

¿LIBRES E IGUALES? SOBRE LOS MITOS FUNDACIONALES DEL ESTADO Y SUS EFECTOS JERARQUIZANTES Y EXCLUYENTES*

Por

BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ
Universidad de Sevilla (España)

blancarr@us.es

Revista General de Derecho Público Comparado 31 (2022)

RESUMEN: Como otras formas de organización político-jurídica, el Estado descansa sobre un mito fundacional, el contrato social, sustentado por una igualdad y una libertad igualmente míticas. A diferencia de otros mitos fundacionales, el del Estado se basa en pretensiones de universalidad que descansan sobre construcciones esencializantes de la naturaleza humana, diseñadas a la imagen y semejanza de quienes se erigieron en firmantes de ese mítico contrato. Este artículo aspira a deconstruir la mitología estatal mostrando sus sesgos y las relaciones de poder que la sustentan y que se retroalimentan de ella. En su lugar propone asumir la paridad ciudadana y la autonomía relacional como principios normativos anclados en la lógica democrática. Pretende también mostrar en un breve recorrido crítico el nivel de compromiso que con ellos asume el orden constitucional español y su intérprete auténtico, el Tribunal Constitucional.

PALABRAS CLAVE: mitos modernos; contrato social; igualdad; libertad; paridad; autonomía relacional

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. - II. EL MITO DEL CONTRATO SOCIAL Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA SEXUADA. - III. IGUALDAD MÍTICA Y JERARQUÍAS MODERNAS. DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN A LA PARIDAD CIUDADANA. - III.1. La igualdad en la Constitución española. - III.2. De la igualdad a la no discriminación. - III.3. De la igualdad y la no discriminación a la paridad ciudadana. - IV. EL MITO DE LA LIBERTAD Y RELACIONES ESTRUCTURALES DE DOMINACIÓN. HACIA UN HORIZONTE DE AUTONOMÍA RELACIONAL. - IV.1. La libertad en el orden constitucional español. - IV.2. La autonomía relacional como principio normativo. - IV.3 El libre desarrollo de la personalidad en clave de autonomía: la STC 99/2019. - V. REFLEXIONES FINALES.

FREE AND EQUAL? ON THE FOUNDATIONAL MYTHS OF THE STATE AND THEIR HIERARCHICAL AND EXCLUSIONARY EFFECTS

ABSTRACT: Like other legal and political orders, the State has its own foundational myth, i.e., the social contract, based on the also mythical ideas of equality and freedom. Unlike other foundational myths, however, the State's aspires to have universal validity, as it rests on an essentialising construction of human nature, which is however designed to the image of those who projected themselves as the signers of that mythical contract. This article aims to deconstruct State mythology, to show its bias and the power relations that sustain it and are reinforced by it. It

* Este artículo es parte del Proyecto I+D+i (PID2019-107025RB-I00) *Ciudadanía sexuada e identidades no binarias: de la no discriminación a la integración ciudadana / Sexed citizenship and non-binary identities: from non discrimination to citizenship integration* (Binasex), financiado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

proposes that we turn instead to parity and relational autonomy, as normative principles coherent with the democratic principle. It also offers a brief overview of the extent to which these principles are embraced by the Spanish constitutional order and its interpreter, the Constitutional Court

KEY-WORDS: modern myths; social contract; equality; freedom; parity; relational autonomy

SUMMARY: I. INTRODUCTION. - II. THE MYTH OF THE SOCIAL CONTRACT AND THE CONSTRUCTION OF SEXED CITIZENSHIP. - III. MYTHICAL EQUALITY AND MODERN HIERARCHIES. FROM EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION TO PARITY CITIZENSHIP. - III.1. Equality in the Spanish Constitution. - III.2. From equality to non-discrimination. - III.3. From equality and non-discrimination to parity citizenship. - IV. THE LIBERTY MYTH AND STRUCTURAL DOMINATION. TOWARDS RELATIONAL AUTONOMY. - IV.1. Freedom in the Spanish constitutional order. - IV.2. Relational autonomy as a normative principle. - IV.3 Free development of the personality as autonomy: the STC 99/2019. - V. FINAL REFLECTIONS.

Fecha recepción: 15/04/2022

Fecha aceptación: 10/05/2022

I. INTRODUCCIÓN

No es infrecuente que las sociedades descansen sobre algún mito fundacional. El Paikea (jinete de ballenas) Maorí, el águila y la serpiente en México (Tenochtitlan), Rómulo y Remo en Roma, la batalla de Covadonga en España, son sólo algunos ejemplos conocidos. En todos ellos, la identificación de un momento fundacional entre mágico y providencial opera una suerte de naturalización de una determinada colectividad humana, dotándola de sentido en torno a una identidad común, dándole una razón de ser como parte de un relato que se eleva por encima de ella misma, haciendo valer un origen cuya trascendencia apunta a un propósito de vida común ineludible. El mito fundacional actúa así como elemento de cohesión social de una determinada colectividad, a la que erige en comunidad de sentido, distinta y distinguible de otras, orgánicamente predeterminada a la convivencia *ad intra* y a la exclusión *ad extra*.

Los mitos fundacionales nos hablan pues de colectividades humanas, de su existencia como comunidad, de sus convenciones de convivencia, arrojando sobre ellas un halo trascendental que las imbuye de sentido por encima de la voluntad de quienes las integran. Entre ellos el contrato o pacto social ocupa un papel destacado, como origen del Estado en cuanto que forma de organización sociopolítica moderna. Tanto la tradición liberal como la republicana de que el Estado se nutre recurren a este mito para explicar su origen, vinculándolo en ambos casos a otro, el del estado de naturaleza. El objetivo de este artículo es desarticular esta mitología originaria del Estado. Es ante todo evidenciar su carácter efectivamente mítico, que lo alinea con otros relatos fundacionales, pero también sus especificidades respecto de esos otros relatos, los

rasgos que lo convierten en un mito fundacional singular. Y el objetivo es principalmente dejar en evidencia sus sesgos, su perfil sectario, origen y fuente de naturalización de las relaciones estructurales de poder que articulan el Estado como forma de organización sociopolítica característica de la modernidad occidental. Estas relaciones de poder se articulan en torno a varios ejes (sexo, género, raza, religión, clase social, nacionalidad, entre otros), cuyos perfiles excluyentes, diseñados por la propia modernidad, se interseccionan para dar lugar a distintos niveles de exclusión, que lejos de cuestionar confirman, con su naturalización, los sesgos de partida.

Entre las diversas dinámicas excluyentes que informan la mitología estatal, las que tienen su base en el género ocupan un lugar central. Desentrañarlas es pues objetivo prioritario de estas páginas. Para ello comenzaremos por desarticular los sesgos del contrato social y de los principios de igualdad y de libertad sobre los que éste se sustenta, centrándonos en el papel que uno y otros desempeñan en la construcción del género (del sistema género-sexo) característico del Estado como forma de organización política moderna, en la construcción de la ciudadanía sexuada dentro del mismo (II). A continuación, ejemplificaremos con base en el caso español las contradicciones internas que encierra la igualdad moderna, como pilar del Estado elevado a derecho fundamental, contradicciones que la convierten en fuente de jerarquías, de relaciones de poder, que limitan también la efectividad del derecho a no sufrir discriminación, y que nos conminan a apuntar hacia la paridad ciudadana como principio normativo de referencia (III). Proseguiremos, en el mismo sentido, analizando los sesgos que impregnan la libertad como mito moderno y que la convierten también a ella en fuente de relaciones de subordinación y dominio, así como la conveniencia de reemplazar el mito de la libertad por el horizonte normativo de la autonomía relacional (IV). Concluiremos con unas reflexiones finales sobre el potencial que encierra la combinación de los principios de paridad y autonomía relacional como bases de un Estado que se quiera genuinamente democrático (V).

II. EL MITO DEL CONTRATO SOCIAL Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA SEXUADA

Como forma de organización sociopolítica moderna, el Estado se nutre de dos tradiciones, la liberal y la republicana, cada una de las cuales conforma uno de los dos pilares sobre los que el Estado se sustenta. La primera aporta a éste su pilar individual emancipador, articulado mediante el reconocimiento de derechos; la segunda, su pilar republicano, comunitario, articulado a través del principio democrático. El primero de estos dos pilares se forja en torno a la noción de libertad, entendida como un atributo natural del ser humano, y en torno a la necesidad de garantizarla mediante el

reconocimiento de derechos individuales. En el corazón del segundo, por su parte, se encuentra el principio de igualdad, base de la participación ciudadana democrática y de la idea de Nación, entendida como un colectivo homogéneo de personas con una voluntad general, un colectivo que se erige en soberano (soberanía nacional) para perseguir el bien común¹.

Existe una innegable tensión fundacional entre las premisas de una y otra tradición: entre los principios liberales que apelan a la libertad y los derechos individuales como valores universales, de un lado, y el proyecto republicano, basado en la igualdad ciudadana, la soberanía nacional y la construcción democrática de la voluntad general, de otro². Ambas concuerdan, sin embargo, en remontar el origen del Estado a un mítico contrato social, firmado por individuos que habitan en un estado de naturaleza igualmente mítico, un estado pre-civilizatorio sin normas explícitas de convivencia, donde los individuos actúan guiados por la necesidad y el instinto. Y aunque ese contrato y este estado de naturaleza asumen en una y otra tradición perfiles distintos, ambos dan forma al imaginario mítico común del que una y otra se alimentan.

La tradición liberal del contrato social nos ofrece su primera formulación en la obra de Thomas Hobbes, a mediados del siglo XVII. Hobbes parte del estado de naturaleza como un contexto peligroso y hostil, donde necesariamente impera la desconfianza recíproca, y donde no se dan las condiciones para que los individuos puedan desenvolver su vida disfrutando de su libertad natural en sus diferentes facetas. Para poder ejercer esa libertad natural es preciso que los individuos firmen un contrato social que les permita salir de dicho estado. Es preciso, en concreto, que firmen un contrato social de sumisión a un soberano absoluto, un Gran Leviatán definido por la misión de protegerlos, un “Dios Mortal, a quien debemos ... nuestra paz y defensa”³. Por ese mítico pacto, yo “autorizo y abandono el derecho a gobernarme a mí mismo a este hombre, o esta asamblea de hombres, con la condición de que tú abandones tu derecho a ello y del mismo modo autorices todas sus acciones”⁴; todo ello, si no con la condición (el soberano absoluto no puede ver restringida su voluntad por compromiso alguno), sí con la expectativa de que ese Gran Leviatán les proporcione la seguridad que precisan para desenvolver su vida con un mínimo de libertad respecto de amenazas internas y enemigos externos. El pacto de sumisión se erige así en el origen mítico del Estado,

¹ E. Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Alianza Editorial, Madrid, 1789 [2003], esp. 92; 112; 142 y ss.

² Sobre esta tensión, y una estrategia de resolución, véase J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992 [1994], esp. 109 y ss.

³ T. Hobbes, *Leviatán*, J.M. Dent & Sons Ltd., England, 1651, p. 110.

⁴ T. Hobbes, *Leviatán*, cit. p. 89.

origen a su vez de la seguridad y, con ella, de la libertad, limitada pero efectiva, de que los individuos pueden disfrutar dentro del mismo.

La versión republicana del contrato social la encontramos en la obra de Jean Jacques Rousseau. En contraste con Hobbes, Rousseau parte de un optimismo antropológico que le lleva a dibujar una imagen idílica del estado de naturaleza, y a articular el contrato social como un instrumento para preservar todo lo que de bueno podemos encontrar en él, para trasladarlo al Estado como modelo organizado de convivencia. Con este fin, el contrato social se articula como un doble pacto: de asociación y de soberanía colectiva. El primero tiene como objeto la creación de “un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad”⁵. Este cuerpo colectivo, que recibe el nombre de República, ocupa el lugar que Hobbes atribuyera al Leviatán, cuya única voluntad soberana es sustituida por la voluntad soberana general, conformada por igual por todos los ciudadanos que integran la República. El objeto del segundo pacto es precisamente garantizar la igualdad de todos en la conformación de esta voluntad general, en cuanto que ciudadanos, y en el acatamiento de la misma, en cuanto que súbditos. En palabras de Rousseau, este pacto “se reduce a los elementos siguientes: *Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibidos corporativamente a cada miembro como parte indivisible del todo*”⁶. El origen mítico del Estado reside pues aquí en un pacto de soberanía colectiva, cuyos firmantes se comprometen a conformar y a acatar por igual.

