

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ

UNA CONSTITUYENTE FEMINISTA

**¿Cómo reformar la Constitución
con perspectiva de género?**

Marcial Pons

Fundación Manuel Giménez Abad

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	Pág.
Capítulo I. Introducción: ¿por qué hablamos de una reforma constitucional con perspectiva de género en una colección centrada en los debates contemporáneos sobre la Constitución?	11
1. El consenso sin transacción	11
2. Ampliar el debate sobre la reforma constitucional	17
3. Referencias bibliográficas del capítulo I.....	26
Capítulo II. El feminismo y el constitucionalismo que nos trajeron al siglo XXI	27
1. España y sus feminismos: política, teoría, Constituciones y mujeres en el siglo XX	27
1.1. El feminismo presufragista o el feminismo español de la primera ola.....	27
1.2. El debate constituyente sobre el derecho de sufragio en 1931, o el sufragismo en España...	41
1.3. Nuevas olas del feminismo y el rompeolas de la dictadura.....	56
2. El (no) feminismo en el pacto constituyente de 1978.....	69
2.1. El debate constituyente.....	69
2.2. El resultado del pacto o el texto de la Constitución	81

	Pág.
3. El camino recorrido o el marco de la reconstrucción del pacto constituyente: la jurisprudencia, las leyes y los tratados	91
3.1. La construcción legal bajo la cúpula del derecho internacional de los derechos humanos...	91
3.1.1. El sistema internacional de garantía de los derechos de las mujeres	92
3.1.2. El feminismo institucional	98
3.1.3. Derecho civil y de familia	100
3.1.4. Derecho de igual acceso, reconocimiento y desempeño de la mujer en el ámbito laboral	106
3.1.5. Poder punitivo del Estado y cuestiones de género.....	116
3.1.6. Derecho de igual acceso a cargos y funciones públicas	126
3.2. La construcción jurisprudencial realizada por el Tribunal Constitucional.....	133
3.2.1. Discriminación directa	137
3.2.2. Discriminación indirecta	139
3.2.3. Discriminación inversa, acción «positiva», acción «protectora».....	141
3.2.4. Representación equilibrada y democracia paritaria	146
3.2.5. Los defectos en la construcción jurisprudencial de otros conceptos	147
4. Referencias bibliográficas del capítulo II	156
Capítulo III. Un nuevo pacto constituyente: revisar la Constitución con perspectiva de género.....	161
1. Revisión, reforma, pacto constituyente	161
2. Derecho a una vida libre de violencia	170
3. Derechos sexuales y reproductivos	175
4. Educación igualitaria.....	184
4.1. La coeducación como educación en valores constitucionales.....	190
4.2. La educación diferenciada.....	194
5. Referencias bibliográficas del capítulo III.....	198
Capítulo IV. Bibliografía comentada	201

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ HABLAMOS DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN UNA COLECCIÓN CENTRADA EN LOS DEBATES CONTEMPORÁNEOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN?

1. EL CONSENSO SIN TRANSACCIÓN

Constituyente es un adjetivo sin género. Lo más habitual es encontrarlo acompañando a palabras como poder, proceso, periodo, elecciones, asamblea o cortes. Pero cuando se sustantiviza el término, cuando hablamos «del Constituyente», el género se define. Y se concreta para evocar el poder de establecer o constituir una forma de organización del propio poder en su esfera o proyección pública. Cuando hablamos del constituyente, acudiendo a una suerte de mito (REQUEJO PAGES, 1998) o de dogma fundador, evocamos la idea de un poder omnipotente, en cierto modo desvinculado de cualquier límite jurídico positivo y sostenido sobre unas bases teóricas con un contenido ideológico concreto, surgidas en un tiempo histórico concreto. Ese poder, tiene por finalidad básica elaborar una Constitución, un texto normativo que en su sentido ordinario, sugiere el hecho de establecer, de formar algo,

y también puede hacer referencia a la materia de la cual está compuesta un ser, o a la forma de donde deriva la fuerza, la esencia de aquel.

Hablar de Constituyente Feminista es ir al encuentro de aquel dogma fundador, para cuestionar sus bases y confrontarlas si fuera preciso. Cambiar la perspectiva. Sustantivizar con otro género. Pensar el poder decisorio, y la adopción de las opciones políticas fundamentales que debe articular la Constituyente sobre la base de parámetros distintos. Y es pensar en una Constitución, en un texto fundador, que refleje, con mayor exactitud, la materia de la cual está compuesta el ser social. Un ser que, demográficamente hablando, se compone, a partes casi iguales, de hombres y de mujeres.

