



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_enero-junio 2024 | pp. 251-274
Santiago de Compostela, 2024
[https://doi.org/ 10.36402/regap.v67i1.5200](https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5200)
© Ignacio Álvarez Rodríguez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 27/03/2024 | Aceptado: 03/12/2024

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

A ideoloxía da perspectiva de xénero

La ideología de la perspectiva de género

The ideology of gender mainstreaming

67 Regap

Regap



ESTUDIOS

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

Resumo: Este traballo é unha reflexión en voz alta, desde o dereito constitucional, acerca dun concepto tan brumoso e controvertido como a perspectiva de xénero. Análzase en primeiro termo o concepto en canto noción pretendidamente xurídica, cuxo estudo transloce unha confusión e indeterminación notorias. ¹En segundo lugar, estúdase como se introduciu esta noción na lexislación igualitaria máis recente. En terceiro lugar, abórdase o concepto na medida en que fixo acto de presenza nalgúnhas sentenzas constitucionais, especialmente nalgúns votos particulares. Finalízase cunha reflexión de fondo sobre o problemático da noción desde a óptica constitucional.

Palabras clave: Dereito constitucional, Constitución, igualdade, feminismo, perspectiva de xénero.

Resumen: El presente trabajo es una reflexión en voz alta, desde el Derecho Constitucional, acerca de un concepto tan brumoso y controvertido como la perspectiva de género. Se analiza en primer término

¹ Este traballo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación: *Identities colectivas y justicia penal: un enfoque interdisciplinar*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. IPs: Alicia GIL GIL y José NÚÑEZ, y también en el marco del Proyecto HORIZON: *EU-CIEMBLy: Creating an Inclusive European Citizens' Assembly*, financiado por la Unión Europea. IP: Dulce Lopes.

el concepto en cuanto noción pretendidamente jurídica, cuyo estudio trasluce una confusión e indeterminación notorias. En segundo lugar, se estudia cómo se ha introducido dicha noción en la legislación igualitaria más reciente. En tercer lugar, se aborda el concepto en tanto que ha hecho acto de presencia en algunas sentencias constitucionales, especialmente en algunos votos particulares. Se finaliza con una reflexión de fondo sobre lo problemático de la noción desde la óptica constitucional.

Palabras clave: Derecho constitucional, Constitución, igualdad, feminismo, perspectiva de género.

Abstract: This work is an out-loud reflection on Constitutional Law about a concept as nebulous and controversial as the gender perspective. We start by analyzing the concept as a supposedly legal notion, the study of which reveals notorious confusion and indeterminacy. Secondly, we study how this notion is a product of the most recent egalitarian legislation. Thirdly, we address the concept as it has appeared in some constitutional rulings, especially in individual votes. It ends with a background reflection on the problematic nature of the notion from a constitutional perspective.

Key words: Constitutional Law, Constitution, equality, feminism, gender mainstreaming.

1 Planteamiento

En el presente texto se analiza detenidamente la llamada “perspectiva de género” y su introducción en el sistema constitucional español, especialmente en algunas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, idea usualmente defendida –de momento– no tanto en el cuerpo de la sentencia sino en los votos particulares (tanto disidentes como concurrentes).

Para ello, en primer lugar, intentaremos ofrecer una aproximación conceptual a una realidad prácticamente inasible. Es harto difícil definir qué sea la perspectiva de género, pero, por mor del objetivo del trabajo, no debemos eludir el reto. En segundo lugar, expondremos dónde y cómo el reciente legislador español ha introducido la noción y con qué alcance. En tercer lugar, debemos hacer lo propio con el manejo que realiza el Tribunal Constitucional de la perspectiva de género, pues comienza a hacer acto de aparición en algunas resoluciones (señaladamente, en los votos particulares referidos anteriormente). Por último, haremos acopio de una serie de consideraciones críticas que desembocarán en la consabida reflexión final.

Estamos en condiciones de demostrar, al menos a título de hipótesis, que se está empezando a perfilar en el derecho constitucional español contemporáneo el empleo de una herramienta extraña al mismo para operar un cambio de paradigma –al menos intentarlo–: la perspectiva de género pretende actuar cual rompehielos constitucional para situarnos más allá del derecho constitucional, destruyendo a su paso algunos de los valores constitucionales esenciales, tales como el derecho a no ser discriminado, la libertad, o la presunción de inocencia, por mencionar solo tres (DOMINGO, 2023; GALINDO y UJALDÓN, 2022; y SOLEY, 2022).

2 La perspectiva de género como concepto

En trabajos previos dejamos constancia de que la perspectiva de género es un concepto equívoco, desnortado, tendencialmente tendencioso, y bastante pobre desde el punto de vista intelectual. Si resumimos tales asertos, la operación para desentrañar

qué sea la perspectiva de género debería valerse de los siguientes pasos. Así, filósofos políticos como Félix Ovejero entienden que la perspectiva de género tiene a los biólogos bajando la cabeza y callando cuando estos saben con seguridad que ciertos aspectos de la humanidad tienen base biológica suficiente como para desmontar las tesis de un movimiento feminista que, por lo demás, abraza tales radicalismos en la actualidad que sus próceres acabarán por convertirlo en residual (VALDEÓN, 2023: 134).

En primer término, dar por bueno el “género”. Para el feminismo, *género* define la construcción social que ha servido para que los hombres gobiernen y dominen el mundo en general y a las mujeres en particular. Sexo es un concepto biológico y se emplea como soporte para realizar tal construcción cultural. La operación quedaría así, según estas tesis: el hombre, basándose en las características biológicas sexuales de hombres y mujeres, ocupa el espacio público y relega a la mujer al espacio privado. Mientras que la mujer es persona que debe dedicarse a la crianza, al hogar y a los cuidados, el hombre debe salir a ganar el sustento familiar, aprovechando de paso para gobernar, sentenciar y para mandar en todos los órdenes de la vida, en definitiva.

Una filósofa experta en estos debates como lo es Kathleen Stock ha distinguido hasta cuatro acepciones de “género” que suelen emplearse indistintamente en los debates igualitarios. Aunque lo aconsejable, desde la pulcritud intelectual, sería distinguir y desbrozar, el brochazo suele ser la regla. La primera acepción sería una forma de expresar la división entre hombres y mujeres entendida como alternativa tradicional a la división biológica hombre-mujer. La segunda es una forma de designar los estereotipos sociales y expectativas que se predicán de hombres y mujeres. La tercera designa la división entre hombres y mujeres entendida como dos grupos que se blande contra un presunto determinismo biológico. Finalmente, la cuarta acepción daría entrada a la identidad de género, que es tanto como decir para sus defensores la experiencia privada del rol de género

En segundo término, transitar sin denuedo desde “la perspectiva”, que es tanto como decir el enfoque, la visión, el filtro, o la mirada. Así que en todos los casos que se plantee una presunta discriminación, debemos poner como filtro de intermediación la mirada de género, la necesidad de asumir que esa relación está matizada por el poder secular que ha ejercido y ejerce el hombre sobre la mujer. Sólo mediante el género se conseguirá destruir el género. Si las discriminaciones sociales más lacerantes se producen *por culpa* del género, será a través del género como debemos eliminarlas. Llegados a este paso no está de más hacer notar que, aunque estas tesis llevan décadas entre nosotros, por más que legislan para paliar los efectos perniciosos del patriarcado, nunca parecen tener fin y siempre encuentran nuevas discriminaciones que abordar y nuevas leyes, en consecuencia, que aprobar. Se dice que el término patriarcado significa literalmente gobierno de los padres. Mientras que los antropólogos empleaban la expresión en ese sentido desde el siglo XIX, la teoría feminista la importó a su pensamiento para equipararla con el gobierno de los hombres. En las sociedades democráticas –mucho menos en las actuales– ser padre no es un factor significativo para alcanzar o retener el poder y/o los puestos

Regap



ESTUDIOS

de autoridad (REEVES, 2023; JIMÉNEZ, 2019; y CONTRERAS, 2023). Dicho con otras palabras: en materia de igualdad de género bien podría darse el llamado *efecto trinquete*, descrito por el economista Robert Higgs, quien dijo que el Estado aprovecha cualquier situación de crisis para aumentar su tamaño y capacidad de control sobre la economía. *Mutatis mutandis*, el feminismo institucional aprovecharía cualquier situación, crítica o no, para llevar un paso más allá sus propuestas, auto-legitimarse en sus reivindicaciones y seguir ciegamente el camino que conduce –ojalá nos equivoquemos– hacia el abismo.