Dos tradiciones contractualistas, liberal y republicana, están pues en el origen mítico del Estado moderno. No es el objetivo de estas páginas analizarlas, estudiar su evolución, ni destacar sus diferencias⁷. Es más bien, ante todo, poner en evidencia que en ambos casos nos encontramos ante un mito fundacional, el mito moderno por excelencia; y es destacar, a partir de aquí, que en ambas tradiciones el contrato social tiene rasgos singulares que lo distinguen de otros mitos fundacionales.

La primera cuestión no debería requerir mayor elaboración. En línea con otros mitos fundacionales, el contrato social nos ofrece un relato de dimensiones trascendentes, que más allá de sus posibles conexiones con algún hecho real (piénsese en el pacto del Mayflower, o en los contratos feudales de vasallaje como fuente de inspiración) deriva su fuerza retórica de su trascendencia. Es ésta la que le permite ofrecerse como punto de

⁵ J.J. Rousseau, *Del contrato social*, Alianza Editorial, Madrid, 1762b [1996], p. 39.

⁶ J.J. Rousseau, *Del contrato social*, cit. p. 39 -cursiva en el original.

⁷ Sobre éstas, véase B. Rodríguez Ruiz, *El discurso del cuidado. Propuestas (de)constructivas para un estado paritario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, esp. pp. 20-31.

referencia y de cohesión interna de un determinado modelo de organización socio-política, en concreto del inaugurado por la modernidad. Su carácter mítico se pone especialmente en evidencia en los relatos neocontractualistas articulados en lógica liberal en la segunda mitad del siglo XX, de los que la obra John Rawls ofrece el más conocido exponente⁸. Articulados sobre bases profundamente contrafácticas, y en la mejor tradición del contractualismo clásico, estos relatos asumen dimensiones trascendentes que los acercan a la ciencia ficción (pensemos en el estado de naturaleza traducido en velo de la ignorancia en Rawls, en nave espacial en Ackerman⁹), poniendo de manifiesto hasta qué punto la justificación contractualista del Estado pertenece al género mitológico.

Más atención merece la segunda cuestión, relativa a la singularidad del contrato social en cuanto que mito fundacional. Esta singularidad es fruto del lugar central que en él se otorga a la razón, a la racionalidad. Tanto en la tradición liberal como en la republicana, en la construcción del contrato social lo providencial y lo mágico ceden su protagonismo a lo racional -a lo que en dicha construcción se entiende por racional-, que se erige en fuente única de trascendencia. La racionalidad -la construcción moderna de lo racional- reemplaza así a la metafísica mediante el expediente, sólo en apariencia paradójico, de arrogarse ella misma dimensiones metafísicas. Con este fin, y para evitar remisiones abiertas a lo trascendente, se opera una suerte de naturalización de la racionalidad, erigida en elemento central definitorio de la esencia humana. Tanto es así que lo natural y lo racional se convierten en conceptos intercambiables¹⁰. Así naturalizada, la racionalidad que inspira el contrato social se universaliza y, al hacerlo, asume el papel de fuente de toda aspiración trascendente. Ello incluye su papel como punto de partida indiscutible de toda organización de la convivencia humana.

La combinación de las tradiciones liberal y republicana, fruto del sincretismo moderno, resulta en la construcción del Estado constitucional democrático sobre la base de la universalización de los principios que las inspiran, del principio de libertad y del de igualdad, respectivamente, convertidos en sinónimos de naturaleza humana. Libertad e igualdad se insertan así en el imaginario colectivo moderno como aspiraciones tan racionales y naturales como universales, predicables de toda la humanidad.

Pese a su pretendida naturalización, sin embargo, la racionalidad sobre la que descansa el contrato social no es sino una construcción que, lejos de ser universal, tiene

⁸ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1971 [Revised edition 1999].

⁹ J. Rawls, *A Theory of Justice*, cit.; B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven, 1980.

¹⁰ La obra de Jean Jacques Rousseau es rica en ejemplos. Véase, en lo que aquí interesa, J.J. Rousseau, *Emilio*, Biblioteca EDAF, Madrid, 1762 [1985], esp. pp. 410 y ss.

un marcado perfil de parte, tan exclusivo como excluyente. Lejos de aglutinar a toda la población en torno a un momento fundacional, en línea con otros mitos, en ambas tradiciones ese momento y los principios que le dan sustento aparecen marcados en origen a favor un sector poblacional concreto: el sector compuesto por varones (personas morfológicamente consideradas como tales) heterosexuales, caucásicos, de clase media y formación cristiana, además de capaces de cuerpo y mente, únicos firmantes mitológicos del mitológico contrato, y punto de referencia para el diseño de los parámetros de la racionalidad que lo inspiran. Bajo el manto de la universalidad, este colectivo definió la libertad y la igualdad a su imagen y semejanza, estableciendo las reglas del juego a su medida, en detrimento, incluso a costa, de la realidad y de las posibles aspiraciones de otros sectores. Resultado de lo anterior es la naturalización del perfil excluyente de la mitología fundacional moderna, de las ventajas estructurales que otorga al sector poblacional que la diseñó; es la generación de sentimientos de legitimidad y merecimiento en quienes integran este sector, y de frustración crónica en quienes más lejos están de participar de dichas ventajas.

En estas dinámicas excluyentes del Estado el sistema sexo-género ocupa un lugar central. Expresión consagrada por Gayle Rubin en 1975, se entiende por sistema sexo-género el “sistema de acuerdos sociales por el que la sexualidad biológica se transforma en productos de la actividad humana y en los que se da satisfacción a las necesidades sexuales que resultan de esa transformación”¹¹. Toda sociedad descansa sobre un sistema sexo-género, que se erige en la base de sus “esquemas cognitivos”, de las “estructuras conceptuales que organizan la experiencia humana en fragmentos de conocimiento [*cognitive bits*] que le dan sentido, y que pueden ser efectivamente comunicados a otras personas”¹². Los esquemas cognitivos de la modernidad occidental, sus fuentes de conocimiento y significados compartidos descansan en un sistema sexo-género binario, una división rígidamente dicotómica entre lo masculino y lo femenino. Es ésta, además, una división fuertemente jerarquizada, en la que el polo masculino ocupa la posición superior, erigiéndose en el “esquema de género dominante”¹³. La dicotomía masculino/femenino impregna otras parejas conceptuales ulteriores: público/privado; activo/pasivo; fuerte/débil; independiente/dependiente; racional/irracional, intuitivo o emocional; en todas ellas, el polo masculino (identificado con lo público, lo activo, lo fuerte, lo independiente, lo racional) se construye como superior al femenino.

¹¹ G. Rubin, “The Traffic in Women: Notes on the ‘Political Economy’ of Sex”, en *Toward an Anthropology of Women*, ed. R. Reiter (Monthly Review Press, New York), pp. 157-210, p. 159 -mi traducción.

¹² H. Devor, *Gender Blending. Confronting the Limits of Duality*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 1989, p. 45 -mi traducción.

¹³ H. Devor, *Gender Blending*, cit., 1989, p. 47 y ss. -mi traducción.

El Estado como forma de organización política moderna descansa sobre este sistema sexo-género, o género-sexo, como parte de la doctrina prefiere denominarlo¹⁴, en atención a la primacía que en él asume la construcción cultural del género como determinante de los rasgos biológicos de los que depende la asignación del sexo, y de los roles que se le asignan¹⁵. Con base en él, su mito contractual fundacional y los principios que lo sustentan asumen perfil de varón (de quienes se conviene en considerar como tales). Esto es así tanto en la tradición republicana como en la liberal. Tanto las ansias liberales de libertad que sustentan reconocimiento de los derechos individuales como la búsqueda republicana de la igualdad y del bien común informan el Estado sobre la base de una lógica sexuada que los diseñó por y para varones. En ambas tradiciones, el Estado se erige sobre premisas sexogenéricas binarias, dicotómicas y jerarquizadas. En ambas, el individuo moderno, ciudadano del Estado, se construyó en masculino, con rasgos que lo asocian a lo público, lo fuerte, lo activo, lo independiente, lo racional. En ambas, en definitiva, son los varones quienes se erigen en firmantes del mítico contrato social, quienes dan contenido a los principios de libertad y de igualdad que lo rigen, como seres activos, racionales e independientes, capaces de asumir las riendas de su destino.

Construidas como seres pasivos, débiles, dependientes, irracionales, las mujeres quedan excluidas de la ciudadanía activa, participativa, de los principios de libertad y de igualdad, y destinadas a tareas, no público-políticas, sino de sustento de la vida en lo privado, en el ámbito doméstico. La ciudadanía moderna se articuló así a través de la asignación de tareas distintas a varones y a mujeres: a los primeros como ciudadanos, en línea con los principios modernos; a las segundas como *pseudo-ciudadanas*, como sustento de la ciudadanía de los primeros¹⁶. En esta asignación dicotómica, la exclusión de las mujeres de esos principios no fue coyuntural ni transitoria, fruto de inercias y ambiciones pasajeras, potencialmente reversibles. Su papel tiene antes bien relevancia estructural. Y es que fue la exclusión de las mujeres de esos principios la que permitió a los varones reivindicarlos. Fue, efectivamente, la asunción por parte de las mujeres de las tareas de gestión de dependencias desde lo doméstico la que permitió a los varones escenificar en lo público su supuesta libertad e igualdad. El contrato social descansa así

¹⁴ Th. Laqueur, *Making Sex. Body and gender from the Greeks to Freud*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1990; A. Fausto-Sterling, *Sexing the Body. Gender politics and the construction of sexuality*, Basic Books, New York, 2000 [2020].

¹⁵ En el mismo sentido, véase también S.J. Kessler & W. McKenna, *Gender. An Ethnomethodological Approach*, The University of Chicago Press, Chicago, 1978: 75; Devor, *Gender Blending*, cit. pp. 146 y ss.

¹⁶ C. Amorós, *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Cátedra, Madrid, 2000, pp. 152.

sobre un contrato sexual¹⁷, un pacto (hetero)sexual¹⁸ de fraternidad cuyo objeto es el desplazamiento hacia las mujeres de las tareas relacionadas con la gestión de dependencias, evidencias cotidianas del contenido contrafáctico de la libertad y la igualdad como mitos modernos. La ciudadanía de las mujeres, base de la identidad femenina moderna, se construyó como el envés de los valores modernos de igualdad y libertad que informan el Estado, como su negación al tiempo que condición para su construcción teórica en masculino, para su reivindicación por parte de los varones¹⁹. A sellar este contrato sexual-social vino la familiar nuclear, conformada por una pareja matrimonial basada en el varón trabajador y la mujer ama de casa, y eventualmente su descendencia común, erigida en modelo moderno de familia por antonomasia.

