<sup>10</sup> Presentados ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2007, hasta la fecha no han sido fijados en ningún instrumento internacional. Ello no ha impedido que, a la hora de introducir los postulados de género en sus respectivos ordenamientos, los actores jurídicos se basaran constantemente en los lineamientos de Yogyakarta. Cfr. Marsal, 2011.

<sup>11</sup> Ya alertó la XIV Asamblea General Ordinaria del Sínodo de los Obispos (2015) del desafío cultural que “surge de diversas formas de una ideología, genéricamente llamada *gender*, que niega la diferencia y la reciprocidad natural de hombre y de mujer. Esta presenta una sociedad sin diferencias de sexo, y vacía el fundamento antropológico de la familia. Esta ideología lleva a proyectos educativos y directrices legislativas que promueven una identidad personal y una intimidad afectiva radicalmente desvinculadas de la diversidad biológica entre hombre y mujer” (Pt. I, Cap. I, Párr. 8). Cfr. Francisco, 2016, § 56. Nótese que estos planteamientos “transmiten una concepción de la persona y de la vida pretendidamente neutra, pero que en realidad reflejan una antropología contraria a la fe y a la justa razón” (Benedicto XVI, 2011). Es cierto que, en el ámbito de los *gender studies*, la asimilación entre género y teoría *queer* plantea algunas complejidades, no obstante, en el presente trabajo ambas categorías son equiparadas. Tampoco quisiera confundir la distinción entre la “ideología del *gender*” y las “investigaciones sobre el *gender* llevadas a cabo por las ciencias humanas” que hacen Francisco (2016, § 56) y la Congregación para la Educación Católica (2019, p. 5, § 6).

Sobre el término *género* caben diversas nociones contemporáneas (Mantilla, 1996; Azanza, 2013, pp. 7-18). Existe toda una batería de definiciones amigables y consecuentes con los principales vértices ideológicos actuales. No obstante, me decanto por definir sucintamente el *género* como una “cadena de equivalencias” (Laclau, 2005, p. 110), ya que alberga dentro de sí un número cada vez mayor de movimientos sociales y reclamos políticos, constituyendo un *bloc* soreliano, surtido de tensiones intestinas y una agenda común. Con todo, son dos los planteamientos esenciales de la teoría *queer*: el constructivismo identitario y el subjetivismo; ambos bien presentes en la autopercepción/autodeterminación de género<sup>12</sup>, y ambos, también, cuestionadores de toda intersubjetividad de lo evidente de la naturaleza humana<sup>13</sup>.

A continuación, nos adentraremos en la afectación que, a efectos metajurídicos, ha acarreado sobre la realidad la inserción legal de la autopercepción y la autodeterminación de género en los ordenamientos iberoamericanos.

### 3. ¿Qué te hizo el derecho, realidad?

En el contexto descrito, no es baladí el peso que despliega el derecho en la transgresión jurídica de la realidad. El derecho, como mejor sugiere la noción anglosajona *enforcement*, es la misma posibilidad de la fuerza. No posee similar implicación que la autopercepción de género sea una posibilidad ajurígena –como podría ser, por ejemplo, seleccionar un atuendo o escoger un género musical concreto–

---

<sup>12</sup> Sin ir más lejos, la Ley No. 26.743 de la República Argentina establece en su artículo decimoprimer o el “derecho al reconocimiento de la identidad de género autopercebida”. Antes, en el artículo segundo, el legislador argentino habría definido *identidad de género* como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo”. Nótese la influencia de las definiciones establecidas en los principios de Yogyakarta (Comisión Internacional de Juristas, 2007), entendidos como la suma de planteamientos que sirven de itinerario del actual discurso global-hegemónico de género.

<sup>13</sup> Específicamente, el constructivismo pervierte la identidad humana por cuanto esta “viene determinada por una opción individualista, que también cambia con el tiempo” (Francisco, 2016, § 56); y niega “la existencia de un don originario que nos precede y es constitutivo de nuestra identidad personal, formando la base necesaria de nuestras acciones” (Congregación para la Educación Católica, 2019, p. 7, § 9).

, a que sea un derecho legalmente reconocido por normas y resoluciones de rango constitucional. En el primer caso, la autopercepción sería una cuestión ajena al derecho, mientras que, en el segundo, la autopercepción goza de la protección *erga omnes* de la maquinaria jurídica y el aparato estatal. Del mismo modo, el primer caso relegaría a la autopercepción al ámbito privado, sin embargo, al adentrarse en el ordenamiento jurídico, la autopercepción de género despliega efectos en la esfera pública.

Ahora bien, ¿qué hace el derecho? ¿Cuál es el fundamento en el cual baso la pregunta que titula este epígrafe? Lejos de actuar *en* la realidad circunscrita al ser humano, las expresiones del derecho y del discurso jurídico afectas a la teoría *queer* pretenden normar, regular y juzgar *sobre* la realidad, a expensas de la naturaleza humana. La problemática no se asienta ya en la relación entre el derecho y la realidad humana<sup>14</sup> o, mejor dicho, en su adecuación al *ser*, sino en la capacidad actual y potencial que tiene el derecho de determinar, negar, ordenar y fijar coactivamente *qué* y *cómo es el hombre*, y cuáles son los límites de la realidad como enunciado verdadero y universal. Efectivamente, la *facultad jurígena* –“aquel poder efectivo o posibilidad que el ser humano tiene de producir derecho” (Riofrío Martínez-Villalba, 2020, Límite 23, §1– posee, como primera restricción, “los límites fácticos de la realidad, [...] con sus respectivas potencias, inclinaciones y fines” y “el conocimiento de la realidad y el razonamiento correcto” (Riofrío Martínez-Villalba, 2020, Límite 24, §1). Irrespetando sus límites, el derecho, tan perfectible como necesario, tan consagrado a la dignidad humana como basado en lo coactivo (Polo, 2007, p. 123), se configura como una herramienta volátil potencialmente deshumanizadora<sup>15</sup>. Pongamos un supuesto paradigmático para avanzar de forma más específica:

---

<sup>14</sup> Sobre derecho y realidad, véase Riofrío Martínez-Villalba, 2014, pp. 111-138.