Algunos juristas inciden en la idea de que estamos, más que ante un concepto acabado u operativo, ante una estrategia que, en función de quien la enarbole, cambia sus contornos y cometidos, incluso al punto de hacerlos no diremos diametralmente opuestos pero sí poco compatibles entre sí. Los tratados y documentos internacionales auspiciados por las principales organizaciones internacionales (ONU, Consejo de Europa) tendrían como uno de sus fines alcanzar la igualdad de género y la perspectiva de género sería la estrategia para lograrlo. Esto es, una relación de fines y medios. Así entendida, estaríamos ante “el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes políticas o programas, en todos los actores y a todos los niveles”. Se garantiza, de esta manera, que las preocupaciones y las experiencias de las mujeres, también de los hombres, puedan ser elementos integrantes de la elaboración, aplicación, supervisión y evaluación de las políticas públicas. Con razón dijo Jon Elster que nada hay externo a la sociedad, salvo el precompromiso mediante organizaciones y tratados internacionales (ELSTER, 2009: 117).

No podemos obviar que a finales de los años noventa el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas aunó la transversalidad y la perspectiva de género para decir que: “Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros” (ONU, 2022).

Otra acepción de la perspectiva de género vendría trufada de ideología de género, noción que intenta hacer ver que las mujeres viven seducidas y engañadas por el patriarcado aberrante que, por lo demás, nos subyuga a todos. Así las cosas, toman decisiones que les perjudican fruto de esa confusión, tales como ser madres o formar una familia. Dichas decisiones sólo contribuyen a oprimir a la mujer, quien se cree libre de decidir y es –cómo no– una engañada. Por algo dijo Simone de Beauvoir en aquella famosa entrevista de infausto recuerdo que no debía permitirse bajo ningún concepto la opción de que la mujer se quedase en casa para criar a sus hijos: de existir tal elección, “demasiadas mujeres optarían por ella” (TRILLO-FIGUEROA, 2009).

La doctrina crítica hace hincapié en que la mutación del feminismo en un identitarismo de género basado en la ideología de género es un proceso que lleva en marcha décadas. Una de sus conspicuas representantes, Sulamith Firestone, no dudó en explicar a quien quisiera oírla, allá por 1970, que el objetivo final de la revolución feminista no era eliminar los privilegios de los hombres, sino hacer buena la diferencia sexual entre hombres y mujeres, para poner fin a “la tiranía de la familia biológica y permitir todas las formas de sexualidad”. Resurge con fuerza la idea, vistas así las cosas, que tanto pábulo tiene en algunos foros académicos: la mujer y el hombre son diferencias obsoletas a superar. De ahí que necesiten de constante legislación de género para imponer sus diatribas, porque estamos ante una propuesta marcadamente antinatural (AYLLÓN, 2019; y RUBIO, 2021).

Al hilo de estas reflexiones, surge la duda de si determinados sectores feministas no estarán presos del conocido *síndrome de Münchhausen por poderes*. Se dice que se da este fenómeno cuando los padres hacen enfermar a sus hijos para luego poder llevarlos al médico y de esa manera salvarlos. Si el hijo está bien, necesita menos a sus padres; si está mal, tal estado permite protegerlo, sobreprotegerlo y presentarse como su salvador. Cámbiese “hijos” por “mujeres” y probablemente entenderemos por qué no es infrecuente escuchar a mujeres abjurar del feminismo en cualquiera de sus variantes. Estos sectores necesitan de una situación cuasi apocalíptica para traer sus remedios, tan incisivos pero tan necesarios a sus ojos; si dicha situación no existe (y no existe), necesitan construir un relato que diga que existe o que se encuentra en ciernes de existir. Y así pueden seguir insistiendo y empujando un poco más sin solución de continuidad (BOUCHOX, 2022: 45).

Por supuesto, estas cuestiones del género a veces enmascaran auténticas atrocidades. Cuando una activista de origen somalí y declarada feminista hizo públicos los datos que había recabado, el feminismo académico e institucional no dijo nada. Lo que su investigación demostraba era que en una escuela concreta de Suecia un porcentaje considerable habían sufrido ablación genital. Por supuesto, sí hubo voces que defendieron que el multiculturalismo impone peajes como este, pues parecen más preocupados de que los “colectivos vulnerables” no protagonicen titulares negativos en prensa que de la aberración que tuvieron que padecer las niñas (MOUNK, 2022: 152).

3 La perspectiva de género en la legislación

En España existe desde hace décadas un proyecto igualitario en marcha que, también en sede legislativa, ha apostado por introducir una batería de conceptos abstrusos y confusos. Nociones como la perspectiva de género, el enfoque de género, el *mainstreaming* de género, o la discriminación múltiple e/o interseccional son, si se permite la expresión, los nuevos unicornios. Nadie sabe muy bien qué significan, y mucho menos sus implicaciones reales, pero sí sabemos que son enarbolados sistemáticamente por quienes alcanzan el poder institucional para poder ejecutar sin cortapisas

Regap



ESTUDIOS

su agenda. Como hemos podido seguir de cerca la cuestión en los últimos trabajos doctrinales, prestaremos atención ahora a las novedades legislativas más recientes.

La norma legal más reciente es la *Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, que define dicha perspectiva en su artículo único, apartado tres, como una tarea obligatoria para las administraciones públicas de incluir:

“un enfoque de género fundamentado en la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de esta ley orgánica, y promoverán y aplicarán de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para el empoderamiento de las mujeres y las niñas”.

Dos apuntes al respecto. Por un lado, que la *Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, reitera en su artículo 2.c) el concepto arriba reseñado en sus exactos términos literales. El texto se inspira en el artículo 6 c) de la *Ley foral 14/2015, de 10 de abril, para actuar contra la violencia hacia las mujeres*, de la Comunidad Foral de Navarra, donde se dice que tal lucha debe hacerse desde la “comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias”.

Encontramos la perspectiva de género en el artículo 4.4 de la *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, con el siguiente tenor literal:

“En las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros”.

La ley, acto seguido, pasa a definir una panoplia de discriminaciones con exhaustividad –y con bastante imaginación creativa, todo sea dicho– pero curiosa y misteriosamente, nada dice sobre la perspectiva de género.

Si uno acude a la *Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, auténtico faro que guía en lo tocante a políticas igualitarias, tampoco se observa ninguna definición de la perspectiva de género. Sí vemos cómo aparece, sin concretar, para exigirla a la hora de elaborar estadísticas y estudios oficiales (artículo 20); al realizar el planeamiento urbanístico (artículo 31); como formación continuada de los integrantes de la carrera judicial (disposición adicional tercera); en la actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral (disposición adicional octava); y en las actividades formativas en materia de salud (disposición adicional novena, apartado cuarto).

En la *Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria*, aparece un intento de definición del enfoque de género, en concreto en el artículo 4.4 a), que reza de la siguiente manera:

“(...) la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de esta ley (...)”.

Esto es, el enfoque de género será lo que quieran en cada momento quienes integren las instituciones, en este caso las instituciones universitarias. Amparándose en conceptos tan abstrusos y brumosos no encontramos la manera de que puedan ser medianamente operativos en el tráfico jurídico real.

Encontramos una definición en la Ley 4/2005, para la igualdad de mujeres y hombres del País Vasco, en concreto en su artículo 3.5 (aunque en puridad lo que se define es “la integración con perspectiva de género”, mandato que la propia ley hace obligatorio para todos los poderes públicos):

“(...) la consideración sistemática de las diferentes situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, incorporando objetivos y actuaciones específicas dirigidas a eliminar las desigualdades y promover la igualdad en todas las políticas y acciones, a todos los niveles y en todas sus fases de planificación, ejecución y evaluación (...)”.

La Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, regula la cuestión de forma similar. Dirá que los poderes públicos deben integrar la perspectiva de género de forma transversal en todas sus actuaciones (artículo 4), definiendo dicha integración transversal así:

“(...) Los poderes públicos potenciarán que la perspectiva de la igualdad de género esté presente en la elaboración, ejecución y seguimiento de las disposiciones normativas, de las políticas en todos los ámbitos de actuación, considerando sistemáticamente las prioridades y necesidades propias de las mujeres y de los hombres, teniendo en cuenta su incidencia en la situación específica de unas y otros, al objeto de adaptarlas para eliminar los efectos discriminatorios y fomentar la igualdad de género (...)”.

Otro tanto sucede con la Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género, aunque su tenor literal varía algo, haciéndolo, quizá, menos militante. Dice el artículo 3:

“(...) El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de la Administración del Principado de Asturias. A tal efecto, la Administración del Principado de Asturias integrará el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de forma activa en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades (...)”.

Otro ejemplo es el de la Ley 7/2018, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Aragón, cuyo articulado menciona hasta casi cincuenta veces la perspectiva

REGAP



ESTUDIOS

de género aunque no la defina. En cambio, el anexo a la Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres, entiende por perspectiva de género:

“(...) la consideración sistemática, en el conjunto de la actividad política, social, institucional, de las diferentes situaciones y condiciones de vida, obstáculos o limitaciones, participación, recursos, derechos, prioridades o necesidades, valores y comportamientos de mujeres y hombres, determinados por los roles tradicionales de género, que provocan desigualdades sociales o discriminaciones reales y efectivas entre ambos sexos (...)”.

Un cambio sutil y diferente es el que se observa en la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género, de Extremadura, cuando enuncia el principio de la transversalidad de género en su artículo 21 y dice que:

“(...) Los poderes públicos extremeños incorporarán la perspectiva de la igualdad de género en la elaboración, ejecución y seguimiento de las disposiciones normativas, así como de las políticas y actividades en todos los ámbitos de actuación, considerando sistemáticamente las prioridades y necesidades propias de las mujeres y de los hombres, teniendo en cuenta su incidencia en la situación específica de unas y otros, al objeto de adaptarlas para eliminar los efectos discriminatorios y fomentar la igualdad de género (...)”.

Finalmente, hemos encontrado otra definición en la Ley 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres de las Islas Baleares, donde su artículo 5.2 entiende por perspectiva de género:

“(...) la toma en consideración de las diferencias entre mujeres y hombres en un ámbito o una actividad para el análisis, la planificación, el diseño y la ejecución de políticas, teniendo en cuenta la manera en que las diversas actuaciones, situaciones y necesidades afectan a las mujeres (...)”.

Como se habrá podido observar, entre otros detalles que despuntan de la letra de las leyes extractadas, el binomio que se suele defender, o del cual se parte implícitamente, tanto peor, es el de las violencias que ejercen los hombres sobre las mujeres. Por supuesto, y desgraciadamente, esa violencia existe. Sucede que no es la única, ni mucho menos, pues al contrario también existe una violencia clara, pero cuyo estudio y difusión se consideran tabú en nuestro país. Dicho con otras palabras, existe una violencia de la mujer contra el hombre que apenas es analizada y, cuando se hace, se guarda bajo siete llaves. Afortunadamente, quedan investigadores valientes y dedicados que han denunciado tal estado de cosas (REEVES, 2023; y FOLGUERA, 2014).

Por lo demás, cursan actualmente algunos ejemplos “menores” (el diablo está en los detalles) que siguen la línea trazada por la legislación referida. A tal fin, podemos traer a colación el Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de agosto de 2018, por el que se crea un Consejo Asesor para la revisión de la Ley de enjuiciamiento criminal desde una perspectiva de género (sic), compuesto por algo más de un 70% de mujeres y en torno a un 30% de hombres y llamado a informar sobre dicha reforma. En los últimos tiempos se aprecia un aumento sostenido de la literatura tanto académica

como generalista que reflexiona sobre las cuitas del hombre en cuanto tal, desde una perspectiva de lo que pueda significar la masculinidad hoy día (BENNETT, 2022; JIMÉNEZ, 2019; y VINCENT, 2007).

Tampoco podemos soslayar cómo se ha ido filtrando la exigencia de perspectiva de género a los jueces con las últimas reformas operadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por un lado, “para acceder a las pruebas selectivas o de especialización será preciso acreditar haber participado en actividades de formación continua con perspectiva de género” (artículo 312.3 LOPJ). Por otro, “todas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las carreras judicial y fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia de género, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional” (artículo 310 LOPJ).

Quizá, al fin y al cabo, la tan traída y llevada igualdad en realidad sólo disfraza la querencia y la pulsión de “querer invertir las tornas” y situar ahora a la mujer por encima. Para ese viaje no hacían falta tales alforjas (legislativas). A lo peor lo que sucede en este debate es que, por motivos que solo conocen quienes promueven estas tesis, se quiere hurtar a las personas el hecho de que los seres humanos llevamos al menos quinientos millones de años siendo seres sexuales y no “seres con género”. Que nos queramos comportar de forma femenina no significa que seamos mujeres. Que busquemos pelea en un bar no nos convierte en hombres. Hay tantas diferencias entre hombres y mujeres que es imposible clasificarlas todas. Las preferencias difieren, ergo difieren las elecciones vitales de todo orden que realicemos unas y otros. Todo lo demás es ir contra la propia naturaleza. Actuar como si fuéramos idénticos es pretender contaminar la convivencia. De ahí que estas posturas arguyan que la ideología de género es peligrosa y contagiosa. De ahí que aboguen por reconocer las diferencias entre los dos sexos, paso fundamental para erigir una sociedad que conceda de veras las mismas oportunidades a todos (HEYING y WEINSTEIN, 2022: 145).

Se antoja pertinente traer a estas páginas a quienes de verdad saben para poner el broche final a este apartado. Disculpe el lector la cita tan sumamente extensa pero no dudamos de la calidad y perspicacia que atesora. Dice Stamos:

“ (...) Nadie duda de que hay mucha flexibilidad en los roles de género. Al fin y al cabo, las mujeres han demostrado con creces que pue den ser muy buenas como médicos, abogados, científicos e incluso como bomberos (...). Lo que se está discutiendo es más bien si existen diferencias genéticas fundamentales entre hombres y mujeres, diferencias estadísticas, tanto físicas como conductuales, enraizadas en nuestra historia evolutiva (...) que (...) predisponen a las mujeres a ser de una manera y a los hombres de otra. Podemos discutir cómo deberían ser las cosas (...), pero no debemos permitir que esto afecte a nuestra comprensión de cómo son las cosas, especialmente si las cosas de las que hablamos son profundamente biológicas (...). Si este denominador común es en buena parte biológico, evolución mediante, entonces el experimento feminista tiene tan pocas probabilidades de triunfar como las del experimento comunista. En este caso, la única esperanza es promulgar leyes específicas pensando en el género (...), leyes que castiguen más

Regap



ESTUDIOS

fuertemente a un género que al otro (...) leyes que establezcan por la fuerza la igualdad de género (...), leyes que traten de hacer de contrapeso a las diferencias innatas (...). La única esperanza (...) sería la práctica a fondo de la ingeniería genética, una esperanza empañada por el sueño convertido en pesadilla de Parque Jurásico (...)” (STAMOS, 2009).

Aunque no podamos hablar en sentido estricto de legislación, no podemos dejar de hacer referencia a cómo el Ejecutivo, o cierto Ejecutivo, ha dado un aldabonazo mediante planes nacionales a este mecanismo. Señal de lo que se acaba de explicitar y fruto del *zeitgeist* que impera por doquier, preñado de desenfoque y radicalismo, de odio puro y venganza ciega ebria de presunta justicia social, podemos observar la *Estrategia Estatal para combatir las violencias machistas 2022-2025*, presentado por el Ministerio de Igualdad del Gobierno de España. En ella se dice, básicamente, que hay una reacción ideológica contra los derechos de las mujeres; que dicha reacción constituye discurso de odio por razón de género y sexo; y que dicho discurso está castigado en el Código penal vigente, tanto como delito autónomo (art. 510) así como agravante (art. 22).