La tensión entre la *Igualdad* republicana y la *Libertad* liberal se resuelve así mediante un pacto de *Fraternidad* (de "fraternidad cívica"²⁰) por el que los varones asumen su compromiso patriótico como hermanos ciudadanos, libres e iguales entre sí, al tiempo que jerárquicamente superiores a las mujeres -y a quienes no encajen en su modelo sexogénico binario, dicotómico, de fraternidad-. En sus intentos por deconstruir las dinámicas de poder inherentes al contrato sexual-social moderno, el feminismo se ha cuestionado la construcción binaria de la ciudadanía. Lo ha hecho, con todo, poniendo su foco de atención en el componente jerárquico de dicha construcción, insistiendo en la necesidad de privar a las dicotomías sexogénicas de elementos jerarquizantes. Con este fin, el feminismo ha enfatizado la necesidad de incluir a las mujeres en condiciones de igualdad con los varones en el lado de esas dicotomías en que reside el poder (el lado de lo público, lo activo, lo fuerte, lo independiente, lo racional). Con independencia de que este objetivo se persiga con base en la igualdad formal o de la búsqueda de la igualdad efectiva mediante políticas que tengan en cuenta las necesidades y exigencias concretas de las mujeres, resultado de su diferente posición de partida respecto de los varones, y con independencia de los distintos resultados que puedan derivarse de una y otra línea estratégica, el objetivo ha sido eliminar jerarquías sexogénicas, operar la desintegración del poder en términos de género-sexo.

El problema es que, al centrarse en la erosión de jerarquías, este objetivo pierde de vista que el poder de los varones comienza, no con el despliegue de jerarquías de poder, sino con la creación de los espacios donde esas jerarquías se materializan, con el

¹⁷ C. Pateman, *The Sexual Contract*, Polity Press, Stanford, CA, 1988.

¹⁸ M. Wittig, "On the Social Contract", en *The Straight Mind and other Essays*, Beacon Press, Boston, 1992, pp. 33-45.

¹⁹ C. Amorós, *Tiempo de feminismo*, cit. p. 152.

²⁰ C. Pateman, *The Sexual Contract*, cit.; J.B. Landes, *Women and the Public Sphere in the Age of the French Revolution*, Cornell University Press, Cornell, 1988, p. 158.

monopolio por parte de los varones de la capacidad de definirlos y de diseñar en ellos las reglas del juego a partir de su propio perfil ciudadano, naturalizado como perfil de ciudadanía universal. Esto coloca a quienes no responden a este perfil fuera de los espacios de poder, o en una situación de desventaja estructural si logran incorporarse a ellos. Para erosionar jerarquías es pues preciso ir más allá de las luchas por el reparto del poder para cuestionar su propia existencia, deconstruyendo las esferas donde ese poder se fragua. Hacerlo nos obliga a cuestionar el sistema género-sexo moderno, a deconstruir sus pilares binarios y dicotómicos, exponiéndolos como un proyecto de la modernidad ilustrada, fruto de la construcción en masculino de los conceptos de libertad y de igualdad. Y nos obliga a cuestionar la racionalización y naturalización como universales de las premisas masculinas que informan el Estado, exponiéndolas como parte de un proyecto moderno más amplio de construcción en masculino de la racionalidad y del conocimiento, que hunde sus raíces en los albores de la modernidad cultural y científica²¹. Nos obliga, en fin, a tomar consciencia de que ningún intento de reparto de poder logrará hacer mella sobre las jerarquías sexogenéricas modernas si no viene acompañado de la deconstrucción de las premisas conceptuales que la alimentan.

III. IGUALDAD MÍTICA Y JERARQUÍAS MODERNAS. DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN A LA PARIDAD CIUDADANA

III.1. La igualdad en la Constitución española

Que la igualdad no es sino un mito, que las personas no somos iguales, es, o debería ser, algo obvio. Obvio debería ser también que las personas tampoco queremos ser iguales, que a lo que aspiramos no es a ser como las demás personas, sino a que se reconozcan y respeten nuestras diferencias, a que éstas no puedan erigirse en fuente de relaciones de poder. A lo que aspiramos, en términos de organización sociopolítica, no es a la igualdad sino a la paridad de posiciones ciudadanas, a que todas las personas que integran la comunidad socio-política gocen de una capacidad equiparable de participación en la misma. Como mito protagonista de la versión republicana del contrato social, la igualdad nos ofrece pues un horizonte normativo tan inalcanzable como indeseable, que nos distrae de aquél al que realmente aspiramos: la paridad ciudadana. Pero es que, además, y en sólo aparente paradoja, el mito de la igualdad nos jerarquiza, erigiendo a los firmantes del mítico contrato sexual-social en su punto de referencia,

²¹ Sobre esta cuestión y su conexión con el capitalismo como sistema de producción característico de la modernidad, véase S. Federici, *Caliban and the Witch. Women, the body and primitive accumulation*, Autonomedia, Brooklyn, NY, 2004.

respecto al que todas las personas tienen que medir su ciudadanía, lo que consolida la ventaja estructural de quienes lo diseñaran.

Es con todo la igualdad, no la paridad ciudadana, la que informa el ordenamiento constitucional español. Mientras la Constitución española no se refiere a la segunda, la primera aparece ya mencionada ya en el artículo 1.1 CE, que la consagra como un valor superior del ordenamiento, junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político. Como tal la igualdad se concreta en otros preceptos constitucionales: como principio que rige, junto con la progresividad, nuestro sistema tributario (artículo 31 CE), o que estructura, junto con el principio de solidaridad y el derecho a la autonomía (artículo 2 CE), nuestro mapa autonómico (artículos 139 y 149.1.1 CE). Pero sobre todo la igualdad se reconoce como un derecho fundamental (artículo 14 CE), el único valor superior del ordenamiento que lo es, como tal directamente reivindicable por sus titulares ante los tribunales de justicia. Este derecho fundamental a la igualdad se ve reforzado por otros preceptos, como el que reconoce el derecho a la plena igualdad jurídica de hombres y mujeres en la institución matrimonial (artículo 32 CE), o el que impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, así como la de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (artículo 9.2 CE). Como derecho fundamental reconocido en el artículo 14 CE, la igualdad es objeto, además, de tutela jurisdiccional reforzada, que incluye el acceso al Tribunal Constitucional mediante recurso amparo (artículo 53.2 CE).

Lo que el artículo 14 CE reconoce como derecho es, en concreto, la igualdad ante la ley, entendida como igualdad de trato por parte de todos los poderes públicos. No reconoce, por el contrario, el derecho complementario a ser objeto de trato diferenciado en atención a las circunstancias concretas de cada cual (véase, por todas, la STC 198/2012, FJ 3), a que el trato por parte de los poderes públicos se haga eco de las características específicas de cada situación²². Ello no significa que los poderes públicos no puedan “adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos” (STC 198/2012, FJ 3). Pueden, y en virtud del artículo 9.2 CE, deben hacerlo, siempre que ese trato diferenciado tenga justificación objetiva y razonable y que sus consecuencias sean proporcionales a la finalidad perseguida²³. No existe, con todo, un derecho a la diferencia justificada de trato.

²² Para una crítica, véase E. Cobreros Mendazona, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 2007, pp. 71-114.

²³ En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya venía entendiendo que el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio (artículo 14) permite diferencias de trato si estamos ante supuestos de hecho comparables, si la diferencia de trato se basa en razones objetivas y compatibles con una

Lo que el artículo 14 CE reconoce es pues un derecho a la igualdad formal, no a la igualdad sustantiva, al menos no en la medida en que ésta deba apoyarse en un trato desigual.

Así definido, como igualdad formal o de trato, el derecho a la igualdad precisa de un término de comparación que pueda considerarse adecuado, en el sentido de suficientemente semejante en sus aspectos relevantes al supuesto para el que se pide la tutela de este derecho. Sólo así es posible apreciar si se ha producido efectivamente la alegada diferencia de trato, y si atendiendo a su fin constitucional y a sus resultados ésta puede considerarse justificada o no, con base en un juicio de razonabilidad. Ello es así en el momento de creación normativa, trátase de una norma con rango de ley (STC 39/2002), de un reglamento (STC 209/1987), o de cualquier otro tipo de norma (SSTC 68/1991; 44/2004). Y es así en el momento de aplicación normativa, con respeto siempre aquí de la independencia judicial (STC 13/2004). En uno y otro momento, ese término de comparación habrá de ser, necesariamente, la persona o la situación que se encuentre en posición jurídicamente ventajosa. En términos sexogénicos, la persona o situación de referencia asume pues un perfil míticamente masculino. Las demás personas (las mujeres, las masculinidades no normativas, las identidades no binarias), cuya posición de partida es de inferioridad jerárquica respecto de ese perfil, se ven así en la posición de tener que medirse con él, de asumirlo como modelo, consolidando su posición de ventaja al tiempo que exhibiendo la propia inferioridad en relación con el mismo.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, especialmente la más temprana, ofrece ejemplos elocuentes de esta situación. Destaca entre ellos el conocido como caso de la basculera (STC 198/1996). En él el Tribunal Constitucional español se enfrentó a un recurso de amparo interpuesto por una auxiliar administrativa de la Consejería de Transportes de la Comunidad de Madrid, despedida en periodo de pruebas. La razón: en virtud del artículo 20.3 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, el puesto de la recurrente tenía asignado funciones de personal basculero que requieren de notable esfuerzo físico, por encima de las capacidades de la mujer media, por encima en todo caso de las capacidades físicas de la recurrente. Su incapacidad para llevarlas a cabo provocó su despido. La aplicación de una norma diseñada en términos neutros, con afán aparentemente inclusivo, produjo así efectos excluyentes. Estos efectos fueron avalados por el Tribunal Constitucional (FJ 4), quien puso en valor la neutralidad formal de la norma, su intención de erradicar “la ‘masculinización’ del puesto de trabajo”, de superar el “principio tradicional de denominación de las categorías laborales con base en el sexo” (FJ 3); todo ello por

sociedad democrática, y si existe proporcionalidad entre el trato diferente y sus causas, medios y fines (STEDH de 23 de julio de 1968 -*asunto del régimen lingüístico en la educación belga*-).

encima de las dificultades reales de las mujeres para desarrollar tareas que, por lo demás, se añaden al puesto de trabajo sin guardar relación con el perfil del mismo.

El caso de la basculera resulta ilustrativo de los riesgos discriminatorios que encierra la igualdad de trato, de lo que Luigi Ferrajoli califica de “aporías en que puede caer una concepción acrítica del principio de igualdad”²⁴, riesgos y aporías que la mera tolerancia hacia las diferencias justificadas de trato no ayuda a aminorar. No es éste el único ejemplo. Durante la primera década y media de su andadura, el Tribunal Constitucional español se enfrentó repetidamente a medidas normativas diseñadas durante la dictadura para favorecer a las mujeres. Se trataba de beneficios jurídicos introducidos, no a modo de medidas de acción afirmativa destinadas a poner fin a la discriminación estructural de las mujeres, sino más bien diseñadas para paliar sus efectos más perversos, desde dentro de la lógica discriminatoria sistémica del sistema género-sexo moderno. Su objetivo era a veces compensar a las mujeres trabajadoras por las dificultades familiares y sociales que jalonaban su vida laboral, mediante una mayor remuneración por horas extraordinarias, por ejemplo, o mediante la posibilidad de acogerse a una jubilación anticipada. Otras, la mayoría, era compensarlas por las trabas jurídicas, además de sociales y familiares, que con frecuencia impedían su acceso al mercado de trabajo, condenándolas a la dependencia jurídica y económica respecto de algún varón; la compensación consistía en prestaciones asistenciales (pensiones de viudedad, de orfandad, o a favor de familiares, de hijas y hermanas) condicionadas a que no contrajeran (otro) matrimonio. En el caso de los varones, estas prestaciones, o bien no existían (pensiones a favor de familiares, reconocidas sólo a hijas y hermanas del causante), o bien estaban condicionadas a su edad, incapacidad laboral o insuficiencia económica (pensión de orfandad) o a su dependencia económica de la persona causante (pensión de viudedad)²⁵.

