

LOS PACTOS CONSTITUYENTES CONTRA NATURA O LA SUBORDINACIÓN SISTÉMICA DE LAS MUJERES**por Jasone Astola Madariaga**

Profesora de Derecho Constitucional en la UPV/EHU.

Integrante de la red feminista de Derecho Constitucional

RESUMEN

“Imaginemos una carrera en la que participan mujeres y hombres y a las mujeres se les ha asignado una pesada carga y a los hombres no. Lo normal es que las mujeres queden, por término medio, rezagadas, aunque algunas adelanten a algunos hombres,

Ahora supongamos que las cargas desaparecen. Si mujeres y hombres son iguales en capacidad, la principal diferencia entre los grupos con carga (mujeres) y sin carga (hombres) dejará de aumentar, pero quienes sufrían por la discriminación previa nunca se equiparán como colectivo, aunque algunas lo consigan individualmente.

Si se tratara de una carrera en la que los padres pudieran pasar el relevo a sus hijos y las madres a sus hijas, no habría igualación entre unas y otros ni siquiera en generaciones”

Este es el texto adaptado de un ejemplo que Lester C. Thurow propuso en 1979 para hablar de la inexistencia de igualdad de oportunidades y en este trabajo se analizan jurídicamente las posibilidades que Thurow da para que la carrera se vuelva limpia: 1) si todos los que no llevaban carga fueran obligados a cargar peso hasta que las diferencias en el promedio de ejecución de los grupos desaparecieran; 2) si quienes habían sufrido desventajas en el pasado recibieran privilegios especiales hasta que se equiparasen; 3) si cada persona fuera obligada a parar y a comenzar de nuevo en la misma línea de salida.

ABSTRACT

“Imagine a race where women have been assigned a heavy weight to carry because they belong to a particular group. Because of this handicap the average runner with weights will lag behind the average runner without weights, but some runners with weights will come out ahead of some runners without weights. Now suppose someone waves a magic wand and the weights are lifted from the backs of all runners. If the two groups of runners are equal in ability, the mean difference between the weighted and unweighted groups ceases to expand, but those who suffered from the earlier discrimination will never catch up. If this is a race where fathers who are ahead are able to hand the baton to their son, and mothers to their daughters, there is no equalization of the race even across generations”.

This is the adapted text of an example that Lester C. Thurow proposed in 1979 to discuss the absence of equal opportunities, and this work discusses the possibilities that Thurow gives to the career become clean: 1) if those without weights are forced to carry weights until the differences in average group-performances disappear; 2) if those who have been handicapped in the past are given special privileges until they catch up; 3) if everyone is forced to stop and begin again at the same starting line.

I. INTRODUCCIÓN

Estaba yo siguiendo estupefacta el serial que nos estaban ofreciendo el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ, desde ahora) y el Tribunal Supremo (TS, desde ahora) a propósito de la elección del presidente (y no de la presidenta) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia cuando me llegó la invitación de la doctora Itziar Gómez Fernández para participar en una publicación, cuyo origen era la **I JORNADA: “POR UNA REVISIÓN DEL PACTO CONSTITUYENTE EN PERSPECTIVA DE GÉNERO”**, celebrada en Zaragoza el 25 de mayo de 2016, al amparo de la Fundación Manuel Giménez Abad.

El título elegido para esa jornada me pareció sumamente idóneo, ya que la mayor parte de los trabajos académicos de los últimos tiempos hablan de reforma constitucional (evidentemente sin perspectiva de género, como nos cuenta Octavio Salazar en esta publicación), pero no centran sus investigaciones en el pacto constituyente que subyace. Y analizar ese pacto es básico para entender la deriva que han tenido nuestros estados constitucionales.

Así pues, al aceptar la invitación para participar, que agradezco de todo corazón a la doctora Gómez Fernández, tenía ante mí un reto: unir el tema de la publicación conjunta con mi preocupación del momento. Y eso intentaré hacer con total humildad, siendo consciente de que estas pocas páginas sólo sirven para esbozar algunas ideas.

Para explicar la trascendencia de ese pacto constituyente empezaré dando cuenta de las diferencias existentes entre el art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, tomado académicamente como la definición de todo estado constitucional –*“Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”*– y el ignorado art. 16 de la Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana –*“Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución; la constitución es nula si la mayoría de los individuos que componen la Nación no ha cooperado en su redacción”*–, cuyo mandato no se ha cumplido nunca, ya que de cumplirse ningún estado moderno tendría una constitución (en nuestras cortes constituyentes hubo 329 diputados y 21 diputadas y ninguna de ellas participó en la Ponencia constitucional, por poner un ejemplo).

Y he de agradecer a Thurow un ejemplo, al que cambiaré algunas palabras (Thurow, 1979: 35), porque, además de permitirme unir sistemáticamente mis dos preocupaciones, me ofrece la posibilidad de presentar el esquema de este trabajo.

Thurow nos dice que imaginemos una carrera en la que participan mujeres y hombres y en la que a las mujeres se les ha asignado una pesada carga. Lo normal es que las mujeres queden, por término medio, rezagadas, aunque algunas adelanten a algunos hombres.

Ahora supongamos que las cargas desaparecen. Si mujeres y hombres son iguales en capacidad, la principal diferencia entre los grupos con carga (mujeres) y sin carga (hombres) dejará de aumentar, pero quienes sufrían por la discriminación previa nunca se equiparán como colectivo, aunque algunas lo consigan individualmente.

Si se tratara de una carrera en la que los padres pudieran pasar el relevo a sus hijos y las madres a sus hijas, no habría igualación entre unas y otros ni siquiera en generaciones.