Esto se materializa en diversos enfoques de género, tan intensos como desbordados. Por ejemplo, se utiliza la técnica del *concepto paraguas* para decir que será violencia política contra la mujer todo lo que sea “menoscabar, obstaculizar, restringir, impedir o eliminar su participación en los asuntos públicos y/o políticos”. Que intenten castigar la vida, o la propia política, y así acaban antes. Otro cajón de sastre más en el ordenamiento constitucional, para que sea empleado a discreción por la turbamulta de siempre constituida en el poder coyuntural de turno (MINISTERIO DE IGUALDAD, 2023). Igualmente sucede con la pretendida obligación de que los medios de comunicación informen con perspectiva de género, establecida en dicho plan orwelliano, llevándose por delante sin recato la libertad de expresión e información, amén de redundar en ofrecer una visión totalizadora y discriminatoria: el filtro debe ser la perspectiva de género y todo lo demás debe quedar convenientemente silenciado o, peor aún, castigado. Pocos periodistas, siempre valientes, han denunciado dicha tropelía (LAVINIA, 2023; ONDARRA, 2023).

4 La perspectiva de género en la jurisprudencia constitucional

En este apartado se estudia en qué contexto y con qué consecuencias aparece la perspectiva de género en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Se adelanta ya, si con lo anterior no lo hemos conseguido, que estamos ante un concepto más que jurídicamente indeterminado, una noción en realidad metaconstitucional, de ahí que resulte como petición de principio de difícil encaje en la doctrina constitucionalista. Pero la realidad de los hechos demuestra que ya ha hecho acto de aparición y muy posiblemente veamos cómo cobra fuerza en el seno del propio juez de la Constitución en los próximos años. Al tiempo.

Se podría argüir que algunas sentencias de principios de siglo sembraron a conciencia para los vientos de la perspectiva de género hoy. Por un lado, la muy polémica incluso hoy STC 59/2008, confirmada por la 45/2009, donde se convalidó la constitucionalidad de la Ley de violencia de género, especialmente el castigo más duro al hombre que a la mujer por cometer el mismo ilícito, lo cual constituye, entre otros, una lesión del derecho fundamental a la no discriminación, reconocido (también a los hombres, va de suyo y le pese a quien le pese) en el artículo 14 CE.

Por otro lado, la STC 12/2008, reiterada en la STC 13/2009 y en la STC 40/2011, donde se convalidaron las cuotas electorales en favor de la mujer tanto a nivel estatal como a nivel autonómico. Tal medida había sido declarada inconstitucional cuando se emplearon por primera vez en Francia, por su Consejo Constitucional en 1982, y en Italia, por la Corte Constitucional, en 1993. Es curioso y sintomático que algunas disposiciones declaradas inconstitucionales en sistemas muy similares parecidos al nuestro, que empleamos como modelos en nuestro momento constituyente del 78, aquí no lo sean.

Ninguna aplica expresamente la perspectiva de género, pero, vistas en retrospectiva, sin duda sirvieron de marco conceptual en el itinerario de la agenda feminista. Algo de lo que ya advirtió, con otras palabras, mucho más sabias y ponderadas que las nuestras, el magistrado Rodríguez Zapata en una serie de votos particulares que formuló a diversas sentencias constitucionales, sobre todo a la STC 13/2009. En este se hizo eco de ciertas directrices de la ONU, que recomendaban aplicar la perspectiva de género, lo cual a su mejor entender no podía hacerse sin destruir instituciones capitales y centrales para nuestra democracia representativa como, sin ir más lejos, el cuerpo electoral. Por fragmentar una institución refractaria a tal cosa, al ser “la voz del pueblo, en el sentido de que la voluntad de éste se manifiesta a través de aquél” (DÍEZ-PICAZO, 2020: 69).

Ahora podemos decir, sin margen para la duda y probablemente menos para el error, que vivimos el siguiente paso en la estrategia de género que ha llegado a las altas instituciones. Y es que desde hace algunos años, cuatro en concreto, determinados votos particulares han emitido algunos magistrados haciendo alusión expresa a que la mayoría del TC debía haber empleado la perspectiva de género. Veámoslo con algo de detenimiento.

En el ATC 170/2016 se declaró inconstitucional la resolución del parlamento catalán 263/XI, de 27 de julio de 2016, donde se declaraba que se iniciaba formalmente el proceso de desconexión de España y hacía saber que el proceso constituyente catalán incorporaba la perspectiva de género en su formulación. Aquí, cierto eso, el Tribunal Constitucional no tuvo responsabilidad alguna y se limitó a aplicar la Constitución.

En el ATC 114/2018 parece que viene el aldabonazo. Se evacúa voto particular por parte de Balaguer Callejón, bajo el argumento de que la perspectiva de género era necesaria a la hora de interpretar las normas; serviría dicha perspectiva, según la juez, para que normas aparentemente neutrales que producen situaciones injustas atentatorias contra el derecho a la igualdad, acaban por producir, además, “discriminaciones veladas o indirectas que obligan al intérprete a una actividad que supere

Regap



ESTUDIOS

el contenido literal”. Esto suele significar que, independientemente de lo que diga la norma aprobada, se debe ir más allá de la misma, en función de lo que exija la operación de ingeniería social de turno.

Por lo demás, el auto inadmite a trámite por estar notoriamente infundada la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el Real decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que excluye del complemento de pensión por maternidad a las madres que se acogen voluntariamente a la jubilación anticipada. Según la mayoría del TC, la diferencia introducida por el legislador posee una justificación objetiva y razonable, ya que dicho complemento está pensado para compensar a las madres que, por dedicarse al cuidado de sus hijos, ven forzosamente reducido su período de cotización, lo que no se aplica a las que, pudiendo haber cotizado más, se acogen voluntariamente a la jubilación anticipada. La medida resulta también proporcional por la restringida relevancia del complemento y del amplio margen del legislador para regular las prestaciones sociales.

Posteriormente se dictó el ATC 119/2018. En este caso la recurrente, aspirante a presidir el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, impugnó el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se nombraba a otro candidato. La Sala Tercera del Tribunal Supremo declaró nulo el acuerdo, ordenando retrotraer las actuaciones para que se dictara nueva resolución que subsanase el déficit de motivación referido a los méritos subjetivos de los candidatos y a la inaplicación de la regla de preferencia de las mujeres a igualdad de méritos con los aspirantes varones. El segundo acuerdo, por el que se nombró al mismo candidato, fue nuevamente impugnado por la recurrente, siendo esta vez desestimado el recurso por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional inadmite el recurso de amparo por inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales alegados. En lo que aquí interesa se rechaza la vulneración del derecho a no ser discriminada, basada en la exigencia de una acción positiva, tanto por una razón formal –el precepto constitucional afectado por las resoluciones impugnadas sería, en su caso, el artículo 9.2 CE, que contiene un mandato de sustantivación de la igualdad formal, no susceptible de protección en amparo –como por otra material– la acción positiva solicitada en la demanda se sustenta en un automatismo que prescinde indebidamente de los principios constitucionales de mérito y capacidad. El auto hace especial hincapié en el carácter discrecional del procedimiento de selección de la plaza objeto de la convocatoria –caracterizado por un perfil gubernativo–jurisdiccional–, lo que permite al CGPJ ponderar “en conjunto” los méritos del candidato (objetivos y subjetivos), sin que exista previsión normativa que autorice la imposición de un resultado en favor de un sexo, en detrimento de los principios de mérito y capacidad.

Se formula voto particular por Balaguer Callejón, pues entiende que se desoye exigencias legales. La juez dice, literalmente, que “la falta de consideración de la perspectiva de género en la actividad interpretativa desarrollada en las resoluciones de la mayoría del Tribunal, desatiende el mandato del artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece

que “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”. Y a partir de ahí construye un razonamiento donde lo que importa ante todo es “asegurar la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los puestos de gobierno del poder judicial”.