Con la entrada en vigor de la Constitución algunos varones cuestionaron estas diferencias de trato. Al abordarlas, el Tribunal Constitucional se enfrentó al siguiente dilema: la eliminación del trato favorable a las mujeres agudizaría los perjuicios que mujeres concretas padecen como consecuencia del sistema género-sexo; su mantenimiento, por otro lado, contribuiría a reafirmar ese mismo sistema. Salvo excepciones²⁶, el TC se decantó por la primera opción, bien eliminando los beneficios

²⁴ L. Ferrajoli, “Differenza di genere e garanzie di uguaglianza”, en *Genere e Democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant'anni dal voto*, coords. F. Bimbi y A. Del Re, (Rosenberg & Sellier, Torino, 1997), p. 93 (mi traducción).

²⁵ Sobre este tema, véase B. Rodríguez Ruiz, *Género y Constitución. Mujeres y varones en el orden constitucional español*, Juruá Lisboa, 2017, pp. 54-61.

²⁶ El TC avaló que, en el caso de las mujeres, las pensiones de orfandad pudieran hacerse depender tan sólo de su condición de soltera, concediendo el amparo a una recurrente que se

diseñados para mujeres²⁷, bien ampliándolos también a los varones²⁸, sin reparar en las expectativas creadas por el ordenamiento preconstitucional, en la justicia material, o en las repercusiones estructurales de su decisión²⁹, ni en que tras la entrada en vigor de la Constitución las mujeres seguían precisando de medidas que atendieran a la preterición jurídica y social en que había transcurrido la mayor parte de sus vidas³⁰.

Estos casos ejemplifican lo que Carole Pateman apodara como “dilema Wollstonecraft”³¹, en referencia a las dos estrategias que, como se desprende de la obra Mary Wollstonecraft, las mujeres parecieran tener a su alcance desde los albores del Estado, de cara a corregir la situación de inferioridad de partida en que éste las instaló respecto de los varones: la estrategia de la igualdad y la de la diferencia. Para empezar, y aunque con frecuencia se perciben y se construyen como complementarias, una y otra son recíprocamente excluyentes. Como los casos anteriores ponen de manifiesto, la aspiración de las mujeres de alcanzar la igualdad con los varones responde a una lógica distinta e incompatible con su aspiración de ver reconocidos derechos específicos que se hagan eco de sus circunstancias, aspiraciones y necesidades también específicas. Pero, sobre todo, señala Pateman, ambas estrategias son problemáticas porque ninguna pone en cuestión el sistema género-sexo que está en el origen de la preterición estructural de las mujeres. Más bien, ambas lo ratifican: la igualdad, al pretender extender a las mujeres la posición ciudadana que los varones definieran para sí y los derechos que le dan contenido; la diferencia, al reclamar para las mujeres derechos propios, sí, pero

había visto denegada tal pensión por no reunir los criterios de incapacidad laboral o insuficiencia económica exigidos a los varones (STC 68/1991).

²⁷ Es lo que hizo en materia de remuneración por horas extraordinarias (SSTC 81/1982; 98/1983; *vid.* también la STC 38/1986), o de jubilación anticipada voluntaria (STC 16/1995, FJ 7).

²⁸ Es lo que hizo en materia de pensión de viudedad (SSTC 103/1983; 104/1983; 42/1984; 253/1988; 144/1989; 142/1990; 158/1990; 5/1994) o en relación con las pensiones a favor de hijas y hermanas del causante (STC 3/1993).

²⁹ Véase en este sentido el voto particular de Rubio Llorente a la STC 103/1983, relativa al régimen de las pensiones de viudedad: “[...] La limitación de los recursos de que [la Seguridad Social] dispone habrá de llevar, en consecuencia [...], o bien a una disminución general en la cuantía de las pensiones, de manera que con los mismos fondos existentes se paguen tanto las de las viudas como las de los viudos, o bien a una regulación más restrictiva del derecho que hoy se reconoce en términos muy generales a las viudas [...]. La eliminación de la supuesta discriminación de los unos redundará así, inevitablemente, en un empeoramiento de la situación de las otras. [...]”

³⁰ Elocuente de esta falta de sensibilidad social es cómo el TC abordó las excedencias laborales de mujeres, forzosas o “voluntaria”, por razón de matrimonio, y la posibilidad de que éstas recuperasen su empleo tras la entrada en vigor de la Constitución. El TC les concedió para hacerlo el plazo de tres años previsto en la Ley de Contrato de Trabajo para las acciones derivadas del contrato de trabajo (Decreto de 26 de enero de 1944, artículo 83), entendiendo que el plazo empezaba (había empezado) a contarse a partir de la entrada en vigor de la Constitución (SSTC 7/1983; 8/1983; 13/1983; 86/1983; 58/1984; 59/1993), con independencia de cuáles pudieran ser sus efectivas circunstancias personales y familiares

³¹ C. Pateman, *The Disorder of Women*, Stanford University Press, Stanford, 1989, pp. 196-197.

definidos a partir de los de los varones. De un modo u otro, ambas confirman la ciudadanía masculina como modelo. En palabras de Pateman, ambas “permanecen dentro de los confines del estado...patriarcal y convierten el acceso de las mujeres a la plena ciudadanía en imposible de alcanzar”³².

En este sentido, una igualdad entendida como igualdad de trato, cuyo punto de referencia es el trato jurídicamente favorable que reciben los individuos que ocupan una posición de ventaja de partida, y cuya actitud hacia las diferencias no es de reconocimiento, sino de mera tolerancia, esta supuesta igualdad consolida las premisas sexuadas binarias, dicotómicas, de nuestro marco de convivencia. Podrá, ciertamente, mejorar las condiciones de vida de personas concretas en aspectos concretos, pero lo hará reafirmando las relaciones de poder que están en el origen de su situación de preterición, consolidando las premisas excluyentes del contrato sexual-social y las jerarquías derivadas de las mismas. El derecho a la igualdad se convierte así en una especie de medida paliativa, en un fármaco, en expresión de Tamar Pitch, “al mismo tiempo veneno y cura”³³ -cura (o paliación) individual, veneno colectivo.

III.2. De la igualdad a la no discriminación

Avanzar hacia la cura colectiva nos obliga a avanzar desde la igualdad hacia la no discriminación³⁴, a ampliar el mito de la igualdad para incluir en él, no sólo el derecho a la primera, sino también y sobre todo el derecho a no sufrir la segunda. Reconocido junto al derecho a la igualdad en el artículo 14 CE, el derecho a no sufrir discriminación ha ido asumiendo progresivamente el protagonismo en el marco de este artículo, muy especialmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como el derecho a la igualdad, también el derecho a no sufrir discriminación lo es a no recibir un trato diferenciador perjudicial que no esté suficientemente justificado. La discriminación encierra, con todo, un desvalor añadido, que reside en sus dimensiones colectivas: entendemos por discriminación aquel trato perjudicial injustificadamente diferenciador que se inflige a una persona, no a título individual, sino por su pertenencia a algún colectivo social. Estamos pues, no ante situaciones aisladas, desconectadas entre sí,

³² C. Pateman, *The Disorder of Women*, cit., pp. 196-197.

³³ T. Pitch, “Libertad femenina y derechos”, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, coord. R.M. Mestre i Mestre (Tirant lo Blanch, Valencia, 2008), pp. 117-133, en p. 119.

³⁴ M. Barrère, “Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación”, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, coord. Ruth M. Mestre i Mestre (Tirant lo Blanch, Valencia, 2008), pp. 45-71.

sino ante manifestaciones de un fenómeno intergrupales³⁵ que responde a dinámicas colectivas de poder: ante dinámicas que quienes pertenecen a colectivos relativamente empoderados imponen a quienes forman parte de colectivos relativamente desempoderados, con el resultado más o menos intencional de preservar su prevalencia sobre éstos. Son estas dinámicas colectivas de *subdiscriminación*³⁶, no las quiebras del derecho a la igualdad individual de trato, las que amenazan con erosionar el tejido social, la convivencia ciudadana democrática.

Como pilar del Estado, el objetivo del principio de igualdad no es pues imponer la igualdad de trato por parte de los poderes públicos como un fin en sí mismo; es erradicar la discriminación, en nuestro trato con los poderes públicos y más allá, en toda relación social que esté de algún modo impregnada de poder. Entre los derechos a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación existe pues una relación de medio a fin. Erradicar dinámicas discriminatorias es el fin; la igualdad de trato puede ser, o no, un medio para alcanzarlo. Como derecho de referencia, la no discriminación presenta peculiaridades dogmáticas respecto del derecho a la igualdad. Para empezar, y por sus dimensiones colectivas, las diferencias justificadas de trato asumen la forma de acciones afirmativas. Además, el derecho a no sufrir discriminación es reivindicable, no sólo frente a los poderes públicos, como el derecho a la igualdad; también lo es, como se apuntaba, en el seno de la sociedad civil, en toda situación que encierre dinámicas de poder estructural entre colectivos (STC 108/1989). Sobre todo, al menos en lo que aquí interesa, la reivindicación del derecho a no sufrir discriminación “no requiere necesariamente un término de comparación” (STC 171/2012, FJ 5). No la requiere, en concreto, en su modalidad directa. Quien denuncia haber sido objeto de discriminación no tiene que compararse con persona o colectivo alguno de referencia (STC 171/2012, FJ 5); basta con que pruebe que se le ha producido un perjuicio, y que presente indicios de que éste podría basarse en motivos discriminatorios, ser fruto de dinámicas de poder entre colectivos. Ello permite al derecho a no sufrir discriminación desvincularse de referencias a los parámetros de la ciudadanía sexuada, corregir sus consecuencias sin validarlos (por todas, STC 41/2006, FJ 4).

El problema es que dichas consecuencias y su corrección siguen desenvolviéndose necesariamente dentro de esos parámetros, que el derecho a no sufrir discriminación válida, aunque sea de forma implícita. Piénsese por ejemplo en cómo las medidas de acción afirmativa ponen necesariamente el foco en el colectivo postergado, exhibiéndolo

³⁵ M. Barrère, “Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación”, *cit.* p. 45; M. Barrère, *El derecho antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*, ed. Grijley, Lima, 2014.

³⁶ M. Barrère, *El derecho antidiscriminatorio y sus límites*, *cit.*, pp. 126-133.

como tal y aspirando a equipararlo con el que detenta una situación de preeminencia. Piénsese además que el derecho a no sufrir discriminación sí requiere de término de comparación cuando nos encontramos ante discriminaciones indirectas, resultantes de la aplicación de una norma o práctica formalmente neutra, de la que, sin embargo, y como en el caso de la balanza, se derivan consecuencias diferenciales favorables para el colectivo que define esa supuesta neutralidad, que en términos de género-sexo son los varones. Es ésta una modalidad de discriminación especialmente perniciosa, en la que las dinámicas excluyentes del contrato sexual-social dejan su huella tanto más estructural cuanto que implícita en la definición de las reglas del juego. Es, por ejemplo, la que con frecuencia se encuentra en la base de la brecha salarial (véanse por todas las SSTC 145/1991; 147/1995).

Los parámetros de igualdad establecidos por los firmantes del mítico pacto social siguen pues erigiéndose en referentes en el marco del derecho a no sufrir discriminación. Con éste logramos avanzar hacia la desarticulación de las relaciones de poder dentro del Estado, pero no logramos abordar sus raíces estructurales, los sesgos que alimentan las apelaciones a una igualdad míticamente neutral. Para dar este paso es preciso hacer frente, no ya a las jerarquías que sostienen esas relaciones, sino a los paradigmas masculinos que alimentan nuestra comprensión de la igualdad (y de la libertad) y de los derechos que le dan contenido; es preciso reivindicar, no ya la erradicación de relaciones de poder, sino la paridad ciudadana en origen, la capacidad de todas las personas que integran el Estado de informar paritariamente sus parámetros de convivencia; es preciso eliminar, en fin, no ya la superioridad jerárquica de lo masculino, sino las dicotomías modernas que la sustentan. Se hace preciso, en definitiva, erradicar el sistema género-sexo moderno.