<sup>15</sup> Quizás no sea ningún exceso plantear que, legislado y normado *lo irreal* como medida de lo real, el ser humano se estuviera encaminando “hacia un mundo menos humano” (Polo, 1999, p. 62). Como mero apunte, y acercándonos a Hannah Arendt, es propio de las pulsiones totalitarias la redefinición de las leyes universales y la pérdida institucionalizada de la realidad, operando prácticas y tecnologías conducentes a hacer tangible lo ficticio del discurso político.



«X, académico del psicoanálisis y activista *queer*, es típicamente un hombre, si bien se autopercibe mujer. Conocedor del derecho a la identidad de género, hace valer su derecho y, a efectos registrales y jurídicos, consta como mujer. De este modo, con independencia de cuáles sean sus atributos físicos, genitales y cromosómicos, es una mujer a ojos del derecho. Z, declarado enemigo de X, expresa en un medio de comunicación público que X es varón, tal y como sugiere la realidad extramental, aunque el derecho lo reconozca mujer. Finalmente afirma que X padece disforia de género. El comentario de Z es inmediatamente tildado de transfóbico, siendo denunciado por un delito de odio. Sorprendido por la judicialización del caso, Z se escuda en la libertad de expresión. Además, en su defensa, argumenta que no es penalmente responsable, ya que, aún perteneciendo a la tercera edad, se autopercibe menor de edad. Para más inri, se considera un ente fluido, que unos días despierta como humano y otros días como animal. X sostiene que las manifestaciones de Z no se corresponden de ninguna manera con la realidad, ya que físicamente es innegable que Z posee setenta y cuatro años y pertenece a la especie humana».

En el supuesto planteado –improbable, pero no imposible– se puede observar que el derecho posee un papel protagónico en la controversia. En primer lugar, el derecho *ampara*, lo que conforma su primer estadio. Sin embargo, en segundo lugar, el derecho transgrede la realidad. Instituye como real un hecho ficticio –que siendo X hombre, no es hombre, sino mujer–. Ciertamente, la declaración de realidad que promulga el derecho es, *per se*, jurídica. Esto es, versa sobre situaciones, relaciones y categorías jurídicas. A causa de la cotidianeidad con la que manejamos estos términos, pareciera que las categorías hombre y mujer no trasladan mayor importancia en la arena del derecho. Pero, al contrario, sí las trasladan, en especial a la hora de edificar un régimen de diferencias –como bienes jurídicos protegidos, como grupos de atención prioritaria, como beneficiarios de leyes y políticas públicas–. Se puede contemplar con nitidez en las distintas leyes de violencia intrafamiliar, especialmente en la terminología –por demás, imprecisa– que maneja la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres ecuatoriana. A partir del

denominado enfoque de género, *ser mujer y ser hombre*, con relación a determinados eventos jurídicos, no es lo mismo<sup>16</sup>.

En tercer lugar, justamente al ser una realidad cultural edificada jurídicamente, el derecho acciona sus mecanismos de defensa. O, dicho de otro modo: las carencias que sufre el derecho, principalmente por la falta de correspondencia de sus enunciados con la realidad física, son colmadas desplegando su fuerza. Retornemos al supuesto planteado. La tecnología que ostenta el derecho para imprimir un enunciado irreal como real es, lisa y llanamente, su poder coactivo, y el medio empleado, el discurso. Solo las teorías butlerianas de la discursividad y de la performatividad pueden defender que “el sexo se produce como una reiteración de normas hegemónicas” (Butler, 2002, p. 162), es decir, que la sexualidad humana está plegada a resultados de un juego de pulsiones hegemónicas y contrahegemónicas que la definen, naturalizan e institucionalizan. El discurso, sostenía Laclau (2005), “constituye el terreno primario de la objetividad como tal” (p. 67). Consecuentemente, no hay realidad física y objetiva cuando se sugiere que la realidad se construye dialécticamente y a partir de la disputa de los sentidos compartidos. Estos postulados generan que la realidad no sea sino discursiva, y las verdades que de ella emanan, órdenes del discurso. La propia complejidad del fenómeno jurídico queda reducida y subordinada, pues, a un conjunto de normas y procedimientos desligados de la constitución humana. Es cuando el discurso los atraviesa que lo jurídico y lo político pierden sus límites. En el discurso, lo jurídico y lo político se confunden, se entrelazan. Algunas corrientes contemporáneas<sup>17</sup> parten de un reclamo particular del derecho: subyugado por el discurso político, que incardina y hegemoniza la concepción social de *lo que es justo*, el derecho es contemplado como un dispositivo esperanzador y salvífico cuya finalidad es la transformación de las realidades sociales. En sí, la problemática no versa tanto

---

<sup>16</sup> Por supuesto, mujer y hombre merecen, valga la pena subrayarlo, el respeto irrestricto de sus derechos, así como la máxima garantía de su cumplimiento. Ahora, la búsqueda de la igualdad material ha transitado alrededor de una reevaluación dialéctica de qué es *lo justo* para un sexo en atención al otro.

<sup>17</sup> Podemos identificar esta tesis en diversos autores, desde Marx hasta Atienza, pasando por Von Ihering, Radbruch y pensadores contemporáneos, más o menos discutidos, de la talla de Bobbio, Dworkin y Ferrajoli. Cfr. Atienza, 2017, p. 34. En el contexto latinoamericano del neoconstitucionalismo se ha venido argumentando durante las últimas décadas la obligada importancia del derecho como principal canal de transformación social.

sobre la capacidad del derecho como agente de transformación social, sino del umbral que, en el ejercicio de su dimensión transformadora, imponen la realidad física y la esencia humana. Se persigue la transformación, aún a riesgo de desvirtuar la realidad. Digamos que, en aras de garantizar los derechos de *X*, aceptamos que la realidad es subsidiaria del derecho. Permitamos que el derecho transforme la sociedad. En tal caso, sería de justicia que, habiendo rechazado lo real para garantizar los derechos de *X*, hiciéramos lo propio para garantizar los derechos de *Z*. Ya rompimos la realidad una vez, podemos volver a hacerlo. Este sería el resultado: tan cierto como que *X* es una mujer, *Z* es menor de edad y, algún que otro día, amanece siendo un animal. Recordemos: la realidad está rota. ¿Por qué no iba a ser *posible* la autopercepción que, irónicamente, sostiene *Z*, si la realidad del cuerpo humano es discursiva?