La Constitución de 1978 es la norma patrón del sistema constitucional en el que vivimos actualmente. Su texto responde, sin lugar a dudas, a los parámetros básicos que el constitucionalismo moderno define para el poder constituyente: organiza el poder político al configurar la ordenación de los poderes del Estado constituidos por la propia Constitución; establece los límites del ejercicio del poder; determina la relación entre el Estado y la ciudadanía al formular el ámbito de libertades y de derechos fundamentales de las personas y establecer los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe desarrollar en beneficio de la comunidad; e impone límites, materiales y formales, a la actividad legislativa, judicial y administrativa.

Por tanto, nuestra «Carta Magna» decanta conceptos de la teoría del Estado clásica, los pasa por el tamiz del constitucionalismo de la posguerra del siglo xx y los transforma en opciones excluyentes sobre la selección de los principios básicos del sistema político (arts. 1 a 9 CE, por ejemplo); sobre la estructura del sistema de fuentes (arts. 81 a 96 CE); sobre la forma de entender la organización territorial del Estado (Título VIII CE), la forma de Gobierno, el modo —equilibrado— de reparto del poder o de los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial, Títulos II al VI CE) y la forma de controlar el ejercicio de dichos pode-

res a través de los derechos fundamentales (Título I CE); sobre las relaciones entre economía y poder (Título VII); y sobre los mecanismos de salvaguarda de la Constitución o de su procedimiento de reforma (Títulos IX y X CE). Esa selección de opciones elige algunos referentes axiológicos que vinculan a todos los poderes públicos y habla de la configuración de un Estado «social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1 CE).

Dicho en otros términos, la Constitución nos habla del poder. De cómo se organiza, cómo se ejerce, cómo se institucionaliza, cómo se controla y cómo se limita cuando su ejercicio se enfrenta a intereses y derechos de los individuos cuyo estatuto define el propio texto constitucional. Y esas opciones excluyentes, que se supraordenan a las contenidas en el resto del ordenamiento, se transforman en las opciones políticas fundamentales del poder constituyente calificado como colectivo con capacidad para adoptarlas. En opciones políticas fundamentales de la comunidad constituyente definida como el sujeto integrado por la totalidad del cuerpo electoral, esto es, por los hombres y mujeres mayores de dieciocho años en el momento en que se sometió a referéndum el texto de la Constitución, el 6 de diciembre de 1978. Una comunidad compuesta por más de veintiséis millones de personas llamadas a votar, de las que el 67,11 por 100 asumió la responsabilidad activa de la adopción de aquellas decisiones fundacionales.

Ahora bien, respondiendo fielmente a los parámetros del constitucionalismo moderno de posguerra, nuestra Constitución parece obviar que tales parámetros dejan de lado a la mitad del ser social sobre el que debe actuar el «texto fundador». Dejan de lado a las mujeres que conformaban la comunidad constituyente, el poder constituyente. La Constitución no las (nos) contempla como sujetos políticos, no las (nos) contiene, no las (nos) identifica. Y deja de lado asimismo el pensamiento y las aportaciones del feminismo como movimiento social y teoría política. Ese «olvido», ese silencio, se explica —no sé si se justifica,

en cambio— por muchas razones. A ellas me referiré en este libro para que una mirada nítida sobre dichas razones permita redimensionar la norma constitucional y afrontar mejor una eventual reforma de la misma. Pero entiéndase que no se trata de negar valor al pacto constituyente, esfuerzo que se me antoja estéril. Se trata de constatar sus debilidades para proponer la reconstrucción del consenso desde la superación de aquellas.

La Constitución de 1978 se ha presentado tradicionalmente como modelo de norma fundamental consensuada, tanto por sus glosadores como por aquellos que participaron en su elaboración de forma más directa. En un texto firmado el 9 de diciembre de 1998, veinte años después de su aprobación, Alfonso Guerra, que pasará a la historia como uno de los artífices de la transición desde las filas del Partido Socialista Obrero Español, afirmaba:

[...] la mayoría de los autores han fijado como elemento central de la elaboración de la Constitución lo que se resume en una palabra, que en aquel entonces estuvo muy de moda, la palabra es consenso. Todos los historiadores afirman, sin ninguna duda, que esta palabra, consenso, es la que refleja con más fidelidad el espíritu que animaba a las fuerzas políticas democráticas que elaboraban la Constitución del 78. El contenido material del propio consenso lo constituyen las transacciones, es decir, las renunciaciones que todos tienen que hacer, que todos puedan estar algo satisfechos pero no totalmente satisfechos. Fruto de esas transacciones, por primera vez en la historia, al contrario de todo lo que ha ocurrido anteriormente, nos dotamos de una Norma que no es obra de un partido o de un sector ideológico, sino que es el resultado del consenso general arrojado por todas las fuerzas políticas (GUERRA, 1999: 54).