La carrera sólo podría volverse limpia:

- si todos los que no llevaban carga fueran obligados a cargar peso hasta que las diferencias en el promedio de ejecución de los grupos desaparecieran;

- si quienes habían sufrido desventajas en el pasado recibieran privilegios especiales hasta que se equiparasen; o
- si cada persona fuera obligada a parar y a comenzar de nuevo en la misma línea de salida

Descartaré analizar la primera opción que supondría, en el mejor de los casos, negar a los hombres, unos 100 años aproximadamente, su existencia como seres humanos y unos 50 sus derechos civiles y políticos. Y no hago ese descarte por ser buena persona, sino imbuida por el espíritu feminista que nunca, ni en los peores momentos, pensó en un mundo dónde se cosificase a los hombres, sino en un mundo en el que el sexo de una persona no fuese el que definiese su trayectoria vital. ¿O es quizás el síndrome de Estocolmo? Algo de él seguro que hay, pero también existe un rasgo de humanidad que perdieron los hombres que crearon el estado constitucional, la empatía. En general, creo que a las mujeres les resultaría difícil pensar que sus padres, sus abuelos, sus hermanos o sus hijos no son personas, negarles la condición de ser humano. Cosa que ellos hicieron con ellas durante siglos sin ningún problema. Esa diferencia entre persona y cosa, juridificada en el estado constitucional, sirve a Barrère (Barrère, 2014: 513-514) para explicar los límites de la dialéctica igualdad-discriminación para las causas de las mujeres.

Una vez descartada la primera opción, insisto, quizás de manera enfermiza, me ocuparé de las otras dos.

Y para analizar la segunda desde un punto de vista jurídico (si quienes habían sufrido desventajas en el pasado recibieran privilegios especiales hasta que se equiparasen), qué mejor ejemplo que el tema del serial que estaba siguiendo.

II. SOBRE SI SE PUEDE FAVORECER JURÍDICAMENTE A LAS MUJERES CON MÉRITO Y CAPACIDAD

La prohibición de discriminación por razón de sexo que, finalmente, forma parte de nuestros textos constitucionales, no implica, ni puede implicar, una igualdad de oportunidades de mujeres y hombres, como se ha podido apreciar, creo que con suficiente claridad, en el ejemplo.

A pesar de que los estados sociales que incluyeron esa prohibición llevan existiendo en Europa más de 60 años las estadísticas se empeñan en confirmar, año tras año, la existencia de una brecha salarial, de peores contratos laborales para las mujeres, o su ausencia en los órganos de dirección, por citar algunos temas. Esta situación es la que llevó a pensar en la necesidad de las denominadas acciones positivas hasta que mujeres y hombres participasen por igual en todas las profesiones y en todos los niveles de responsabilidad, para eliminar, en suma, obstáculos, aplicando medidas que favoreciesen la incorporación, permanencia y promoción de las mujeres en todos los ámbitos.

1. La interpretación del derecho comunitario

Para ver el contenido jurídicamente admitido de esas acciones positivas haré un pequeño repaso de la normativa comunitaria, que comenzaré con el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, el Consejo recomendó a los Estados miembros:

«1. que adopten una política de acción positiva, destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como a promover la participación de ambos sexos en el empleo, y que incluya medidas generales y específicas apropiadas, en el marco de las políticas y prácticas nacionales y que respeten plenamente las competencias de las partes sociales, al objeto de: a) eliminar o compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres que trabajan o que buscan un empleo, de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de una distribución tradicional de funciones entre hombres y mujeres, en la sociedad; b) estimular la participación de la mujer en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en los que actualmente se encuentran infrarrepresentadas, en particular, los sectores de futuro, y en los niveles superiores de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos».

Al no conseguirse el efecto deseado, unos años más tarde nos encontramos con el tercer considerando de la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer (DO L 331, p. 34):

«las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los Gobiernos, de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad».

Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, tenemos el artículo 141.4 TCE (actual art.157. 4 del TFUE) y la declaración nº 28 que prevé:

«Al adoptar las medidas mencionadas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, los Estados miembros deberán, en primer término, aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral» .

Y finalmente el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, bajo el título “Igualdad entre hombres y mujeres” dice que:

«La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

Establecida la razón de la existencia de las denominadas acciones positivas, denominadas incluso como ventajas en la Carta de derechos, y la obligación de los estados miembros de ponerlas en práctica, nos resta saber cuál puede ser su contenido y para ello recurrimos a las apreciaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, desde ahora) que nos dice que la norma de cada estado únicamente puede consistir en que a una candidatura perteneciente al sexo infrarrepresentado pueda concedérsele la preferencia frente a otra del sexo opuesto, siempre ambas posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todas las personas candidatas (Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Quinta, de 6 de julio de 2000, *Katarina Abrahamsson y Leif Anderson*, asunto C-407/98 y algo similar nos dice en el apartado 38 de su sentencia de 28 de marzo de 2000, *Georg Badeck*, asunto C-158/97).

Es decir, el TJUE considera que es jurídicamente admisible, únicamente, aquello que históricamente venía sucediendo con los hombres –elegirlos en igualdad de condiciones o en peores como tendremos ocasión de ver–, apostillando que dicha elección atendía a los criterios de mérito y capacidad. Ahora bien, cuando tal decisión se toma a favor de una mujer, como en los casos que se juzgaban en la jurisprudencia citada, por pertenecer a un sexo infrarrepresentado, a su mérito y capacidad se le llaman “ventaja” o “acción positiva”, jurídicamente posible.

