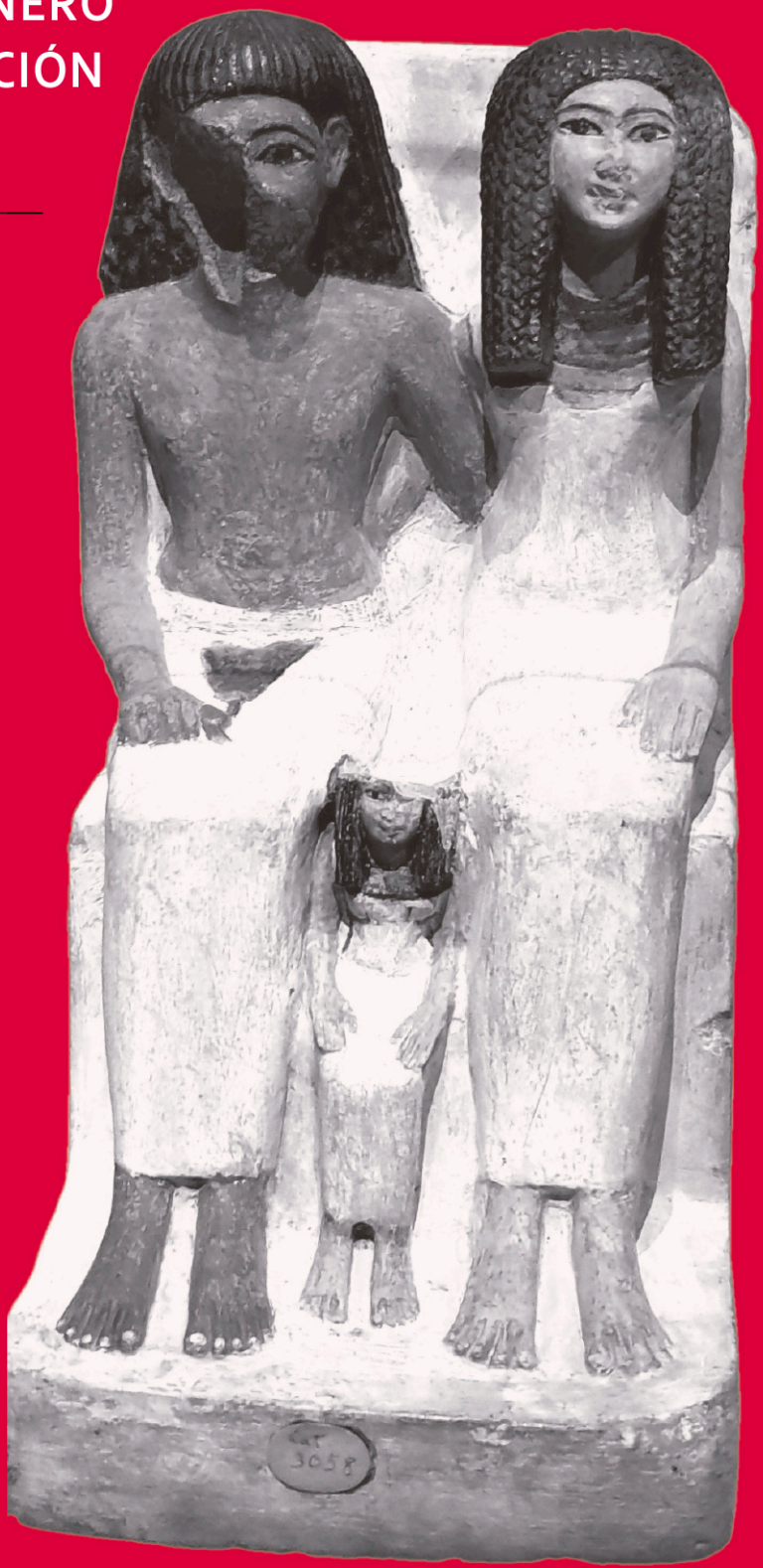
EL ORDEN DE GÉNERO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Lecciones del pasado y propuestas de reconstrucción paritaria

Ruth Rubio Marín
Octavio Salazar Benítez



COMARES

Ruth Rubio Marín
Octavio Salazar Benítez

EL ORDEN DE GÉNERO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Lecciones del pasado y propuestas de reconstrucción paritaria

Granada, 2024

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

Maquetación:
Miriam L. Puerta

© Ruth Rubio Marín
© Octavio Salazar Benítez

© Editorial Comares, 2024

Polígono Juncaril
C/ Baza, parcela 208
18220 Albolote (Granada)
Tlf.: 958 465 382
www.comares.com • E–mail: libreriacomares@comares.com
facebook.com/Comares • twitter.com/comareseditor • instagram.com/editorialcomares

ISBN: 978-84-1369-753-6 • Depósito legal: Gr. 288/2024

Impresión y encuadernación: comares

A todas las mujeres de los feminismos diversos y plurales, y especialmente a las juristas feministas, que han desmontado nuestra perspectiva parcial y privilegiada.

