

Cuando se tiene en cuenta este cuadro de conjunto, el constitucionalismo y la ciencia política tienen más fácil comprender qué modelo de democracia se prefigura en el sistema político de la Unión. El maridaje entre el capitalismo y gobernanza, parece que está conduciendo a la sustitución de la vieja democracia por investidura, todavía ampliamente ligada al principio representativo y al Estado, por una democracia relacional global, fundada en el consenso entre gobiernos y no en el contrato entre ciudadanos, cuyos esquemas operativos se basarían en la producción de derecho convencional, a través de un tipo particular de diplomacia parlamentaria. En este contexto de gobierno débil y pluralista, la capacidad para que los poderes públicos impongan un cierto control de la política sobre la economía, más allá del tótem regulador, radica en la capacidad de la Unión para contribuir de manera creíble y razonable al reforzamiento de las conquistas del Estado social y democrático de Derecho.

Por ello, la recuperación del concepto político de constitucionalismo para la Unión Europea, pasa por interpretar el proceso de integración como una oportunidad para superar los desbordamientos nacionalistas que incendian los Estados miembros y sustituir la defensa de los aspectos formales de la cultura por un enfoque racional que preste más atención a los intereses y derechos de los ciudadanos. El pensamiento político y constitucional europeo debería contribuir a este objetivo, tratando de disolver la impregnación estatal de los institutos jurídicos y políticos que versan sobre la forma de poder, su dirección y su control, para avanzar en el contenido de modernidad crítica europea en ellos acuñados, con la vista puesta en la Unión y en el sistema de dominio público y jurídico que incorpora. Es decir, a diferencia de las obras reseñadas en este ensayo bibliográfico, pero también de otras muchas, se trata de volver a acercarse a los conceptos e instituciones constitucionales, no como meros instrumentos de reproducción de poder político y económico, sino como premisas de libertad y dignidad humana.

*Josu de Miguel Bárcena*

M.<sup>a</sup> EUGENIA ALEGRET BURGUÉS (dir.): *La discriminación positiva*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, 424 págs.

La igualdad de género es uno de los grandes temas de actualidad. Pero, como es bien sabido, no es nuevo. Se arrastra históricamente como una asignatura pendiente del proceso inacabado de la modernidad (1). Aunque se ob-

---

(1) Sobre esta idea de Modernidad *vid.* J. HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, trad. M. JIMÉNEZ GALINDO, Taurus, Madrid, 1989.

servan importantes avances en este sentido, su consecución definitiva queda aún muy lejos y empieza a ser acuciante en este nuevo siglo. Por eso, esta materia debe ser tratada con seriedad y urgencia a través de la promoción de mecanismos eficaces que erradiquen desigualdades en todos los ámbitos de la vida. Los instrumentos deberán ser, por tanto, de muy distinto tipo y naturaleza, pues este problema social ocupa transversalmente todo el sistema político, jurídico y socio-económico de nuestras sociedades.

Esta obra enfoca muy acertadamente el tema de la igualdad de género realizando un estudio sobre uno de los medios para su consecución: la discriminación positiva. Para ello analiza la normativa más actual en varios ámbitos: administrativo, científico, laboral, empresarial, penal y familiar.

La discriminación positiva va dirigida a hacer efectivo el principio de igualdad material entre hombres y mujeres reconocido en nuestra Constitución y en los Tratados y Convenios internacionales suscritos y ratificados por España. Prevé la adopción de medidas a primera vista discriminatorias, pero que no atentan contra del principio de igualdad al estar dirigidas a lograr la igualdad de grupos perjudicados histórica y socialmente. La igualdad aparece, así, como una igualdad real que tiene en cuenta las diferencias y que promueve la consecución de iguales resultados. No busca una igualdad de oportunidades. Su objetivo es acabar con los obstáculos y promover *positivamente* el desarrollo de una vida digna para todos los seres humanos. El principio de la igualdad sustancial del artículo 9.2 CE completa o, mejor, *continúa* el principio de igualdad formal del artículo 14 CE, introductor de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