Y ese es el único contenido admisible del segundo párrafo del artículo 23. El Tribunal de Justicia ha dejado claro que se opone al derecho comunitario cualquier preferencia automática de una candidata frente a un candidato, aunque tengan idéntica capacitación y en el sector las mujeres estén infrarrepresentadas (Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, asunto C-450/93).

Ha habido interpretaciones del Tribunal que nos pueden hacer pensar que la “ventaja” sigue siendo de los hombres, sírvanos de ejemplo su sentencia de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95, *Marschall*, en su fallo el Tribunal empieza diciendo que la normativa comunitaria no se opone a una norma nacional que, en caso de que candidatas y candidatos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obligue a conceder preferencia en la promoción a las candidatas en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres. Hasta aquí todo parece indicar que en igualdad de condiciones puede hacerse. Pero el párrafo tiene un inciso final: “salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor”. En ese caso la norma nacional debe garantizar, en cada caso particular, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva e ignorarán la preferencia concedida a las candidatas, siempre que los criterios establecidos no sean discriminatorios para ellas.

En definitiva, la norma nacional funcionará en ausencia de candidatos en igualdad de condiciones que las candidatas, en cuanto eso suceda la única “ventaja” que pueden tener las candidatas es que los criterios de selección no las discriminen. Y, como veremos en el caso que nos ocupa, esto último puede no suceder.

2. Un ejemplo de su interpretación en España

El Pleno del CGPJ aprobó el 25 de febrero de 2010 el Reglamento 1/2010 (BOE del 5 de marzo del 2010) para regular los nombramientos discrecionales y en su art. 3 apartado 1 podemos leer lo siguiente:

*“las propuestas de nombramientos para provisión de las plazas de carácter discrecional se ajustarán a los principios **de mérito y capacidad** para el ejercicio de la función jurisdiccional y, en su caso, de la función gubernativa propia de la plaza de que se trate.*

*En la provisión de las plazas a que se refiere este Reglamento se impulsarán y desarrollarán **medidas que favorezcan la promoción de la mujer con méritos y capacidad**”.*

Con esa norma tuvo que elegir entre estas dos candidaturas (Pilar Alonso Saura y Miguel Pascual de Riquelme) para nombrar a la presidenta o al presidente del Tribunal Superior de Justicia (TSJ, de ahora en adelante) de Murcia:

- En el escalafón de la carrera judicial: La señora Alonso Saura ocupaba el nº 289 y el señor Pascual de Riquelme el nº 1.440;

- En los criterios técnicos que se barajaban la señora Alonso Saura consiguió en 2014 127,49%, en 2013 121,27%, en 2012 111,97% y en 2011 115,66 %; y el señor Miguel Pascual de Riquelme, teniendo en cuenta que por ser decano se le restaba el 50%, el 41,7% (91,7%) en 2014, 53,5 (103,5%) en 2013, 47,9% (97,9%) en 2012 y 25,5% (75,5%) en 2011;
- En cuanto a la antigüedad mientras la señora Alonso Saura llevaba más de 31 años en la carrera judicial, de los cuales más de 26 eran como magistrada, el señor Pascual de Riquelme llevaba más de 26 años de los cuales más de 21 eran como magistrado.

Evidentemente, a la luz de estos datos la candidata tiene más méritos que el candidato en los tres aspectos tratados.

Pues bien, el CGPJ el 29 de enero de 2015 eligió al señor Miguel Pascual de Riquelme como presidente del TSJ de Murcia (actualmente hay una única presidenta y 16 presidentes en los tribunales superiores de justicia).

5 miembros del CGPJ firmaron el voto particular propuesto por Clara Martínez de Careaga:

“Con el máximo respeto a la decisión de la mayoría del Pleno del Consejo General del Poder Judicial sobre el nombramiento de Presidente del Tribunal Superior de Justicia (...), pero también desde mi absoluto desacuerdo con dicha decisión, y en mi doble condición de Vocal y Presidenta de la Comisión de Igualdad del Consejo, me veo en la obligación de expresar mi discrepancia con la decisión adoptada, por estimar que no respeta los principios de mérito y capacidad, incumple los requisitos anunciados en la convocatoria, incurre en discriminación proscrita en el art. 14 de la Constitución Española, e integra, a mi entender, un supuesto claro de desviación de poder”.

La señora Alonso Saura presentó un recurso contencioso-administrativo contra dicha decisión y la sala de los contencioso del TS publicó su sentencia 2039/2016 – ECLI:ES:TS:2016:2039– el 10 de mayo de 2016, en cuyo texto confirmamos la ceguera del alto tribunal para ver lo evidente: no estamos ante un caso de igualdad de méritos, la candidata tiene más méritos que el candidato, como no puede dejar de apreciar el TS, aunque de una manera sibilina, el FJ 5 de esa sentencia dice:

*A tenor de este repaso, resulta fácil colegir que en los parámetros de valoración objetivos que la propia convocatoria contempla (coherentes, insistimos, con el reglamento 1/2010), **hay al menos una igualdad sustancial de méritos de ambos aspirantes, que se rompe en varios de ellos en favor de la recurrente, y de forma incluso notoria.** Así, en cuanto respecta a la antigüedad escalafonal, el tiempo de desempeño profesional en órganos judiciales colegiados y la experiencia judicial en la materia civil, aspectos estos en los que la diferencia en favor de la recurrente es, como decimos, clara y evidente.*

Por supuesto, esa manera de negar lo evidente era necesaria: primero para no ir contra el criterio del propio TS, que desde su sentencia 3171/2006 “comenzó a considerar la valoración del mérito y la capacidad como límite a la discrecionalidad del Consejo” (Gómez, 2016: 77); y, segundo, para hacer operar el segundo inciso del art. 3 del Reglamento 1/2015. El FJ 7 añade:

“Desde este punto de vista, cuando nos hallamos, como es el caso, ante una aspirante mujer que tiene un perfil de méritos profesionales que se presenta inicialmente por lo menos parejo al del otro aspirante varón, e incluso en algunos relevantes

puntos notablemente superior, la decisión final de adjudicar la plaza a este último tiene que ser, con especial énfasis, singularmente explicada. Es verdad que el criterio de la preferencia de las mujeres a igualdad de méritos no opera con rígido automatismo como una norma universal de obligado e incondicionado desplazamiento de los aspirantes varones, pero sí que opera como un principio rector de la decisión que exige que se expliquen cumplidamente, caso por caso, las razones por las que se prescinde casuísticamente de esa regla y se elige finalmente a un aspirante varón en detrimento de la aspirante que presenta un perfil profesional paragonable; y esto, una vez más, falta por completo en el caso examinado”.

Una vez presentados los méritos profesionales de la candidata, como inicialmente *parejos* a los del candidato, y sólo posteriormente como *superiores*, entiende el TS que podrá operar el art. 3 del Reglamento en su segundo inciso, cuando no es éste el caso, pero, además interpreta ese segundo inciso como *no automático*, siguiendo los mismos criterios del TJUE. Es decir, puede elegirse a un candidato, ahora bien, hay que motivar esa decisión.

Y esa será la causa por la que, finalmente, en el FJ 8 anula el nombramiento, no por ser contrario al art. 14 de la Constitución española, ni por no cumplir el art. 3 del Reglamento 1/2010, ni la jurisprudencia del propio tribunal (la mencionada STS 3171/2006), sino por ausencia de motivación. Por lo que con esta interpretación (¿laxa?) del TS el 26 de mayo de 2016 el CGPJ nombra (¿motivadamente?) al señor Miguel Pascual de Riquelme como presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Votaron a su favor: Carlos Lesmes, Mar Cabrejas, Ángeles Carmona, Álvaro Cuesta, Nuria Díaz, Juan Manuel Fernández, Rafael Fernández Valverde, Fernando Grande-Marlaska, Vicente Guilarte, Carmen Llombart, José María Macías, Juan Martínez Moya, Gerardo Martínez Tristán y Wenceslao Olea (14).

Y lo hicieron a favor de Alonso Saura: Roser Bach, Victoria Cinto, Enrique Lucas, Clara Martínez de Careaga, Rafael Mozo, Concepción Sáez y Pilar Sepúlveda (7).

De nuevo cinco vocales del CGPJ (Clara Martínez de Careaga, Roser Bach, Victoria Cinto –todas ellas designadas a propuesta del PSOE–, Concepción Sáez –elegida a propuesta de IU– y Enrique Lucas –a propuesta del PNV) han presentado un voto particular contra la decisión del Pleno de este órgano de volver a nombrar al magistrado Miguel Pasqual del Riquelme como presidente del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Murcia, afirmando, una vez más, que se han infringido los principios de mérito y capacidad y se ha incurrido en “desviación de poder”.

3. No, no se puede

Vistas estas interpretaciones no sólo no es posible favorecer a una mujer con igual mérito y capacidad que un hombre, sino que sigue siendo posible favorecer a un hombre con menos mérito y capacidad.

Esto convierte en auténticas falacias el segundo párrafo del artículo 23 de la Declaración de derechos fundamentales de la UE o el segundo inciso del art. 3 del Reglamento español 1/2010, porque nos hace pensar en un principio que favorece a las mujeres frente a los hombres, cuando nada es más ajeno a la realidad. Este tipo de formulaciones crea todo tipo de hostilidades y malentendidos que van, siempre, en detrimento de las mujeres.

Los términos usados –acciones positivas, ventajas– esconden, tras una apariencia favorecedora, una realidad de desigualdad que no ha variado, pero que además ha traído

una consecuencia añadida: muchas mujeres se sienten en la necesidad de justificar que han alcanzado su posición por sus propios méritos como sabemos que sucede, y no con ayuda de ninguna acción positiva, mientras que ningún hombre tan siquiera se pregunta si será la falta de igualdad la que le ha permitido llegar al puesto que ocupa.

4. La falta de igualdad y sus consecuencias

Seguiré con la comparación iniciada en la introducción porque resulta muy clarificadora para el objeto concreto de esta investigación, me refiero en este caso al inciso final del art. 6 de las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano y de la mujer y de la ciudadana:

La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga.

Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos.

La ley debe ser la expresión de la voluntad general; todas las Ciudadanas y Ciudadanos deben participar en su formación personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos;

Todas las ciudadanas y todos los ciudadanos, por ser iguales a sus ojos, deben ser igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según sus capacidades y sin más distinción que la de sus virtudes y sus talentos.

Una vez vistos los enunciados se puede decir que, una vez más, el segundo no se cumple. Pero también nos sirven para indicar que las mujeres han luchado desde el nacimiento del estado constitucional para estar presentes en él en igualdad, y el hecho de que esa no sea su realidad en el siglo XXI nos indica que no estamos hablando de un tema baladí. Estamos enfrentando un asunto central del estado constitucional: aquel pacto constituyente se hizo considerando no-personas a las mujeres, no humanas, en palabras de Mackinnon (Mackinnon, 2007: 41-42), y aunque ha evolucionado considerándolas formalmente personas, nunca han tenido en el pacto la presencia de aquellos sujetos que iniciaron esa andadura, los hombres blancos propietarios, por lo que las mujeres, como hemos visto, siguen sin gozar, materialmente, de los derechos de aquellos sujetos.

