

CONGRESO INTERNACIONAL
Género, Constitución y Estatutos de Autonomía
Madrid, 4 y 5 de abril de 2005

Mesa redonda: “Género y Constitución Española”

Autora: Asunción Ventura Franch. Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad Jaume I

Título: IGUALDAD REAL Y REFORMA CONSTITUCIONAL

Lugar: INAP (c/ Atocha, 106)



**MINISTERIO
DE ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS**

INAP

INSTITUTO NACIONAL
DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*Centro de Nuevas Estrategias de
Gobernanza Pública (GOBERNA)*

IGUALDAD REAL Y REFORMA CONSTITUCIONAL

Asunción Ventura Franch*

1.- La constitución de 1978: un pacto de transición

La constitución de 1978 ha permitido el avance en la igualdad de las mujeres. La CE introduce la igualdad jurídica con lo que paulatinamente se va modificando el ordenamiento jurídico preconstitucional, que era claramente desigualitario y, además, se van adoptando algunas medidas como la creación del Instituto de la Mujer y por su impulso, planes de igualdad de oportunidades para las mujeres,¹.

El texto constitucional, no hace referencia a la mujer, ni individualmente ni como grupo, siempre que la Constitución menciona directamente a la mujer y al hombre es para igualarlos jurídicamente -artículo 32.1 CE-, o para reforzar la prohibición de discriminación -artículo 35 CE-, o para establecer diferencias en perjuicio de la mujer -artículo 57.1 CE-. La CE no parte de la realidad de la mujer como grupo social marginado, con lo cual, cuando habla de la igualdad entre hombres y mujeres, no está muy claro si se refiere al futuro, pero desde luego no al presente².

La Constitución, parte del presupuesto de admitir la existencia de diferencias entre la personas, pero estas no deben ser tomadas en cuenta. En este sentido participa de uno de los principios clave del liberalismo, como afirma Anne Phillips³:

"El último punto de controversia, y que quizá resulte el más difícil de digerir para la democracia liberal, tienen que ver con la concepción del individuo como unidad básica de la vida democrática. Si consideramos que la democracia liberal es una amalgama de

* Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Jaume I de Castellón.

¹ ley 16/1983, de 24 de octubre, por la que se crea el instituto de la mujer (BOE de 26 de octubre de 1983) y a partir de los años noventa se van creando organismos de igualdad en las respectivas comunidades autónomas. Ver "Legislación Internacional, Europea, Constitucional y Administrativa en Materia de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres". Coordinado por P. Durán y A. Ventura. Instituto de la Mujer, Serie Documentos, Madrid, 2004. Se aprobaron planes de Igualdad (el primero 1988-1990) y la misma práctica se inició en la mayoría de las Comunidades Autónomas.

² Ventura Franch, A., Las Mujeres Y la Constitución Española de 1978. Instituto de la Mujer. Estudios, núm 60., Madrid, 1999.

³PHILLIPS, A., *¿Deben las feministas abandonar la democracia liberal?*, en la obra colectiva *Perspectivas feministas en teoría política*, compiladora CASTELLS, C., Barcelona, Paidós, 1996, pp. 79-98. En este artículo señala cuáles son los principios sobre los que se articula la democracia liberal y, entre otros, señala, no tener en cuenta la heterogeneidad cuando precisamente es el tratamiento en que se ha basado la democracia liberal.

determinados principios clave procedentes de las tradiciones liberal y democrática, lo que aquélla adopta del liberalismo es un individualismo abstracto que admite, por una parte, que existen diferencias entre la personas, pero afirma que dichas diferencias no deberían tomarse en cuenta. Se trata, en el mejor de los casos, de una afirmación de igualitarismo profundo que ofrece a todos los ciudadanos/as los mismos derechos legales y políticos, con independencia de su riqueza, estatus, raza o sexo. En el peor, la afirmación supone rechazar la pertinencia de la relación entre diferencia y desigualdad al presuponer que , para sus fines, todos nosotros/ as somos básicamente iguales y lo mismo"

Pero no todos los grupos tienen igual consideración, no contempla que las mujeres formen parte de un grupo que necesita especial protección, pero si que reconoce algunas formas grupales y establece la posibilidad de que estos grupos puedan tener tratamientos diferentes al resto de la ciudadanía (consumidores, tercera edad, minusvalidos, juventud)⁴.

La igualdad dependerá en gran manera de la posición que se tenga socialmente, y en el caso de las mujeres esta posición viene determinada por su adscripción a un grupo, clasificado en función del sexo; este no reconocimiento constitucional dificulta la solución de la igualdad para las mujeres.