En cuarto lugar, en el supuesto planteado acontece una fricción entre el derecho a la identidad de género de *X* y el derecho a la libertad de *Z*—en un primer momento, a la libertad de expresión, no digamos ya la libertad orwelliana de defender lo evidente ( $2 + 2 = 4$ )—. ¿Es falaz manifestar, como hizo *Z*, que *X* es un hombre? ¿Sería punible? Pensemos: si *X* se autopercibe mujer y *Z*, mediante la razón y sus sentidos, le percibe hombre, ¿cuál sería la percepción errada? ¿Podría estar errada la percepción de *Z*? ¿Predominaría en la esfera jurídica la percepción de *X* o la de *Z*? Y, en caso de considerarse a *X* como víctima, ¿qué ocurriría con la eventual reparación integral si el juzgador ordenada la rectificación de *Z*? ¿Sería legítima la coacción jurisdiccional sobre *Z* si, habiéndose negado a retirar un enunciado que considera verdadero, incumple la resolución impuesta? Si *X* es una mujer, por cuanto así lo dice el derecho, ¿sería lícito que *Z* lo niegue? Esta fricción de derechos produce un dislocamiento en el componente de justicia de ambos enunciados, toda vez que, *prima facie*, equipara la realidad jurídicamente instituida a la realidad física, de modo que tan plausible podría ser la una como la otra. Dándose la fricción entre bienes jurídicos de entidad superior, entraría en juego la ponderación de derechos. Esta controversia resultaría, pues, en la ponderación entre el derecho fundamental a la identidad de género—que no solo impone obligaciones activas para los Estados, sino una cláusula de respeto *erga omnes*— y el derecho a expresar y exteriorizar con libertad que concurre en la realidad física. He ahí el desgaste de la consideración colectiva de la realidad como fuente de derecho/s.

Podríamos decir: no es justo que, sintiéndose mujer, *X* no sea considerada mujer. Incluso podríamos relativizar: ¿en qué nos afecta la autopercepción de género de *X*? Ciertamente, no nos afecta a *nosotros*. Más bien afecta a la relación presente y futura del derecho y la realidad del orden natural –con menos formalidad: afecta con respecto a las puertas que, como sociedad, abrimos al relativismo–. ¿Es, la autopercepción de género, una cuestión de justicia? No. ¿No sería más justa, acaso, cualquier alternativa a la realidad que cumpla nuestros anhelos según nuestras percepciones, aún erróneas? ¿Puede, lo que *no-es*, ser más justo que lo que *sí es*? Lo justo puede *ser* justo por comisión –aplicar la solución justa a una controversia concreta– y por omisión –no realizar una conducta injusta–. Pero lo trascendental es que la justicia *sea*. Comisiva u omisiva, debe *ser*, encontrarse en la realidad. El *no-ser* puede ser injusto si no se permite ser. Si se obstaculiza el ser. Hay distintas formas de *no-dejar-ser*, unas jurígenas y otras ajurígenas. Por ejemplo, a partir de la privación de las apetencias *no-dejamos-ser* en nosotros lo apetecido. Nos sometemos voluntariamente a una privación que percibimos buena. Se trata de un *no-ser* justo.

En primer lugar, porque se enmarca en la realidad de las privaciones a las que podemos someternos libremente –véase la diferencia entre ayunar y morir de hambre–. Y, en segundo lugar, porque no es asimilable privarnos de una pequeña medida de vida –el alimento como medio causal del vivir–, que privarnos de una gran medida de vida. El *no-ser* solo es justo en términos positivos, de *dejar-ser* al ser en la libertad de su autoperfeccionarse. El *no-ser* que naturalmente no puede ser –ni *llegar a ser* ni *dejar-ser* –, no debe ser leído en clave jurídica. En este sentido, es más justo lo que *sí es* que la alternativa que *no-es*. Basar la justicia en lo que *no-es* no es humano ni plausible. La justicia, como trascendental, emana en última instancia de Dios. Para *ser*, lo que *es*, *es* en Dios. Lo que *no-es* en Dios, *no-es* en nada ni en nadie. ¿Podemos *querer ser* lo que *no-somos* según lo que consideramos justo? Sí. ¿Podemos serlo? En absoluto. ¿Es injusto *no-poder-serlo*? Por supuesto que no. Justo e injusto solo puede decirse de lo que puede *ser*, sea en un acometer o en un abstenerse. Lo justo que *no-es* y se percibe más justo que lo que *sí-es*, tampoco puede leerse en clave de justicia, sino de pretensión y ficción.

Afirmar, como se afirma hoy en día, que “un hombre que se ha sometido a un tratamiento hormonal y a una serie de intervenciones quirúrgicas sobre sus órganos sexuales” es, esencialmente, una “mujer”, no es una falsedad en sí misma. Me explico.

De un lado, como dijimos, pueden darse errores en la percepción del sujeto. El sujeto puede manifestar, sin faltar a la verdad, que es “mujer” aquello que percibe “mujer”. Al fin y al cabo, se estaría cumpliendo la máxima de adecuación entre la cosa y el intelecto. No obstante, el sujeto no constituye la realidad física a través de su percepción. Su percepción es secundaria, dependiente de lo real de lo percibido. Ello no niega que el error de percepción suponga un error de acceso al conocimiento de la realidad como operación intelectual. Una incorrección, sí, ¿pero una falsedad? Como es sabido, un enunciado no verdadero no puede acusar automáticamente a su emisor de no ser veraz. Difícilmente podemos manifestar que el desconocimiento de lo que es real constituye una falsedad en sí misma. Entonces, si alguien enunciara que “un hombre que ha realizado un tratamiento de hormonas y se ha sometido a una serie de intervenciones quirúrgicas sobre sus órganos sexuales” es una “mujer” por cuanto se percibe “mujer”, ¿sería su planteamiento ajeno a la veracidad? Pienso que no. Sin embargo, ¿el no ser ajeno a la veracidad convierte el planteamiento en verdadero? De ningún modo, ya que la realidad observada, más allá de su percepción, revela un desajuste en la realidad de los tipos básicos humanos. Tampoco importa la voluntad, entendida, como suele hacerse en estos tiempos, como la noción que colma la libertad –tan libre soy como posible me sea ejercitar mis apetencias volitivas–, cuando no puede rebasarse, en aras de “sublimar dicha libertad” los límites mentales e intelectuales con los que hemos sido creados.