SUMARIO

I.— INTRODUCCIÓN. REPENSAR LA CONSTITUCIÓN DESDE EL PRINCIPIO DE PARIDAD 1

1. El orden de género del constitucionalismo moderno: el contrato sexual fundacional 1
2. Del principio de igualdad al de paridad 8

II.— EL ORDEN DE GÉNERO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978: UNA MIRADA RETROSPECTIVA 15

1. La arquitectura de género de los padres de la Constitución de 1978 15
2. La discriminación por razón de sexo en la doctrina del Tribunal Constitucional 20
3. Las mujeres en la esfera profesional y pública 29
   3.1. Discriminación en el ámbito sociolaboral 29
   3.2. ¿Intimidad o igualdad en el ámbito laboral?: el acoso sexual 33
   3.3. La mujer en los poderes públicos: ¿igualdad de oportunidades o democracia paritaria? 35
4. Masculinidad, paternidad y el reparto del cuidado: hacia la «paridad privada» 40
5. Derechos reproductivos de las mujeres: ¿derecho a o deber de maternidad? 48
   5.1. La autonomía reproductiva de las mujeres y el derecho a una maternidad libremente escogida 48
   5.2. La violencia obstétrica: el embarazo y el parto desde una perspectiva de género 59
6. El valor de los símbolos, la consideración social de la mujer y la educación para la igualdad de género 66
   6.1. El acceso de la mujer a los títulos nobiliarios: «Si son…¡que no nos posterguen!» 67
   6.2. Sexismo en los medios de comunicación y cosificación de las mujeres 70
   6.3. La educación en y para la igualdad de género 75
7. El derecho a una vida libre de violencia 80
8. La lenta pero progresiva superación del orden binario y heteronormativo . 88
9. A modo de síntesis: la erosión del orden de género 99

III.—CLAVES PARA LA REFUNDACIÓN PARITARIA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 105
1. La justicia constitucional con perspectiva de género 105
2. Hacia un Tribunal Constitucional paritario 110
3. Más allá del sexo de sus señorías: las competencias, con perspectiva de género 116
4. Juzgar con perspectiva de género y feminista 123
4.1. Fundamentos teóricos y nuevos paradigmas 123
4.2. Propuestas para una praxis transformadora 128
5. La deseable revisión feminista de la Constitución 135
6. A modo de epílogo esperanzado 144

BIBLIOGRAFÍA 149

I
INTRODUCCIÓN
REPENSAR LA CONSTITUCIÓN DESDE EL PRINCIPIO DE PARIDAD

1. El orden de género del constitucionalismo moderno: el contrato sexual fundacional [1]

A pesar de todos los avances realizados en los ya más de 40 años de vigencia de la Constitución Española (CE), es evidente que vivimos en una sociedad «formalmente igual» pero en la que mujeres y hombres seguimos disfrutando de un estatus diferenciado de ciudadanía, en cuanto que ésta sigue respondiendo a la división entre lo público y lo privado, entre los trabajos productivos y los reproductivos, entre una cultura masculina dominante y la femenina devaluada. Ello tal vez no debiera sorprendernos tanto si tenemos en cuenta el que, desde una perspectiva de género, puede considerarse «el pecado original» del constitucionalismo moderno. Nos referimos a las teorías de la ciudadanía, tanto liberal como republicana, basadas ambas en la premisa de la desigualdad de los sexos y que fueron amparadas y prorrogadas por dicho constitucionalismo.

En la tradición republicana moderna, cuyas raíces se hunden en la antigüedad, se esperaba de los ciudadanos que contribuyeran al bien común, aunque esto significaba cosas distintas para hombres y mujeres. Mientras que los hombres debían centrarse en el servicio militar y el gobierno, habitando el reino de la libertad humana, se esperaba que las mujeres canalizaran su contribución a través de la maternidad, protegiendo las virtudes y la moral republicana en la llamada esfera privada (Lister, 2003: 71). No quedaron mejor paradas las mujeres bajo la tradición liberal, ya que en las sociedades burguesas en las que floreció el discurso liberal en

[1] Las páginas correspondientes a este primer apartado se nutren de lo que más ampliamente aborda Ruth Rubio Marín en el capítulo primero de *Global Gender Constitutionalism and Women´s Citizenship* (2022).

torno a la libertad y los derechos universales, sujetos y titulares de derechos eran solo aquellos que contaban con propiedad —incluida la propiedad sobre la propia persona—, aquellos que podían mantenerse a sí mismos, y que, en teoría, no estaban sujetos a nadie. Claramente, esto sólo podía abarcar a algunos hombres (los esclavos quedaban paradigmáticamente excluidos) y no a las mujeres, a quienes se les solía negar los derechos de propiedad (Lister y otros, 2007: 21). En definitiva, tanto el republicanismo como el liberalismo construyeron el mito de la independencia y la autosuficiencia de los hombres libres y propietarios, contrapuesto a la condición de las mujeres, relegadas a un ámbito privado, en el que debían consagrarse a la reproducción humana y social, siendo su estatus jurídico más cercano al de la propiedad que al de propietarias.