Esta posición, individualista, ha sido confirmada en numerosas sentencia del Tribunal Constitucional, en relación a las mujeres no admite que la mujer, por el simple hecho de serlo, está en inferioridad de condiciones en todos los ámbitos. Y ello en clara contradicción con sus propios razonamientos dado que acepta que la discriminación de la mujer obedece a razones históricas -sin concretar cuales han sido estas razones-, lo que en definitiva le impide introducir en su método de análisis el elemento, fundamental, que la mujer por el mero hecho de tener un sexo diferente se le asignan unas funciones sociales diferentes e inferiores a la de los hombres, a la vez que tiene una mayor dificultad para desarrollar aquellas funciones asignadas, históricamente, al sexo masculino.

La CE no puede dar solución a toda la problemática de las mujeres en su conjunto. Hay que reconocer que su aprobación significó un avance con respecto a la

⁴ Ver artículos 49, 50 y 51 de la CE.

situación que mantenía a las mujeres, en el régimen anterior, de absoluta desigualdad, incluida la legal. La incorporación en el texto constitucional de la igualdad como un valor del ordenamiento jurídico y a su vez como un principio inspirador de normas permite, previa superación, claro está, del filtro del Tribunal Constitucional, que el poder legislativo y los poderes públicos, en el supuesto de que exista voluntad política, puedan adoptar las medidas necesarias para avanzar en la eliminación de obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar la igualdad. Las medidas legales son importantes pero no suficientes, pues, el orden patriarcal se ha instaurado en todos los niveles de la sociedad, incluso en los valores sobre los que se sustenta la propia sociedad y, como no, en el propio orden constitucional, y se necesita un cambio social. Es necesaria la adopción de medidas para así ordenar una parte, al menos, del proceso social.

Pero aún suponiendo que todas estos axiomas se cumplen, se podría alcanzar una situación en que la igualdad de las mujeres se acerque a la de los hombres, pero todos estos cambios seguramente se producirán en el ámbito de lo público; mientras tanto ¿qué pasará en el ámbito privado?. Será difícil dar una solución a este problema, en la medida en que el ámbito privado es más dificultosa la intervención del Estado. Por tanto, la Constitución actual podrá servir para alcanzar la igualdad en el ámbito público, pero difícilmente podrá resolver la igualdad en las relaciones privadas y entre particulares; es muy probable, que llegado el caso hubiera que articular una Constitución substancialmente diferente.

La modificación de esos dos ámbitos es una preocupación del feminismo; así, Carole Pateman⁵ señala :

" El feminismo persigue un orden social diferenciado dentro del cual las diversas dimensiones son distintas pero no separadas u opuestas, basado en una concepción social de la individualidad, que incluye a mujeres y hombres como seres biológicamente diferenciados pero no como criaturas desiguales. Sin embargo, mujeres y hombres, y lo privado y lo público, no están necesariamente en armonía. Dadas las implicaciones sociales de las capacidades reproductivas de las mujeres, seguramente es utópico suponer que la tensión entre lo personal y lo político, entre amor y justicia, entre individualidad y comunidad desaparecerá con el liberalismo patriarcal."

⁵PATEMAN,C., *Críticas feministas a la dicotomía público/privado*, en Perspectiva... op. cit, pp.31-52

2.- Constitución y acción positiva

La Constitución permite tomar medidas que actúen en la remoción de obstáculos que impiden o dificulten a los individuos y a los grupos la plenitud de la libertad y de la igualdad. No sólo lo permite, sino que lo incorpora como mandato constitucional (artículo 9.2 CE). Este mandato constitucional que, en principio, tiene un claro significado, sin embargo, a la hora de su aplicación practica resulta de suma complejidad; aparecen un cúmulo de problemas que en ocasiones resultan difíciles de resolver. Así, surgen algunas dudas: ¿cómo se puede beneficiar a un individuo o un grupo respecto de otros?; ¿qué tipo de obstáculos serían considerados como objeto de eliminación?; ¿sólo aquellos que impidan la igualdad y la libertad?; pero ¿qué libertad y qué igualdad?; éstas y otras cuestiones son las que se plantean y que, realmente, son de difícil solución.

