

Título: EL SEXO DE LA CONSTITUCIÓN. EL DISCURSO JURÍDICO FRENTE A LA REALIDAD SOCIOSEXUAL DE LAS MUJERES. UN ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LAS CATEGORÍAS "SEXO" Y "GÉNERO" COMO CATEGORÍAS DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

Nombre: Torres Díaz, María Concepción

Universidad: Universidad de Alicante

Departamento: Estudios jurídicos del estado

Fecha de lectura: 29/06/2021

Programa de doctorado: Programa de Doctorado en Derecho por la Universidad de Alicante

Dirección:

> **Director:** M. MAR ESQUEMBRE CERDÁ

Tribunal:

> **presidente:** ANGELA FIGUERUELO BURRIEZA

> **secretario:** JOSÉ ÁNGEL CAMISÓN YAGÜE

> **vocal:** ASUNCION VENTURA FRANCH

Descriptores:

> DERECHO CONSTITUCIONAL

> SEXO

> DISCRIMINACION

> JURISPRUDENCIA

El fichero de tesis ya ha sido incorporado al sistema

> <http://hdl.handle.net/10045/119686>

Resumen: La investigación que se presenta bajo el título de la presente tesis doctoral indaga en los términos en los que el discurso jurídico, en general, ha construido a las mujeres como sujetos. Desde esta óptica de análisis la investigación se centra en las mujeres como sujetos jurídico-políticos vinculados a su realidad biológica-corpórea (sexo) y socio-sexual (género). Analiza la situación jurídica y política de las mujeres tomando como referencia el texto constitucional (lo que dice y omite) y la normativa infraconstitucional elaborada aproximadamente desde hace más de tres lustros hasta el momento actual. Asimismo, recorre la doctrina y jurisprudencia internacional, internacional-regional, europea y nacional en materia de igualdad y no discriminación de mujeres y hombres, tutela antidiscriminatoria, violencia contra las mujeres por razones de género, etc. Se centra y aborda, en los diferentes apartados que conforman el cuerpo de la investigación, en aspectos concretos que permiten colegir indiciariamente cómo el discurso jurídico no es (y no ha sido) neutro desde el punto de vista de la corporeidad sexual de los sujetos de Derecho y de la articulación jurídica de los derechos. De ahí la necesidad de la constitucionalización expresa de las mujeres en la Constitución. Y todo ello en aras de superar la subordinación sexual sobre la que el pacto de convivencia social se articuló en 1978. Y,

todo ello, teniendo en cuenta lo mucho que se ha avanzado en materia de igualdad y no discriminación de mujeres y hombres, pero siendo conscientes, de los riesgos de involución que permean cuando parte del discurso político plantea suprimir, por ejemplo, la categoría "sexo" como categoría basilar de análisis jurídico para el reconocimiento de la subjetividad jurídica y política de las mujeres y, por extensión, del resto de la sociedad.

La tesis ahonda en la importancia para el discurso jurídico de las categorías "sexo" y "género" como categorías analíticas de relevancia constitucional cuya delimitación conceptual y normativa se torna imprescindible ante la observancia de lo impropio de su utilización indistinta, y de los efectos y consecuencias jurídicas para los derechos de las mujeres.

Expuesto lo anterior, el objetivo general de la tesis se podría sintetizar como sigue: (a) Reflexionar jurídicamente sobre los términos en los que el Derecho ha pensado (y piensa) a las mujeres. Este primer objetivo busca significar la importancia de los imaginarios jurídicos que crea la norma. Imaginarios que construyen, perfilan y posicionan a los sujetos de derechos, dotándoles de un mayor o menor poder y reconociéndoles un lugar central o periférico. Para las mujeres esa construcción de los imaginarios jurídicos no ha sido anodina, sino que ha tenido (y tiene) consecuencias de relevancia jurídica desde el momento en que se observa cómo el modelo normativo de lo humano que permea - con carácter general - en el discurso jurídico es (y ha sido) un modelo varón. De ahí que, el reconocimiento de la subjetividad jurídica y política de las mujeres se haya llevado a cabo bajo un falso universalismo y una inexistente neutralidad jurídica en término de sexo, haciendo abstracción de la realidad corpórea y socio-sexual de las mujeres. Ajena, por tanto, a la subordinación sexual de las mujeres en el sistema sexo-género y a las estructuras de poder socio-sexual que imbrican el ordenamiento jurídico; (b) La delimitación de este primer objetivo ha permitido aproximarse al análisis del discurso jurídico desde un planteamiento crítico a fin de interpelar al Derecho sobre los términos en los que el discurso jurídico ha reconocido y reconoce los derechos de las mujeres, así como la forma de hacerlos efectivos en aras de determinar si un tratamiento neutro y abstracto en la norma y desde la norma en relación con el modelo normativo de lo humano permite y resulta suficiente para garantizar y tutelar los derechos de las mujeres.