Tales planteamientos han tenido continuidad en algunas sentencias recientes. Comenzaremos trayendo a colación la STC 87/2020. En esta resolución el Tribunal Constitucional declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente porque los tribunales ordinarios no investigaron su denuncia por violencia de género de forma suficiente y eficaz. Citándose el Convenio de Estambul y los artículos donde este alude a la perspectiva de género presente en la violencia de género (FFJJ 2 y 6, con expresa alusión de la fiscal a dicha perspectiva), el Tribunal declara lesionado el derecho fundamental del artículo 24 CE.

Posteriormente se dictó la resolución que convalidó la Ley de seguridad ciudadana, la STC 172/2020, una sentencia polémica para una norma no menos polémica, que acabó convalidando la constitucionalidad de buena parte del redactado de la misma. No obstante, aquí la perspectiva de género volvió a aparecer en un voto particular suscrito por Balaguer Callejón. La juez entiende que: “autorizar la práctica de un registro corporal externo que pueda conllevar un eventual desnudo para prevenir o investigar, dado el caso, cualquier infracción administrativa resulta claramente desproporcionado, e ignora además la perspectiva de género y el impacto diferente que tiene sobre la intimidad personal un desnudo en virtud del sexo de la persona que lo sufre”.

No se aclara en qué sentido se habla de perspectiva de género, ni por qué “impacta de forma diferente” la intimidad personal de dos seres humanos, hombre y mujer, igualmente desnudos ante la autoridad policial. Quizá sea porque el desnudo de la mujer exhibe atributos con una connotación más íntima que el hombre; de hecho, el único factor diferencial que se consigue columbrar es el de los senos, porque no tiene la misma carga exponer los de la mujer que los del hombre. Lo cual, de ser cierto, haría que el argumento cayera irremediabilmente en la cosificación del cuerpo de la mujer, cuestión a buen seguro muy lejos de la intención de dicho voto particular.

Posteriormente se dictó la STC 66/2022, una resolución sumamente interesante y discutida en el seno de nuestra jurisdicción constitucional. La demandante de amparo se hallaba en la semana 42 de embarazo cuando los servicios médicos le indicaron la conveniencia de someterse a un parto inducido. La gestante se negó pues deseaba dar a luz en su domicilio, lo que llevó al servicio médico a remitir un informe al juzgado de guardia indicando que el nasciturus corría peligro. Un juzgado de instrucción de Oviedo ordenó *inaudita parte* el ingreso hospitalario no voluntario de la recurrente en amparo, decisión que se mantuvo hasta el alumbramiento, que tuvo lugar un día después. Las resoluciones judiciales se confirmaron posteriormente por la Audiencia Provincial.

Se desestima el recurso de amparo por no existir quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la intimidad personal y familiar. El

Regap



ESTUDIOS

derecho de la madre a decidir el lugar del alumbramiento, incardinado en su derecho a la intimidad personal y familiar, fue objeto de una limitación proporcionada al salvaguardar un bien constitucionalmente protegido como la vida y salud del *nasciturus*. La ponderación judicial fue acorde con su contenido constitucional y no generó indefensión, toda vez que la omisión de la audiencia a la gestante respondió a la extrema urgencia de preservar la vida del *nasciturus*, pues corría grave riesgo de hipoxia y muerte fetal. Al hilo de la autorización judicial de ingreso hospitalario forzoso, Presno Linera entendió que determinar cuándo un embarazo es de alto riesgo constituye una cuestión médica controvertida, entendiéndose que debió aplicarse parte de la doctrina del TEDH, especialmente la STEDH (Gran Sala) en el *asunto Dubská y Krejzová c. República Checa*, de 15 de noviembre de 2016), de la cual resultaría amparado, en principio, el parto domiciliario (PRESNO, 2019; y GODOY, 2018).

La perspectiva de género hace acto de aparición en tres votos particulares, el que suscribe el juez Xiol Ríos, el que suscribe la juez Balaguer Callejón, y el que emite la juez Montalbán Huertas.

Xiol Ríos dice, en el apartado V de su voto (*La cosificación de la mujer en el debate judicial*), apartado 11, que, para la mujer, la decisión judicial “(...) ha implicado la desapropiación de su voluntad sin darle la posibilidad de mostrar su parecer (...)”. Según el juez, “(...) esto evoca una idea de reducción de la persona a un simple ente sin voluntad sobre el que se dispone. Ha sido objeto del sistema de justicia, pero no sujeto de ese sistema. La cosificación de la demandante de amparo resulta inasumible por imperativo del principio de dignidad que, como se ha destacado anteriormente, está vinculado con el derecho a ser oído en el marco de un proceso judicial en el que se dilucidan derechos e intereses propios, máxime cuando estos afectan a un ámbito tan personalísimo como los que se planteaban en ese caso. Además, las circunstancias concurrentes de que se trata de una mujer embarazada enfrentada a la decisión de cómo gestionar el acto del parto hacen que el presente recurso adquiera unos matices íntimamente relacionados con la resolución de un conflicto asociado a la condición de mujer. En ese contexto resulta muy perturbadora la pobre valoración que cabe hacer de los avances materiales y no solo formales en la lucha por los derechos de las mujeres y de su autodeterminación en determinados ámbitos de decisión (...)”.

Lo cual le sirve de prelude para asegurar que “(...) en este caso se alzaban poderosas razones por la naturaleza de la media adoptada y por la necesidad de proyectar una perspectiva de género en la resolución de este tipo de conflictos que hubiera debido determinar que este tribunal fijara un parámetro de control constitucional sobre el cumplimiento de la garantía de audiencia con un estándar más acorde a los retos que las democracias más avanzadas tienen en la remoción de los obstáculos sociales e institucionales —propiciados por ancestrales inercias— para la consecución de la igualdad real de género (...)”.

Por su parte, la juez Montalbán Huertas comienza su voto con un apartado primero rotulado *De la necesaria incorporación de la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional*.

La juez cree que el marco teórico doctrinal de la resolución de la mayoría “(...) debió ser completado con la necesaria perspectiva de género. Elemento estructural del ordenamiento jurídico de carácter transversal y prevalente en la interpretación de las normas jurídicas, tanto sustantivas como procesales, que ha de presidir la resolución de todas las cuestiones referidas a situaciones en que se vean comprometidos, de manera prioritaria, los derechos de las mujeres, como son las relacionadas con la maternidad, la gestación y el parto. En el presente caso “(...) la mujer embarazada y sus derechos como persona titular de derechos están ausentes del relato histórico y judicial (...)”.

Para Montalbán, “(...) la perspectiva de género tiene su anclaje constitucional en el art. 9.2 CE, norma que contiene la noción de igualdad material y de obligación promocional de los poderes públicos, así como en el art. 14 CE que recoge la idea de igualdad formal y la interdicción expresa de discriminación (...). Considero que el recurso de amparo debió estimarse porque la decisión del juzgado de guardia —y de la Audiencia Provincial al ratificar aquella— están ausentes de perspectiva de género y contaminadas con prejuicios de género. Vulneraron los derechos fundamentales de la mujer embarazada (...)”.

Después de realizar un repaso selecto (selectivo) por algunas normas y decisiones internacionales, acaba concluyendo que: “(...) los poderes públicos, también los órganos del poder judicial español, deben incorporar en su proceso de toma de decisiones la perspectiva de género para garantizar que las mujeres serán tratadas como sujetos autónomos titulares de derechos y libertades (...)”.

Llegamos así hasta la STC 106/2022, una de las últimas de la que se tiene constancia, donde se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el grupo parlamentario VOX del Congreso de los Diputados, contra algunas disposiciones de la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. El recurso es desestimado pero tres magistrados, Balaguer Callejón, Xiol Ríos y Montalbán Huertas formulan conjuntamente voto particular concurrente.