Cierto es que, en la modernidad, el orden político estamental articulado en torno a la noción de estatus fue reemplazado por la lógica contractual. No obstante, en el caso de la ciudadanía de la mujer, la institución matrimonial se encargó de forjar el molde moderno de sus estatus de sujeción. Se entendía que al contraer matrimonio la mujer legitimaba su lugar en la sociedad, así como en la comunidad política, en una nueva concepción del matrimonio que, con la expansión de la economía de mercado y la llegada de la Ilustración, pasaría de ser un sistema basado en alianzas políticas y económicas, a entenderse como una relación privada entre dos individuos, a quienes debía unir el amor y el deseo de compañía (Coontz, 2006: 145-146). Una relación que, como analizaremos más adelante, se articuló además sobre la heteronormatividad y, en consecuencia, sobre la complementariedad del hombre y la mujer, lo cual suponía de hecho la exclusión de otras identidades y realidades sexuales de la misma concepción del individuo y la familia. Es así como, a finales del siglo XVIII, en Europa Occidental y América del Norte, prospera una «revolución matrimonial» —facilitada por el auge del trabajo asalariado— y se inicia una transición histórica hacia un modelo de familia nuclear dentro del cual marido y mujer habrían de complementarse (Coontz, 2006: 146). El marido pasó gradualmente de ser el supervisor de la fuerza de trabajo familiar a ser la persona que ocupaba la esfera pública y la que, por sí mismo, debía mantener a la familia a través de los ingresos que generaba fuera del hogar. Mientras, la esposa pasó de ser su compañera en la economía agrícola a ser la fuente de alimento emocional, moral y físico, tanto del esposo como de la progenie, relegada a la esfera privada [2].

[2] Es interesante resaltar de partida que dicho ideal resultaría inalcanzable para la mayor parte de las familias hasta al menos mediados del siglo XX. Incluso entonces, serían en su mayoría familias blancas las que lo conseguirían. El modelo ignoraba las formas en que el patriarcado racial —expresado a través de la esclavitud, la expropiación y el confinamiento de los pueblos indígenas, las poblaciones

Las exigencias y posibilidades de la economía de mercado se vieron acompañadas de nuevas ideas políticas y filosóficas que también incidieron en la profunda alteración de la institución matrimonial. El absolutismo político había considerado a la familia como a una monarquía en miniatura hasta finales del siglo XVII, erigiendo al marido en rey sobre quienes dependían de él (Kang, 2017: 501). Los nuevos ideales políticos avivados por la Revolución Gloriosa en Inglaterra en 1688 y las revoluciones aún más ambiciosas de finales del siglo XVIII, en América y Francia, cuestionaban la defensa tradicional y clásica de la autoridad patriarcal (Coontz, 2006: 148). Los pensadores de la Ilustración del siglo XVIII defendían los derechos naturales del individuo e insistían en que las relaciones sociales, incluida la relación entre hombres y mujeres, se debían organizar sobre la base del consentimiento en lugar de la fuerza, y en base a transacciones y no por referencia a un estatus innato (Coontz, 2006: 146-147). Sería así como el matrimonio consentido y con base contractual vendría a reemplazar la sujeción natural de las mujeres a sus maridos y se convertiría en el instrumento legitimador del nuevo orden familiar. Nada de esto traería consigo sin embargo la superación automática de la desigualdad entre los sexos, que se decía basada en la naturaleza. Como tampoco de la exclusión de los sujetos que no encajaban en el marco binario y heteronormativo.

En su explicación de como el contractualismo igualitario se prestó a justificar el persistente sometimiento de las mujeres a los varones, el libro clásico de Carole Pateman (1988), *El Contrato Sexual,* ilustra de manera brillante la conexión entre la doctrina de las esferas separadas y el proyecto de la modernidad [3]. En concreto, Pateman examina el modo en que la inclusión en la modernidad de un contrato sexual, complementario al social, sirvió para afirmar y a la vez superar el orden de estatus característico de las mujeres en los tiempos premodernos. En el nuevo imaginario moderno, explica Pateman, la figura del contrato es la que permite al individuo creer que sus relaciones con los demás se basan en los principios de libertad e igualdad, en lugar de en la sujeción y la jerarquía de carácter natural. Es así como los hombres empiezan a emplear la figura del contrato en la esfera pública, ya sea referida a la sociedad civil o a los poderes y funciones estatales, para interactuar entre iguales. Sin embargo, al mismo tiempo, la modernidad conceptualiza a este individuo contractualista varón, y por lo tanto al ciudadano moderno, sobre la base de la subordinación implícita de las mujeres, consideradas naturalmente inaptas para el ámbito de lo público. Y como la idea misma de la igualdad humana —esencia del nuevo orden social y político—, no podía quedar totalmente en entredicho,

---

coloniales y el resto de las minorías raciales, conformó la esfera pública como espacio «blanco de creación masculina» (Mills, 2007: 187).

[3] Al respecto véase también Susan Moller Okin (1979).

es ese «contrato sexual» ficticio y encarnado en la institución matrimonial, el que resulta primordial. El matrimonio permitía a las mujeres «contratar» y, por tanto, otorgar su consentimiento a una institución que afianzaba el patriarcado al afirmar su obediencia a los hombres. El resultado es que las mujeres se incorporan al ámbito de la sociedad civil en el orden político moderno con un sesgo de género: lo hacen en tanto que mujeres, y no simplemente como personas —como lo hacían las partes del contrato social original—, y ello implica que lo hacen como naturalmente subordinadas a los hombres a través de un doble pacto de protección y subordinación (Pateman, 1988: 181). Es así como la incorporación de la mujer a la sociedad política a través del contrato sexual hizo que las esferas públicas del mercado y del Estado se construyeran como espacios de libertad interpersonal, igualdad y fraternidad esencialmente masculinos. De esta manera, además, la modernidad consolida un patrón de sujeto político coincidente con el varón —y no cualquier varón, sino en concreto el occidental, blanco, heterosexual y propietario— al tiempo que ampara un orden cultural androcéntrico en el que las referencias de autoridad y de sentido están marcadas por la masculinidad.