La tesis partiendo del objetivo general anterior, desgrana objetivos más específicos relacionados con cada una de las partes en las que se divide, a saber:

- Parte I. Reforma constitucional desde las teorías jurídicas feministas;
- Parte II. El Pacto Socio-Sexual ante la fundamentalidad del derecho a una vida libre de violencia de género;
- Parte III. El discurso jurídico sobre el cuerpo de las mujeres. Entre el sujeto sin cuerpo y el cuerpo sin derechos;
- Parte. IV. Sexo y Género como categorías de relevancia constitucional.

Los puntos esenciales de la discusión jurídica que plantea la autora de la tesis doctoral podrían sintetizarse en los siguientes:

(a) El discurso jurídico no es (y no ha sido) neutro en términos de sexo. De ahí que el modelo normativo de lo humano, el sujeto en el que ha pensado abstractamente el Derecho y sobre el que se han pensado y reconocidos los derechos, se haya perfilado bajo un modelo que para la dogmática jurídica tradicional ha gozado (y sigue gozando) de abstracción, neutralidad y objetividad.

- (b) La afirmación anterior no goza de unanimidad en el ámbito de las disciplinas jurídicas. De ahí las reticencias a implementar la perspectiva de género como metodología jurídica y las críticas a los postulados del derecho antidiscriminatorio.
- (c) La realidad descrita en los puntos anteriores justifica la implementación de análisis sensibles al género desde las teorías jurídicas feministas. Y todo ello a los efectos de evidencia que no es irrelevante para el discurso jurídico la abstracción sobre la corporeidad socio-sexual de los sujetos destinatarios de las normas.
- (d) La investigación infiere que el modelo normativo de lo humano, el sujeto jurídico-político, ha sido (y es) varón. De ahí que las mujeres hayan tenido que encajarse en dicho modelo para ser visibles ante el Derecho y ser reconocidas como sujetos jurídico-políticos.
- (f) Desde ese encaje normativo la elaboración, aplicación e interpretación de la norma se ha llevado a cabo desde la abstracción sexual de los sujetos dadores, aplicadores y destinatarios de las normas. Por tanto, con sesgos de género en tanto no ha sido prioritario determinar el lugar de partida de los sujetos desde el punto de vista de su configuración socio-sexual.
- (g) El pacto de convivencia social no ha permanecido ajeno a dicha construcción jurídica y política sobre los sujetos de derechos. De ahí que desde las teorías jurídicas feministas se venga abogando por una reforma constitucional sensible al género.
- (h) El pacto de convivencia social de 1978 se articuló sobre la subordinación sexual de las mujeres, por tanto, desde el conflicto primigenio y no resultado del sistema sexo-género. No obstante, conviene apuntar que esto no es algo exclusivo del pacto constitucional del 78 sino que sigue la tónica del constitucionalismo histórico español y, por ende, del constitucionalismo de nuestro entorno europeo. Desde este prisma, las demandas de las mujeres quedaron invisibilizadas, y su subjetividad jurídica y política condicionada por un modelo que bajo la abstracción sexual de los sujetos pensó y articuló unívocamente el andamiaje constitucional sin tener en cuenta las demandas de más de la mitad de la humanidad.
- (i) Las propuestas actuales de dotar de relevancia constitucional a la paridad, del reconocimiento de la fundamentalidad del derecho a una vida libre de violencia de género y de la constitucionalización de los derechos sexuales y reproductivos en el marco del reconocimiento de las mujeres a decidir libre y responsablemente sobre su maternidad, son claros exponentes de la necesidad de revisar el texto constitucional en clave de género. A mayor abundamiento, el reconocimiento de la categoría "género" como garantía específica de los derechos de las mujeres y, en concreto, teniendo en cuenta la propuesta específica que se hace en la presente tesis de reforma del artículo 53.1 de la CE, así como la inclusión del género como criterio de interpretación constitucional en materia de derechos humanos constituyen otros elementos sobre los que se plantea la discusión jurídica en la investigación.
- (j) A nivel jurisprudencial, la implementación del "género" como categoría de análisis jurídico en los casos concretos, y de la "perspectiva de género" como metodología jurídica, permiten a las y los operadores jurídicos identificar estructuras de poder socio-sexual que no son irrelevantes desde el punto de vista de las tutelas y

garantías de los derechos.

(k) La investigación jurídica llevada a cabo permite advertir como la implementación en la praxis jurídica del foro de análisis sensibles al género es todavía minoritaria. Esta circunstancia pone de manifiesto, por una parte, las resistencias existentes a nivel jurídico, y el desconocimiento de las implicaciones prácticas del derecho anti-discriminatorio y las teorías jurídicas feministas, por otra.