En base a esta dimensión igualitaria en EEUU nacen una serie de instrumentos de acción positiva (*affirmative action*) en el intento bien de erradicar las causas que provocan la desventaja, bien de hallar un equilibrio de las funciones que cumple la mujer en la sociedad o, por último, que pretendan beneficiarla directamente como régimen compensatorio ante la discriminación histórica (2). Las medidas de discriminación positiva podrían incluirse en este tercer tipo, existiendo un punto importante a efectos de distinción. El beneficio de las personas integrantes del grupo favorecido comporta ineludiblemente un perjuicio de las que no pertenecen a tal grupo (3). Por tanto, la discriminación positiva, también llamada *inversa*, se

---

(2) D. TERRÓN SANTOS, «La igualdad de derechos de la mujer. Límites al principio de discriminación positiva de las mujeres en el derecho (nacional y comunitario)», en E. M. MARTÍNEZ GALLEGO y J. REGUERO CELADA (coords.), *Mujer y Empleo. Una estrategia para la igualdad*, Comares, Granada, 2004, pág. 20.

(3) M. E. ALEGRET BURGUÉS, «Presentación e introducción», págs. 13-32, espc. pág. 29.

alza como excepción del principio de no discriminación directa. Significa esto que su interpretación ha de ser restrictiva. Sólo puede utilizarse de no ser posible alcanzar la igualdad a través de otro tipo de instrumento de acción positiva, debiendo en consecuencia atender a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Además, habrá de acreditarse su objetividad, demostrando que las mujeres están efectivamente en desventaja y, sobre todo, la discriminación positiva ha de ser transitoria. Por supuesto, es precisa su legalidad (su validez sustancial) sin que pueda lesionar a ningún derecho fundamental.

Desde sectores liberales se ha criticado su uso por múltiples razones, especialmente por el hecho de que su objetivo es conseguir la igualdad real interpretada como igualdad en los resultados, esto es, que independientemente del punto de partida, al final todos puedan obtener iguales resultados. El punto de vista liberal defiende una igualdad de oportunidades y critica la igualdad en el punto de llegada, dado que puede ser contraria al principio de libertad. Con todo, la libertad no es diferente de la capacidad (4) o, dicho de otra manera, la libertad tiene también una dimensión real que relacionada con la capacidad para ejercitar esa libertad formalmente reconocida. Por esta razón, el sistema jurídico opta por la primera de las interpretaciones ya que pretende conseguir que a la postre todos puedan disponer de una igual vida digna. En ocasiones, por circunstancias de raíz histórico-social, las mujeres podrían ver frustrada esta meta. Esto puede deberse a que ellas mismas han interiorizado su subordinación o porque se les ha impedido y se les impide socialmente una posición igual a los hombres. De hecho, en las estadísticas presentadas en todos los sectores analizados en la obra, las mujeres están infrarrepresentadas, incluso cuando sus méritos son mayores. Esto es visible, por ejemplo, en la esfera universitaria (5).

La discriminación inversa adopta la forma de cuotas o tratos preferenciales que pueden ser más o menos rígidos según si tienen en cuenta o no el principio de mérito. Consisten en el establecimiento de la reserva de un mínimo garantizado de plazas o calificaciones especiales para el grupo favorecido en cuestión. Tanto en España como en la Unión se ha intentado buscar un equilibrio difícil entre los diversos principios (formales y sustanciales) en juego, estableciendo la posibilidad de cuotas rígidas únicamente en caso de los minusválidos.

Las consecuencias de la desigualdad en el ámbito político es un tema tratado de manera demasiado breve en la obra, explícitamente aparece sola-

---

(4) Respecto a esta idea *vid.* A. SEN, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000.