En resumen, la segunda vía del ejemplo (si quienes habían sufrido desventajas en el pasado recibieran privilegios especiales hasta que se equiparasen), aunque jurídicamente prevista, no está funcionando como camino para conseguir la igualdad de mujeres y hombres, por la sencilla razón de que no se cumple.

III. LAS DESIGUALDADES NO ENMENDADAS DEL PACTO CONSTITUYENTE

Hemos visto que la segunda vía propuesta por Thurow y recogida en nuestra legislación no está dando los resultados pretendidos para alcanzar la igualdad y he apuntado algunas causas, pero creo que resultará más clara la exposición si nos percatamos de la existencia de dispositivos (ese juego de relaciones discursivas y no discursivas creadas por el saber/poder que producen el efecto de crear sujetos que inscriben en sus cuerpos una forma de ser determinada, es decir, todo aquello que tiene, de una manera u otra, la capacidad de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar y asegurar los gestos, las conductas, las opiniones y los discursos de los seres vivos), cuya importancia ha sido analizada, entre otros, por García (García, 2011: 1-8) o por Agamben (Agamben, 2011: 249-264). Esos dispositivos son los que hacen posible la invisibilización de la subordinación de las mujeres.

Para verlos hay que ir más allá de esas “prácticas que forman sistemáticamente los objetos de que hablan”, como decía Foucault (Foucault, 2009: 68). Tenemos que ser conscientes de cómo hemos creado nuestras subjetividades (el concepto subjetividad hace referencia al modo en que nos pensamos y relacionamos con nosotras mismas y con nosotros mismos en un determinado momento histórico, al proceso por el cual nos convertimos en sujetos), que desde el poder han sido construidas, en un contexto cultural y normativo basado en las categorías hombre/mujer, donde la segunda está subordinada a la primera.

El uso de esas categorías denota además que las personas, siempre diversas, son tratadas como un grupo uniforme. El sexo marca la pertenencia a una categoría, y con ello la manera específica de construir cada subjetividad.

En ese marco la subjetividad aparece como esencialista, las personas han de vincularse a una categoría identitaria, hombre/mujer, aunque dicha vinculación se considere una elección personal. El resultado es que la realidad psicológica de unas y de otros resultará diferente, como consecuencia de las categorías con las que deben identificarse y construirse.

El saber y el poder han naturalizado esas categorías, han hecho que sean asumidas como evidentes e incuestionables, en definitiva, han hecho uso de lo que Bourdieu (Bourdieu, 1999: 173) denomina violencia simbólica “esa violencia que arranca sumisiones que ni siquiera se perciben como tales apoyándose en unas «expectativas colectivas», en unas creencias socialmente inculcadas”, cuyo resultado es la adhesión y el acatamiento de las propias víctimas de una identidad inducida y presentada como identidad natural.

Es, por tanto, importante desvelar ese poder de imposición simbólica, nutrido por el desconocimiento. El discurso (ortodoxo) nos mantiene en ese desconocimiento, no relata las arbitrariedades en las que basamos nuestro orden-ordenamiento.

1. La negación de “lo femenino” en el pacto inicial y sus consecuencias

En el pacto constituyente inicial las mujeres no fueron las únicas excluidas, los esclavos y los hombres no blancos o no propietarios también quedaron excluidos, pero podían acceder a él si cambiaban de estatus. Pero no había remisión para las mujeres, ya que su exclusión se basaba en su no pertenencia al género humano –porque no eran seres racionales, sino naturaleza según Rousseau, o porque habían aceptado su condición de no persona por un pacto con los hombres, según Hobbes– (Jónasdóttir, 1993: 176-192).

Así pues el estado constitucional y todos los conceptos unidos a él se construyeron en ausencia de las mujeres. Sieyès las excluye de la soberanía nacional y por tanto del pacto constituyente por lo que no pudieron dar su consentimiento. Y si la legitimidad de los poderes del estado se basa en el consentimiento –en palabras de Maíz (Maíz, 2003: 64-67), consentimiento y soberanía son inseparables en la práctica, aunque puedan explicarse por separado, porque la causa (el consentimiento) define el efecto (la soberanía)–, el primer estado constitucional es ilegítimo para las mujeres –y para el resto de personas excluidas–.

Ahora bien, cuando nuestra doctrina analiza el poder constituyente obvia las ausencias, especialmente la de las mujeres (De Vega, 1988) y, no sólo eso, sino que sigue basándose en la diferencia entre poder constituyente y poder de reforma, anclando así la perdurabilidad de un sistema discriminador.

Y es importante no olvidar esa ausencia porque sólo los sujetos activos del pacto definen la estructura del estado y los derechos inherentes a las personas que ese estado debe respetar, y es pertinente recordar que el propio enunciado de esos derechos depende de cómo se nos ha socializado en una cultura concreta. Como ejemplo de la importancia de saber quién define nuestros derechos y para qué se definen tenemos la diferente manera de concebir la propiedad en nuestra cultura y en la cultura de los pueblos indígenas, donde el territorio se vincula a la comunidad y no a las personas que la integran (Comisión interamericana de derechos humanos, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales. Sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”).

En resumen, cuando el orden constitucional fue construido por hombres que negaron a las mujeres su humanidad, como ya había sido negada en Grecia o en Roma, no sólo se excluyó a las mujeres de la construcción de ese orden, sino a todo lo considerado parte del rol femenino. Y en esa exclusión tiene especial interés el olvido inicial, cuyas consecuencias vivimos hoy, de todo lo necesario para la reproducción de la vida, no sólo humana, sino la del planeta.

