

CUANDO EL GÉNERO DIALOGA CON LA JURISPRUDENCIA: CAMINOS PARA UN CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN LA SUPREMA CORTE BRASILEÑA

*André Demetrio*¹

1. Resumen

En la historia, el constitucionalismo ha borrado y silenciado las mujeres por medio de la deslegitimación y de la exclusión, es decir, las mujeres ni siquiera eran sujetas y ciudadanas de derecho. Con efecto, hubo un retraso en el reconocimiento de los derechos de las mujeres²: lo primer derecho concedido fue el sufragio en 1931 (España)³ y 1932 (Brasil)⁴.

Por consecuencia, la función de las mujeres en las constituciones recientes se ha cambiado, permitiendo nuevas posibilidades para una mayor participación y ocupación en los espacios públicos⁵. Estos documentos políticos comenzaron a teñir mecanismos jurídicos que se convirtieron en una mayor igualdad de género⁶ entre hombres y mujeres. En ese marco temporal, el derecho a la

¹ Doctorando en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M) y estudiante de Máster en Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC). ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-0082-5147>. E-mail: demetrio@outlook.com. Directora de tesis: Doctora Itziar Gomez Fernandez.

² WEBER, R., «Prefácio», en: OLIVEIRA PETER DA SILVA, C.; Maria de Queiroz Barboza, E.; GIRARDI FACHIN, M., (coords); NOWAK, B. (org.), *Constitucionalismo Feminista*, Editoria JusPODIVM, Salvador, 2018.

³ Véase (i) FIGUERUELO BURRIEZA, Á., «Setenta y cinco años de sufragio femenino en España», en: *Criterio jurídico*, nº. 7, 2007, pp. 141-162; (ii) CAMPOAMOR, C., *El voto femenino y yo: mi pecado mortal*, Editorial Renacimiento, Sevilla, 2018 y (iii) AGUILERA SASTRE, J.; LIZARRAGA VIZCARRA, I., «Las feministas españolas y el VIII Congreso de la Alianza Internacional para el Sufragio de la Mujer (1920)», en: *IgualdadES*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 1, 2019.

⁴ En Brasil, el decreto nº 21.076, de 1932, en el artículo 2º, consideraba como elector a todo ciudadano, independiente del sexo, mayor de 21 años.

⁵ REIS PRA, J.; EPPING, L., *Op. cit.*

⁶ El **género** puede considerarse los papeles culturales construidos que hombres y mujeres viven en la sociedad. El **sexo** es las características biológicas que diferencian a los hombres de las mujeres. Véase SCOTT, J., *El género: una categoría útil para el análisis histórico*, 2019. Disponible en: https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos_economicos_sociales_culturales_genero/El%20Genero%20Una%20Categoria%20Util%20para%20el%20Analisis%20Historico.pdf.

igualdad entre hombres y mujeres solamente ganó terreno en 1978 con la Constitución española⁷ y en 1988 con la Constitución brasileña⁸.

En relación con esto, puede preguntarse: ¿Cuál es la función de la mujer en la sociedad y en el derecho? Por supuesto, el derecho ha contribuido para la desigualdad de género entre hombres y mujeres y en la inserción de los estereotipos en las leyes y en la constitución. Así, los dispositivos jurídicos ayudaron y propagaron la desigualdad de género por medio de las constituciones, códigos de conductas y legislaciones, pero eso no significa que no se pueda tener una reconstrucción y resignificación de la mujer por medio del propio derecho⁹.

Por lo tanto, se puede afirmar que las constituciones definieron nociones y conceptos por medio de una perspectiva masculina¹⁰. De ese modo, las cartas políticas escriben los términos en que los hombres involucrados aceptan respetarse unos a otros. En ese sentido, acaban siendo el foco de ciertos actos legales, ya que la ley es un vehículo real de poder social¹², y la Constitución estaría en el ápice de este poder.

⁷ En este sentido, María Luisa Balaguer Callejón (2005) apunta que «*la Constitución recoge normas jurídicas que han constituido un avance importante en la igualdad de derechos de la mujer. La equiparación de los hijos legítimos e ilegítimos redundará en mayor igualdad para la mujer, la igualdad de los cónyuges en el matrimonio forzó reformas legislativas en el ámbito civil, y de la redacción de algunos preceptos constitucionales se han derivado importantes reformas que han derivado en una igualdad de género*». BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «Mujeres y Derechos Constitucionales: la construcción jurídica del género», en: FREIXES SANJUÁN, T.; SEVILLA MERINO, J. (coords.), *Género, constitución y estatutos de autonomía*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2005.