III.3. De la igualdad y la no discriminación a la paridad ciudadana

En lo que llevamos de siglo, el ordenamiento español ha querido dar algunos pasos hacia la reconstrucción de la ciudadanía democrática en términos paritarios. Estos pasos se concretan en la parificación en términos de género-sexo tanto del espacio público, locus masculinizado de la ciudadanía normativa, como del espacio doméstico, locus feminizado de *pseudo*-ciudadanía. Emblemática en este sentido fue la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En lo que concierne al espacio público, esta Ley impuso la presencia equilibrada de mujeres y varones, concretada en una cuota paritaria flexible (entre el 40% y el 60%), en los organismos públicos de la administración del Estado y vinculados a ella (Título V, Capítulo II), así como en las listas electorales en elecciones municipales y al Congreso, como condición de validez de las mismas (Disposición Adicional 2^a). El objetivo era, no

sólo garantizar mayor presencia de mujeres en las instituciones públicas, especialmente en las instituciones político-representativas, sino operar una redefinición paritaria del espacio público-político.

Ciertamente, paridad en listas electorales no equivale a paridad en sede político-representativa; una pluralidad de factores, relacionados con el diseño del sistema electoral y con prejuicios e inercias de género, escoran el resultado a favor de los varones³⁷. Tampoco la paridad de presencia en sede representativa equivale a paridad de poder político en ella; dinámicas políticas con marcado perfil de género condicionan que las mujeres ejerzan menos poder político que los varones: el tiempo de presencia de las primeras en estos órganos es de media inferior que el de los segundos, como menores son sus probabilidades de asumir puestos de responsabilidad en la toma de decisiones³⁸. La paridad de poder político, a su vez, no garantiza que éste se ejerza en un sentido favorable a los intereses de las mujeres; entre la representación descriptiva de las mujeres y la representación sustantiva de sus intereses no existe una relación de causalidad, sino probabilística, de “fertilización recíproca” (“*cross-fertilization*”)³⁹. Paridad en sede representativa y organismos públicos no equivale, en fin, a paridad ciudadana en sentido amplio. A todo ello se suma que, entendida como presencia equilibrada de mujeres y varones, la paridad electoral sigue anclada en una lógica sexogenérica binaria, dicotómica, que deja fuera a identidades y expresiones identitarias que no encajan dentro de la misma (identidades sexogenéricas trans y/o no binarias).

Pese a todo lo anterior, con todo, la imposición de la presencia equilibrada de mujeres y varones en listas electorales, y en la esfera pública institucional, supuso un paso importante hacia la puesta en cuestión del perfil masculino de lo público-político, hacia la deconstrucción de su naturalización como universal. Y si bien por sí mismo carece de capacidad para desarticular ese perfil, constituye un paso relevante como parte de un proyecto de deconstrucción del contrato sexual-social y de parificación de la ciudadanía democrática.

Resulta por ello sorprendente que, al decidir sobre la constitucionalidad de imponer por ley una presencia equilibrada de mujeres y varones en listas electorales, en su STC 12/2008, el Tribunal Constitucional se apoyara en la lógica, no de la paridad, sino del derecho a no sufrir discriminación y de las acciones afirmativas. La paridad electoral, reconoció este Tribunal, va más allá de las acciones afirmativas, no opera con la lógica de mayorías/minorías, sino como una medida bidireccional que aspira a lograr que

³⁷ Sobre este tema, véase B. Rodríguez Ruiz, *Género y Constitución*, cit. pp. 152 y ss.

³⁸ L. Wängnerud, “*Women in Parliaments: Descriptive and Substantive Representation*”, *The Annual Review of Political Science*, vol. 12, pp. 51-69, en pp. 61-62.

³⁹ L. Wängnerud, “*Women in Parliaments: Descriptive and Substantive Representation*”, cit. p. 65.

nuestros órganos representativos reflejen con fidelidad la complejidad social (FJ 3). El Tribunal se refirió incluso al principio democrático, a la exclusión estructural de las mujeres en la construcción del Estado y a la necesidad de atajarla (FJ 4), a la importancia de articular “la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados” (FJ 5). Pese a ello, sin embargo, la conformidad constitucional de la paridad electoral se argumentó, no con base en la necesaria redefinición de la esfera política representativa en términos inclusivos, sino en el artículo 9.2 CE, en la lógica de la igualdad sustantiva, de las medidas antidiscriminatorias, de las acciones afirmativas (FFJJ 5 y 7; véanse también las SSTC 40/2011, y 13/2009, sobre la Ley 5/2005, de 8 de abril, de Andalucía, y la Ley 5/1990, de 15 de junio, del País Vasco, respectivamente). De este modo, el Tribunal Constitucional desarrolló un discurso con base en el cual el fin de la paridad electoral sería incorporar a las mujeres a una esfera pública pre-definida en masculino, no redefinirla en términos paritarios. Cifrada así su justificación a partir del derecho a no sufrir discriminación y las acciones afirmativas, la paridad electoral se ve cooptada por el perfil masculino de la modernidad política, su capacidad de re-definición absorbida por la lógica de ésta. Ello podría explicar la tibieza en la aplicación del mandato legal de presencia equilibrada de mujeres y varones en instituciones tan relevantes como el Tribunal Constitucional, o incluso el conformismo que circunda a la paridad electoral, contemplada como la victoria definitiva en materia de parificación de la ciudadanía, con desatención a las exigencias estructurales que, en sede representativa y más allá, se desprenden del horizonte de la paridad ciudadana.

Las reticencias del Tribunal Constitucional a contribuir a la definición paritaria de la ciudadanía en términos sexogénéricos son también evidentes en el ámbito doméstico. De ello dejó ya evidencia en 1994 en el contexto del derecho fundamental al matrimonio (artículo 32 CE). El Tribunal Constitucional inadmitió entonces un recurso de amparo en el que el recurrente denunciaba que la exclusión legal de las parejas del mismo sexo de la institución matrimonial, con la consiguiente imposibilidad de acceder a una pensión de viudedad, vulneraba el derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE). Frente a ello el TC afirmó “la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial”, previsto entonces en nuestro Código Civil, y que permite a los poderes públicos otorgar un trato de favor a las uniones familiares constituidas por hombre y mujer frente a las uniones del mismo sexo (ATC 222/1994, FJ 2). De este modo, al no reconocer la existencia de discriminación en el caso concreto, el Tribunal Constitucional renunció también a interpretar el derecho al matrimonio en términos inclusivos de parejas del mismo sexo como una exigencia constitucional, lo que habría contribuido a desarticular la familia nuclear heterosexual como base de la distribución sexuada de tareas ciudadanas. Es más, lejos de corregir esta línea

jurisprudencial, al reconocer la constitucionalidad de la regulación del matrimonio igualitario, introducido por la Ley 13/2005, de 1 de julio, el Tribunal vino a confirmarla. La STC 198/2012 puntualizó así que, aunque “no puede colegirse de forma automática que el matrimonio heterosexual sea la única opción constitucionalmente legítima”, “tampoco puede entenderse que esta opción, como única posible, quede absolutamente excluida” (FJ 10). La regulación de los matrimonios del mismo sexo quedó de este modo consagrada como una opción legislativa constitucionalmente conforme, no constitucionalmente exigida en coherencia con la construcción de una ciudadanía paritaria.

Semejante ha sido la actitud del Tribunal Constitucional en lo que concierne a una interpretación inclusiva, corresponsable, del derecho a la conciliación de vida familiar y laboral. Si en 2011 este Tribunal reconoció a un padre el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, como parte del derecho a no sufrir discriminación, a no sufrirla, en concreto, por razón de circunstancias familiares (STC 26/2011), ese mismo año negó que existiese base constitucional para un derecho a la baja de paternidad equiparable a la baja de maternidad por parto (STC 76/2011), decisión confirmada en la STC 111/2018. Así, aunque el Tribunal ha dado amparo constitucional a la corresponsabilidad a nivel individual, en forma de derecho a no sufrir discriminación por razón de circunstancias familiares, no la ha reconocido estructuralmente como contenido inherente a la parentalidad, por exigencia constitucional ajeno a consideraciones de género-sexo. Como en el terreno del matrimonio igualitario, los avances han venido aquí, no sin reticencias, de la mano del legislador. Fue en efecto la Ley Orgánica 3/2007 la que introdujo un permiso de paternidad intransferible de trece días (Disposición Adicional 11ª, apartado 11), que el 1 de enero de 2017 pasó a ser de cuatro semanas⁴⁰. A partir de ahí, su ampliación progresiva se precipitó, hasta llegar a su actual equiparación con el permiso de maternidad: se amplió a cinco semanas a partir del 5 de julio de 2018 (Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para 2018); a ocho semanas (de las cuales dos obligatorias), desde el 1 de abril de 2019; a 12 semanas (de las cuales cuatro obligatorias) desde el 1 de enero de 2020; y a 16 semanas (de las cuales seis obligatorias), como en el caso del permiso de maternidad, desde el 1 de enero de 2021; todo ello en virtud del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo (de medidas urgentes

⁴⁰ La Ley Orgánica 3/2007 incluía la obligación legal de ampliar este permiso a cuatro semanas en el plazo de seis años (Disposición Transitoria 9ª). Aunque la Ley 9/2009, de 6 de octubre, previó dicha ampliación para el 1 de enero de 2011, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 pospuso su entrada en vigor hasta el 1 de enero de 2012 (Disposición Final 15ª), fecha que fue de nuevo aplazada, año tras año, hasta que la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (Disposición Final 11ª) la estableció en el 1 de enero de 2017, fecha en la que finalmente entró en vigor.

para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación).

En definitiva, si bien el Tribunal Constitucional ha avanzado desde el paradigma de la igualdad al de la no discriminación, no ha dado el paso de abrazar la paridad ciudadana como horizonte ciudadano democrático, ni ha asumido la tarea de deconstruir el perfil estructuralmente masculino de la esfera pública y sus paradigmas de igualdad que ello conlleva. Más bien ha cedido el testigo al legislador, presentando la paridad como una opción legislativa, no como una exigencia constitucional, y justificándola en términos constitucionales desde la lógica del derecho a no sufrir discriminación y de las acciones afirmativas, con su correspondiente impronta masculina. En términos de interpretación auténtica de nuestro marco constitucional, en definitiva, seguimos moviéndonos dentro de los parámetros masculinos que informan la mítica igualdad moderna.

IV. EL MITO DE LA LIBERTAD Y RELACIONES ESTRUCTURALES DE DOMINACIÓN. HACIA UN HORIZONTE DE AUTONOMÍA RELACIONAL

IV.1. La libertad en el orden constitucional español

Como la igualdad, y como el contrato social que se quiere articular con base en ella, y que en su versión republicana la convierte en su principio protagonista, también la libertad, protagonista de la versión liberal del contrato social, no es sino un mito fundacional de la modernidad occidental. Y como la igualdad, también la libertad, entendida como independencia, como ausencia de vínculos, nos ofrece un horizonte normativo que es, además de inalcanzable, indeseable. Si las personas no somos ni queremos ser *Iguales*, tampoco somos *Libres*, ni queremos serlo. Si ni somos ni aspiramos a ser como las demás personas, sino más bien queremos se reconozcan y respeten nuestras diferencias, tampoco somos ni aspiramos a ser independientes; más bien vivimos y queremos seguir viviendo inmersas en vínculos de interdependencia; a lo que aspiramos es a la capacidad de gestionar esos vínculos, de auto-normarnos en el seno de los mismos, afirmando nuestra libertad, no en términos universales, sino respecto a vínculos concretos: para asumirlos, profundizarlos, modularlos, restringirlos, rechazarlos. Y si, en aparente paradoja, la igualdad nos jerarquiza, erigiendo en su punto de referencia a los firmantes del mítico contrato sexual-social, también la libertad nos sumerge en relaciones de dominación estructural, legitimando la superioridad de quienes definen sus míticos parámetros. Esa dominación es tanto más perniciosa cuanto que estos parámetros asumen un perfil dicotómico, que no abre más opciones que las de seguirlos y ser libres, o no hacerlo y no serlo. Lo racional es, obviamente, abrazar la libertad, ya que lo contrario nos reduce a la condición de víctimas sin agencia, sin

capacidad de decidir y actuar con base en nuestras decisiones, alejándonos de los rasgos que la modernidad atribuye a la esencia universal del ser humano. Y para alinearnos con esta esencia tenemos que emular el perfil de quienes se erigen en modelos de la misma.