Con la intención de aclarar estas cuestiones existe una abundante literatura en esta materia que si bien ha clarificado algunos aspectos, todavía deja zonas importantes de oscuridad. Una de ellas, es la que se refiere al grupo de las mujeres con todo lo que significa dado que se trata de la mayoría de la población. Sí las mujeres tienen obstáculos para el desarrollo de la libertad y la igualdad, podríamos afirmar que la mayoría de la población sufre una situación problemática con respecto a estos principios, pilares fundamentales del Estado creado a partir de la Constitución de 1978. Planteada así la cuestión, tal afirmación resulta de suma gravedad para el orden constitucional, se trata de una situación a la que hay que buscar soluciones, y no puede ser una sola, deberán ser varias y desde distintas ópticas.

El profesor Francisco Rubio Llorente ⁶, señala que nada impide al legislador dotar de relevancia jurídica a las diferencias sociales; sin embargo, pone algunos límites en el ámbito de los derechos políticos y las libertades. Según señala, el problema radica en que en no pocos casos los grupos en desventaja social están definidos precisamente

⁶ RUBIO LLORENTE, F., *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11, Núm 31, Enero-Abril 1991, p. 35, realiza una breve referencia a la igualdad y a la acción positiva.

por alguno de los criterios (la raza, el sexo) especialmente prohibidos, ésto a su entender complica la situación al ser criterios de diferenciación que la Constitución prohíbe expresamente.

Este es efectivamente uno de los motivos que obstaculiza el desarrollo de las acciones en favor de estos grupos, por cuanto que tomar alguna medida de este tipo comporta la duda de sí se entra en contradicción directamente con el principio de igualdad y, en ocasiones, la duda puede más que la necesidad de corregir la injusticia que se inflige a los grupos discriminados. Sin embargo, no todas las diferenciaciones de trato son vistas de la misma forma; por poner un ejemplo existen en nuestro país normas⁷ que obligan a las empresas a contratar un porcentaje de trabajadores sobre el número total de empleados con algún tipo de minusvalía. También es verdad que se trata de una norma de escasa eficacia, pero ésta es una cuestión diferente, por contra su existencia no ha creado conflictos. Si este tipo de medidas se aplicaran al grupo de las mujeres, su cuestionamiento estaría asegurado. Crearía posicionamientos a favor y en contra e incluso sería objeto de grandes debates nacionales para cuestionar lo que en el caso anterior pasa casi inadvertido.

El Tribunal Constitucional, desde sus inicios ya reconoce esta posibilidad, es constitucionalmente aceptable, a tenor de la interpretación del Tribunal, que el legislador pueda establecer normas diferentes para solucionar situaciones de hecho diferentes, estas normas deben tener una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados. La justificación de la razonabilidad es precisamente uno de los problemas. El profesor Rubio Llorente señala que apelar a la "*conciencia jurídica de la comunidad*", resulta problemática, por cuanto "*situaciones de este género solo pueden producirse cuando la conciencia social está escindida, de manera que, en tanto que una parte de la sociedad actúa de modo*

⁷ RD 1451/83, que regula la obligatoriedad que las empresas con más de 50 trabajadores reservar un 2% de la plantilla para trabajadores con algún tipo de minusvalía.

discriminatorio, otra parte intenta corregir, mediante el uso del poder, los efectos de tal discriminación " 8 .

El Tribunal Constitucional, desde sus inicios, acepta la diferencia normativa en favor de un grupo discriminado, así lo señaló con ocasión de la impugnación de algunos artículos de la Ley de Procedimiento Laboral que determinaban un tratamiento diferente -depósito en caso de recurso- según se trate de trabajador u empresario (STC 65/82), el TC justifica el tratamiento más beneficioso que la ley da al trabajador amparándose en razones históricas, o lo que el Tribunal denomina razones originarias.

Sin embargo, este criterio no se aceptaba por parte del Tribunal para el caso de las mujeres, hasta mucho tiempo después y queda por ver como se resuelven algunos casos pendientes en el Tribunal (caso de las leyes electorales autonómicas de Castilla la Mancha y Mallorca).No obstante, en términos generales y por la influencia del derecho comunitario⁹ este tipo de medidas sobre todo en ámbito laboral, son aceptadas. Sin embargo, desconocemos la posición del Tribunal para el caso de enjuiciar medidas que establecieran, en el acceso al trabajo, una preferencia de las mujeres en relación a los hombres, aún cumpliendo determinados requisitos y circunstancias que señalara la propia norma¹⁰.

En general, este tipo de normas que favorecen a un grupo discriminado, en el ámbito donde mejor se aceptan es en el laboral. Queda por ver si se aceptarían también

⁸ RUBIO LLORENTE, F, *La igualdad en la jurisprudencia ...* op ci, p. 35.

⁹ Freixes, T., *La igualdad de mujeres y hombres en el proceso de integración europea*. En VVAA., Mujer y Constitución en España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000.