Y sí, la inteligencia es libre, pero la propia libertad se circunscribe a la dotación natural del hombre. Siguiendo a García González (2007), “el intelecto personal aspira a una plenitud trascendente” (p. 112). Empero, dicha plenitud trascendente implica la coexistencia –el existir *con* y *dentro de*– con lo creado y su Creador. La voluntad no puede contravenir lo cierto. Especialmente cuando es lo real y lo evidente el freno de la voluntad. O, si se prefiere, lo real es el umbral de todo “ámbito de máxima amplitud” en cuya inclusión opera la libertad (Polo, 2015, p. 305). La libertad, habida cuenta de nuestra naturaleza creada, se aísla del ser en los deseos de “absoluta autonomía” (Polo, 2005a, p. 61). Si el existir del hombre es “un existir desde y para Dios” (Polo, 2013, p. 139), la libertad emana de y es referida a Él. Gozamos de su disponer, nada más. No hay expresión posible de la libertad humana que pueda objetar lo creado tal y como fue creado. Por ejemplo, aún tras afrontar tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas y alterar su corporeidad, la persona nunca perderá los atributos de su

condición típica más esencial –a nivel biológico o cromosómico, podríamos especificar, su tipo original se mantiene intacto–. El accionar de la naturaleza humana no sería posible sin la pertenencia y posterior desarrollo del ser en base al tipo al que corresponde (Polo, 2015, p. 161).

Con respecto a la autopercepción, dependería, en mi opinión, de determinar cuál es su límite. Es decir, hasta qué punto la autopercepción –no ya de género, sino sobre cualquier faceta posible– puede contrariar la realidad y seguir siendo jurídicamente válida. ¿Cuál es, en la actualidad, el límite admitido de renuncia de lo real? Vencida la realidad una vez, ¿qué impide su derrumbe? Desde el momento en que el hombre deviene mujer, la mujer deviene hombre, los géneros masculino y femenino admiten un tercer género, y el derecho mantiene abierta la puerta del reconocimiento jurídico de la irrealidad como real. Quebrantado el régimen de posibilidades e imposibilidades, *todo es posible*. Solo requiere el soporte de un discurso y la fuerza del derecho. Dinamitando la primacía de lo evidente, la ciencia jurídica se torna desnaturalizada. Eliminada la realidad del *ser*, los trascendentales metafísicos que más comúnmente se vinculan al derecho –el bien y la verdad, y en un segundo estadio, la libertad como trascendental personal (Polo, 2015, p. 143)– no encuentran el asidero para *compenetrarse* en el acto de ser humano. ¿Sería ontológicamente *verdadera* una “verdad jurídica” basada en una falsedad del ser o, si se prefiere, en una realidad que *no-es*? Y, desconectado de la verdad, ¿no sería *lo bueno* –del bien que se percibe como tal– pura irrealidad?

Aún categorizándolos por razones nocionales, los trascendentales “no se distinguen” (Polo, 2015, p. 143). A pesar de ello, de darse cierta desagregación, se sabe que “el bien, si no es ser, no es bien” (Polo, 2015, p. 143). Es decir, bien y verdad no incardinan el acto de ser humano sin el concurso simultáneo del ser. Este, como *cierto*, se hace notorio en la realidad extramental, la cual es extrínsecamente inmodificable<sup>18</sup>. La capacidad humana de acceder al conocimiento objetivo se suscita en el ámbito del conocimiento de la realidad extramental, y con ella, los primeros indicios de la verdad que podemos conocer (Polo, 2005b, p. 214). Así, los

---

<sup>18</sup> Enseña Polo (2015) que “la realidad que suelo llamar extramental, la realidad que yo no soy, se podría decir *que ser conocida para una cosa es una denominación extrínseca*, tesis clara por otra parte, porque cuando conozco una cosa no la modifico para nada por conocerla” (p. 248).

desbarajustes entre la cosa mentalmente percibida y la materia *in re* vician la presencia mental, no la realidad física. Es el intelecto el que, conociendo la realidad, ilumina la razón. La realidad subyace a nuestro conocimiento objetivo, con independencia de qué conozca este. Es más, nuestro conocimiento objetivo, por limitado que pueda ser, se enmarca en la completitud de la realidad. La aspiración del hombre por cuanto hombre es el acceso a una cierta medida de la realidad, a la comprensión y explicación de los fenómenos, de los más esenciales a los más complejos. Lo único que la naturaleza humana puede hacer con respecto a la realidad –sin irrespetar sus propias limitaciones, tal y como fue creada– es tratar de comprenderla, y lograrlo en mayor o menor medida. Ciertamente, podemos *tocar* la realidad –si toco *algo*, ¿ese *algo* es real?–, podemos conocerla a través de los sentidos y reconocerla frente a la irrealidad gracias a las luces de la potencia intelectual. Sin embargo, en lo humano existen límites innatos –por ejemplo, en la vida terrenal podemos *buscar* a Dios, no verlo–. Solo podemos tocar y alterar una medida mínima de la realidad, aquella sobre la cual la misma realidad se ha prestado a su mal denominada alteración, ya que *lo-que-es* no admite alteraciones substanciales ni esenciales sin dejar de ser *lo-que-es*.

Es decir, la realidad que puede ser modificada lo es por cuanto dicha modificación se concibe de forma ipsocéntrica, generada *por sí* sin perder su condición. El cambio es inherente a la realidad. El cambio es natural y fluctuante. Pero tasado, sujeto a las propias directrices de la realidad física y el orden natural. Por más que accidentalmente una realidad cambie, lo real no se pierde en su negación. Aún lo fantástico, que se caracteriza por la ruptura de la realidad a razón de un acontecimiento sobrenatural, pertenece al marco de la realidad. La permanencia de la realidad como soporte del ser evidencia su jerarquía como el contexto medial de lo creado. Todo lo que *es*, *es* en la realidad. En contraposición, aquello que *no-es* y, examinando la potencia de lo que puede llegar a ser, *no-llegará-a-ser*, solo puede *ser* en la mente del sujeto que lo contempla como un discurso verdadero. A raíz de las potencias y los hábitos, lo que ahora *no-es* puede *llegar a ser* en alguna medida –por ejemplo, el niño impúber de hoy, que mañana podrá ser padre–. Pero las potencias y los hábitos no rechazan la naturaleza, se adscriben a ella. Si la diferencia temporal y material entre el *ser* y el *llegar a ser* se resume en el crecimiento, hay crecimientos posibles –el supuesto apuntado unas líneas más arriba– y crecimientos imposibles –por ejemplo, el niño varón de hoy, que mañana alumbrará como mujer–. En el primer caso, la esencia

del perfeccionarse subyace a lo largo del crecimiento. En el segundo caso no, habida cuenta que lo típico incardina la forma en la que el perfeccionarse se realiza.