⁸ La Constitución Federal de Brasil (1988) tiene un nuevo paradigma en relación con los hombres y las mujeres por considerarlos iguales. Es una ruptura con la desigualdad y con la sociedad patriarcal, pero es necesario destacar que este proceso no está finalizado, en vista de la necesidad de nuevos avances jurídicos y sociales para las mujeres en Brasil. Véase QUEIROZ BARBOZA, E. M.; DEMETRIO, A., «Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista», en: *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019

⁹ KARST L., K. «Woman's Constitution», en: *Duke Law Journal*. Durham, v. 447, jun. 1984, pp. 447 – 508.

¹⁰ Véase SALAZAR BENÍTEZ, O., *Masculinidades y Ciudadanía*, Dykinson, Madrid, 2013.

¹¹ BAINES, B.; RUBIO-MARÍN, R., *The gender of constitutional jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004

¹² HIRSCHL, R., *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press, Cambridge, 2007.

El constitucionalismo feminista¹³ es un proyecto de repensar el derecho constitucional de manera de enfrentar y reflejar el pensamiento y la experiencia feminista. En términos teóricos, el constitucionalismo feminista parte del presupuesto de una lente interpretativa para poner derechos fundamentales de género en el derecho constitucional¹⁴. Más allá de esto, teniendo en cuenta las diferencias de los sistemas del control de constitucionalidad¹⁵ de España y Brasil, buscase un análisis de la garantía jurisdiccional de los derechos

¹³ Itziar Gomez Fernandez defiende una reforma del poder constituyente para cuestionar y confrontar las bases de la desigualdad entre mujeres y hombres. Para ella, el «*sistema constitucional de derechos fundamentales pide una reforma que actualice y proyecte [...]*» los derechos fundamentales de las mujeres. Así, la constituyente feminista piensa en el poder de decisión y en derechos fundamentales por medio de una igualdad y perspectiva de género entre hombres y mujeres. De este modo, este poder resultará en un texto fundador, que reflejará en la estructura y organización del Estado, en la instrumentalización y en la limitación de los derechos individuales y colectivos y en el propio ser social de derechos, o sea, mujeres y hombres. Véase GOMEZ FERNANDEZ; I., «¿Un pacto de Estado o un pacto Constituyente contra la violencia machista?», en: *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, Zaragoza, 2017, p. 102 y GOMEZ FERNANDEZ; I., *Una Constituyente Feminista: ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?* Marcial Pons, Madrid, 2017.

¹⁴ QUEIROZ BARBOZA, E. M.; DEMETRIO, A., «Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista», en: *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019

¹⁵ **El control de constitucionalidad español es concentrado**, una solución europea para la constitucionalidad de las leyes y de la Constitución. Manuel Aragon (1979) habla que el sistema español «*es más bien una especie híbrida en la que se reúnen caracteres propios de cada uno de los dos modelos de control judicial existentes en Derecho comparado (el de jurisdicción concentrada y el de jurisdicción difusa) en cuanto que además del Tribunal Constitucional también desempeñarán el control, según el art. 53.2, los tribunales ordinarios*». Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) establece que «*la doctrina consolidada que el control de constitucionalidad de leyes y disposiciones que lleva a cabo este Tribunal es un control «abstracto»*» (TC 105/2019). Véase ARAGÓN REYES, M., «El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978», en: *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979 y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Introducción al Régimen Constitucional Español*, Sanz y Torres, Madrid, 2003, p. 266 – 268. **El control de constitucionalidad brasileño es mixto**, es decir, concentrado y difuso. En este sentido, La Constitución brasileña de 1988 otorga a la corte suprema federal el poder de ejercer un control concentrado y difuso sobre la constitucionalidad. Es importante destacar que la Corte Suprema «no decide como institución, ya que sus sentencias están determinadas por el resultado de la suma de los votos de cada uno de sus Ministros». Véase KOZICKI, K.; BORGES ARAÚJO, E., «Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo», en: *Seqüência (Florianópolis)*, n. 71, p. 107-132, 2015 y HÜBNER MENDES, C., *Controle de constitucionalidade e democracia*. Elsevier, Rio de Janeiro, 2008.

fundamentales de las mujeres en el Tribunal Constitucional español¹⁶ y en la Suprema Corte brasileña¹⁷.

Finalmente, el proyecto tiene como pregunta: ¿Cuál es la función de la Suprema Corte brasileña y del Tribunal Constitucional español la construcción y en la inserción de un constitucionalismo feminista en su jurisprudencia, después de la Constitución de 1988?

2. Metodología de investigación:

La investigación utilizará el método deductivo y se dividirá en tres etapas, iniciando por el estudio de género y de los movimientos feministas, para a comprensión de la teoría del constitucionalismo feminista. La última etapa consistirá en el análisis jurisprudencial en el Tribunal Supremo de Brasil y en el Tribunal Constitucional español en casos que versen sobre salud sexual y reproductiva, educación, acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad y acceso y permanencia en el mercado laboral. La importancia del análisis de casos judiciales es para verificar si hay una incidencia de una visión de género en una Corte constituida por mayoría de hombres.