A diferencia de la igualdad, sin embargo, la libertad tiene en España escaso desarrollo normativo. El texto constitucional la menciona al inicio de su preámbulo, y la erige en su artículo 1.1 CE en el primer valor superior del ordenamiento, seguido de la justicia, la igualdad y el pluralismo político. El artículo 10.1 CE la recoge, traducida en libre desarrollo de la personalidad, entre los fundamentos del orden político y de la paz social, junto a la dignidad de la persona, los derechos fundamentales que le son inherentes, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. A diferencia de otras constituciones, sin embargo, notablemente de la Constitución alemana (artículo 2.1), la Constitución española no reconoce un derecho fundamental genérico de libertad, tan sólo un derecho de libertad frente a detenciones ilegítimas (artículo 17 CE). Esto ha condicionado que, como principio constitucional, la libertad, o el libre desarrollo de la personalidad, no haya sido objeto de un desarrollo jurisprudencial mínimamente sólido, más bien tan sólo de referencias retóricas.

Resulta interesante, en todo caso, cómo en esas referencias retóricas ha ido adquiriendo protagonismo el concepto de autonomía, o de autodeterminación de la persona. Elocuentes son, en este sentido, las SSTC 60/2010, sobre la pena de alejamiento en delitos de violencia de género, y 133/2017, sobre competencias autonómicas (Galicia) en materia de adopción y autotutela. Y elocuente es, sobre todo, la STC 99/2019, sobre el derecho a la identidad sexogenérica de las personas menores de edad. Esta última Sentencia merece mayor atención. Antes, con todo, conviene que nos detengamos a hacer algunas reflexiones sobre el concepto de autonomía.

IV.2. La autonomía relacional como principio normativo

Autonomía significa, literalmente, auto-normación, capacidad auto-normativa. En términos políticos es, por tanto, sinónimo de democracia, del concepto de autogobierno. Como principio normativo, la autonomía se nos presenta pues como la piedra de toque de todo sistema que se quiera democrático. Sorprende, por ello, su escasa presencia constitucional: mientras el derecho privado gira en torno al principio de la autonomía de la voluntad, las constituciones no suelen mencionarla, prefiriendo descansar sobre los mitos (excluyentes, jerarquizantes) de la igualdad y la libertad. La Constitución española no es una excepción. Más allá del ámbito de la distribución territorial del poder, no contiene referencias a ella, sino a la igualdad y a la libertad, elevadas como hemos visto a valores superiores del ordenamiento. Aunque no es infrecuente encontrarlas utilizadas

como términos intercambiables⁴¹, sin embargo, libertad y autonomía no son sinónimos. Si la primera nos traslada a un escenario de ausencia de vínculos, o de ausencia de vínculos que no sean fruto de nuestra voluntad, la segunda nos habla de la capacidad de auto-normarnos desde el entramado de vínculos en que se desarrolla nuestra existencia, asumiendo nuestras circunstancias relacionales como constitutivas del marco vital en el que desenvolvemos dicha capacidad. La autonomía es pues necesariamente relacional. Hablar de autonomía implica sumergirnos en la tensión creativa entre facticidad y validez⁴², entre nuestra realidad relacional y nuestra autonomía como principio normativo. Significa contemplar la primera desde la perspectiva crítica de nuestra capacidad auto-normativa, y hacer valer la segunda desde dentro de nuestra compleja realidad relacional.

La autonomía relacional no se aproxima pues a la persona por oposición a sus contextos relacionales, en clave liberal, pero tampoco la diluye en esos contextos, en lógica comunitarista⁴³. Más bien los asume para desplegar dentro de ellos su contenido normativo, aspirando a posibilitar que cada cual pueda posicionarse críticamente respecto de cada una de sus relaciones, y actuar de conformidad con ese posicionamiento crítico. Su objetivo es que cada cual pueda convertir cada una de sus relaciones en objeto de reflexión crítica, si bien partiendo de que dicha reflexión tiene que producirse desde la perspectiva de alguna/s otra/s: que nadie puede situarse más allá de su respectiva red relacional sin descontextualizarse, ni tomar decisiones desde fuera de la misma sin convertirse en presa de parámetros ajenos, heterónomos⁴⁴. La clave normativa de la autonomía relacional consiste más bien en que cada relación pueda servir de punto de referencia desde el que analizar críticamente las demás, desde

⁴¹ Piénsese en el paralelismo entre la primera y la construcción de la libertad de autores como Benjamin Constant ("The Liberty of the Ancients compared with that of the Moderns", *Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1819 [1988], pp. 307-328, p. 316), Isaiah Berlin ("Two concepts of liberty", en *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1969 [1990], pp. 118-172), o Jürgen Habermas (*Faktizität und Geltung*, cit., pp. 151 y ss).

Tras distinguir entre las dimensiones negativa y positiva de libertad, entendiendo la primera como ausencia de coerción y la segunda como capacidad de auto-dominio -*self-mastery*-, I. Berlin identifica libertad con autonomía, con la capacidad del individuo de regirse por sus propias normas, entendida a su vez como capacidad de auto-realización ("Two concepts of liberty", cit. pp. 131-136; 141 y ss). Esta identificación ha provocado el rechazo del término autonomía desde algunos sectores feministas. Véase L. Barcklay, "Autonomy and the social self", en *Relational Autonomy, Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, eds. C. Mackenzie. y N. Stoljar (Oxford University Press, New York 2000), pp. 52-71; J. Nedelsky, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy and Law*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 42.

⁴² J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, cit.

⁴³ M. Walzer, *Interpretation and Social Criticism*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-London, 1987, pp. 16 y ss.

⁴⁴ D.T. Meyers, *Being yourself. Essays on identity, Action and Social Life*, Rowan & Littlefield Publishers, Inc, New York, 2004, pp. 203-224.

el que adoptar “distancia reflexiva” respecto de ellas (*reflexive role-distance*)⁴⁵, todo ello en una dinámica circular que permita que la relación que hoy nos sirve de punto de referencia desde el que contemplar críticamente otra/s pueda ser mañana objeto de reflexión crítica desde la perspectiva de ésta/s, o de una tercera.

Entendida en términos relacionales, el horizonte normativo que nos ofrece la autonomía como punto de referencia axiológico de nuestra convivencia sociopolítica presenta una serie de rasgos distintivos que la alejan de la mítica libertad. Para empezar, como horizonte normativo, y como arriba se apuntaba, la autonomía relacional conecta con la noción de autogobierno, con la noción pues de democracia. En ese sentido, su contenido es necesariamente autorreferencial, no pre-diseñado desde fuera, no trascendental ni metafísico, no mítico. La apuesta por la autonomía relacional como principio básico del ordenamiento jurídico es, en efecto, una apuesta por un punto de referencia axiológico que gira en torno a nuestra capacidad de auto-normarnos a nivel individual y colectivo, en el marco de los consensos sociales, más o menos amplios y más o menos contingentes, que alimentan nuestro orden de convivencia⁴⁶. La autonomía relacional impide así dar entrada a valores que vayan más allá de esos consensos, a valores meta-jurídicos sin vínculos con nuestra auto-normatividad, como tales anclados en elementos de poder exógenos, que aspiran a irrumpir en nuestro orden auto-normativo sin someterse a él, imponiéndose como verdades absolutas, exentas de justificación democrática.

En segundo lugar, la autonomía relacional es un concepto relativo. Concebida en clave relacional, y a diferencia de la libertad, la autonomía no es algo a lo que aspiramos en términos absolutos, sino algo de lo que disfrutamos en términos relativos y graduales, incluso parciales y episódicos, en función del contexto relacional en el que nos encontremos⁴⁷. Convivimos con zonas diversas y niveles distintos de autonomía, al tiempo que con expectativas distintas de autonomía como horizonte normativo en función del contexto⁴⁸. Asumir esto es parte de asumir nuestra (inter)dependencia,

⁴⁵ S. Benhabib, *Situating the Self: Gender Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Routledge/Polity Press, New York, 1992, pp. 73 y ss.

⁴⁶ Estos consensos sociales rigen tanto el momento de creación normativa como el de la aplicación de normas jurídicas por el poder judicial, tanto el reconocimiento de derechos en un texto constitucional como su interpretación y protección en casos concretos. En palabras de Jennifer Nedelsky, los derechos “recogen y otorgan efectividad a lo que los jueces perciben como los valores y las opciones que la ‘sociedad’ ha incrustado en el ‘derecho’” (*Law’s Relations*, cit. p. 239 -mi traducción-).

⁴⁷ D.T. Meyers, *Being yourself*, cit. p. 8.

⁴⁸ En este sentido apunta la expresión “diversidad funcional” acuñada por el Foro de Vida Independiente. Véase S. Arnau, y E. Gil, *Aportaciones a la ley de InDependencia desde una perspectiva de género*, UNED - Universidad Politécnica de Madrid, 2007. Disponible en:

nuestra relacionalidad, para desestigmatizarla e imbuirla de compromiso auto-normativo: de nuestro compromiso recíproco de preservar y potenciar la capacidad auto-normativa de quienes integran cualquier relación⁴⁹. Autonomía no equivale pues a independencia, a libertad, ni tampoco a igualdad relacional. Lo relevante en clave de autonomía no es que no existan relaciones de (inter)dependencia, sino que éstas aspiren a respetar y fomentar la auto-normatividad de quienes las integran; no es tampoco que nuestras relaciones sean igualitarias, sino que estén exentas de elementos de dominación, de subdiscriminación, de poder.

En tercer lugar, y en línea con lo anterior, la autonomía relacional no nos ofrece un horizonte normativo pre-definido, estático; su contenido es más bien necesariamente dinámico. Si en términos descriptivos nuestra personalidad se forja en el marco de múltiples y complejas redes de relaciones⁵⁰, y si éstas son necesariamente dinámicas, fluidas, normativamente nuestra autonomía ha de ser igualmente fluida y dinámica. Si cada persona se concibe como un concepto en flujo, inaprehensible, en permanente estado de (re)generación, de autodeterminación creativa, su autonomía relacional se traduce en su capacidad de participar en los procesos de interacción creativa entre sus relaciones con sentido crítico y actitud reflexiva, en su capacidad de emitir un juicio de valor sobre sus relaciones y de actuar de conformidad con ese juicio⁵¹. Se traduce, en definitiva, en la posibilidad de alcanzar un “equilibrio dinámico”, cada cual el suyo, dentro de su universo relacional, un universo integrado por “personas interdependientes implicadas en proyectos que se solapan”⁵²

Ciertamente, no todos los sistemas sociales de que formamos parte son de nuestra elección, ni lo son todos nuestros roles y relaciones. Incluso roles, relaciones o sistemas en que ingresamos de forma voluntaria pueden tener implicaciones imprevistas, a veces

www.minusval2000.com/relaciones/vidaindependiente/pdf/aportaciones_ley_independencia_soledad_arnau.pdf (acceso 27.06.2013).

⁴⁹ L. Barclay, “Autonomy and the social self”, cit. pp. 57 y ss.; D.T. Meyers, “Intersectional Identity and the Authentic Self”, *Relational Autonomy, Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self* (Catriona Mackenzie. y Natalie Stoljar, eds.), Oxford University Press, New York, 2000, pp. 151-180, pp. 151-153; A. Donchin, “Autonomy and Interdependence. Quandaries in Genetic Decision-Making”, *Relational Autonomy, Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self* (Catriona Mackenzie. y Natalie Stoljar, eds.), Oxford University Press, New York, 2000, pp. 236-258, p. 240.