El alcance de dicho voto queda establecido en su inicio: discrepar de la argumentación empleada por la mayoría porque “ignora la perspectiva de género”. Desarrollan con detalle tal aseveración partiendo de la base de que se debe asumir “la condición de sujeto jurídico de las mujeres”, lo cual supone “asumir que las disposiciones normativas tienen o pueden tener efectos diversos sobre las personas, en virtud del sexo de estas últimas”.

Continúan los tres jueces: “(...) En este contexto, la perspectiva de género en el examen de la constitucionalidad (...) hubiera exigido analizar por qué y cómo las medidas cuestionadas afectan en particular (aunque no en exclusiva) a las relaciones de poder entre un padre y una madre que, encontrándose en una situación de violencia, tienen hijos o hijas en común (...)”. Después de hacer un repaso por las principales normas que castigan la violencia de género en España, y también alguna sentencia que les resulta de importancia, se aprovecha para colar de rondón un concepto que

Regap



ESTUDIOS

proviene de los debates feministas (ideológicos) y mediáticos tan de las redes sociales: la violencia vicaria.

Lo hacen de la siguiente manera: “La deliberada omisión en la sentencia de toda referencia a la violencia de género en general y a la violencia vicaria en particular constituye una auténtica invisibilización de estas realidades desgraciadamente presentes de manera notoria en nuestra sociedad, invisibilización que resulta particularmente incomprensible en lo que se refiere a la violencia vicaria (...). La invisibilización de la violencia de género, que constituye la manifestación más grave de la desigualdad entre mujeres y hombres supone también ignorar por completo que el principio de igualdad entre mujeres y hombres, como regla hermenéutica general, ha de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).”

Este voto particular es especialmente interesante porque se va un poco más allá de lo que se acostumbra, incluso en materias así. Ahora ya no hay que implementar la perspectiva de género, sino que debemos empezar a acostumbrarnos a que nuestro Tribunal Constitucional sea “feminista”. En ese voto concurrente dicen los magistrados: “(...) El principio feminista de que “lo que no se nombra no existe”, es una exigencia universal que el feminismo particulariza para las mujeres e integra en su reivindicación de la igualdad como un elemento de importancia. Y, en esta sentencia, no se interioriza (...). No se nombra la violencia contra la mujer. Y no se considera que las medidas controvertidas tienen por finalidad no solo la protección de los hijos e hijas que viven sometidos a situaciones de violencia directa o indirecta, sino la protección de sus madres que pueden sufrir, a través del trato que los padres dispensan a los menores, situaciones de violencia vicaria (...)”.

Se entiende mejor así que los discrepantes concurrentes digan que “el disenso en la argumentación tiene que ver con la ausencia del enfoque feminista en la sentencia del Pleno”. Esa es la clave de todo: aplicar a las claras, sin tapujos ni cortapisas, un criterio puramente ideológico y político, sesgado y nada pacífico, para resolver los asuntos que lleguen al Tribunal Constitucional (MARTÍNEZ-SICLUNA, 2021; CARABANTE, 2021).

Sin irnos muy lejos, ya en la STC 12/2018 (FJ 6), y en la STC 13/2009 (FJ 13), el juez Constitucional incardinó el feminismo en la libertad ideológica, lo cual significa para el observador medio que estamos ante un principio más, sometido como cualquier otro al mercado de las ideas, en pugna y liza con otras tantas que defiendan algo parecido, algo diametralmente opuesto, algo a medio camino o nada en absoluto: es lo que tiene la auténtica libertad, que cabe la defensa, desde el pluralismo y la tolerancia, de cualesquiera ideas *por más que perturben, molesten, choquen, inquieten u ofendan*. En las SSTC 152/2009 y 180/2009 el término feminismo aparece en los antecedentes del caso, pero por otro motivo. Varios juzgados de lo penal interpusieron en su día cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley de violencia de género de 2004, alegaron que la filosofía que inspiraba dicha ley era un feminismo “esencialista o de la diferencia” opuesto a la ética universal. A la luz de cómo han evolucionado los acontecimientos, desde entonces, no les faltaba razón.

La última hasta la fecha es la STC 44/2023, de 9 de mayo, donde estipula el TC que el régimen de aborto introducido por una ley de 2010 es constitucional. Ni que decir tiene que la mayoría del TC era “progresista” cuando se dictó la sentencia aludida. En el FJ 10 de la misma se establece que la perspectiva de género no es un concepto ideológico ni cuyo fin sea el adoctrinamiento, sino un criterio hermenéutico más que incorporan tanto las normas internacionales (“que, en ningún caso, pueden ser tomadas como canon de constitucionalidad”, según el voto particular de los magistrados Enríquez, Arnaldo y Tolosa) como las nacionales, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Por supuesto, el criterio de la “living Constitution” vuelve a hacerse presente en el argumentario del TC, hablando incluso de un “derecho” al aborto, lo que constituye un palmario exceso de jurisdicción en el sentido que explica de forma meridiana en el voto particular antecitado. También constituye una actitud excesiva el hecho de que la mayoría del TC decida juzgar un “modelo legal” al completo, en lugar de preceptos concretos. No es un ejemplo esta sentencia de *self-restraint*, sin duda.

Además, la magistrada Espejel también evacúa voto particular donde, entre los distintos aspectos de relevancia que trata, recuerda que en la STC 11/2023, de 23 de febrero, ya se dijo que los dictámenes de los comités de Naciones Unidas, y específicamente del CEDAW, contienen recomendaciones para los Estados parte pero no funciones jurisdiccionales (en sentido similar, STC 46/2022, de 24 de marzo, FJ 6).

regap



ESTUDIOS

5 Consideraciones críticas

Realizado el repaso anterior, es turno de exponer las consideraciones críticas que tales planteamientos merecen.

En primer término, destaca que ni siquiera quienes blanden la perspectiva de género consiguen explicar qué es la perspectiva de género o en qué consiste. A veces, sólo se enuncia la expresión, como si con su mera escritura se operasen efectos tau-matúrgicos. En otras ocasiones se dice que tiene que ver con un enfoque de género que tampoco se define. En las de más allá se apela a algún precepto normativo que, cuando se lee, no dice nada de dicha perspectiva sino que define cuestiones relacionadas pero en absoluto idénticas, como sucede con el artículo 4 de la Ley de igualdad (que reconoce la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, no la perspectiva de género).

En segundo término, emplear ese tipo de nociones suele dar pie a introducir otros que tampoco se caracterizan por su claridad o concisión. Es lo que sucede con “la violencia vicaria”, que quiere significar la violencia que supuestamente ejerce el padre contra los hijos comunes para hacer daño a la madre. Sucede que, en puridad, también debería englobar la que ejercen las mujeres contra los hijos comunes para dañar al padre. Esta última acepción se hurta en los debates feministas al uso pues quienes pontifican en ellos jamás aceptan la realidad cuando no les resulta favorable (ÁLVAREZ, 2023). Ítem más: por muy brutal que resulte la realidad, no puede hurtarse al debate. Los datos dicen que en ese contexto la madre mata igual o más que el

padre. Aspecto reconocido por el propio Gobierno de España en 2022. Como esto no resulta útil a su noción de violencia machista, se orilla. Por cierto, al igual que sucede cuando el asesino es hombre pero pertenece a algún *colectivo racializado o minoría desfavorable*, signifique esto lo que signifique (HUGHES, 2022).

En tercer lugar, va de suyo que los magistrados constitucionales deben ejercer el cargo con independencia e imparcialidad. Aunque ha sido cuestión ampliamente debatida por la doctrina, el sentir general de la comunidad de constitucionalistas es que no cabe exigir pureza prístina a quienes, por lo demás, tienen ya una amplia trayectoria previa a la llegada al cargo. Juristas como Torres Muro, Sosa Wagner o Fuertes han argumentado en ese sentido de forma convincente resaltando que en otros sistemas se da por supuesto que sus magistrados constitucionales tienen ideología y los debates se centran en la calidad de sus sentencias, no tanto en su escoramiento hacia aquí o hacia allá (TORRES MURO, 2013 y 2016; SOSA y FUERTES, 2021; y MATIA, 2014). No obstante, recordemos que la normativa impone nombrar para el cargo a personas de reconocida competencia, no de reconocida ideología, al igual que impone su desempeño con la dignidad inherente al mismo (artículo 22 LOTC).