(l) La diferenciación en términos jurídicos de las categorías "sexo" y "género" es otro de los temas de discusión jurídica que plantea la tesis doctoral. Discusión que entra de lleno en los debates, actualmente en ciernes, y que se hace necesario abordar para evitar involuciones en materia de igualdad de sexos.

La tesis recoge un exhaustivo análisis jurídico desde el plano normativo, jurisprudencial y doctrinal sobre aspectos concretos relacionados con los derechos de las mujeres, a saber: igualdad y no discriminación por razón de sexo, abordaje jurídico de la violencia contra las mujeres por razones de género, prostitución y trata con fines de explotación sexual, gestación por sustitución y/o maternidad subrogada, acoso sexual y por razón de sexo, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, derecho de asilo por razones de género, etc.

En cuanto a las conclusiones que arroja la investigación, sucintamente se coligen a continuación:

(1) El pacto de convivencia social necesita una revitalización para que siga teniendo vigencia y gozando de legitimidad democrática. Por tanto, revisar la Constitución en clave de género es uno de los retos pendientes que no admite aplazamientos habiendo constatado cuál es el "SEXO" de la Constitución y cómo las mujeres se han tenido que encajar en un modelo que ignora su realidad corpórea y socio-sexual.

(2) El estudio y análisis de las teorías jurídicas feministas (Carol Smart, 1994; Catherine Mackinnon, 1983; Tamar Picht, 2003; Alda Facio, 2000; entre otras) en el marco del derecho antidiscriminatorio resulta nuclear para avanzar en el reconocimiento de la subjetividad jurídica y política de las mujeres. Desde esta óptica teórica-práctica es desde donde se puede interpelar al Derecho a fin de evidenciar la falsa neutralidad en términos de "sexo" del sujeto 'modelo normativo de lo humano'. En este punto cabe poner en valor las aportaciones teóricas e investigaciones de las integrantes de la Red Feminista de Derecho Constitucional.

(3) El "género" como categoría de análisis jurídico y la perspectiva de género como metodología en el estudio del discurso jurídico resultan nucleares para la tutela y garantía de los derechos de las mujeres. En este sentido, si bien la presente tesis doctoral analiza la última jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en donde se observan avances incuestionables e importantes en las capacidades transformadoras de la implementación de esta metodología jurídica, toda vía sigue siendo (a nivel jurisdiccional de instancias inferiores) algo marginal. De ahí la apuesta por formar y especializar en el sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género (Justicia de Género) y en sus potencialidades a la hora de develar las estructuras de poder socio-sexual del sistema sexo-género y cómo ha venido operando (y operan) desde la dogmática jurídica tradicional.

(4) El manejo de la normativa internacional e internacional-regional en materia de derecho antidiscriminatorio (Convención CEDAW, 1979; Convenio de Estambul, 2011, etc.), así como la jurisprudencia que le resulta afecta

son claves para profundizar y reforzar en el concepto de "discriminación por razón de sexo" ante prácticas y actuaciones de los poderes públicos que elaboradas desde la neutralidad y objetividad del paradigma dominante han tenido y/o tienen efectos perjudiciales para las mujeres.

(5) La identificación en términos de "sexo" del sujeto-persona destinatario de propuestas normativas que se ciernen sobre el cuerpo de las mujeres se torna esencial cuando el objeto de la norma busca regular y/o normar lo que se puede o no hacer con el cuerpo de las mujeres en el ámbito sexual y/o reproductivo.

(6) El reconocimiento constitucional de la sexuación de los sujetos de derechos y, en concreto, el reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y derechos reproductivos se hace inaplazable para la plena efectividad jurídica y política de las mujeres. Las mismas conclusiones se coligen en relación con el reconocimiento de la fundamentalidad del derecho a una vida libre de violencia de género, sin olvidar el reconocimiento constitucional del "género" como garantía constitucional (normativa y jurisdiccional) y la perspectiva de género como criterio específico de interpretación constitucional.

Finalmente, la tesis reseña los retos pendientes a los que se enfrente el derecho constitucional y las teorías jurídicas críticas (Critical Legal Studies) que requieren un cambio de paradigma (conocimientos situados) en el análisis de los conflictos jurídicos en ciernes. Dicho cambio de paradigma insta a incluir las teorías jurídicas feministas como teorías basales en el estudio y reconocimiento de la subjetividad jurídica y política de las mujeres desde su realidad corpórea y socio-sexual y, por ende, en su condición de personas marcadas (y posicionadas) por su "sexo" frente al Derecho. El "sexo" no es irrelevante para el discurso jurídico. Afirmar lo contrario resulta peligroso puesto que induce a pensar que toda la normativa en materia de igualdad de sexos desarrollada y todas las políticas públicas articuladas en este ámbito, que buscan (y han buscado) denunciar la subordinación sexual de las mujeres en el sistema sexo/género y visibilizar la desigualdad estructural existente, resultan innecesarias.