El existencialismo de Simone de Beauvoir argumentó contra lo que ella consideraba un determinismo biológico entre el *ser* y el *llegar a ser* –por ejemplo, el niño varón de hoy que, por el hecho de pertenecer al género masculino, el día de mañana será un hombre–. De ahí su conocida cita, “no se nace mujer, se llega a serlo” (De Beauvoir, 2005, p. 371). Decir que no hay relación alguna entre el *ser* sexual actual –original, creado– y su *llegar a ser*, rechaza la naturaleza típica, según la cual *ser* y *llegar a ser* se concatenan por su orden causado. En cambio, podríamos decir que el *llegar a ser* no es más que el *siendo*, ya que ya se *es* lo que se *es* y, con base a lo que se *es*, será el *siendo*. Somos típicos, nacemos típicos, no devenimos típicos. Nuestra tipicidad no comienza a partir de un determinado momento. Desde que somos, somos típicos. Es más, no podríamos *ser* sin ser típicos. Al contrario de lo propuesto por De Beauvoir, se nace mujer, sí, pero desde el momento en que la mujer es causada y abierta a su perfeccionarse, ya se *ha llegado a ser* mujer. ¿O, partiendo de la filósofa existencialista, se podría nacer mujer y nunca llegar a serlo? La propia expresión “se llega a serlo” contempla la posibilidad de que finalmente *no-sea*, ya que el *ser* depende de un proceso y una culminación específica de este. Esta idea rechaza nuestro ser causado. Olvida que el *ser* se consume en el *siendo*. *Siendo* lo que soy mi ser *es*. ¿Acaso puedo *llegar a ser* algo radicalmente distinto a lo que soy? El determinismo biológico que criticaba De Beauvoir está, valga la redundancia, determinado por nuestra naturaleza típica.

Retornando al supuesto de *X* y *Z*, encontramos que los límites de la autopercepción son discursivos, no lógicos. Se construyen dialógicamente. Entendiendo el subjetivismo como una pretensión radical, toda pretensión puede ser respaldada por el discurso, ya que el discurso es constitutivo de su propia realidad. A este propósito, Althusser (2003) equiparó el “nivel objetivo de la realidad” con la “representación imaginaria de los individuos con las condiciones reales de su existencia”, y esta, a su vez, con la ideología (p. 43). Antes Gramsci (2005) habría apuntado que la ideología es “una realidad objetiva y operante, dotada de eficacia propia” (p. 149). La realidad, hoy, es ideológica, se construye discursivamente. Pero, si la realidad es ideológica, ¿qué ocurre con el derecho? Ya en el siglo XIX Engels identificó al derecho como “una extensión de la ideología” (Marx y Engels, 2014). Y



sí, la contemporaneidad jurídica latinoamericana ha evidenciado la sujeción del estudio de la ciencia jurídica a lo político. Primero fue la ideología que respalda la autopercepción de género, después el discurso jurídico que la avala y, en tercer lugar, su reconocimiento como derecho fundamental. Durante los dos primeros momentos, la realidad estaba bajo asedio. En el tercer momento, la realidad jurídica ya está desligada de la realidad física. ¿A qué obedece el derecho? ¿A lo justo, a la realidad o al discurso?

¿Cómo opera, pues, el derecho? Bajo el influjo de lo ideológico –¿puede el derecho llegar a evadirse de dicho influjo?– el derecho trasluce como una tecnología coactiva de redefinición de los límites de lo real y lo evidente y, con ello, de la naturaleza típica humana. En otras palabras: enfrentamos un cambio de paradigma, en el que la realidad física queda legalmente inhabilitada para denominar, categorizar y constituir situaciones y relaciones jurídicas. Inhabilitada, entiéndase, frente a la hegemonía del discurso, trasladándose la realidad de fuente primaria a fuente subsidiaria. Lejos de articularse como freno infranqueable de lo imaginario, la trascendencia de la realidad ha mermado tras la irrupción de la autopercepción sexogenérica. Atravesada por el discurso, la noción de realidad jurídica no guarda ya relación con lo evidente y lo cierto, sino con aquellos enunciados que, *desde y hacia* su ser, construyen los individuos. Así, la realidad no *es*, es propuesta ser y promulgada por la maquinaria jurídica. Como dijimos, aduce el posestructuralismo que la realidad es discursiva, dependiente de entendimientos culturales, voluntades y tecnologías de poder. No es *una –la realidad–*, sino múltiple, tan amplia como acuerdos políticos y legales puedan proyectarse en la imaginación humana. Solo a través del relativismo discursivo y su consiguiente postergación de la realidad que, sin empacho, puede afirmarse que “hay niñas con pene y niños con vulva” (Chrysallis Euskal Herria, 2016, p. 4)<sup>19</sup>. Y, una vez más, solo a través del discurso puede el ser humano renegar de sus condiciones típicas y sustituirlas por una identidad autoconstruida, que no autoperfeccionada, ya que la autoperfección es continuación del tipo y la autoconstrucción o autodeterminación es su ruptura.

---

<sup>19</sup> En la misma línea, escribía en una de sus *performances* el activista C. Clemmer: “Periods are not just for Women” (Nichols, 2017), negando una de las más elementales diferencias fisiológicas entre sexos.