(5) *Vid.* J. EGOZCUE CUIXART, «Mujer y Ciencia», págs. 151-184.

mente en las conclusiones (6). En España la paridad política es elección de los partidos que suelen establecer porcentajes de presencia de mujeres en las listas electorales, aunque no se asegura el resultado final. Contra esta *paridad* se ha dicho que es inútil para alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres ya que la desigualdad está en la base o estructuras sociales y, por tanto, responde más a una estrategia política que a una forma de erradicar la desigualdad (7). No obstante, el uso de las cuotas en los órganos de representación y en las esferas de poder (también en el sector privado) no son útiles. El hecho de que el problema de la desigualdad esté enraizado en las estructuras sociales no justifica que haya que esperar a un cambio social para tomar medidas político-jurídicas que ayuden al cambio. La esfera política y la social se condicionan mutuamente y es difícil esperar un cambio social sin que las mujeres estén representadas en los órganos de toma de decisiones. La razón no estriba en que las mujeres son capaces de edificar un «mundo mejor», sino en la necesidad de fomentar la igualdad de sexos y desarrollar las capacidades cívicas de todos (8).

En el sector administrativo, según explica en la obra la magistrada del Tribunal Supremo C. Picó Lorenzo (9), cabe un trato preferencial a favor de la mujer pero esa preferencia será viable cuando hombre y mujer tengan iguales méritos. No se trata de restar estimación al acceso de la mujer. Más bien al contrario. Las mujeres no tienen necesariamente una cualificación menor, sino que normalmente los méritos suelen ser iguales e incluso mayores. Son mayoría en las universidades y suelen acarrear una «doble carga» (trabajo asalariado y no asalariado o doméstico) y, después de todo, siguen siendo minoría en las esferas pública y privada de decisión.

Otra magistrada del Tribunal Supremo, M. Calvo Ibarlucea (10), manifiesta que son permisibles subvenciones fiscales y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social en caso de empleo. Son formas indirectas que facilitan el acceso de la mujer a los puestos de trabajo. Asimismo, pueden establecerse

---

(6) M. E. ALEGRET BURGÚES, «Conclusiones del grupo de investigación sobre discriminación positiva», págs. 413-424, espec. pág. 419.

(7) M. POSTIGO ASENJO, «Imparcialidad, justicia e igualdad de género. Las cuotas femeninas a la luz de las tesis de Albert O. Hirschman», en CALVO GONZÁLEZ (coord.), *Libertad y seguridad. La fragilidad de los derechos. Actas de las XX.ª Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (Málaga 11 y 12 de marzo de 2005)*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Málaga, 2006, pág. 41.

(8) M. POSTIGO ASENJO, «Imparcialidad, justicia e igualdad de género. Las cuotas femeninas a la luz de las tesis de Albert O. Hirschman», cit., pág. 56.

(9) «La discriminación positiva en la función pública», págs. 33-150.

(10) «La discriminación positiva en el ámbito laboral», págs. 185-226.

otras medidas laborales, como por ejemplo la ampliación de los períodos cotizados, el cambio de puesto en caso de maternidad o los traslados en casos de violencia de género. De todas formas, es también importante analizar cómo, ciertamente, en algunos sectores determinadas medidas de acción positiva han producido resultados contrarios a los esperados, incluso facilitando el mantenimiento del rol tradicional de las mujeres (11). Así, las previsiones de conciliación de la vida familiar y la laboral han llevado en algunos países a que las mujeres opten por el trabajo a tiempo parcial o incluso interrumpen su actividad laboral por razones familiares. Desde la visión del sector empresarial expuesta por C. Obeso Abalde (12) ésta es la explicación del retardo en su carrera profesional, en la acumulación del capital humano y, en consecuencia, en sus niveles de ingresos y sus posiciones de responsabilidad. Acaso las soluciones en este sentido puedan venir de la adopción de otras medidas, tales como la supresión de la cotización empresarial a la Seguridad Social durante el período de maternidad, haciendo que ese coste sea asumido por la sociedad en su conjunto o, también, mediante el desarrollo de una red pública de servicios de apoyo al cuidado de niños y personas dependientes (13).