⁵⁰ Diana T. Meyers (*Being yourself*, cit.) propone que analicemos la autonomía relacional desde lo que llama las cinco caras de la identidad individual (“five faces of selfhood”): el yo unitario, el yo social, el yo relacional, el yo dividido (entre sus dimensiones consciente e inconsciente) y el yo físico o corpóreo (“the embodied self”). Por su parte, Riane Eisler (*The Power of Partnerships. Seven Relationships that will change your Life*, New World Library, California, 2002) tematiza la relación entre nuestro cuerpo, mente y espíritu.

⁵¹ L. Barclay, “Autonomy and the social self”, cit. p. 55; D.T. Meyers, “Intersectional Identity and the Authentic Self”, cit., p. 166; Nedelsky, *Law's Relations*, cit., pp. 46 y ss., 58-64, 171

⁵² A. Donchin, “Autonomy and Interdependence. Quandaries in Genetic Decision-Making”, cit. p. 239 (mi traducción)

indeseadas. Involuntario no es, sin embargo, sinónimo de coercitivo⁵³. Lo que la autonomía relacional nos permite es rebelarnos contra exigencias externas, ajenas a la lógica interna de las relaciones que aceptamos como parte de nuestro universo relacional. Y nos permite rebelarnos contra la adscripción estática, coercitiva, heterónoma, a relaciones concretas, o contra los términos (estáticos, coercitivos, heterónomos) en que definen nuestras circunstancias de vida y, con ellas, de nuestra personalidad. En esta propuesta normativa cada persona se convierte en protagonista de su propio proceso de (re)generación auto-creativa, alejándose de categorías que la reducen a criterios identitarios esencialistas, predefinidos, categorías diseñadas por quienes controlan los parámetros de la verdad y aspiran a entablar relaciones de poder con base en ellos⁵⁴. Asumir el perfil esencialmente dinámico y fluido de nuestra realidad relacional e imbuir de él a nuestra autonomía como principio normativo nos permite eludir esas relaciones

En cuarto lugar, en fin, el objetivo de la autonomía relacional (autorreferencial, relativa, gradual, dinámica) no es informar el sentido de nuestras decisiones; es guiar su proceso de adopción, garantizar que no intervienen en él elementos de poder que puedan condicionar nuestro posicionamiento crítico y nuestra toma de decisiones. En palabras de Diana T. Meyers, la autonomía “debe residir en el proceso de decisión, no en la naturaleza de la acción que se ha decidido adoptar”⁵⁵. A diferencia de la libertad, la autonomía no es (sólo) un fin, un horizonte normativo mítico, inalcanzable, sino (principalmente) un medio, un modo de vida que, aunque siempre perfectible, aspira también siempre a funcionar como tal. Ello no significa perder de vista la dimensión sustantiva de la autonomía; significa hacerla valer en términos procedimentales. Significa la obligación de respetar los procesos ajenos de toma de decisiones, de no introducir en ellos elementos de dominación que interfieran con la auto-normatividad de quien los desarrolla. En el caso de los poderes públicos significa, además, la obligación de garantizar que no se producen tales interferencias, que disponemos de la posibilidad de rechazar, abandonar o al menos modular el peso relativo que en nuestra red relacional tienen relaciones concretas. Significa la obligación de hacerlo sin erigirse ellos mismos en fuente de dominación, sin generar relaciones de dependencia respecto de ellos

⁵³ Este tema es central en el trabajo de Francisco Laporta (2007). En clave relacional, Diana T. Meyers teoriza el trabajo de atención a la dependencia, distinguiendo entre trabajo no voluntario, pero no coercitivo, y trabajo no voluntario y además coercitivo, en función de que las normas sociales que lo definen sean o no aceptadas como válidas por quien lo realiza (*Being yourself*, cit., pp. 257-267).

⁵⁴ M. Foucault, *The Will to Knowledge. The History of Sexuality 1*, Penguin, BooksMiddlesex, 1976 [1981]; “Two Lectures”, en *Power/Knowledge: Selected Interviews & Other Writings. 1972-1977*, ed. Colin Gordon (Pantheon Books, New York, 1980), pp. 79-108.

⁵⁵ D.T. Meyers, *Being yourself*, cit., p. 204 (mi traducción).

mismos, especialmente respecto de su aparato burocrático, muy especialmente de su dimensión prestacional⁵⁶. Significa también que, en aras de la dimensión sustantiva de la autonomía, los poderes públicos no pueden impedir que entablemos relaciones que vengan a condicionar nuestra capacidad de auto-normarnos -la vida no es sino una sucesión de tales relaciones-. Su papel consiste en garantizarnos distancia reflexiva crítica respecto de cualquiera de ellas, velando por que ninguna nos condicione más allá de lo que su lógica interna justifica, más allá, esto es, de los límites que tácitamente asumimos como inherentes a dicha relación. Y consiste, también, y sobre todo, en garantizar que en nuestros procesos de toma de decisiones contamos con un abanico suficientemente amplio de opciones suficientemente relevantes para nuestra auto-comprensión como personas autónomas, de opciones que tienen sentido dentro de nuestro proyecto de vida⁵⁷.

Este último punto es clave en la promoción de la autonomía en términos sustantivos. Para atender a él es importante tener presente la distinción a que apunta Silvina Álvarez entre los conceptos de *ocasión* (“posibilidad de hacer algo, cualquiera que sea el origen de la causa que dé lugar a dicha posibilidad”), *oportunidad* (“dado un determinado contexto, la realización de ciertos fines está socialmente condicionada” por “algún tipo de distribución social”) y *opción* (“curso de acción -una ocasión o una oportunidad- que el agente reconoce como tal para sí”)⁵⁸. No toda ocasión, ni siquiera toda oportunidad, se presenta necesariamente como una opción para todas las personas. Antes bien, las ocasiones y las oportunidades pueden y suelen estar diseñadas por y para quienes se encuentran en posición de poder estructural, generalmente varones, en detrimento de quienes no lo están, generalmente mujeres⁵⁹. Incluso el horizonte de la igualdad de oportunidades asume como punto de referencia los sesgos inherentes a su diseño original. La función del Estado, en clave de autonomía relacional, consiste en ofrecernos, no ya ocasiones, ni oportunidades, sino verdaderas opciones. Y consiste en ofrecernos opciones que dentro del proyecto de vida de cada cual puedan considerarse relevantes, con sentido, así como garantizar que sus procesos de posicionamiento crítico y toma de decisiones se desarrollan sin interferencia de elementos de poder. En ningún caso es su función arrogarse la toma de decisiones que son nuestras, ni permitir que nadie decida en nuestro lugar, atendiendo a una imagen ideal, absoluta, estática, preconcebida, de lo

⁵⁶ J. Nedelsky, *Law's Relations*, cit. pp. 139-152.

⁵⁷ J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 373 y ss.

⁵⁸ S. Álvarez, “El umbral de autonomía: la concepción relacional y la construcción de las opciones”, en *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, coord. L.L. Hierro (Marcial Pons, Madrid, 2014), pp. 53-79, en p. 68.

⁵⁹ S. Álvarez, “El umbral de autonomía: la concepción relacional y la construcción de las opciones”, cit. p. 69.

que debe tener sentido en nuestra vida, imponiéndonos pues desde fuera un proyecto de vida como si fuera propio. Su función es más bien atajar ese tipo de dinámicas heterónomas.

Ser conscientes de esto puede ayudarnos a evitar que medidas destinadas a combatir situaciones de subdiscriminación acaben, en una lógica paternalista, privando de autonomía a personas cuya autonomía se trata precisamente de potenciar. Debemos, en efecto, estar atentas/os al paternalismo de medidas que tienen por objeto atender a colectivos postergados, con frecuencia feminizados, pero que lo hacen restringiendo su auto-normatividad, reduciéndolos a la posición de víctimas sin agencia, infantilizándolos y justificando su infantilización con base en el “paradigma cuidado/control”⁶⁰, en la necesidad de protegerlas, con frecuencia de ‘rescatarlas’ de situaciones que se entienden no responden a la imagen maestra de libertad (y de igualdad) que rige dentro del Estado.

IV.3 Libre desarrollo de la personalidad en clave de autonomía: la STC 99/2019

La autonomía relacional se nos ofrece como punto de referencia analítico desde el que aproximarnos a la STC 99/2019. En ella, como más arriba se avanzaba, el Tribunal Constitucional se valió del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) para asentar las raíces constitucionales del derecho a la identidad sexogenérica de las personas menores de edad. La Sentencia trae causa de la aplicación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (conocida como Ley de identidad de género). En el momento de su aprobación, esta ley supuso un avance importante en materia de autodeterminación sexogenérica, al desvincular el ejercicio del derecho a la identidad de género de la cirugía de reasignación, de la modificación quirúrgica, esto es, de los marcadores del género-sexo asignado al nacer. En ella, con todo, el derecho a la identidad sexogenérica sigue sujeto a límites importantes. Para empezar, su reconocimiento se restringe a las personas de nacionalidad española y mayores de edad (artículo 1). Además, la Ley 3/2007 patologiza el ejercicio de este derecho, condicionándolo a un diagnóstico de disforia de género, que debe acreditarse mediante informe médico o psicológico clínico de “la estabilidad y persistencia” de dicha disonancia (artículo 4). A él se suma la exigencia de que se haya seguido tratamiento médico durante al menos dos años para acomodar las características físicas de la persona titular del derecho a las correspondientes al sexo reclamado, salvo que concurran razones de salud o edad que

⁶⁰ S. Joseph, “The Kin Contract and Citizenship in the Middle-East”, en *Women and Citizenship*, ed. Marilyn Friedman (Oxford University Press, Oxford, 2003), pp. 149-169.

imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia (artículo 4).

El mencionado límite de edad fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad, que el Tribunal Constitucional resolvió en la STC 99/2019, declarándolo inconstitucional. Para ello, este Tribunal se basó tanto en el libre desarrollo de la personalidad como en la dignidad en cuanto que fundamentos del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE). Y se basó en la conexión de ambos con la autonomía personal, erigida en la síntesis de ambos principios (FJ 4), y que vinculó con el derecho a la identidad de género; un derecho que elevó a derecho fundamental, entendiéndolo integrado en el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE) en línea como veremos con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La conclusión fue que la exclusión sin matices de las personas menores de edad del ejercicio del derecho a la identidad de género vulnera su derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), en combinación con su derecho a la autonomía, entendido éste como fruto de una lectura conjunta del respeto debido a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad como principios constitucionales. El Tribunal Constitucional concluyó que la legislación que regule el derecho a la identidad de género no puede excluir sin más de su ejercicio a las personas menores, que más bien debe habilitar “un cauce de individualización de aquellos menores de edad con ‘suficiente madurez’ y en ‘situación estable de transexualidad’” (FJ 9).