¹⁰ No hay que olvidar, sobre todo por el impacto que produjo , la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de octubre de 1995 dictada en el asunto C- 450/93 , la sentencia resolvió el conflicto surgido entre el Sr. Eckhard Kalanke y el Land de Bremen por haber adjudicado el puesto de ingeniero a la Sra. Heidi Glissman, ambos reunían la misma capacidad profesional, la única diferencia entre ellos era el sexo. El puesto fue adjudicado a la señora porque de acuerdo con la ley del Estado de Bremen, relativo a la igualdad entre los hombres y las mujeres , la diferencia resultaba un dato determinante para la adjudicación del puesto, siempre que en el sector de que se trate estén las mujeres infra-representadas. El tribunal declaró que esta ley sobrepasaba los límites de excepción establecidos en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva del Consejo de 9 de febrero de 1976, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere de acceso al empleo. Afortunadamente el TJCE dos años más tarde modificó sus planteamientos (Caso Marschall, Sentencia de 11 de noviembre de 1997) afirmando que el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por si solo que tengan las mismas oportunidades.

en otros ámbitos, como en el de la participación y la representación política¹¹. Las mujeres siguen estando en inferioridad de condiciones en todo el ámbito de la vida pública en general y, por supuesto, también en la política. Se dice, en el mejor de los casos, que a las mujeres no les gusta la política, o en el peor, que no sirven para desarrollar actividades de este tipo; se intenta, también, explicar que la ausencia de las mujeres de los cargos políticos proviene de su escasa afiliación a los partidos políticos que, en definitiva, son los que de forma indirecta en algunos casos -nombramiento de candidatos para las elecciones-, o directa en otros - designación de personas para ocupar cargos-, van a ser determinantes para que sus afiliados -o las personas que sin ser afiliados son de la confianza del partido-, puedan ejercitar cargos públicos. La relación que las mujeres tienen con los partidos políticos, es un tema muy complejo que no se va a tratar aquí, y que añade algunos problemas a la relación de por sí compleja entre la estructura y el funcionamiento. Sin embargo si que es interesante resaltar el aspecto de la afiliación de las mujeres, sin entrar desde luego en el funcionamiento interno de los partidos, cuestionado por gran parte de la doctrina, por tener un funcionamiento poco democrático¹².

¹¹ Balaguer Callejón, M. L., *Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento constitucional español*, en VVAA, Mujer y Constitución en España, Centro de estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000

¹² Se cuestiona de los partidos que las decisiones no se toman en las bases, sino que son los aparatos -burocracia- los que realmente deciden. Pero esta falta de democracia, además, se caracteriza por la escasa presencia de mujeres en los aparatos. En realidad, todo el entramado partidista es un exponente más de la exclusión de las mujeres, si cabe incluso mayor que el existente en la sociedad. Se ha señalado ya, por algunas feministas, que el funcionamiento de los partidos imposibilita la participación de las mujeres en igualdad de condiciones; así, comenzando por los niveles más bajos, las reuniones se realizan normalmente a unas horas en que las mujeres con cargas familiares les resulta cuanto menos dificultoso asistir. En este sentido, según señala la profesora SEVILLA MERINO, J, *El Tiempo : elemento de cambio para la mujer*, en la revista Asparkía. Investigación feminista, Universidad Jaume I, Castelló 1992, p. 99; en el año 1990, en Italia las mujeres del antiguo partido Comunista, promovieron la presentación de un proposición de ley de Iniciativa popular denominada ley del tiempo, con la pretensión de armonizar el trabajo, la sociedad y la familia. La dificultad comienza en estos niveles más bajos y se va incrementando tal y como se profundiza en el funcionamiento de la toma de decisiones; como señala la profesora AMORÓS PUENTE, C, *Espacio de los Iguales, espacio de las idénticas. Notas sobre poder y principio de individuación*, En Arbor, 1987, pp. 113-127 como en los partidos los hombres se reconocen entre ellos capacidad política, mientras que las mujeres en ese sentido carecen de referentes. En lo que respecta a la designación que realizan los partidos para el desempeño de cargos públicos funciona el sistema de cooptación, señalado por la profesora Amelia Valcárcel, que dificulta todavía más el acceso a esos puestos al seguir criterios que no son objetivos.

Las estadísticas demuestran que, todavía a pesar de las medidas tomadas, la presencia en el ámbito público de ambos grupos es diferente en perjuicio de las mujeres. Los varones tienen en nuestra sociedad ocupado el espacio que les corresponde a ellos, mas él que les corresponde a ellas. El propio desarrollo de la sociedad va permanentizando esta situación y deviene necesaria la intervención con el fin de cambiar esta dinámica.