Aunque la mayoría de los autores ilustrados defendieron simultáneamente las ideas de libertad e igualdad universales y la posición subordinada de la mujer en torno a la ficción contractual del matrimonio libre y consentido, las revoluciones de Francia y Estados Unidos inspiraron llamamientos aislados a reivindicar los derechos de las mujeres y reorganizar el matrimonio como parte de una misma agenda emancipadora. Clave en este sentido fue la *Vindicación de los Derechos de la Mujer*, de Mary Wollstonecraft, publicada en Inglaterra en 1792, clara fuente de inspiración de las campañas constitucionales de las mujeres durante las décadas siguientes. Sólo un año antes, en Francia, Olympe de Gouges redactó la *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*, afirmando que la revolución sólo podría consumarse cuando todas las mujeres fueran plenamente conscientes de su lamentable condición y de los derechos que carecían en sociedad. La declaración replicaba los derechos otorgados a los hombres, punto por punto, pero incluyendo a las mujeres como titulares de derecho, además de añadir una referencia a la autonomía reproductiva de estas y un apéndice con las «Bases para un contrato social entre el hombre y la mujer» —en esencia, un manifiesto por la igualdad en el matrimonio (Irving, 2008: 7).

Se trataba, no obstante, de voces claramente minoritarias en unas democracias emergentes que se perfilaban como democracias de corte familiar. Entre esas voces también hubo hombres que, de manera excepcional, defendieron la igualdad de derechos para las mujeres, como fue el caso de D`Alembert o Condorcet en el período revolucionario francés, o del británico John Stuart Mill que en 1869 publicó *La sujeción de las mujeres*[4]. A la conformación de tales democracias contribuyó de manera significativa la consolidación del derecho de familia como un corpus separado de derecho positivo que habría de afianzar la subordinación jerárquica de

la mujer dentro de la esfera doméstica, convirtiéndose así en piedra angular de la ciudadanía de las mujeres. El código civil francés de 1804, o Código de Napoleón, ampliamente elogiado por ser la primera cristalización de los principios liberales en el derecho privado, y exportado a muchos países como el nuestro, se encargó de preservar «los rasgos del patriarcado medieval de la forma más duradera y pura» [5] gracias a una regla central, en virtud de la cual «el hombre debe protección a su esposa; la esposa a su vez debe obediencia al marido» (artículo 213) que no habría de diferir mucho de las reglas del código civil alemán en vigor desde 1990 ni de las del *common law* inglés que articulaban las relaciones de género en torno a la llamada «doctrina de la cobertura». De acuerdo con los comentarios de William Blackstone, bajo tal doctrina, una licencia de matrimonio sería algo así como «un certificado de propiedad sobre la esposa, que le da derecho al esposo a su propiedad, su cuerpo y sus productos, incluido el trabajo que pueda realizar a cambio de un salario y el trabajo por el cual produzca descendencia; obligándolo a cuidarla y alimentarla; otorgándole causa de acción contra quienes lesionen sus intereses en ella; haciéndolo responsable de sus acciones; y dándole derechos para su control» [6].

Algunas constituciones del período revolucionario incorporaron expresiones más o menos directas del orden de género dominante que afectaba no solo a las mujeres, sino a todo lo doméstico, a ellas asociado. Así, nuestra Constitución de Cádiz de 1812, sin ir más lejos, incluía una cláusula (artículo 25) que estipulaba que los hombres dedicados al servicio doméstico verían suspendidos sus derechos de ciudadanía (Rico, 1989: 23) —la exclusión de ellas no era siquiera digna de mención. Pero eran la minoría. El silencio en torno a la familia y al orden de género subyacente era lo más común y reflejaba la «normalización», «naturalización» o «despolitización» del orden político basado en la familia matrimonial. El derecho de familia era el verdadero estatuto constitucional de las mujeres de la época conformando un régimen especial de negación y limitación de derechos y libertades.

---

[4] En nuestro país también hubo hombres que de manera «excepcional» abogaron por la igualdad de derechos. Entre ellos cabe destacar al benedictino Benito Jerónimo Feijoo que en su *Defensa de las mujeres (1726)* censura la misoginia de los siglos anteriores, así como al jurista Adolfo Posada que en 1899 publicó su obra *Feminismo*, en la que defendía la necesidad de que nuestro país incorporara los avances normativos en materia de igualdad que ya se habían ido introduciendo en otros países. Sobre estas masculinidades igualitarias véase Jesús Espinosa Gutiérrez (2022).

[5] Véase Marianne Weber, *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung* (Tübingen: J. C. B. Mohr, 1907), citado en Ruth Lister y otras (2007, 32) El Código Napoleón influiría de manera decisiva en el Proyecto de Código Civil español del 1851 y fue crucial para la codificación civil posterior, tanto en España como en el resto de los países de influencia francesa.

[6] Véase William Blackstone (2001). Amo de la casa, el marido podía exigirle obediencia a su esposa incluso mediante el uso de una «corrección moderada» (ie. mediante castigos corporales) si ella desafiaba su autoridad.

Y aún un siglo más tarde cuando, en el período de entreguerras, vemos como en varios países europeos el derecho de sufragio femenino recién conquistado permite a las mujeres participar por vez primera en la elaboración de constituciones —aunque fuera de forma casi simbólica—, observamos como no solo los varones sino también las mujeres se valieron de sus recién adquiridos derechos para introducir artículos relativos a la igualdad de sexo pero también, a la protección de la maternidad y la familia [7]. Es decir, en el constitucionalismo europeo la prohibición de discriminación por razón de sexo se asienta al mismo tiempo que lo hace la protección de la familia y la maternidad que no se cuestionan de forma fundamental como ámbitos femeninos y esferas separadas.