La problemática surge al corroborar que el derecho es el principal apoyo que encuentra el discurso para condenar *lo evidente* de la realidad –como vimos en el caso de Z–. En efecto, se da una interpretación torticera de los tipos penales derivados de los llamados delitos de odio<sup>20</sup>. Más allá de conductas de suyo deleznable, causantes de auténticos menoscabos jurídicos en sus víctimas –actos discriminatorios, agresiones físicas y/o verbales, etc.–, la interpretación jurídico-penal de los delitos de odio está encaminándose a castigar enunciados y expresiones contrarias a la autopercepción de género. Así se ha podido comprobar, recientemente, en España.<sup>21</sup> Bajo el discurso imperante, defender la realidad supone, pues, contrariar el orden jurídico. El poder coactivo del Estado, a través del derecho, se torna en contra de lo evidente, reprimiendo las expresiones basadas en el conocimiento y la defensa de lo real. Resaltar la obviedad sexo-genérica del ser humano es hoy tildado como un comportamiento transfóbico. El discurso jurídico actual invita, podemos decirlo, a negar los aspectos más elementales de la esencia humana, aplicándose *erga omnes* la autopercepción de género como decisor último de la sexualidad de la persona. Reconocidas en los ordenamientos jurídicos la autopercepción y la autodeterminación de género, ¿dónde queda *la* realidad? Reformulando la pregunta, ¿dónde queda *la* realidad, cuando se están derrumbando pequeñas parcelas de lo real –como, en el caso que nos atañe, la realidad típica–?

La misma posibilidad de la autopercepción de género, que abre la puerta a la posibilidad del *gender fluid* (Sweetnam, 1996) y demás planteamientos *queer*, trata de deshilar la unidad sistémica de los tipos según la *epagogé* (Polo, 2015, p. 165). Sabemos que, siéndole propia la unidad al hombre, este debe ser estudiado como tal. Tipo, cuerpo y esencia no pueden plantearse aisladamente, así como tampoco se puede extrapolar a la persona del mundo físico en el que habita. El crecimiento orgánico es ordenado, se encamina al mayor grado posible de perfección, de manera que el

---

<sup>20</sup> Véanse los artículos 22.4, 314, 510, 511 y 512 de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal español.

<sup>21</sup> El Partido Feminista, liderado por la activista Lidia Falcón, emitió un comunicado posicionándose en contra del proyecto de Ley *Trans* impulsado por uno de los partidos que conforman la coalición del actual Gobierno central. Por su parte, Mar Cambrollé, presidenta de la Federación *Trans*, a raíz de las aseveraciones vertidas en el comunicado, contestó que “negar esa identidad [*trans*], llamar a la niña niño, es un negacionismo de la identidad que constituye un delito de odio” (Torres, 2019). A raíz de la polémica, la Fiscalía contra los Delitos de Odio de Barcelona abrió diligencias el 9 de octubre de 2019 contra Lidia Falcón por la comisión de un delito de odio.

crecimiento está ordenado al tipo al que pertenece el individuo. El crecimiento del cuerpo femenino, por ende, no está ordenado a adquirir atributos propios del sexo masculino, y viceversa. Pareciera lógico e impostergable, *per se nota*. Ahora bien, la dinámica particular de lo *queer* es, precisamente, la fluidez con la que los sujetos pueden construir(se) su identidad sexo-genérica. O, lo que es lo mismo, su capacidad para traspasar los umbrales de lo masculino y lo femenino con independencia de la realidad biológica de sus cuerpos. Si mi tipicidad determina “qué soy” en relación con la realidad, la autopercepción determina “qué soy” según me *siento-ser*. Se reduce la cuestión de la identidad a una pretensión radical de la voluntad o, lo que es más complejo, a un conjunto de pulsiones psicológicas erradas. Empero, el crecimiento orgánico queda ordenado al género al que pertenece el ser humano, y este no se detiene. Es decir, el crecimiento de una corporeidad o una genitalidad no se interrumpe naturalmente por deseo del sujeto. El crecimiento es sistémico. Crece el cuerpo y crece el conocimiento que el sujeto tiene de su identidad. Están enlazados. Si las potencias de *X* se enfocan en su perfeccionarse como hombre, ¿qué implica que el derecho “corra un tupido velo” y designe como reales un crecimiento orgánico y unas potencias enfocadas al perfeccionarse como mujer? Antes que nada, implica un retorno a la ficción.

“La ficción se contrapone a la realidad extramental del ser humano” (Riofrío Martínez-Villalba, 2014, p. 113). La autopercepción, operada en lo mental, es tan infinita como puede serlo la imaginación. La realidad, operada en lo evidente, es tan finita como abundantes son los planteamientos subjetivos que niegan lo real. El derecho, por el simple acontecimiento de ser derecho, admite una declaración de justicia y de realidad. Si se condena una conducta, asumimos, es porque es justo que así sea. Si un documento legal revela que un terreno posee determinado número de hectáreas y un lago, asumimos, es porque la medición de las hectáreas y la presencia del lago son reales. Sin embargo, las ficciones jurídicas<sup>22</sup> nacieron como ideaciones contingentes, de suyo excepcionales y restrictivas. En materia de género, la realidad ha cedido terreno a la preeminencia de la ficción. La realidad nos dice que *X* es *varón*, pero la ficción jurídica responde: no, *X* es *mujer*. ¿Cuál de estos enunciados certificaría

---

<sup>22</sup> En palabras de Riofrío Martínez-Villalba (2014), son “aquellas construcciones mentales creadas intencionalmente para programar un efecto jurídico determinado, sin importar que tales construcciones sean falsas o puedan serlo” (p. 120).

el derecho en aquellos ordenamientos que reconocen la autopercepción de género? El segundo, aquel que rompe lo real. Precisamente aquel que niega que “el derecho sea una continuación de la naturaleza” (Riofrío Martínez-Villalba, 2014, p. 119). ¿Será, entonces, legítimo el derecho que genere ficciones abiertamente contrarias a la realidad extramental? ¿Será éticamente válida su coacción? No, ya que no puede superar sus límites, y “la ficción injusta no debe estar amparada por el derecho” (Riofrío Martínez-Villalba, 2014, p. 138). Como ya dijimos, el derecho conoce que *X* no es mujer –más ahora, impedidos como están los entes públicos de practicar comprobaciones científicas que acrediten la certeza de lo afirmado–, pero, aún así, despliega la ficción jurídica de que sí lo es. ¿No es esta, acaso, la prueba de que la autopercepción –con su desatención a lo real– se está abriendo paso como configuradora de situaciones y relaciones jurídicas?