En cuarto lugar, desde el derecho penal Ramírez Ortiz nos explica cómo, a los efectos, no puede hablarse de una única perspectiva de género sino de varias, porque los análisis se hacen desde concepciones políticas y culturales concretas. Insiste en dotar de contenido algo que ella misma caracteriza por su pluralidad intrínseca. Salvado eso, aplicar la perspectiva de marras en el ámbito penal exige, por un lado, manejar un adecuado entendimiento de la desigualdad y la violencia contra las mujeres, comprendiendo causas y efectos de las relaciones de poder y, por ello, de dominación, de los hombres sobre las mujeres. Por otro, identificar tales extremos en el caso concreto y cómo impactan “las estructuras de dominación” en la interpretación de los hechos en litigio y ver si concurren reglas discriminatorias. Además, tal perspectiva de género exige utilizar un lenguaje no sexista, evitar los prejuicios y estereotipos de género e incorporar los estándares internacionales atendiendo al contexto del caso concreto.

Aun con todo y con eso, el autor arguye que la perspectiva de género está en declive. Entiende que abordar el derecho desde el postulado feminista es una exigencia convencional, legal y social, amén de una oportunidad para reflexionar sobre cómo se crean y aplican las normas. Apuesta por un derecho más igualitario, también judicial. Lo hace con estas palabras: “el hecho de que los propios jueces tomen conciencia de la existencia de sesgos, de estereotipos, de esquemas y guiones cuando evalúan la realidad constituye ya un gran paso adelante en un contexto cultural e institucional tradicionalmente poco propicio a la reflexión superadora de los límites del formalismo positivista, pretendidamente apolítico, objetivo y neutral, pero de facto decididamente parcial y partidista”.

Ramírez Ortiz cree que estamos bien ante un potente motor de cambio o bien ante una fórmula vacía y polivalente que sirve a otros fines, tales como extender los confines del ámbito punitivo, en lugar de limitarlo; enmascarar las verdaderas raíces del problema; o dar pábulo a ciertos movimientos sociales cuyo único rédito es promover la idea de que puede acusarse indiscriminadamente y sin necesidad

de pruebas, penalizar al varón, instrumentalizar casos concretos e imponer penas espectaculares a modo de aviso a navegantes. De ahí que el autor concluya que la perspectiva de género debe garantizar la perspectiva democrática, no desplazarla (y menos despedazarla, podríamos añadir). El proceso penal no es lugar para recomponer desigualdades estructurales, “sino solo para reaccionar civilizadamente frente a concretas situaciones de violencia” (RAMÍREZ, 2019; MARTÍNEZ, 2018. y LLORENTE, 2021).

Con razón autores como Díez Ripollés han escrito una encendida defensa del Estado de Derecho y se han posicionaron, lógicamente, en contra de lo que el mismo autor ha dado en llamar “Derecho penal sexual identitario”, donde se protegen intereses propios de colectivos sociales que desplazan al derecho penal más imparcial; donde se utiliza la punición para la transformación social; donde se introducen diversos sesgos valorativos atentatorios de la más elemental medida en el juicio; donde se elevan las penas hasta cotas intolerables desde la óptica del principio de proporcionalidad (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2019; PEREIRA GARMENDIA, 2021). Otro tanto han argumentado desde la Filosofía del Derecho (APARISI, CASTILLA y MIRANDA, 2017).

A pesar de estas críticas tan atinadas, subsiste en el derecho constitucional español una minoría que exige la aplicación inmisericorde de la perspectiva de género. Se dice minoría porque basta con consultar los trabajos académicos al uso respecto del ejercicio de las funciones propias tanto del Tribunal Constitucional como de las magistraturas constitucionales para colegir que la perspectiva de género no se observa como una demanda necesaria ni como una exigencia aparejable al ejercicio de potestad jurisdiccional alguna. Pero esa minoría sí defiende estos principios y, por tal razón, deben ser traídos aquí.

Un autor como Salazar Benítez reprocha la poca perspectiva de género del TC. Para contrarrestar tan nefasta tendencia, propone algunas soluciones. Por ejemplo, a la hora de nombrar magistrados, estos no sólo deben demostrar reconocida competencia en lo suyo, sino también “en materia de igualdad de género”, cuestión que debería ser evaluada en las comparecencias parlamentarias pertinentes. Además, hay que dejar muy claro que “no es necesario partir de la intencionalidad de oprimir por parte de los hombres, sino de la realidad estructural de la subordinación de la mitad femenina”. Y en asuntos como los amparos, se debe entender en todo caso que la especial trascendencia constitucional se justifica cuando el litigio trate de “la subordinación de las mujeres”.

En fin, “la perspectiva de género, o mejor, feminista, supone interpretar y aplicar el derecho y, por tanto, interpretar y aplicar también la Constitución, teniendo presente la urgencia de superar los sesgos de género del sistema constitucional y el objetivo de alcanzar «una sociedad democrática avanzada», la cual solo puede ser aquella en la que mujeres y hombres gocemos de un estatus equivalente”. Esta metodología, se insiste, es “al mismo tiempo una apuesta epistemológica y ética” (SALAZAR, 2021; y GÓMEZ, 2019). Entendemos implícitamente que defender una

Regap



ESTUDIOS

postura opuesta es antiético y anticientífico. Rogamos se nos perdone por ello, si es que tal cosa puede excusarse.

Un último apunte: estas tesis de la perspectiva de género, en realidad, beben de doctrinas muy conocidas y convenientemente orilladas por la realidad. A veces se denomina “uso alternativo del derecho”, otras “teoría crítica del derecho”, en ocasiones “huida del derecho”, y siempre estamos ante la teoría evolutiva de la Constitución que entiende esta como “árbol vivo” y nunca como cerrazón originalista del marco de convivencia.

Al respecto solo podemos traer las palabras del profesor Ollero, quien cree que estamos ante una suerte de versión de la teología de la liberación para juristas, basada en la función creativa (no ya creadora) del juez. Así las cosas, “el jurista alternativo –ebrio de revolución pendiente– lo acaba viendo todo doble; no hay solución única ni múltiples, sino dual: burguesa-conservadora o emancipatoria-progresista (...). La Justicia, en todo caso, se politiza, no porque pase a cobrar dimensión política (toda creación jurídica, de uno u otro modo, la implica) sino porque se convierte en confesadamente parcial, para (...) no acabar siéndolo inconfesadamente (...)”.

Para Andrés Ollero, aunque referido al estudio del realismo jurídico, sus observaciones valen para el tema que aquí nos ocupa, este tipo de propuestas pretenden darle fuste a su reivindicación al sustituir al torpe repetidor de tópicos por un “riguroso y fiable ingeniero social”. De ahí que la teoría crítica como ciencia social encuentre en el juez crítico su fiel aliado, capaz de elegir (¿conminado a ello?), de entre las más diversas posibilidades jurídicas, la más favorable a la emancipación. En nuestro ámbito, a la perspectiva de género interpretada conforme a la visión e intereses de quienes enarbolan tal bandera, que por lo demás empieza a estar bien ajada.

Estas tesis son recursos a la fuerza, aunque se presenten como todo lo contrario. Exigen una obediencia férrea a sus postulados mientras niegan la posibilidad de que otros hagan lo propio. Aluden al “mínimo ético” (la perspectiva de género) y tratan de vincularlo a una realidad social (el patriarcado, el machismo, la violencia contra las mujeres) con el objetivo, confeso o inconfesable, de diseñar la sociedad futura, meta a la que ya se adscribe una orgullosa minoría autoconvencida de ello. Se invocan las exigencias éticas socialmente vigentes (la igualdad de género) y no se tolera la más mínima disidencia, señal de lo precario y no de la fortaleza de sus argumentos. Tal y como Ollero nos enseña: “revive así el despotismo ilustrado, que permitirá a la lúcida minoría que se muestra capaz de captar esa realidad social de obligado cumplimiento imponer paternalistamente sus dictados a los demás, sin tomarse siquiera el trabajo de convencerlos de lo obligado del empeño” (OLLERO, 2022).