2. Una mirada al concepto de economía

En un primer momento la economía política se definía como el estudio de las leyes sociales que gobiernan la producción y la distribución de los medios materiales para satisfacer las necesidades humanas: “Subyacía un vínculo entre el subsistema de (re) producción de bienes y servicios y el subsistema de (re)producción de personas, vínculo que puede ser percibido claramente en la teoría del salario de Adam Smith” (Barbé, 1996: 18). En la primera mitad del siglo XIX era habitual entre economistas la preocupación por el proceso de destrucción de la naturaleza, estaba claro que el crecimiento económico tenía límites naturales. Igualmente la reproducción humana era tenida en cuenta (Malthus, David Ricardo...); la base del sistema era la satisfacción de las necesidades humanas, y las relaciones económicas, que necesariamente incluían la reproducción, se concebían como una de las posibles relaciones sociales. No había por tanto una estricta división entre las esferas que más adelante se denominarán de “producción” –o económica–, asociada al mercado, y de “reproducción” –o social–, asociada primero al ámbito privado y luego al estado.

Más tarde los fundamentos del sistema económico y del sistema social serán comprendidos casi como antagónicos –la obtención del máximo beneficio contra el cuidado de la vida–, perdiendo de vista en los modelos de análisis la interdependencia entre “producción” y “reproducción”. La economía pasó a ser entendida como una ciencia que únicamente captaba la interacción entre oferta y demanda en el mercado, dejando fuera de su ámbito de estudio la interacción entre mercado y esfera reproductiva. La reproducción, tanto humana como de recursos naturales, se presupone y pasa a ser invisible para el sistema hasta que el estado social configura, como categoría constitucional propia, los derechos sociales, unidos a la reproducción del propio sistema no a la reproducción de la vida o del planeta, que sigue siendo ignorada.

Por eso los derechos sociales se unen al trabajo remunerado y las personas que no se encuadraban en ese patrón, es decir las desocupadas, las ocupadas en empleos precarios e informales, las que estaban fuera del mercado de trabajo asalariado, las que no tenían una fuente de ingresos suficiente, carecían de los derechos asociados al trabajo asalariado y, en muchos casos, también de la sensación de dignidad que acompañaba a las personas asalariadas (Lewis, 2000: 55-56). A ese grupo pertenecen especialmente las mujeres: porque en su trabajo remunerado reciben un salario menor al de los hombres; porque su inserción es, en términos relativos, más precaria; y porque por su trabajo no remunerado de cuidados no son consideradas titulares de derechos. Y, evidentemente, eso afecta directamente a su dignidad como personas.

3. Algunas características del pacto constituyente del estado social

El gran teórico de estado social, Hermann Heller, definió a la comunidad política, al pueblo que da su consentimiento, a través de dos elementos: la homogeneidad social y el respeto al principio democrático (Heller, 1983: 257-268); sabiendo que para él esa homogeneidad significaba igualdad formal ante la ley, podríamos decir que en España no ha habido una comunidad política, un pueblo español, de una manera continuada en el tiempo, hasta la Constitución de 1978 que en su artículo 14 dice que los españoles son iguales ante la ley, porque es la primera vez, a excepción de la constitución republicana, que un texto constitucional dice eso, incluyendo a las españolas. O diciéndolo de otra manera, desde que las españolas son formalmente parte del pueblo español, no ha habido ningún pacto constituyente. Y digo formalmente porque ya he mencionado las diferentes formas de construir nuestras subjetividades.

Y esa ausencia de las mujeres en la comunidad política tiene implicaciones directas en el principio democrático, que opera simultáneamente como principio material y como principio estructural. En su dimensión material implica que los derechos y los valores constitucionales, especialmente la igualdad y la libertad, se configuran sin ellas; y en su dimensión estructural, organizativa y procedimental –división de poderes, composición y elección de los órganos representativos, etc.– las mujeres no están. Por lo que tampoco cumplimos con el principio democrático, ya que como dice Maihofer (Maihofer, 1996: 226), en una democracia que se legitime materialmente a partir del interés común o del bien general, el ejercicio del poder también ha de legitimarse formalmente, a través de la participación a título de autor – y a título de autora, añadido– en la creación de esa ley, en la que ha de expresarse la voluntad general dirigida hacia la utilidad común, de cuantas personas vayan a estar sometidas a ella.

Establecida la inexistencia de una comunidad política y, por ende, la parcialidad del principio democrático, en términos reales, no existe ningún pueblo que pueda dotarse de una constitución, por lo que cualquier texto constitucional ha implicado e implica, que las personas que no pueden participar en su elaboración o en su desarrollo sufran, al menos: una subordinación (sometimiento a las decisiones de otra persona); una dominación (sometimiento a decisiones de subordinación ilegítimas); y, muchas veces, una opresión (toda estructura en la que unas personas impiden que otras alcancen su plenitud). La opresión según Young (Young, 2004: 39-65) puede presentarse bajo cinco aspectos: violencia, explotación, marginalización, desapoderamiento, e imperialismo cultural.

Cualquier pacto constituyente es un orden impuesto para quienes no han participado en él y para quienes, habiendo participado, no han conseguido la fuerza necesaria para incluir sus puntos de vista, así pues, el principio democrático nace con estas taras.

Pero en estos momentos el pacto constituyente no acaba en la creación de un estado sino que va más allá, ya que ese estado se relaciona con otros en el marco del Derecho Internacional. Su voz será su gobierno, cuya elección y funciones ha determinado la constitución, y sus decisiones habrán de ser aprobadas por los parlamentos, y nunca podrán contravenir las previsiones hechas en la constitución, para lo que se prevén instrumentos, en nuestro caso, el control previo de constitucionalidad de los tratados que hace el TC.