#### 4. Conclusiones

Antes de la irrupción de las corrientes posestructuralistas era indubitable que la identidad de género venía determinada por la pertenencia al género masculino o femenino, realidad puesta hoy en tela de juicio por la filosofía *queer*. El ser humano, como mantiene el pensamiento *queer*, puede autopercebirse como perteneciente a un género sexual dispar al que informa su corporeidad. Podría tratarse de una cuestión ajurígena de no ser porque la autopercepción de género ha sido reconocida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos. Ello provoca un ligero quebranto entre el derecho y su soporte en la realidad, afectando a la legitimidad del derecho y su capacidad intrínseca para ordenar la vida en sociedad.

De lo expuesto en el presente trabajo podríamos rescatar los siguientes puntos en defensa de lo real frente a la posibilidad jurídica de la autopercepción de género:

1.- En primer lugar, la noción poliana de tipos básicos y su preeminencia en el esencializarse humano por cuanto naturaleza evidencia la inmanencia de lo masculino y lo femenino a lo largo de la vida del ser humano como una verdad *per se nota*. La correlación entre el tipo básico y la esencia reclama que lo típico no solo describe una cuestión fisiológica, sino anímica e intelectual.

2.- En segundo lugar, el crecimiento orgánico y el autoperfeccionarse esencial de la corporeidad causada, entendido el hombre de forma sistémica, demuestra que lo masculino no puede devenir femenino y viceversa. El crecimiento está ordenado, y es precisamente la naturaleza de dicho orden la que impide el deslizamiento entre ambos tipos.

3.- En tercer lugar, al encontrarse atravesado por el reconocimiento jurídico de la autopercepción de género –que despliega situaciones, valoraciones y relaciones jurídicas–, el derecho rebasa los límites que la realidad extramental impone a la facultad jurídica. No sería descabellado afirmar que la ruptura del nexo causal que existe entre la realidad y el derecho es susceptible de deshumanizar la ciencia jurídica, haciéndola dependiente de voluntades, pretensiones y consensos y no de lo evidente de las verdades universales.

4.- En cuarto lugar, la distinción existencialista entre el *ser* y el *llegar a ser* propuesta por De Beauvoir pierde fundamento al comprender que el ser típico es *siendo*, de modo que el *ser* no puede *llegar a ser* algo distinto a lo que típicamente *es*.

5.- En quinto lugar, la configuración discursiva de los límites de la autopercepción de género –y, en general, cualquier operación por la cual el hombre construye una identidad desligada de la realidad– anega de sospechas toda evidencia, ya que, si la realidad se traslada como fuente subsidiaria frente al constructivismo, todo lo imaginario es jurídicamente posible.

6.- Y, por último, la categoría *gender fluid* no sortea la más leve prueba de evidencia lógica a la luz de los principios de no contradicción y unicidad, debido a que el ser humano está abierto a su perfeccionarse con base en el tipo básico al que pertenece, el cual no puede ser extrapolado de su ser sistémico. Asimismo, lo masculino y lo femenino son posibilidades típicas sexualmente complementarias en cuanto a la especie humana, no en cuanto a la propia identidad de la persona, anulándose fisiológicamente el ser masculino con el ser femenino y viceversa.

## 5. Referencias

- Althusser, L. (2003). *Ideología y aparatos ideológicos del Estado. Freud y Lacan*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Aquino, Tomás (2003). *Del ente y de la esencia. Del reino*. Buenos Aires: Losada.
- Aquino, Tomás (2014). *Suma Teológica (VII)*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- Azanza Torres, M. L. (2013). *Noción de género en el derecho ecuatoriano y en el derecho comparado* [tesis de grado, Universidad de Los Hemisferios]. Repositorio Institucional Dspace. <https://n9.cl/6ngd3>.
- Benedicto XVI (2011). *Discurso del Santo Padre Benedicto XVI al cuerpo diplomático acreditado ante la Santa Sede* [10 de enero]. Ciudad del Vaticano. Disponible en: [http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2011/january/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20110110](http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2011/january/documents/hf_ben-xvi_spe_20110110).
- Butler, J. (1993). "Critically Queer". *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 1 (1), pp. 17-32, doi: <https://doi.org/10.1215/10642684-1-1-17>.
- Butler, J. (2002). *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*. Buenos Aires: Paidós.
- Butler, J. (2007). *El género en disputa*. Barcelona: Paidós.
- Butler, J. (2009). "Performativity, Precarity and Sexual Politics". *AIBR, Revista de Antropología Iberoamericana*, 4 (3), 1-23.
- Chrysallis Euskal Herria (2016). *Chicas y chicos, identidad y cuerpo*. San Sebastián: Asociación de Familias de Menores en Situación de Transexualidad.
- Comisión Internacional de Juristas (2007). *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Disponible en: [www.yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org).

- Congregación para la Educación Católica (2019). *Varón y mujer los creó. Para una vía de diálogo sobre la cuestión del gender en la educación*. Ciudad del Vaticano.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, No. 19: derechos de las personas LGTBI*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- De Beauvoir, S. (2005). *El segundo sexo*. Madrid: Cátedra.
- Foucault, M. (1983). *Dits et écrits (IV)*. París: Gallimard.
- Francisco (2016). *Exhortación apostólica postsinodal, Amoris Lætitia, del Santo Padre Francisco a los obispos, a los presbíteros y diáconos, a las personas consagradas, a los esposos cristianos y a todos los fieles laicos, sobre el amor en la familia*. Ciudad del Vaticano. Disponible en: [http://www.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/apost\\_exhortations/documents/papa-francesco\\_esortazione-ap\\_20160319\\_amoris-laetitia\\_sp.pdf](http://www.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20160319_amoris-laetitia_sp.pdf).
- García González, J. A. (2007). “Leonardo Polo: dimensiones inobjetivas del saber (primera parte)”. *Límite, Revista de Filosofía y Psicología*, 2 (15), 101-118.
- Gramsci, A. (2005). *Antología* (selección, traducción y notas de Manuel Sacristán). México D.F.: Siglo XXI.
- Gregori, N. (2006). “Los cuerpos ficticios de la biomedicina. El proceso de construcción del género en los protocolos médicos de asignación de sexo en bebés intersexuales”. *AIBR, Revista de Antropología Iberoamericana*, 1 (1), 103-124.
- Grupo de Investigación Antropología, Diversidad y Convivencia (2020). *Somos diversidad*. Madrid: Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Ministerio de Igualdad.
- Hammarberg, T. (2010). *Derechos humanos e identidad de género. Informe temático del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa*. Berlín: TransInterQueer & Transgender Europe.