En la STC 99/2019, el libre desarrollo de la personalidad tiene pues un papel basilar. Lo tiene además interpretado en clave, no de libertad, sino de autodeterminación, de autonomía, aplicada en términos necesariamente relacionales al contexto de la identidad sexogenérica. Se alinea así esta Sentencia con la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional viene desarrollando en torno a la dignidad de la persona, y que la entiende también en clave de autonomía relacional, de capacidad auto-normativa en contextos democráticos⁶¹. Y se alinea con la jurisprudencia desarrollada por el TEDH en materia de identidad sexogenérica. En ella la posibilidad de definir y expresar una identidad disidente respecto del binarismo género-sexo moderno se vincula de forma cada vez más decidida con nuestro derecho a la autodeterminación, a la autonomía personal, reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como parte del derecho a la intimidad. La jurisprudencia del TEDH se ha centrado, en concreto, en el reconocimiento jurídico de las identidades trans y sus expresiones (por todas, STEDH de 11 de octubre de 2018, asunto *S.V. c. Italia*, Par. 55). Aunque en un principio el TEDH dejó a los Estados miembros un amplio margen de

⁶¹ B. Rodríguez Ruiz, *El discurso del cuidado. Propuestas (de)constructivas para un estado paritario*, cit. pp. 138-140.

apreciación para decidir sobre el reconocimiento legal de las identidades trans (STEDH de 17 de octubre de 1986, asunto *Rees c. Reino Unido*), dicho reconocimiento forma hoy parte indiscutible del derecho a la autodeterminación identitaria de género, teniendo los Estados un margen de apreciación cada vez más restringido en este terreno (SSTEDH de 25 de marzo de 1992, asunto *B. c. Francia*; 11 de julio de 2002, asunto *Goodwin c. Reino Unido*; 6 de abril de 2017, asunto *AP, Garçon y Nicot c. Francia*, Par. 121; 19 de enero de 2021, asunto *X & Y c Rumanía*).

Donde el TEDH sigue otorgando a los Estados miembros un amplio margen de apreciación es en la decisión de medicalizar o no el tránsito a un género distinto del asignado al nacer. Esto incluye la decisión de exigir o no dictamen médico de disforia de género, entendida como la disonancia patológica entre el sexo morfológico y la identidad de género sentida. Esta postura contrasta con la posición que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa defendiera en su Resolución 2048 (2015), de 22 de abril, en la que recomendó la abolición de dichos dictámenes y del tratamiento posterior como precondiciones para el reconocimiento de la identidad de género. Contrasta también con la decisión de la OMS de eliminar la disforia de género de su lista de enfermedades mentales en 2018. Y contrasta con la tendencia en los Estados miembros del Consejo de Europa a no exigir tales diagnósticos, siendo los que no lo hacen una minoría cada vez más amplia: es el caso de Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Noruega y Portugal⁶². Sobre todo, contrasta con el derecho a la autodeterminación sexogenérica que, como hemos visto, la propia jurisprudencia del TEDH reconoce como parte del contenido del artículo 8 CEDH, e impone a los Estados miembros la obligación positiva de garantizar (véase por todas la STEDH de 19 de enero de 2021, asunto *X & Y c Rumanía*).

La patologización de las identidades sexogenéricas no normativas sigue, como hemos visto, vigente en España con base en la Ley 3/2007. Sobre ella no se ha pronunciado directamente el Tribunal Constitucional. Su apuesta por la autodeterminación en este terreno, en su STC 99/2019, apunta con todo a la inconstitucionalidad de la misma. A su despatologización apunta también la legislación vigente en trece de las catorce Comunidades Autónomas que en España, de un total de diecisiete, cuentan con legislación específica en la materia⁶³. Y a ella apunta también el Anteproyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la

⁶² <https://tgeu.org/trans-rights-map-2021/> (acceso: 01.03.2022).

⁶³ L. Flores, "The right to gender self-determination in Spain: Lessons from Autonomous Communities" *The Age of Human Rights Journal*, 2022 (en prensa).

garantía de los derechos de las personas LGTBI⁶⁴, aprobado por el Gobierno del Estado en junio de 2021. Este Anteproyecto propone desvincular el derecho a la identidad de género de las restricciones de nacionalidad y de edad que en la actualidad lastran su regulación legal, esta última por mandato constitucional (STC 99/2019). Y propone eliminar su patologización y medicalización actuales, cuestión que se está revelando como enormemente controvertida, especialmente dentro del feminismo⁶⁵.

El Anteproyecto, con todo, sigue anclado en una lógica binaria, que le lleva a prestar escasa atención a las personas biológicamente consideradas como intersexuales, y ninguna al no binarismo como opción identitaria. Más allá de alguna referencia en la definición de derechos y principios generales (autonomía, asistencia integral, consentimiento informado, codecisión, no discriminación, honor, intimidad, propia imagen, confidencialidad) y en el contexto educativo (artículo 23), las personas intersexuales son objeto de mención específica en los artículos 18 y 71. En el primero, el Anteproyecto prohíbe toda práctica de modificación genital binaria en “personas recién nacidas”, salvo que por indicaciones médicas sea exigible para la protección de su salud (artículo 18.2). Prohíbe, esto es, la Mutilación Genital Intersexual (IGM por sus siglas en inglés) no consentida ni médicamente indicada. No lo hace, con todo, siempre y en todo caso. Se aleja así el Anteproyecto de las recomendaciones emitidas en el ámbito europeo por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Resolución 2191(2017), Recomendación 7.3.3) y por el Parlamento Europeo (Resolución de 14 de febrero de 2019)⁶⁶, alineándose más bien con la mayoría de países europeos, que siguen sin incorporarlas (las excepciones son Malta⁶⁷, Portugal⁶⁸ y Alemania⁶⁹). Lo que se prohíbe

64

<https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Documents/APL%20Igualdad%20Trans%20+LGTBI%20v4.pdf> (acceso: 01.03.2022).

⁶⁵ R. Mestre i Mestre, “Trans justice fights trans moral panic”, *The Age of Human Rights Journal*, 2022 (en prensa).

⁶⁶ Resolution 2191 (2017), *Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people*; disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24232> (acceso: 01.03.2022). Resolution 2018/2878(RSP), *on the rights of intersex people*; disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0128_EN.html (acceso: 01.03.2022).

⁶⁷ *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, de 14 de abril de 2015 (artículo 14). Disponible en: <https://legislation.mt/eli/cap/540/eng/pdf> (acceso: 01.03.2022).

⁶⁸ Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto: *Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa* (artículo 5). Disponible en: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/115933863/details/maximized>. (acceso: 01.03.2022).

⁶⁹ *Gesetz zum Schutz von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung*, 25 de marzo de 2021. Disponible en: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*%5b@attr_i

es tan sólo la IGM sobre “persona recién nacida”, concepto por lo demás necesitado de concreción. A concretarlo podría venir el artículo 71.2, que abre a los progenitores de bebés intersexuales la posibilidad de no inscribir su género-sexo, siempre, eso sí, que exista acuerdo mutuo al respecto, y tan sólo durante el año posterior a la inscripción de su nacimiento. Transcurrido éste, la inscripción registral del género-sexo deviene obligatoria, requisito para la obtención de cualquier documento identificativo. Resulta tentador entender que este plazo de un año limita también el margen de tiempo durante el que una persona puede considerarse “recién nacida” a efectos del artículo 18.2 del Anteproyecto. Resulta tentador entender, en efecto, que los progenitores de personas intersexuales, al decidir su identidad sexogenérica oficial tras este breve periodo reflexión⁷⁰, pueden acompañar su decisión de cirugía de asignación, de IGM ni médicamente indicada ni consentida^{70bis}.

Esa identidad sigue definida, además, en términos exclusivamente binarios. Las identidades no binarias no aparecen contempladas en el Anteproyecto, ni como posibilidad de asignación inicial, en conexión con la intersexualidad, ni como opción de reasignación posterior. Lejos de garantizar un amplio margen de opciones de género, como recomiendan la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y el Parlamento Europeo, en sus respectivas Resoluciones arriba mencionadas, y lejos de seguir la estela de países como Alemania (2013), Malta (2015), Austria (2018), los Países Bajos (2018) o Portugal (2018), que han incluido ya opciones sexogenéricas oficiales no binarias⁷¹, el texto del Anteproyecto renuncia a todo esfuerzo en este sentido, reafirmando en las raíces binarias de nuestro sistema género-sexo.

[d=%27bqbl121s1082.pdf%27%5d#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bqbl121s1082.pdf%27%5D_1631208130560](#) (acceso: 01.03.2022).

⁷⁰ Como breve lo califica el Consejo General del Poder Judicial en su informe (de contenido generalmente conservador) sobre el Anteproyecto (Conclusión Sexuagesimosetercera). Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-para-la-igualdad-real-y-efectiva-de-las-personas-trans-y-para-la-garantia-de-los-derechos-de-las-personas-LGTBI>

(acceso: 09.05.2022).

^{70bis} El texto del Proyecto de ley, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de junio de 2022, ha pasado a prohibir la IGM en personas menores de doce años. De momento, sin embargo, la posibilidad de dejar en blanco la mención registral del género-sexo de las personas intersex sigue limitándose al primer año desde la inscripción de su nacimiento (https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220627_cc.aspx#derechos -acceso 30.06.2022).

⁷¹ Es también el caso, a nivel estatal, de Australia (2003), Pakistan (2009), India (2009), Nueva Zelanda (2012), Bangladesh (2013), Kenia (2014), Nepal (2015), Chile (2017), Canadá (2017), Argentina (2018), Uruguay (2018), Islandia (2019), además de estados dentro de los Estados Unidos como New York, California, Ohio, New Mexico, Nevada, Oregon, Utah, Washington, New Jersey, Colorado. Véanse los datos de Human Rights Watch de 2020, disponibles en: <https://www.hrw.org/news/2020/09/08/transgender-third-gender-no-gender-part-i>, y en <https://www.hrw.org/news/2020/09/08/transgender-third-gender-no-gender-part-ii> (acceso: 01.03.2022).

Por todo ello, pese a su compromiso formal con la autodeterminación sexogenérica, y pese a poner fin de la patologización de las identidades sexogenéricas no normativas, el Anteproyecto corre el riesgo de nacer obsoleto, además de inmerso en contradicciones internas. Sólo cabe confiar en que su recorrido parlamentario permita consolidar su compromiso con la autodeterminación, llevándolo más allá de los límites del binarismo actualmente vigente en España; en que en línea con la STC 99/2019 el principio de autonomía logre afianzarse como criterio interpretativo del libre desarrollo de la personalidad, así como de la dignidad de la persona, en materia de identidades sexogenéricas; sólo cabe confiar, en fin, en que nos hagamos conscientes de la importancia de abrazar la autonomía relacional, en toda su profundidad y amplitud, como valor esencial de un ordenamiento democrático.

V. REFLEXIONES FINALES

Como las reflexiones precedentes han pretendido ilustrar, abandonar el mito del contrato social y renunciar a la igualdad y la libertad como horizontes normativos no significa renunciar a todo horizonte normativo dentro del Estado. Significa renunciar a mitos y horizontes que estructuran el Estado con base en relaciones de poder, un poder que en términos sexogenéricos se define como masculino sobre premisas binarias y dicotómicas. Significa destapar que, bajo la cobertura de terminología e ideas emancipadoras y democráticas, ese poder naturaliza exclusiones y posiciones de dominio, dificultando su desarticulación, incluso su puesta en cuestión. Significa, en definitiva, tomarnos en serio las promesas emancipadoras y democráticas de la modernidad y ponerlas en práctica, haciéndonos responsables de nuestro destino en coherencia con sus bases axiológicas.

La paridad ciudadana y autonomía relacional se nos ofrecen como horizontes normativos coherentes con esas promesas. Ni una ni otra aparece expresamente recogida en el texto constitucional español. Ambas, sin embargo, han sido objeto de atención en el desarrollo normativo y jurisprudencial del mismo. El ordenamiento español ha asumido formalmente un compromiso con la paridad, que el Tribunal Constitucional ha validado, si bien de forma superficial y tibia, eludiendo asumir sus implicaciones estructurales en la redefinición de la ciudadanía. Como contraste, este Tribunal parece haber abierto la puerta a la autonomía relacional en su STC 99/2019. Parece haberlo hecho además al abordar el derecho a expresar disidencias respecto del binarismo sexogenérico, y a hacerlo mediante un cuestionamiento de su esencialización biologicista, de su construcción mediante la construcción de cuerpos normativamente binarios. Sólo cabe esperar que esta línea jurisprudencial se asiente y se incorpore a

nuestro ordenamiento de forma coherente, que a través de ella, de la puesta en valor de la autonomía relacional, podamos aspirar a la paridad ciudadana.