Las acciones positivas y, sobre todo, la discriminación positiva son rechazadas en la sección dedicada al Derecho penal (14). M. Colmenero Menéndez, magistrado del TS, entiende que su utilización es dudosamente constitucional al afectar al principio de igualdad ante la ley, al principio de presunción de inocencia y al principio de culpabilidad penal. En este campo las mujeres parecen alcanzar una debida protección con la aplicación formal igualitaria de la ley. No obstante, es preciso hacer referencia a la ley penal en relación a la violencia de género que, en todo caso, es la que más afecta a las mujeres. Precisamente en defensa de la discriminación positiva, en ella se ha optado por conceder una mayor protección de la mujer en el ámbito familiar frente a agresiones apoyadas en la histórica dominación del hombre sobre la mujer. Con todo, en el capítulo en cuestión se afirma contrariamente que esto puede originar inconvenientes y conviene ser cautos. Según el magistra-

---

(11) Sobre algunos de los problemas que han tenido las políticas de igualación entre hombres y mujeres en diversos países (USA, Cánada, Suecia, Holanda, Australia, Noruega) vid. C. L. BACCHI, *The Politics of Affirmative Action. «Women, Equality and Category politics»*, Sage, London, 1996.

(12) «La desigualdad laboral de la mujer: la lógica empresarial», págs. 277-276.

(13) W. SANGUNIETTI RAYMOND, «Mecanismo legales de lucha contra la discriminación de la mujer en el trabajo: una revisión crítica», en E. M. MARTÍNEZ GALLEGO y J. REGUERO CELADA (coords.), *Mujer y Empleo, op. cit.*, págs. 36-37.

(14) «La discriminación positiva en el ámbito penal», págs. 277-332.

do del TS no siempre se puede aplicar una agravante al hombre simplemente por ser varón (15).

En el ámbito familiar el avance ha sido importante en lo que se refiere a la separación. Así lo explica la magistrada de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, N. Bassalos Muntada (16). Ahora se exigen tan sólo tres meses de unión, incluso menos si existe violencia de género (17). El adelanto ha sido también sustancial en otros aspectos que tienen en cuenta la todavía insuficiente dedicación del hombre en las tareas relacionadas con el hogar y el cuidado de hijos. Igualmente, parece revalorarse el trabajo doméstico, especialmente en aplicaciones del régimen de separación bienes (18). De todos modos, es mucho el camino que aún queda por recorrer para alcanzar una igualdad en el espacio familiar.

Las conclusiones del estudio parecen coincidir en la idea de que el problema de la discriminación de la mujer está enraizado en todos los ámbitos de la sociedad y que, por tanto, la actuación debe ser *total*, empezando por la esfera social y educativa, a lo que habría que añadir la necesidad de actuar complementariamente en las esfera político-jurídica deliberativa. La estrategia debe ser conjunta. Pensar que ciertos problemas como las muertes por violencia de género se van a solucionar a través de la Ley Integral contra la Violencia de Género es ingenuo y despreciativo del factor cultural como causa última de esa violencia. Es cierto que esta ley está haciendo aflorar la realidad oculta de la violencia de género no denunciada y que las mujeres están mejor informadas y solicitan mayor protección y ayuda institucional para ejercitar sus derechos. No obstante, hay que mejorar aún y hacer más eficaces los recursos existentes. Para ello es decisivo incorporar a las mujeres en las esferas deliberativas y también reflexionar socialmente desde la perspectiva de género.

*Cristina Monereo Atienza*

---

(15) «La discriminación positiva en el ámbito penal», págs. 298-299.

(16) «La discriminación positiva a favor de la mujer en el ámbito del derecho de familia», págs. 333-412.

(17) «La discriminación positiva a favor de la mujer en el ámbito del derecho de familia», pág. 348.

(18) «La discriminación positiva a favor de la mujer en el ámbito del derecho de familia», págs. 394 y ss.