Pero la idea del consenso (constituyente), y el texto transcrito es una prueba irrefutable de ello, habla de la transacción entre las fuerzas políticas fundamentales de la transición. No es reflejo de un consenso absoluto. No es reflejo de una transacción, por ejemplo, entre hombres y mujeres para resolver los problemas políticos que el texto constitucional plantea y resuelve, desde las perspectivas complementarias que unos y otras podrían haber presen-

tado. El consenso se construye desde una negación previa de cesiones al feminismo, movimiento existente ya en aquel momento histórico de la transición. Al menos de la negación de transacciones con reflejo constitucional.

En los partidos políticos que lideraron la transición no había figuras femeninas fuertes que se mostraran a la opinión pública, a la comunidad constituyente, como bruñidoras de parte del ideario político. No se puede decir, obviamente, que no existieran, pero sí que no tuvieron mucha más visibilidad que la que dio la historia a la figura de Dolores Ibárruri, miembro del legalizado Partido Comunista y protagonista de la vida política ya durante la Segunda República. En el discurso político tampoco se identificaba una corriente clara de alegatos feministas. Si de la redacción de la Constitución de 1931 se recuerda, entre otros debates, el que giró en torno al reconocimiento del derecho de sufragio de las mujeres, de la redacción de la Constitución de 1978 no se recuerda más debate sobre la igualdad de hombres y mujeres que el vinculado a la sucesión a la Corona, cuestión obviamente bien alejada de las preocupaciones principales de un movimiento feminista que, en España, se vinculaba en la época de la transición a las posiciones políticas de la izquierda de corte republicano. El feminismo «intrapartidos» no tenía una posición fuerte. Ni una sola mujer participó en la ponencia que redactó el proyecto original. Una Constitución sin madres, y con siete padres fundadores¹. La profesora María Luisa Balaguer, expresa la misma idea cuando afirma que la Constitución española «ha ignorado

¹ Debe recordarse que la Ponencia que redactó el anteproyecto de Constitución fue nombrada en la sesión constitutiva de la Comisión Constitucional, el 1 de agosto de 1977, y los ponentes fueron los Sres. Jordi Solé Tura (Grupo Parlamentario Comunista), Miquel Roca Junyent (Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana), José Pedro Pérez-Llorca y Rodrigo (Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático), Gregorio Peces Barba Martínez (Grupo Parlamentario Socialista), Miguel Herrero Rodríguez de Miñón (Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático), Manuel Fraga Iribarne (Grupo Parlamentario de Alianza Popular) y Gabriel Cisneros Laborda (Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático).

en su proceso constituyente una consideración específica del género» (BALAGUER, 2005a: 18). El consenso entre la comunidad científica que estudia la transición y el proceso constituyente con perspectiva de género es claro, y la voz que se eleva con mayor contundencia a este respecto es la de Balaguer, para quien el debate constituyente no refleja una verdadera discusión sobre la cuestión de la desigualdad por razones de género dando una explicación para ello:

Los movimientos de mujeres, paralelos a la formación de los partidos políticos, reivindicaban un núcleo de problemas, parcialmente coincidente con las aspiraciones de la izquierda, pero con las especificidades de la legalización del divorcio y el aborto, y la incorporación de la mujer al mercado laboral. Al momento de la promulgación de la Constitución, estas reivindicaciones quedan muy mermadas y en algunos casos con clara orientación contraria. Frente al derecho al divorcio, lo que aparece es la protección a la familia, el aborto queda mediatizado por la expresión «todos tienen derecho a la vida» y de la incorporación al mercado de trabajo no se recoge más que un genérico «derecho de todos al trabajo» (BALAGUER, 2005a: 19).

Pero no cabe quedarse en el diagnóstico y la comprensión de lo que es. Es preciso profundizar en lo que debería ser. En lo que el feminismo quiere que sea, partiendo de una comprensión del feminismo como movimiento teórico, político y pragmático que, asumiendo la supremacía establecida de lo masculino sobre lo femenino en las sociedades contemporáneas, propugna un cambio de paradigma, una superación de tal primacía injustificable e injusta que perjudica a hombres y mujeres, aunque con especial intensidad a estas, y que se opone abierta y radicalmente al principio de igualdad erigido en piedra angular de un Estado social y democrático de Derecho.