Una razón importante por la que la ideología familiar dejó una clara impronta constitucional en Europa Occidental tiene que ver con la formación temprana del modelo de Estado de bienestar. Este modelo ayuda a explicar la creciente preocupación por la protección tanto de la institución de la familia, a la que se le asignó principalmente la función social de cuidado, como de la maternidad, en tanto que rol necesario, pero también condición de vulnerabilidad (especialmente, aunque no solo, en situaciones de «familias fallidas», es decir, aquellas que no contaban con la figura del hombre cabeza de familia). Este modelo de ciudadanía social de las mujeres, construido en torno a un Estado de bienestar de «dos vías» o «patriarcal» (Orloff, 1993: 323), afianzaba la ciudadanía dependiente de las mujeres conceptualizándolas como objetos de protección bien por su naturaleza débil y/o dependiente, bien por sus roles como madres y cuidadoras [8]. Al mismo tiempo, este modelo «familiarista» no hizo sino confirmar un modelo de masculinidad construido sobre la «fantasía de la individualidad», es decir sobre la falsa independencia de los varones, a quienes

[7] La peculiaridad española consistió en que durante la Segunda República la mujer pudo ser votada antes que votar, de acuerdo con la normativa aprobada durante la dictadura de Primo de Rivera. Fue eso lo que explica que el debate sobre el voto femenino se librase en la asamblea constituyente con la voz de Clara Campoamor como clara protagonista. Campoamor también dio la batalla en esa constituyente por la abolición de privilegios jurídicos en base al sexo en términos claros y taxativos (finalmente recogida en el art. 25). La Constitución de 1931, sin embargo, también se refiere en su art. 43 a que la familia está bajo la salvaguardia especial del Estado, así como a la obligación del Estado de proteger la maternidad, si bien es cierto que el mismo precepto contiene elementos de democratización igualitaria del orden familiar, como el derecho al divorcio, la igualdad de derechos y obligaciones entre los cónyuges y para con la descendencia dentro y fuera del matrimonio, derechos por los que también habían luchado Campoamor y algunas de sus coetáneas. Véase Aguado (2012).

[8] Véase Nancy Fraser (1996), la cual explica como cuando las mujeres accedieron a los derechos de ciudadanía, estos ya tenían un perfil masculino, y como cuando acceden a la ciudadanía social lo hacen a través de una retórica que afianza su ciudadanía dependiente. De esta manera, la ciudadanía social de las mujeres aparece anclada en la retórica de las necesidades domésticas, más que en la ciudadanía civil o política, que dominan el discurso en torno a los derechos en la esfera pública.

imagina autónomos gracias a que las mujeres sostienen los vínculos relacionales y los cuidados en el ámbito privado (Hernando, 2012).

De todo ello cabe deducir que las referencias constitucionales al modelo de familia dominante y al papel protector del Estado no se consideraron necesariamente como contradictorias con la abolición de privilegios basados en el sexo. Más bien se estimaron protecciones necesarias en el contexto de un mercado laboral que seguía excluyendo a las mujeres o reservando para ellas trabajos de carácter doméstico o precarios en las fábricas de producción.

Con la consolidación del constitucionalismo democrático en la segunda mitad del siglo XX, vemos como la adopción de cláusulas de igualdad entre los sexos y la igualdad formal en el reconocimiento de derechos se convirtieron en características definitorias del sistema político, en medio de la revolución de los derechos humanos y la segunda ola del constitucionalismo democrático, encabezada por los países de Europa occidental que emergieron de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial. Este constitucionalismo se exportaría a gran parte del mundo en el contexto de la descolonización y también inspiraría las constituciones de las olas posteriores de democratización. Con él viajarían la afirmación del principio de la igualdad entre hombres y mujeres, la prohibición de la discriminación por razón de sexo, así como de la discriminación en base a la raza y el reconocimiento de alguna noción de igualdad en el acceso y regulación del matrimonio, elementos que empezarían a figurar en los principales instrumentos de derechos humanos y constituciones de la época.

Aunque todos estos signos expresaban cierto compromiso por eliminar la subordinación sexual en el ámbito legal y a través de ordenamientos jurídicos neutrales en cuanto al género, lo cierto es que algunas diferenciaciones entre los sexos subsistirían muchos años, algunas incluso explícitamente consagradas en los textos constitucionales (como, por ejemplo, las referentes a las obligaciones militares, o, como en nuestro caso, la relativa al orden sucesorio de la Corona). Además, aunque se fuera desechando de forma paulatina el eje de la subordinación sexual, el de la diferenciación de género se abordó en menor medida o solo implícitamente y esto limitó el alcance real de la afirmación de la «igualdad entre los sexos» en tanto que característica del nuevo orden constitucional. Es decir, las bases del contrato sexual no se subvirtieron de forma radical. La desarticulación de la tradición de las esferas separadas, que dictaba los roles distintivos de hombres y mujeres, estuvo lejos de ser un elemento central de la agenda del constitucionalismo de posguerra. Después de todo, dicho periodo coincidió con el apogeo cultural del modelo de familia basado en el sustento masculino y con un fuerte movimiento pronatalista alentado por el alivio que trajo consigo el final de dos décadas de depresión y de guerra y las ventajas de las primeras economías de consumo verdaderamente masivo, así como de un mercado laboral en el que esposas y madres, de tener un empleo remunerado, generalmente se trataba de algo a tiempo parcial o de carácter temporal (Coontz,