- Harcourt, B. (2007). *An Answer to the Question: What Is Poststructuralism?* University of Chicago, Public Law Working Paper No. 156.
- Hernández, M. P. (2018). *De los intersexuales y el derecho a los derechos de los intersexuales*. En Chan, S., Ibarra Palafox, F., y Medina Arellano, M. J. (coords.), *Bioética y bioderecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F.
- Laclau, E. (2005). *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Mantilla Falcón, J. (1996). “La conceptualización del género y su importancia a nivel internacional”. *Agenda Internacional*, 3 (6), pp. 153-167.
- Marsal, C. (2011). “Los principios de Yogyakarta: derechos humanos al servicio de la ideología de género”. *Dikaion*, 20 (1), pp. 119-139.
- Marx, K., y Engels, F. (2014). *La ideología alemana*. Madrid: Akal.
- Nichols, J. M. (2017, 22 de julio). *Powerful Photo Shows That Women Aren't The Only Ones Who Get Periods*. The Huffington Post. <https://n9.cl/jj70>.
- Piá Tarazona, S. (1997). *Los primeros principios en Leonardo Polo. Un estudio introductorio de sus caracteres existenciales y su vigencia*. Pamplona: Cuadernos de Anuario Filosófico.
- Polo, L. (1993). *Presente y futuro del hombre*. Madrid: Rialp.
- Polo, L. (1997). *Curso de Teoría del Conocimiento*, II. Pamplona: Eunsa.
- Polo, L. (1999). *La persona humana y su crecimiento*. Pamplona: Eunsa.
- Polo, L. (2005a). *Lo radical y la libertad*. Pamplona: Cuadernos de Anuario Filosófico.
- Polo, L. (2005b). *Nietzsche como pensador de dualidades*. Pamplona: Eunsa.
- Polo, L. (2007). *Quién es el hombre. Un espíritu en el tiempo*. Madrid: Rialp.
- Polo, L. (2013). *Antropología trascendental*. Pamplona: Eunsa.
- Polo, L. (2015). *La esencia del hombre*. Pamplona: Eunsa.



- Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2013). “Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino”. *Dikaion*, 22 (1), 55-81.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2014). “Derecho, realidad y ficción. Posibilidades y límites”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 17, 111-138.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2019). “Evidence and Its Proof. Designing a Test of Evidence”. *Forum Prawnicze*, 3 (53), 14-32, doi: <https://doi.org/10.32082/fp.v3i53.219>.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2020). *Código de Derecho Natural* [síntesis]. Nairobi: *pro manuscrito*. <http://jcriofrio.wixsite.com/codex>.
- Ruiz-Risueño Montoya, F. (2013). “Los derechos de las personas LGTB en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 127-151.
- Sweetnam, A. (1996). “The changing contexts of gender: Between fixed and fluid experience”. *Psychoanalytic Dialogues, The International Journal of Relational Perspectives*, 6 (4), 437-459, doi: <https://doi.org/10.1080/10481889609539130>.
- Torres, A. (2019, 11 de diciembre). *La Federación Trans acusa al Partido Feminista de cometer delito de odio*. El Salto. <https://www.elsaltodiario.com/transfobia/la-federacion-trans-acusa-al-partido-feminista-de-cometer-delito-de-odio-terf-feminismo-transexualidad>.
- Warner, M. (1991). “Introduction: Fear of a Queer Planet”. *Social Text*, 29 (4), 3-17.
- XIV Asamblea General Ordinaria del Sínodo de los Obispos (2015). *La vocación y la misión de la familia en la Iglesia y en el mundo contemporáneo. Relación final del Sínodo de los Obispos al Santo Padre Francisco*. Ciudad del Vaticano. Disponible en: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/synod/documents/rc\\_synod\\_doc\\_20151026\\_relazione-finale-xiv-assemblea\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/synod/documents/rc_synod_doc_20151026_relazione-finale-xiv-assemblea_sp.html).

## 6. Textos legales

1 BvR 2019/16, Order of the First Senate of 10 October 2017. German Federal Constitutional Court, 10 de octubre de 2017.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 – 1/600. Supremo Tribunal Federal de Brasil, Brasília, Brasil, 1 de marzo de 2018.

Decreto 1069 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho. Presidente de la República de Colombia, Bogotá, República de Colombia, 26 de mayo de 2015.

Decreto 1227 de 2015, por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil. Presidente de la República de Colombia, Bogotá, República de Colombia, 4 de junio de 2015.

Ley No. 807, de Identidad de Género. Decreto de Álvaro García Linera, Presidente en Ejercicio del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, Estado Plurinacional de Bolivia, 21 de mayo de 2016.

Ley No. 18.620, de Derecho a la Identidad de Género y al Cambio de Nombre y Sexo en Documentos Identificatorios. Diario Oficial No. 27858, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 17 de noviembre de 2009.

Ley No. 21.120, de Identidad de Género. Diario Oficial de la República de Chile No. 42.441, Santiago, Chile, 29 de agosto de 2019.

Ley No. 26.743, de Identidad de Género. Boletín Oficial, Buenos Aires, República Argentina, 24 de mayo de 2012.

Ley 2/2016, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid. Boletín Oficial del Estado No. 169, Madrid, España, 14 de julio de 2016.

Ley 4/2018, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón. Boletín Oficial de Aragón No. 86, Zaragoza, España, 7 de mayo de 2018.

Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado No. 281, Madrid, España, 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Boletín Oficial del Estado No. 71, Madrid, España, 23 de marzo de 2007.

Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Registro Oficial Suplemento 684, Quito, República del Ecuador, 4 de febrero de 2016.

Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Registro Oficial Suplemento 175, Quito, República del Ecuador, 5 de febrero de 2018.

Sentencia No. 06040–2015–PA/TC. Tribunal Constitucional, Arequipa, República del Perú, 21 de octubre de 2016.