Que la intervención es necesaria no parece discutirse; el propio TC ha planteado esta necesidad. Pero la cuestión reside, no tanto en la necesidad de intervenir, en la que podríamos afirmar que casi existe una cierta unanimidad, sino en cómo intervenir; es decir, qué tipo de medidas serían aceptadas como correctas teniendo en cuenta el marco constitucional y la finalidad perseguida: la paridad. De no existir prejuicios, deberían aceptarse como válidas aquellas acciones que, respetando la legalidad vigente -la Constitución-, fueran capaces de solucionar el problema para el que han sido proyectadas.

La acción del Estado con el fin de eliminar los impedimentos que obstaculizan la igualdad de las mujeres en general, es aceptada y se ha puesto en marcha, e incluso se puede afirmar que existe una abundante justificación jurídica¹³, las denominadas acciones positivas, importadas de EE.UU y que produjeron una convulsión social en el momento de su implantación¹⁴. La autora señala que la teoría de *l' affirmative action* es simple: implica compensar la discriminación del pasado concediendo ventajas a los que la han sufrido. Esta compensación finalizará cuando la igualdad se restablezca¹⁵

La intervención del Estado puede producirse en distintos ámbitos y de distintas formas: no se descarta la participación de empresas privadas, se puede intervenir estableciendo programas de acción en sectores concretos y sobre todo desde acciones

¹³ Por todos Martín Vida, M. A., *Fundamentos y Límites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva*, Civitas, Madrid, 2002

¹⁴VROOM, C., *Droit constitutionnel étranger. Principe d' égalité et «affirmative action» aux Etats-Unis*. En *Revue française de Droit constitutionnel* , 26, 1996, pp.805-822. Señala la autora que después de su implantación en 1970 *l' affirmative action* creó muchas controversias y un apasionado debate político y social.

¹⁵VROOM, C., *Droit constitutionnel étrange...*op cit,p. 806

normativas. Desde esta perspectiva, habría que determinar si los ciudadanos, -en este caso las ciudadanas-, tienen derecho a acciones positivas por parte del Estado, esto es, si tienen derecho a ver satisfechas sus pretensiones con respecto a los derechos reconocidos en la Constitución. En principio, el Estado tiene que velar para satisfacer las pretensiones¹⁶ de los ciudadanos y ello requiere que se desarrolle una actividad que unas veces consistirá en dictar normas y otras en realizar acciones. Robert Alexy,¹⁷ desde la perspectiva de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, afirma la existencia de derechos a acciones positivas del Estado frente a derechos que requieren la abstención del Estado, denominadas acciones negativas, respecto de las primeras distingue entre acciones fácticas y acciones normativas :

"Los derechos del ciudadano frente al Estado a acciones positivas del Estado pueden dividirse en dos grupos, el de aquellos cuyo objeto es una acción fáctica y el de aquellos cuyo objeto es una acción normativa ".

La distinción entre estas acciones, señala el autor, a veces resulta un tanto complicada, por cuanto en ambas se utilizan elementos jurídicos. Así, pone el ejemplo siguiente¹⁸ :

"Se trata de un derecho a una acción positiva fáctica cuando se supone un derecho de un propietario de una escuela privada a recibir una ayuda estatal a través de subvenciones, se fundamenta un derecho a un mínimo vital o se considera una pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio. El hecho de que la realización de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma, de algún modo jurídica, no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica. Para la realización del derecho es indiferente la forma como se lleve a cabo. Lo decisivo es únicamente que después de la realización de la acción, el propietario de la escuela privada disponga de medios suficientes".

El cumplimiento del fin que se busca, en este caso, el derecho a la educación es la justificación de estas acciones:

" La irrelevancia de la forma jurídica de la realización de la acción para la satisfacción del derecho es el criterio para la delimitación de los derechos a acciones

¹⁶ ALEXY, R, *Teoría de los .derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 1993 p.p.419-420, señala la complejidad de esta afirmación: *"La cuestión de si y en qué medida a las disposiciones derechos fundamentales deben adscribirse normas que confieren derechos a prestaciones en sentido amplio es una de las más discutidas en la dogmática actual de los derechos fundamentales. Especialmente se discuten los llamados derechos fundamentales sociales..."*

¹⁷ ALEXY, R, *Teoría de los ...op cit*, p.186

¹⁸ ALEXY, R, *Teoría de los ...op cit*, p. 195

positivas fácticas y a acciones positivas normas normativas (...) Los derechos a acciones positivas normativas son derechos a actos estatales de imposición de normas ". Las acciones positivas a prestaciones hace referencia, por lo general, "...a acciones positivas fácticas(...). Pero Se puede hablar no sólo de prestaciones fácticas sino también normativas. "

Como señala Robert Alexy, cuando se hace referencia al derecho a prestaciones, generalmente, se trata de acciones positivas fácticas, son acciones que también pueden ser realizadas por un sujeto particular. Sin embargo en un sentido amplio se puede entender el derecho a prestaciones también como acciones normativas. El autor sitúa básicamente este derecho a la prestación entre los derechos denominados sociales pero, como él mismo reconoce, no se agota en este ámbito.