2006: 230). Es así como el constitucionalismo europeo posterior a la Segunda Guerra Mundial, que luego se extendería al resto de Europa en las sucesivas transiciones democráticas para inspirar más adelante constituciones en gran parte de América Latina, África y Asia, no solo reconoció la igualdad de sexos sino también el papel central del matrimonio y la familia en tanto que fundamento natural de la sociedad humana, enfatizando al mismo tiempo la importancia del apoyo por parte del Estado a la familia y, de manera más específica, a la maternidad. En definitiva, vemos como la vertiente maternalista del constitucionalismo europeo de entreguerras persiste y reproduce su combinación de igualdad constitucional entre los sexos, maternidad y protección familiar dentro de un orden político que sigue concibiéndose fundamentalmente sexuado.

2. Del principio de igualdad al de paridad

Si el constitucionalismo democrático posterior a la Segunda Guerra Mundial representa ya de por sí un punto intermedio entre continuismo y ruptura en términos del orden de género, en España dicho proceso se vio lastrado por la larguísima dictadura de carácter patriarcal que, anclada en viejas normas civiles, penales y laborales, impidió la consolidación de los efímeros logros de la Segunda República. Así, durante las cuatro décadas del régimen franquista, las mujeres se vieron relegadas a la esfera privada donde una estructura familiar patriarcal, concebida como la unidad en torno a la que se articulaba toda la sociedad civil, las oprimía. Jurídicamente, el marido era el cabeza de familia. La esposa tenía la obligación de obedecerlo y seguirlo en su vecindad civil, nacionalidad y residencia. El divorcio, como opción de salida, sencillamente no estaba contemplado. Solo el marido tenía facultad jurídica para disponer y administrar el patrimonio común y solo él era el titular de la patria potestad sobre los hijos [9]. Las mujeres, destinadas al cuidado del hogar y la familia, no tenían capacidad de actuar sin autorización del marido. Por ello, se las obligaba o, cuanto menos, «incentivaba» activamente a abandonar sus puestos de trabajo después de contraer matrimonio [10]. A lo anterior habría que sumar

[9] Debemos recordar como en 1958, gracias al trabajo de la abogada Mercedes Formica, se produjo una primera y leve reforma del Código Civil que constituyó el primer paso hacia un régimen de igualdad en el matrimonio que todavía tardaría décadas en constituirse. En concreto, en dicho año se acabó con el conocido como «depósito de la mujer». El artículo 44 de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 había mantenido el 1.880 (y siguientes) de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulaba el «depósito de la mujer» por considerarse el domicilio conyugal «casa del marido». En consecuencia, la mujer vivía en el lugar que dictaminase la parte contraria, o bien en un convento, privada de bienes y con restricciones sobre los hijos, una situación que solo podía verse modificada mediante un proceso que, con apelaciones, podía durar entre siete y nueve años.

[10] Véanse Vivas Tesón (1999) y Telo Núñez (2009).

unas normas penales que, en clara sintonía con la sobrecarga moral que las mujeres siempre han soportado, devaluaban todavía más si cabe su ya de por sí frágil estatus de ciudadanía [11].

Por fortuna, más de cuatro décadas después de que la Constitución de 1978 entrara en vigor, el escenario descrito ha cambiado radicalmente. De la mano del principio de igualdad y del mandato de no discriminación que recoge el artículo 14 CE, se han ido desarticulando muchos de los mimbres de la familia patriarcal y en casi todos los ámbitos jurídicos la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres se ha convertido en la norma [12]. Además, más allá de la igualdad formal, o igualdad ante la ley, y aunque queda aún mucho camino por recorrer, el legislador ha desarrollado todo un corpus normativo para proteger a las mujeres en prácticamente cada esfera de la vida social, y ello en atención al mandato de igualdad real, material o sustantiva que la Constitución incluye en su artículo 9.2 [13].

[11] Recordemos que, por ejemplo, el adulterio fue delito en nuestro país hasta el 26 de mayo de 1978. En esa fecha, se derogaron los artículos 449 y 452 del Código Penal relativos al adulterio y al amancebamiento. Hasta entonces, se castigaron con penas de seis meses y un día hasta seis años de cárcel. También se derogó el artículo 84 del Código Civil en virtud del cual no podían contraer matrimonio los adúlteros que hubiesen sido condenados por sentencia firme. El artículo del Código Penal referido al adulterio decía: «El adulterio será castigado con la pena de prisión menor. Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio (…) No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud del marido agraviado». Hasta una década antes, en concreto hasta 1963, se mantuvo también en el Código Penal el derecho del esposo a matar a su mujer si era sorprendida en acto de adulterio. En concreto, el art. 428 establecía que «el marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjere lesiones de otra clase, quedará exento de pena».

[12] Por lo que hace a las primeras grandes reformas después de que entrara la Constitución en vigor, en cuanto al Código Civil, merecen ser destacadas la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, así como la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en causas de nulidad, separación y divorcio. También la Ley 51/1982, de 13 de julio, que equiparó a mujeres y varones en derechos en materia de nacionalidad. La Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo se propuso a su vez acabar con las restantes discriminaciones de las mujeres que persistían en dicha norma. La entrada en vigor de la Constitución también conllevó importantes reformas de las normas penales y laborales que incidían sobre el derecho de familia, como las que regulaban, de forma distinta para hombres y mujeres, el adulterio. Véanse al respecto, Herrera Moreno (1999) y Balaguer (2015).