Actualmente, el proyecto se encuentra en la segunda etapa de investigación, es decir, en la búsqueda de bibliografía para comprender la inserción del género y del feminismo en el derecho constitucional.

¹⁶ Garcia-Pelayo (1981: 15) afirma que el Tribunal Constitucional español tiene como función «*perfeccionar la vigencia del Estado de Derecho*». Del mismo modo, el artículo primero de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, establece que el Tribunal es «*intérprete supremo de la Constitución*». Véase GARCIA-PELAYO, M., «El “status” del Tribunal Constitucional», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 1, n. 1, 1981 y BOE, *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*, 2019. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709>.

¹⁷ El modelo jurisdiccional brasileño por una Corte Suprema fue creado por la Constitución de 1891, definiendo que dependería de la corte juzgar los casos contra la Unión que involucraban la Constitución. En 1892, el Supremo Tribunal Federal (STF) interpretaría ampliamente la libertad de movimiento, un derecho legal inmediatamente protegido por el *habeas corpus*, extendiendo su esfera de protección a los derechos fundamentales. Con la Constitución de 1988, la Corte se convierte en el guardián de la Constitución, es decir, proteger los derechos fundamentales. Véase KOZICKI, K.; BORGES ARAÚJO, E., «Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo», en: *Seqüência (Florianópolis)*, n. 71, p. 107-132, 2015 y MARIA BORGES DE FREITAS, G.; DA ROSA DE BUSTAMANTE, T., «Separação e Equilíbrio de Poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988 Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF», en: *Cadernos Adenauer XVIII*, nº1, 2017.

3. Referencias bibliográficas

- AGUILERA SASTRE, J.; LIZARRAGA VIZCARRA, I., «Las feministas españolas y el VIII Congreso de la Alianza Internacional para el Sufragio de la Mujer (1920)», en: *IgualdadES*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 1, 2019.
- ARAGÓN REYES, M., «El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978», en: *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979
- BAINES, B.; RUBIO-MARÍN, R., *The gender of constitutional jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Mujer y constitución: la construcción jurídica del género*. Madrid: Ediciones Cátedras, 2005
- GARCIA-PELAYO, M., «El “status” del Tribunal Constitucional», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 1, n. 1, 1981.
- GOMEZ FERNÁNDEZ, I., *Una Constituyente Feminista: ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?* Marcial Pons, Madrid, 2017.
- GOMEZ FERNANDEZ; I., «¿Un pacto de Estado o un pacto Constituyente contra la violencia machista?», en: *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, Zaragoza, 2017, p. 102
- GOMEZ FERNÁNDEZ, I., «Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España», en: *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2019
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Introducción al Régimen Constitucional Español*, Sanz y Torres, Madrid, 2003, p. 266 - 268
- HIRSCHL, R., *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press, Cambridge, 2007.
- HÜBNER MENDES, C., *Controle de constitucionalidade e democracia*. Elsevier, Rio de Janeiro, 2008
- KARST, K. L. «Woman’s Constitution», en: *Duke Law Journal*. Durham, v. 447, jun. 1984, pp. 447 – 508.

- KRAVARITOU, Y., *An introduction and a bibliography on feminist jurisprudence*, Badia Fiesolana, San Domenico, Firenze, European University Institute, Department of law, 1997.
- MARIA BORGES DE FREITAS, G.; DA ROSA DE BUSTAMANTE, T., «Separação e Equilíbrio de Poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988 Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF», en: *Cadernos Adenauer XVIII*, nº1, 2017.
- QUEIROZ BARBOZA, E. M.; DEMETRIO, A., «Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista», en: *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019
- REIS PRA, J.; EPPING, L., «Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres», en: *Revista Estudos Femininos*, Florianópolis , v. 20, n. 1, pp. 34
- SALAZAR BENÍTEZ, O., *Masculinidades y Ciudadanía*, Dykinson, Madrid, 2013
- SCOTT, J., *El género: una categoría útil para el análisis histórico*, 2019. Disponible en: https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos_economicos_sociales_culturales_genero/El%20Genero%20Una%20Categor%C3%ADa%20Util%20para%20el%20An%C3%A1lisis%20Hist%C3%B3rico.pdf
- WEBER, R., «Prefácio», en: OLIVEIRA PETER DA SILVA, C.; Maria de Queiroz Barboza, E.; GIRARDI FACHIN, M., (coords); NOWAK, B. (org.), *Constitucionalismo Feminista*, Editoria JusPODIVM, Salvador, 2018.