La cuestión, pues, sería qué posición debe mantener el Estado si un grupo importante, el de las mujeres, no disfruta de los derechos reconocidos en la Constitución o al menos no los disfruta en igualdad de condiciones a los varones. El Estado no puede cruzarse de brazos o abstenerse de actuar, debe corregir esta situación a través de las medidas necesarias para que las ciudadanas disfruten de esos derechos. Estas medidas no solo deben tener en cuenta la vertiente subjetiva de los derechos -el derecho a obtener algo- sino también el aspecto objetivo, es decir, el mandato constitucional de la igualdad tal y como señala el profesor Fernando Rey¹⁹ en relación al artículo 14 de la CE :

" La vertiente objetiva tiene la naturaleza jurídica no de regla, sino de principio (esto es, de mandato de optimización según las condiciones fácticas y jurídicas existentes): el principio de las acciones positivas para el fomento de la igualdad de las mujeres (...). Las acciones positivas para el fomento de la igualdad de las mujeres se deducen también del plusvalor constitucional que conlleva la prohibición de discriminación."

El Estado vendrá obligado a intervenir desde estas dos vertientes la subjetiva y la objetiva, y para ello utilizará las acciones positivas²⁰, tanto las acciones fácticas como las normativas. En realidad existe una relación, aunque no siempre, entre las acciones

¹⁹ Rey Martínez, F, *El derecho fundamental no ser discriminado por razón de sexo*. MacGraw-Hill, 1995 op cit, p. 83

²⁰ Término que algunos señalan como la traducción de *affirmative action* utilizada en Estados Unidos.

fácticas y los derechos subjetivos, y de las acciones normativas con la vertiente objetiva de los derechos.

Esta relación viene condicionada por el hecho de que el Estado queda obligado, por mandato constitucional, a establecer la igualdad entre los ciudadanos, sobre todo en aquellos casos donde existe discriminación por razón de sexo, por ser una causa especialmente prohibida. Si se constata que existe discriminación por esta razón, con independencia del derecho subjetivo de los afectados, el Estado debe intervenir para hacer posible la realización de los derechos. Deberá analizar los obstáculos que por razón de sexo se interponen en cada uno de los derechos y de *motu proprio* establecer las normas necesarias para ese cumplimiento. Estas normas tendrían la consideración de desarrollo constitucional, en la medida en que regularían el ejercicio de los derechos y libertades y, por tanto, de acuerdo con el artículo 53.1 de la CE deberían ser leyes que en todo caso respetaran el contenido esencial, incorporando a ese contenido esencial el mandato de la paridad, que es en definitiva la concreción del principio de igualdad.

Estas normas deberían abarcar todos y cada uno de los derechos, y no limitarse, como se ha venido haciendo hasta ahora, a algunos de ellos; como el empleo, la educación (las acciones positivas en EE.UU. y UE y en algunos países como Noruega, incluida España, cuando se toman medidas, están referidas fundamentalmente a esos derechos). Existen otros ámbitos que parecen intocables; nos referimos de forma especial a los derechos relacionados con la participación política, terreno sumamente complejo para establecer medidas que posibiliten la paridad de los sexos.

Estas normas deberían introducir la idea, (o partir de ella) de que no se pueden desarrollar los derechos fundamentales sin tener en cuenta las diferentes funciones sociales asignadas a cada uno de los sexos, es decir, el parámetro para establecer la paridad no puede basarse en valores que aunque se denominen universales se identifican totalmente con los varones, en clara exclusión de las mujeres. Esta identificación

dificultaría la paridad²¹ en la medida en que, de ser así, las normas se identificarían, igual que ahora, con presupuestos que solamente son de aplicación a los varones. Por mucho que las leyes propugnen la paridad, si su contenido no se adapta a la situación real de los hombres y las mujeres, serán leyes totalmente inoperantes, como, por otra parte, ocurre en la actualidad.