Ahora bien, la obligación creada por aquella decisión está por encima del derecho interno, incluida la constitución (punto 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969, aunque la Convención también prevé posibilidades para la nulidad de un tratado).

El resultado es que unas pocas personas, en general hombres, como nos recordaba Hoffman (Hoffman, 2001), tienen el poder de ceder a instancias internacionales la gestión de los que hasta entonces eran sus propios ámbitos de decisión.

Desde el punto de vista de las personas que no pudieron hacer oír su voz en el primer pacto, es que, aunque alcanzasen las mayorías necesarias en su estado para cambiar las reglas del juego internas, no podrían cambiar las externas, asumidas como deberes por quienes las precedieron –Grecia hoy–.

En ese marco se presenta hoy la democracia, es decir, la posibilidad de discutir sobre aquellos problemas que siguen perteneciendo al ámbito interno de decisión, que, hoy por hoy, son casi inexistentes, porque las grandes decisiones se toman en instancias internacionales a las que la ciudadanía y, a veces, los propios poderes del estado no llegan –Hernández Campillo (Hernández Campillo, 2008: 68) nos recuerda que existen una serie de organismos internacionales como el Banco Mundial o el FMI que están fuera del control de las legislaciones de cualquier estado–.

Ahora bien, la primera decisión de gestionar así lo común corresponde a quienes pudieron introducir en el primer pacto, la constitución, sus ideas, por lo tanto, también la responsabilidad de lo después acaecido.

4. Consecuencias para las mujeres

Los pactos constitucionales *contra natura* que nos han precedido han dejado a las mujeres en una situación de subordinación sistémica que es preciso ver, a pesar de todos los dispositivos que existen para hacerla invisible. Hablo de pactos *contra natura*, porque no se preocuparon de las consecuencias que el sistema que creaban tendría en la naturaleza –recordemos, que las mujeres eran consideradas naturaleza y no seres racionales, siguiendo las ideas de Rousseau–. Esa subordinación sistémica se manifiesta de muchas maneras.

En el primer pacto, por citar algunas:

1) al no ser seres racionales

- No participan en el pacto ni en los grandes conceptos unidos a él: soberanía, pueblo, democracia, etc.
- No son tenidas en cuenta en la configuración de las declaraciones de derechos, pensadas en un primer momento para hombres blancos propietarios.

2) al no participar

- Los hombres crean el arquetipo mujer que consiste en estar a su servicio.
- Se crea y consolida un sistema económico que olvida la reproducción que se inscribe en el espacio privado, ajeno al sistema.

En el pacto del estado social:

1) cuando ya son formalmente seres racionales:

- Siguen sin participar en el pacto, se adhieren a él, por lo que no se revisan los grandes conceptos para incluirlas.

- Siguen sin ser tenidas en cuenta en las declaraciones de derechos que ahora sí incluyen a los hombres no blancos y no propietarios –tras la declaración universal de derechos humanos tuvo que hacerse una expresa convención para la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, hecho que nos indica que ni siquiera recibía un trato igual en aquellos derechos concebidos para los hombres–.

2) al seguir sin participar en igualdad de condiciones:

- No se revisa el arquetipo mujer, que pasa a ser invisible, incluso para las propias mujeres.
- No se revisa el sistema económico para integrar la reproducción.

Para detectar la desigualdad de mujeres y hombres en nuestro sistema actual no parece necesario ser feminista, ya que se hace obvia para cualquiera que lo estudie con la objetividad que nos permite nuestra cultura: *“(...) no parece difícil inferir que el estado y su ordenamiento jurídico son predominantemente masculinos, precisando que dicha masculinidad no ha de entenderse en el sentido organicista obsoleto del siglo pasado, sino con el alcance de la superioridad manifiesta que lo varones han tenido en la creación, configuración, articulación y dinámica de las estructuras jurídico-políticas, superioridad que en gran parte conservan todavía”* (Lucas, 1984: 333-334).

IV. CONCLUSIÓN: COMENZAR DE NUEVO EN LA LÍNEA DE SALIDA

He trazado las razones básicas para entender por qué la carrera sólo podrá ser limpia si comenzamos en la línea de salida.

Y para comenzar en igualdad de condiciones en la línea de salida tenemos que tener conciencia de en qué consiste la carga anterior para no reproducirla y en eso nos ayuda la perspectiva de género.

El fundamento de esa carga es el de haber dividido a la humanidad en razón de sexo, dando un papel subordinado a algunas personas atendiendo a esa cuestión biológica.

La subordinación de las mujeres trasciende lo jurídico-constitucional, penetra todos los aspectos de nuestra personalidad, es la idea central de nuestra cultura: Desde el Emilio o Tratado de la Educación de Rousseau aparece la idea de que las mujeres “están hechas especialmente para complacer a los hombres”; idea que repite Kant en su Antropología en sentido pragmático, de otra manera “el hombre se gusta a sí mismo, la mujer hace de sí misma objeto de gusto para los demás”. Por eso, en esa línea de salida tenemos que saber que las mujeres no hemos definido nuestra identidad, ni nuestro orden (Irigaray, 1992: 54).

El que esa tarea quede por hacer tiene consecuencias concretas en un pacto constituyente, en cuya redacción debería haber el mismo número de mujeres que de hombres, ya que esas mujeres, en algunos casos, ni siquiera serán conscientes de su papel subordinado, ya que como he dicho anteriormente, ese ha sido el éxito del sistema: invisibilizar a las propias mujeres su subordinación. Por eso es interesante reseñar algunas cosas concretas de la carga, que hemos llevado formalmente y que materialmente sigue pesando sobre nosotras, que no deberían repetirse en un pacto constituyente con perspectiva de género.