6 Reflexión final

Como reflexión final vamos a sintetizar las principales conclusiones a las que conduce el trabajo realizado en páginas anteriores.

Por un lado, la perspectiva de género es un término más ideológico o político que jurídico, de ahí que sea tan difícil de acotar desde la perspectiva del derecho

constitucional que signifique o cómo deba hacerse operativo. Conceptualmente inasible a buen seguro, tal cosa no ha obstado a que se lleven a cabo diversas maniobras jurídicas que han ido filtrando la noción en diferentes planes, libros, normas y sentencias, hasta el punto de que algunas voces doctrinales reclaman que se legisle con perspectiva de género o que se adopten decisiones judiciales con semejante perspectiva. Mucho nos tememos que es imposible el éxito de la empresa: si ni tan siquiera sabemos a qué estamos aludiendo, ¿cómo vamos a tomar decisiones o a dictar normas, o a dictar sentencias o a aprobar presupuestos en base a tal criterio?

Por otro lado, independientemente de lo que se acaba de decir, el legislador español no se ha arredrado e incluye tal concepción en algunas disposiciones normativas. Otro tanto sucede con algunas sentencias del Tribunal Constitucional, aunque en honor a la verdad debe decirse que la aparición de la perspectiva de género se ha realizado mayormente en votos particulares de magistrados pertenecientes a la minoría creada en torno al asunto concreto.

En fin, hemos expuesto algunos argumentos doctrinales que provienen tanto de la doctrina penalista como de la constitucionalista, los primeros escandalizados por aplicar algo que los segundos exigen de la jurisprudencia constitucional, de la legislación y, por supuesto, de la propia Constitución. El artículo 9.2 CE deviene cheque en blanco a rellenar conforme dicte la perspectiva de género. O, mejor dicho, conforme digan unos pocos que dicte la perspectiva de género. Un auténtico secuestro elitista, dogmático y sectario de la vidas corrientes de las personas.

Dicho con otras palabras, la perspectiva de género se está utilizando como un concepto metaconstitucional, más allá del derecho constitucional pero con la vocación de penetrar en este, trayendo una visión que subvierte –como poco, sacude– los valores esenciales del ordenamiento jurídico. El proceso no ha hecho más que empezar.

7 Bibliografía

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.; *Nueva crítica del constitucionalismo feminista. La ideología de género como caballo de Troya*, Colex, Madrid, 2023.
- APARISI MIRALLES, A.; CASTILLA CORTÁZAR, B.; MIRANDA NOVOA, M.; *Los discursos sobre el género. Algunas influencias en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, 2017.
- AYLLÓN, J.R.; *El mundo de las ideologías*, Homo Legens, Madrid, 2019.
- BENNETT, W.J.; *El libro del hombre. Un camino a la masculinidad*, Homo Legens, Madrid, 2022.
- BOUCHOX, J-C.; *La violencia invisible*, Arpa, Barcelona, 2022.
- CARABANTE MUNTADA, J.M.^a; “Entre la ciencia del derecho y la búsqueda de la justicia. Pensamiento jurídico en la primera mitad del siglo XX”, *Aforismos: instituciones, ideas, movimientos*, n. 3, 2021.
- CONTRERAS, F.J.; *Contra el totalitarismo blando*, Libros Libres, Madrid, 2022.
- DÍEZ-PICAZO, L.M.^a; *Ordenamiento constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 21-10, 2019.
- DOMINGO, C.; *#Cancelado. El nuevo Macartismo*, Círculo de Tiza, Madrid, 2023.
- ELSTER, J.; *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Madrid, 2009.
- FOLGUERA, L.; *Hombres maltratados. Masculinidad y control social*, Bellaterra, Barcelona, 2014.
- GODOY, O.; “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE, y Tribunal Supremo”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n. 34, 2018.
- GALINDO, A.; y UJALDÓN, E.: *Sexo, cuerpo, boxeo. Un alegato contra la izquierda reaccionaria*, Verbum, Madrid, 2022.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.; “Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2019.
- HEYING, H.; y WEINSTEIN, B.; *Guía del cazador recolector para el siglo XXI. Cómo adaptarnos a la vida moderna*, Planeta, Barcelona, 2022.
- HUGHES; *Dicho esto*, Ediciones Monóculo, Madrid, 2022.
- JIMÉNEZ, D.; *Deshumanizando al varón. Pasado, presente y futuro del sexo masculino*, Breslavia, Amazon, 2019.
- LAVIANA (Juan Carlos): “Periodismo y perspectiva de género”, *The Objective*, 24 de enero de 2023 (en línea: <https://theobjective.com/cultura/2023-01-24/periodismo-genero/>).
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.; *Justicia con perspectiva de género: el nuevo paradigma contra la violencia de género*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E.; *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, C.; “Argumentación jurídica”. En MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, C (dir); *Habilidades para juristas del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2021.
- MATIA PORTILLA, F.J.; “Sobre la adscripción partidaria de los magistrados del Tribunal Constitucional y su invocación en el proceso”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 34, 2014.
- MINISTERIO DE IGUALDAD; *Estrategia Estatal para combatir las violencias machistas 2022-2025*, 2023.
- MOUNK, Y.; *El gran experimento. Por qué fallan las democracias diversas y cómo hacer que funcionen*, Paidós, Barcelona, 2022.
- ONDARRA (Marcos): “Igualdad propone castigar a los medios que no informen con perspectiva de género”, *The Objective*, 19 de enero de 2023 (en línea: <https://theobjective.com/espana/2023-01-19/igualdad-medios-perspectiva-de-genero/>).
- OLLERO, A.; *La justicia en el escaparate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- OLLERO, A.; *Votos particulares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- PEREIRA GARMENDIA, M.; *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales. Un enfoque desde la evolución de la legislación británica y un aviso a navegantes (o legisladores ociosos)*, Reus, Madrid, 2022.
- PRESNOLINERA, M.Á.; “Derechos fundamentales y parto en casa”, *El derecho y el revés*, 14 de mayo de 2019. En línea: <https://presnolinera.wordpress.com/2019/05/14/derechos-fundamentales-y-parto-en-casa/>. Último acceso: 25/11/2022.
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L.; *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019.
- RUBIO, A.V.; *Feminismo sin complejos*, Sekotia, Córdoba, 2021.
- SALAZAR BENÍTEZ, O.; “La (in)trascendencia constitucional de la perspectiva de género. Reflexiones a partir de las dos decisiones del Comité CEDAW condenatorias de España”, *Revista de Derecho Político*, n. 111, 2021.
- SOLEY (Jorge); *Manual del buen ciudadano para comprender y resistir la cultura de la cancelación*, CEU Ediciones, Madrid, 2022.
- SOSA WAGNER, F.; y FUERTES, M.; *Panfleto contra la trapacería política. Nuevo Retablo de las Maravillas*, Triacastela, Madrid, 2021.
- STAMOS, D.N.; *Evolución. Los grandes temas: sexo, raza, feminismo, religión y otras cuestiones*, Biblioteca Buridán, Barcelona, 2009.
- TORRES MURO, I.; “Magistrados militantes”, *El Confidencial*, 25/07/2013: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2013-07-25/magistrados-militantes_12352/. Último acceso: 25/11/2022.
- TORRES MURO, I.; “Tribunal Constitucional: composición y funciones”. En FREIXÉS SANJUÁN, T; y GAVARA DE CARA, J.L. (dirs); *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera*, CEPC-BOE, Madrid, 2016.
- TRILLO-FIGUEROA, J.; *La ideología de género*, Libros Libres, Madrid, 2009.
- VALDEÓN, J.; *La razón en marcha. Conversaciones con Félix Ovejero*, Alianza, Madrid, 2023.
- VINCENT, N.; *Un hombre hecho a sí mismo. Viaje de ida y vuelta de una mujer al mundo de los hombres*, EDAF, Madrid, 2007.

regap



ESTUDIOS