[13] Merece ser destacada, entre todas, por su ambición trasversal, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (en adelante, LOIEMH), así como, en materia de violencia, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante, LOVG) y, en materia de dependencia, y por su evidente

Con todo, cabe recordar que nuestra Constitución se enmarca plenamente dentro del paradigma del constitucionalismo de la posguerra, y que, en cuanto a su arquitectura de género, sigue los pasos de otras constituciones, como la alemana y la italiana, y el tenor que fueron marcando los grandes textos de derechos humanos redactados en ese período de postguerra que, como hemos visto, coinciden en el tiempo con el de la hegemonía cultural de la familia tradicional, y el modelo de mujer ama de casa, y hombre sustentador de la familia. En esto, la nuestra se diferencia de muchas otras constituciones de fecha más reciente que se han redactado siguiendo los patrones de un «nuevo constitucionalismo» que, a partir de los 1990, viene exigiendo mayor implicación de la sociedad civil en los procesos de elaboración constitucional como condición de legitimidad, y que, por ello, han podido hacerse mejor eco de los reclamos del feminismo y de los avances normativos en el campo de los derechos humanos de las mujeres conquistados a partir de la década de los noventa (Rubio, 2020).

En ese sentido es en el que planteamos, desde el punto de vista jurídico-constitucional, la necesidad de dar el salto del principio de igualdad al de paridad con el objetivo claro de desarticular de raíz el contrato sexual que sirvió de pieza angular de los modernos pactos de convivencia. Este principio de paridad debería entenderse como principio, y por tanto como mandato de optimización, que habría de fundamentar y penetrar no solo la parte orgánica e institucional de nuestro pacto constitucional sino también, muy especialmente, la relativa a los derechos y libertades. Se trata, por tanto, de llegar a un nuevo pacto en el que tendremos que ser partícipes las dos mitades de la ciudadanía, de tal manera que lleguemos a un nuevo entendimiento de los derechos, de los deberes, de los espacios y de los tiempos compartidos, al tiempo que superamos una cultura masculina y masculinizada.

Cuando hablamos de paridad, por lo tanto, no lo hacemos solo y exclusivamente de presencia equilibrada de mujeres y hombres en las instituciones, sino de

---

repercusión en el estatus de las mujeres en cuanto cuidadoras, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. De igual manera cabe destacar la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo reformada por vez última mediante la LO 1/2023 de 28 de febrero; la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; y la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Con todo, tanto la falta de compromiso presupuestario como la ausencia de una buena articulación territorial y la deficitaria coordinación entre las diferentes instituciones, entidades y agentes son factores que merman la efectividad del rico marco normativo actual. Asimismo, sorprende que las leyes de igualdad aprobadas en nuestro país en las últimas décadas apenas mencionen a los hombres (lo cual carece de sentido desde un enfoque relacional de la discriminación al que nos referiremos), como tampoco mencionan, salvo de manera indirecta o implícita, los instrumentos internacionales contra la discriminación de las mujeres (Alonso y López, 2019: 29).

como revisamos los dos ejes esenciales de un sistema constitucional —el poder y la ciudadanía—, a través de una relectura compleja del principio que los atraviesa y fundamenta, que no es otro que el de igualdad. Ello supone revisar la concepción heredada del sujeto del Derecho y de los derechos mismos en tanto que articulaciones de la noción de autonomía y de las necesidades que estimamos esenciales. En definitiva, lo que estamos planteando es una revisión del mismo concepto de «contrato social» y, con él, y de manera previa, del «contrato sexual» que durante siglos ha condicionado, y sigue en gran medida condicionando, el estatuto de los ciudadanos y las ciudadanas.

La paridad entendida como exigencia estructural del Estado democrático (Rodríguez y Rubio, 2007: 118) no supone dividir el mundo en dos mitades, sino perfeccionar el sistema democrático a través de la incorporación plena de mujeres y hombres en la constitución política de la sociedad. Se trata de cuestionar el «universalismo racional» que se identificó con lo masculino y que devaluó lo femenino valiéndose de una «generalidad abstracta», la misma que por ejemplo detectamos todavía hoy en el lenguaje, jurídico o no, que durante siglos excluyó a quienes no encajaban en el patrón dominante. De esta forma, y junto a la exclusión estructural de las mujeres, otros muchos sujetos quedaron en los márgenes de un orden de género dominante. De alguna manera, la progresiva conquista de derechos, muy especialmente en el siglo XX, no ha sido sino el resultado del paulatino reconocimiento de todos los colectivos y minorías que durante siglos fueron situados al margen de la ciudadanía, o en el mejor de los casos, con un estatus devaluado de ciudadanía. El ejemplo de las personas que no se ajustaban al patrón heteronormativo o una identidad apoyada en el binarismo hombre/mujer es el que mejor nos puede ilustrar la expansión que ha ido sufriendo la ciudadanía y, con ella, los derechos concebidos como fundamentales.