En su parte dogmática:

- Uso correcto del lenguaje: la primera cosa que hemos aprendido las mujeres es que lo que no tiene nombre no existe; por eso sería necesario acabar con el uso del masculino como genérico, y propiciar el uso de palabras como persona o ser humano..... a las que asociar la dignidad humana;
- La igualdad de los seres humanos debe ser un principio ontológico del sistema, pero no un derecho, si no se puede garantizar tanto formal como, y sobre todo, materialmente, porque nada hay más artero que nominar como iguales a quienes no lo son;
- La revisión de la lista de derechos: el derecho a la vida debería ir precedido de la existencia del derecho a una sexualidad libre y del derecho a la reproducción libremente decidida –no es éste el lugar para ahondar en la diferencia entre derechos sexuales y derechos reproductivos, pero sirva de llamada de atención una premisa: cualquier mujer que tenga que decidir sobre si continúa o no un embarazo, por definición, ha visto violados sus derechos sexuales (Astola, 2014)–.

En su parte orgánica:

- El principio democrático debe ser redefinido como democracia paritaria, de tal manera que todos los órganos del estado deben constituirse en paridad de mujeres y hombres.

Las cláusulas económicas:

- Debería revisarse el sistema llamado económico incluyendo lo que hemos denominado social hasta ahora;
- Debería redefinirse el concepto producción incluyendo todo lo necesario para la reproducción, tanto de las personas como del planeta.

¿Realmente se puede hacer eso en un mundo como el nuestro? En solitario parece bastante improbable, ya que muchos de los conceptos que aquí aparecen están siendo gestionados fuera de nuestros estados. Y eso también debe ser tenido en cuenta.

Estas reflexiones tienen, por tanto, un carácter mundial, ya que resultaría imposible establecer un pacto constituyente de estas características en solitario.

Abundaré diciendo que mientras la acumulación de capital sea el eje sobre el que pivotamos, partimos del reconocimiento del poder de quienes tienen frente a quienes no tienen –personas con cargas y sin ellas– por lo que cualquier intento hacia la igualdad de las personas resultará infructuoso.

Ahora bien, cualquier pacto que no contenga esos cambios seguirá siendo un pacto *contra natura* y seguirá permitiendo que la subordinación de las mujeres sea la base del sistema.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio, (2011): “¿Qué es un dispositivo?”, in: *Sociológica*, nº 73, pp. 249-264.
- ASTOLA MADARIAGA, Jasone (2014): “De la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo al anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada: buscando los porqués últimos de la supresión de derechos fundamentales”, in: *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, pp. 463-490.
- BARBÉ DURÁN, Lluís (1996), *El curso de la economía*, Barcelona: Ariel.
- BARRÈRE UNZUETA, M^a Ángeles (2014): “La igualdad de género desde el activismo de las profesiones jurídicas”, in: *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100, pp. 513-528.
- BOURDIEU, Pierre, (1999): *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, 2^a edición, Barcelona: Anagrama.
- DE VEGA, Pedro (1988): *La reforma constitucional y el problema del poder constituyente*, Madrid: Tecnos.
- FOUCAULT, Michel (2009): *La arqueología del saber*, Madrid: Siglo XXI.
- GARCÍA FANLO, Luis (2011): “Qué es un dispositivo: Foucault, Deleuze, Agamben”, in: *A Parte Rei: Revista de Filosofía*, nº 74, pp.1-8.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (2016): “Nombrar como manifestación del poder del Consejo: Discrecionalidad e independencia del Juez”, in: Jiménez Gluck, David et al. (Ed.), *Independencia Judicial y Estado Constitucional. El Gobierno Judicial*, Alicante: Tirant lo Blanch, pp. 66-100.
- HELLER, Herman (1983): “Democracia, Política y Homogeneidad social”, in: *Escritos Políticos*, Madrid: Alianza Universidad.
- HERNÁNDEZ CAMPILLO, José Alfredo (2008): *Soberanía y globalización. Un enfoque sistémico*, México: Porrúa.
- HOFFMAN, John (2001): *Gender and sovereignty: feminism, the state and international relations*, New York: Palgrave.
- IRIGARAY, Luce (1992): *Yo, tú, nosotras*, Madrid: Cátedra.
- JÓNASDÓTTIR, Anne (1993): *El poder del amor. ¿Le importa el sexo a la democracia?*, Madrid: Cátedra.
- LEWIS, Jane (2000): “Estado de bienestar y trabajo de cuidado no remunerado”, in: De Villota, Paloma (Ed.), *La política económica desde una perspectiva de género*, Madrid: Alianza, pp. 55-75.
- LUCAS VERDÚ, Pablo (1984): *Curso de Derecho Político*, Madrid: Tecnos. Vol. IV.
- MACKINNON Catharine A. (2007): *Are women human? And other international dialogues*, Cambridge: Harvard University Press.
- MAIHOFFER Werner (1996): “Principios de una democracia en libertad”, in: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Hiede, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: IVAP, Marcial Pons.
- MAÍZ, Ramón (2003): “Poder, legitimidad y dominación” in: Arteta, Aurelio et al. (Ed.), *Teoría política: poder, moral y democracia*, Madrid: Alianza.
- THURLOW, Lester C., (1979): “A Theory of Groups and Economic Redistribution”, in: *Philosophy and Public Affairs*, vol. 9, nº 1, pp. 25-41.
- YOUNG, Iris Marion (2004): “Five Faces of Oppression”, in: Heldke Lisa et al. (Ed.), *Oppression, Privilege and Resistance*, Boston: McGraw Hill, pp. 39-65. ■