3.- Modelos jurídicos de revisión constitucional.

La teoría feminista del derecho, *Critical Legal Studies* y *Feminist Jurisprudence*, en contra de las posiciones que identifican el liberalismo con la experiencia subjetiva de los varones, afirma que las mujeres son diferentes a los hombres y que este hecho es relevante.

La igualdad ante la ley constituyó en su día una reivindicación esencial del liberalismo y sigue siendo hoy un elemento esencial del Estado Constitucional, no porque la igualdad constituya el contenido necesario, aunque no suficiente, de la idea de justicia, sino porque es una parte esencial del Estado Constitucional, presente ya en el triple lema revolucionario. En efecto, el Estado Liberal se articula en torno a la noción de ciudadanía: status común a los miembros de la comunidad política, precisamente por su cualidad de tales, y que sólo puede lograrse en el supuesto de que la ley sea la misma para todos sus miembros, hecha por un mismo legislador, administrada por una misma judicatura, teniendo como destinatarios a los miembros de la comunidad, sin acepción de estamentos, clases o personas, para lo cual debe ser necesariamente norma de carácter general. Pero esta igualdad no persigue la igualdad material entre los miembros de esta sociedad, precisamente porque el Estado Liberal descansa en la separación entre el Estado y la Sociedad Civil, correspondiendo la igualdad a la esfera del Estado (lo público) y no a la de la sociedad civil (lo privado).

La ley que debe asegurar y garantizar la homogeneidad del *status civitatis*, negativamente exige la exclusión de normas de grupo, estamento o clase, por lo que

²¹ Sevilla Merino, J., *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*. Institut Universitari d'Estudis de la Dona. Universitat de valencia, Valencia, 2004

debe hacer abstracción de las desigualdades materiales que subyacen al estatuto de ciudadanos. Ello no comporta la prohibición al legislador, y a la ley, de establecer diferencias, por el contrario puede tomar en cuenta las diferencias materiales que surgen del funcionamiento autónomo de la sociedad civil, del libre juego de las fuerzas sociales, en tanto en cuanto sus normas establezcan la ordenación de la propia sociedad civil. De esta forma en todo lo que concierne al derecho privado pueden establecerse y son legítimas, en esta autonomía de lo privado respecto de lo público (donde es preceptiva la igualdad), diferencias que como en el caso de la familia, matrimonio y filiación, son naturales, congruentes o tradicionales.

El problema se sitúa en como debe abordarse la elaboración de las normas para favorecer la igualdad de las mujeres y no depender de los continuos avances y retrocesos en relación a la igualdad a los que, de alguna manera, contribuyen la aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que gozan de una gran dosis de subjetividad.

Las normas o bien discriminan directamente a las mujeres o bien, aunque formalmente no las discriminan, producen un resultado material en la práctica que la sitúa en una posición de inferioridad respecto de los hombres. En ambos casos es necesario cambiar las normas y la modificación presupone que previamente se ha establecido una previsión acerca de las consecuencias que la modificación va a producir sobre el hecho que se pretende cambiar²²

Una norma que discrimina a las mujeres bien formal o materialmente es porque utiliza un modelo de persona sobre el cual se establece un *tertium comparationis*, la discriminación es con respecto a alguien que desde luego no coincide con las mujeres. Las mujeres sufren una discriminación respecto del hombre que disfruta de una mejor posición que se convierte en el paradigma a alcanzar. Pero el modelo en sí mismo no se cuestiona, lo realmente cuestionado es el instrumento, la norma, que no ha sido

²² Suarez, M. L., *Teoría feminista, política y derecho*. Dykinson, Madrid, 2002.

elaborada con la suficiente corrección para que el resultado sea igualitario, esto es, que la situación de los hombres y las mujeres sea equiparable.

Esta diferente posición, de hombres y mujeres, puede ser abordada desde perspectivas diferentes²³ Si la intención es obtener un resultado igualitario sin cuestionar el modelo interiorizado, las normas deberán adoptar medidas que favorezcan temporalmente a las mujeres (denominadas acciones positivas) –dado que tienen una situación inferior a la de los hombres, debido a razones históricas que no viene al caso señalar y que las ha situado en una realidad de desigualdad grupal²⁴ (Barrère 2001) –, para que puedan alcanzar el estatus del que ya disfrutaban los hombres. Esta opción, frente a la discriminación de la mujer, es criticada fundamentalmente por el denominado feminismo de la diferencia, que la ha considerado como un mero asimilacionismo y una convalidación del modelo con el que se compara