La paridad es pues un principio «revolucionario» en cuanto que implica cambiar no solo los jugadores sino también, y diríamos que, de manera esencial, las reglas del juego para superar la estructura sistémica que genera la discriminación y se sustenta en la violencia. Estamos hablando de acciones que han de proyectarse tanto en lo público como en lo privado y que tendrán como destinatarios tanto a mujeres como a hombres, pues sin una «paridad privada», no podemos avanzar en la paridad pública. Lo que estamos planteando es una desarticulación de los roles tradicionales, una superación de los estereotipos que nos asignan un determinado papel social en función de nuestro sexo, y ello pasa necesariamente por cambiar lo que ocurre en lo doméstico, en nuestras relaciones afectivas y familiares, en el ejercicio de la paternidad y la maternidad, o incluso en cómo vivimos nuestra sexualidad. Por ello la agenda debe incluir cuestiones tan esenciales como la corresponsabilidad en los trabajos de cuidado o la superación de modelos afectivos y sexuales basados en la lógica de dominio. Ello requiere lógicamente cambios personales y colectivos, para

los que a su vez serán necesarios marcos normativos, políticas públicas y (re)interpretaciones de las normas. Hablamos pues de una transformación que no solo tiene que ver con los derechos y el estatus de las mujeres sino que también se ha de proyectar en cómo los hombres se sitúan tanto en los espacios públicos como privados.

Por lo que hace a los marcos normativos, desafortunadamente seguimos anclados en un viejo constitucionalismo, sin que hayamos logrado hasta la fecha superar la prueba de madurez democrática que supone reformar la Constitución para incorporar en ella las expresiones de los nuevos hitos a los que en términos de libertad e igualdad vamos aspirando. La Constitución española, no solo está redactada en un lenguaje no inclusivo [14] sino que tampoco contiene mención alguna a muchas de las cuestiones que, en aras de la desarticulación del orden de género patriarcal primigenio han ido penetrando no solo en las filas del feminismo sino también en la agenda constitucional comparada. Entre ellas, cabe mencionar, el compromiso con la democracia paritaria, la urgencia por atajar el problema de la violencia de género incluyendo la intrafamiliar, el reconocimiento de los derechos sexuales o reproductivos o la necesidad de garantizar el reparto equitativo de las responsabilidades y los trabajos de cuidados en la esfera privada.

Esto explica el inevitable rol protagónico que ha tenido y sigue teniendo el Tribunal Constitucional a la hora de actualizar (o no) el orden constitucional en clave paritaria. También explica que, como veremos, muchos de los asuntos que le han llegado hayan provenido por parte de quienes lo que pretendían no era usar el andamiaje de la igualdad contenido en la Constitución para subvertir progresivamente el orden patriarcal originario, sino, por el contrario, usar la aparente «neutralidad» del texto constitucional para salvaguardar expresiones de dicho orden originario frente a los progresivos reclamos igualitarios de las mujeres y otras disidencias de género, generando así un constitucionalismo de género más de tipo reactivo que proactivo. Siendo así, entendemos que el Tribunal Constitucional debiera internalizar como modus operandi la perspectiva de género que no es sino la herramienta de análisis y enfoque de los diversos marcos relacionales en que nos movemos mujeres y hombres, y la que nos permite realizar un diagnóstico crítico de la realidad a superar. La suma de ambos ejes —paridad/perspectiva de género— nos obliga a tener presentes todas las fases que inciden en la creación del Derecho y, por tanto, en el papel que han de cumplir los tres poderes del Estado, así como, claro está, y de manera central, el Tribunal encargado de garantizar la supremacía de la Constitución y que además juega un papel fundamental en la definición y garantía de los derechos fundamentales. Como trataremos de explicar, la perspectiva de género, útil en cuanto herramienta de diagnóstico, deberá acompañarse también

[14] Sobre esta materia véase Marrades; Sevilla; Calero y Salazar (2019).

de las aportaciones del iusfeminismo y de su dimensión crítica para poder ofrecer propuestas realmente emancipadoras.

En este contexto, este libro tiene un doble propósito y la mirada volcada tanto al pasado como hacia el futuro. Por un lado, se propone analizar en qué medida las herramientas y doctrinas con las que ha contado nuestro sistema constitucional han servido para facilitar la desarticulación del orden de género fundacional en el momento de creación de la Constitución, pero también cuáles han sido sus limitaciones. Para hacerlo, una vez abordada brevemente la cuestión de la participación de la mujer en la elaboración del texto constitucional español y la arquitectura del orden de género resultante, tal y como aparece expresada —tanto por acción como por omisión— en el articulado resultante, presentaremos primero los rasgos centrales de la doctrina anti-discriminatoria que ha elaborado el alto tribunal y nos iremos deteniendo después, de forma más específica, en las cuestiones en torno a las cuales se han librado las principales batallas constitucionales de género hasta la fecha. Hacerlo nos permitirá resaltar los logros y las posibilidades pero también las insuficiencias de la doctrina en su conjunto así como algunos de los más frecuentes errores interpretativos o argumentativos que han impedido, en distintos momentos de la evolución jurisprudencial, lograr objetivos más ambiciosos y una jurisprudencia realmente sensible a la justicia de género y con potencial para desarticular el orden patriarcal.

Seguidamente volcamos la mirada hacia el futuro y sugerimos las claves en torno a las cuales se debe articular una justicia constitucional con la paridad como fundamento. Centramos la mayor parte del análisis en la exigencia de un Tribunal Constitucional de composición paritaria y con las competencias necesarias para juzgar en perspectiva de género y iusfeminista. Antes de concluir con unas reflexiones finales que reclaman la urgencia del proyecto, abordamos también de forma somera la necesaria reforma de la Constitución Española en clave paritaria y feminista.

ISBN 978-84-1369-753-6