Siendo bien consciente de que no existe un solo pensamiento feminista, sino muchos que se cobijan bajo esta consideración genérica que, siendo imprecisa e imperfecta, algunas ventajas ofrece (JARAMILLO, 2000: 34), no pretendo realizar un análisis que pueda ser aceptado por to-

das las corrientes del feminismo, sino uno que pueda ser comprendido por cualquiera que se aproxime al tema por primera vez, un análisis lo suficientemente abierto como para que no sea necesario alinearse con una concreta corriente dentro de las muchas que se observan en los feminismos contemporáneos. En suma, pretendo formular una propuesta que pudiera ser asumida como formulación consensual dentro del movimiento feminista.

2. AMPLIAR EL DEBATE SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Vale la pena insistir en ello. Estas páginas no pretenden solo explicar por qué tenemos la Constitución que tenemos, ni el sistema de fuentes por el que nos regimos, ni la jurisprudencia que interpreta y aplica dicho sistema de fuentes en relación con algunos temas que tienen por protagonistas a las mujeres. Mi verdadero objetivo es analizar si cabe afrontar una revisión del texto constitucional que integre, de algún modo, la perspectiva de género que hoy le es ajena. Yendo un poco más lejos, pretendo justificar que es imposible afrontar una reforma constitucional coherente, completa y respetuosa con el principio básico de igualdad que el art. 1 de la propia Constitución proclama como referente axiológico irrenunciable, si no se integran en el debate constituyente determinadas reivindicaciones feministas con la finalidad, obviamente, de llevar dichas reivindicaciones al texto. Porque si la reforma se hace «sin nosotras» y sin integrar la vocación de igualdad real propia de la edad de los derechos en la que hoy vivimos, será una reforma insuficiente desde la hora de su génesis. Una reforma que habrá priorizado lo urgente sobre lo importante, y que no nos dará un suelo firme sobre el que construir la sociedad del siglo XXI.

El complejo camino político que nos ha llevado de la X a XII legislatura ha colocado el debate sobre la reforma constitucional en las agendas académica y política. Pero, abrumados por la urgencia de solventar el grave problema del diseño territorial del reparto del poder, hay temas que no se están instalando con igual énfasis en esas agen-

das. La reforma del pacto constituyente con perspectiva de género es uno de esos temas, aunque no es el único. Este trabajo quiere contribuir a colocarlo, al menos, en la agenda académica con la esperanza de que sea un modo de llevarlo a la política, aunque no soy ingenua, y asumo que la definición de la agenda pública tiene un sesgo de género que se puede explicar de muchos modos y que no es neutral a la hora de definir los temas que entran o no en dicha agenda (CARRILLO, TAMAYO y NUÑO, 2013: 317).

Durante los últimos cinco años ha habido varios trabajos orientados por la misma vocación, la de colocar en la agenda académica el tema de la reforma constitucional. Pero solo uno de ellos ha tenido como objeto exclusivo tratar el tema de la reforma constitucional en perspectiva de género², lo que se antoja claramente insuficiente. Es necesario profundizar en el tema por su importancia académica, política y social. No es posible pensar que en la sociedad española las mujeres no tenemos problemas que deban ser resueltos a través de la reforma de la Constitución. Ni podemos defender que la mera proclama de la igualdad que recogen los arts. 9.2 y 14 CE es suficiente

² *Por una asamblea constituyente. Una solución democrática a la crisis* (2012) del Grupo de investigación interuniversitario Democracia +, *España se merece... una Re-Constitución* (2013), de Daniel ORDÁS y Juan CORTIZO; *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate* (2014) editado por Javier GARCÍA ROCA; *La reforma constitucional inviable* (2015) de Javier PÉREZ ROYO; *Repensar la Constitución* (2016), coordinado por Teresa FREIXES y Juan Carlos GAVARA DE CARA; *Vieja y Nueva Constitución* (2016) de Santiago MUÑOZ MACHADO, o *La reforma Constitucional en España* (2016) de Manuel FONDEVILA MARÓN, son textos recientes que trabajan el tema de la reforma constitucional. Alguno de ellos apunta la necesidad de eliminar del texto constitucional la única discriminación constitucionalmente admitida por razón de género, la del acceso a la corona (GARCÍA ROCA, 2014: 68, y Yolanda GÓMEZ, en el libro coordinado por FREIXES y GAVARA, 2016: 79). Pero ninguno se refiere a la necesidad de plantear una reforma general para, entre otras cosas, introducir la perspectiva de género en el texto constitucional y reformular el pacto constituyente en los términos en que se pretende plantear aquí. El único texto en este sentido es un monográfico publicado por la Fundación Manuel Giménez Abad que se denomina *Revisar el pacto constituyente en perspectiva de género*, trabajo en el que ocho autores y autoras lanzan sus propuestas en este sentido (GÓMEZ, 2017).