Otra forma de abordar esta problemática es la que sitúa la discriminación de las mujeres como una discriminación estructural determinada por el modelo social establecido, a partir de la configuración del sexo-género, es decir, de la atribución de consecuencias sociales a las diferencias biológicas de los hombres y las mujeres. El género masculino es el modelo que preside la elaboración normativa, la aplicación de la norma, el criterio de coactividad, el conocimiento y la discusión académica. Se trataría de promover un cambio estructural del modelo institucional, una nueva opción normativa alejada de los parámetros de generalidad, abstracción, imparcialidad y neutralidad tanto por lo que se refiere a la creación normativa como por lo que respecta a su aplicación, amparado todo ello en un giro de la mentalidad académica oficial y característicamente femenina²⁵

Las dos opciones plantean problemas. El primero tendría que abordar una casuística relacionada con la situación de discriminación concreta que sufren las

²³ Suarez, M. L., *Teoría feminista, política y derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.

²⁴ Barrère Unzueta, M. A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Instituto Vasco de Administración Pública, Civitas, Madrid, 1997.

²⁵ Suarez, M. L., *Teoría feminista, política y derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.

mujeres para poder así elaborar normas que eliminaran el conjunto de las discriminaciones. En relación al segundo, la mayor dificultad reside en determinar qué características de las mujeres deben ser tenidas en cuenta para incorporarlas al nuevo modelo de mujer. En ambos casos el problema reside en la dificultad de llegar a acuerdos acerca del análisis crítico y la reconstrucción del derecho.

El modelo normativo, propio del liberalismo, ha interiorizado unos presupuestos que se identifican con lo masculino, elevándolo a categoría jurídica como categoría aparentemente universal y esencializada. Por ello, y a pesar de las dificultades, debería establecerse, a los solos efectos instrumentales, la utilización de la categoría mujeres con el objeto de poder implementar el modelo con el femenino. La integración de estos dos modelos, en la norma, servirían para redefinir la nueva universalidad.

Si no se cuestiona el modelo, el derecho, incluido el derecho antidiscriminatorio, solamente podría intervenir cuando se produce una discriminación concreta, esto es, una conducta individual imputable, pero se deja fuera del análisis todas las secuencias anteriores que influyen de una manera determinante en la adopción de una decisión concreta sobre la que pesa la obligación de constatar y por tanto probar un ánimo discriminatorio²⁶

El modelo sobre el que debe revisarse las normas desde una crítica feminista, a nuestro entender, no puede identificarse exactamente con ninguno de los dos modelos, el que representa el hombre y la mujer, porque el modelo mujer existe y es una categoría que ha utilizado el patriarcado para asignar unas funciones que no han sido consideradas como objeto de regulación en el ámbito jurídico-político institucional y, por tanto, han sido situadas en un nivel de inferioridad. Estos dos modelos deben incorporarse como tales a la regulación jurídico-institucional, pero desvinculándolos del sexo-género; esto es, dos modelos con igual consideración con independencia del sexo que los realice, porque no podemos olvidar que estos dos mundos siguen vigentes y

²⁶ Barrère Unzueta, M. A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Instituto Vasco de Administración Pública, Civitas, Madrid, 1997.

probablemente continúen durante mucho tiempo: son los dos modelos que responden al mundo de la producción y al mundo de la reproducción.

El derecho a la igualdad descansa sobre instrumentos conceptuales inadecuados y presupuestos implícitos de naturaleza cultural y filosófica que tratan al hombre como el sujeto universal y a la mujer como una categoría específica. La igualdad de las mujeres y de los hombres no ha sido jamás reconocida como un principio fundamental ni del derecho ni del sistema político, que ha sido construido por etapas incluso en lo que concierne a los derechos fundamentales²⁷).

Cabe cuestionarse la universalidad de los valores y las normas por entender que son parciales y responden al modelo no universal porque solo incorporan el modelo masculino. Esta parcialidad debería ser implementada con el modelo femenino²⁸ (Benhabib 1992). Aunque estas categorías se empleen con una finalidad exclusivamente instrumental, deberían servir para redefinir la nueva universalidad no excluyente e integradora de las diferentes individualidades, sujetos racionales, iguales y dotados de la máxima autonomía, siguiendo con la tradición Ilustrada de mantener valores universales²⁹.

Castellón, 1 de abril de 2005.

²⁷ Vogel-polski, E., *Parité-infos*. Hors-Serie núm 1.1994.

²⁸ Benhabib; S., *Una revisión del debate sobre las mujeres y la teoría moral*, Isegoría; 6.

²⁹ Amorós;C., *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Cátedra, Madrid, 1997.