

LAS ESTRATEGIAS DE LA IGUALDAD

LA DISCRIMINACIÓN INVERSA COMO UN MEDIO DE PROMOVER LA IGUALDAD

*Macario Alemany**

Este artículo trata sobre la discriminación inversa. Considero a la discriminación inversa como un medio para llevar a cabo una política de promoción de la igualdad de oportunidades. Este punto de vista me parece el más acertado para evaluar la legitimidad de dichas medidas, que, por su carácter instrumental, deben incluir en su justificación al menos dos condiciones: 1) ser razonablemente adecuadas para alcanzar el fin que pretenden y 2) llevarse a cabo de tal manera que sean respetuosas con los derechos de los individuos a los que pueden afectar.

En mi opinión, es una postura equivocada considerar el debate acerca de la discriminación inversa como una batalla sobre el valor que ha de darse a la igualdad de oportunidades. Se pueden criticar las medidas de discriminación inversa aceptando sinceramente como un valor a la igualdad de oportunidades. El problema de los fines que se han de alcanzar es distinto del de las estrategias que estos fines reclaman.

1. Distinción entre las medidas de discriminación inversa y las acciones positivas.

Las políticas públicas, según la definición de Peters, son “el conjunto de actividades de las instituciones de gobierno, actuando directamente o a través de sus agentes, y que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos”¹. Toda política pública se manifiesta a través de unas actuaciones o productos primarios, que producen ciertos resultados o efectos sociales. Estos últimos pueden haber sido pre-

* Universidad de Alicante, España.

¹ Peters, B. G. *American Public Policy*, Franklin Wats Pubs., Nueva York, 1982. (La cita está recogida de Pallarés, Francesc: «El sistema político en acción», *Revista de Estudios Políticos*, nº 62, oct-dic, 1988, pp.141-162).

vistos o no y, por supuesto, pueden promover los fines de la política o no. El término “política” se utiliza también para referirse a cada una de las fases o fenómenos englobados en el concepto más amplio de Peters: a las actuaciones o productos primarios (v.gr: política de congelación de salarios), a los objetivos finales (v.gr: política de disminución del paro), al ámbito de las actuaciones (v.gr: política económica, laboral, sanitaria, etc.) o, finalmente, con una perspectiva crítica, a los resultados o efectos sociales (vgr: política de “precarización” del mercado laboral).

Las “acciones positivas” son el conjunto de actuaciones o productos primarios de una política pública de promoción de la igualdad material.²

Se suelen clasificar los instrumentos de que dispone el gobierno para la realización de sus políticas en cuatro grupos: 1) las normas jurídicas, 2) los servicios de personal, 3) los recursos materiales y 4) la persuasión.³

Las normas jurídicas constituyen el instrumento fundamental y privilegiado de las instituciones de gobierno: son el instrumento principal de muchas políticas públicas y son siempre el medio a través del cual el gobierno organiza su propia acción.

Las políticas públicas se han analizado como un proceso decisional más o menos racionalizado. Una de las decisiones fundamentales debe ser acerca de qué instrumentos se van a utilizar y las concretas actuaciones, estableciendo necesariamente alguna hipótesis acerca de los resultados que se alcanzarán. En el caso de, por ejemplo, la política contra el tabaco, los decisores públicos descartaron basar la estrategia únicamente en la regulación jurídica, combinándola con la persuasión (una concreta actuación de esta política persuasiva son las campañas contra el tabaco en la televisión).

Las acciones positivas pueden agrupar actuaciones de las cuatro clases mencionadas.

Las medidas de discriminación inversa son, generalmente, del primer tipo (normas jurídicas), y pueden caracterizarse, siguiendo a Ruiz Miguel,

² Ruiz Miguel define las acciones positivas como “todo tipo de medidas que tienen el fin de conseguir una mayor igualdad social sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad de oportunidades”, en Ruiz Miguel, A.: “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *Doxa*, nº 19, 1996, p. 126.

³ La clasificación está recogida de Pallarés, Francesc: “El sistema político en acción”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 62, oct-dic, 1988, pp. 144, el cual, a su vez, sigue el planteamiento expuesto en *American Public Policy* de Peters y *Comparative Politics. System, Process and Policy* de Almond y Powell.

por dos elementos distintivos: “primero, que la medida diferenciadora correctora es discriminatoria y no simplemente desigualitaria, en el sentido de que se refiere a un tipo muy especial de desigualdad, por rasgos como el sexo, la raza o similares, rasgos que tienen la doble cualidad de, por un lado, ser transparentes e inmodificables para los individuos que los portan y, por otro, ser considerados por la sociedad –tendencial y generalmente, aunque no necesariamente–, de forma negativa, sea sólo minusvaloradora o sea también despectiva y hasta estigmatizadora; y, segundo, la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez, como suele ocurrir con puestos de trabajo, plazas universitarias, viviendas, etc., lo que provoca que se considere que el beneficio a ciertas personas tiene como forzosa contrapartida un claro y visible perjuicio a otras”.⁴

Otras medidas de acción positiva distintas de la discriminación inversa son aquéllas destinadas a eliminar o atenuar las cargas asociadas a determinados roles sociales. En el caso de la igualdad de oportunidades entre sexos podemos citar, por ejemplo, la subvención de guarderías (recursos materiales), la promoción de actitudes de colaboración entre los hombres en la crianza de los hijos y en las labores del hogar (persuasión), el establecimiento de permisos laborales por maternidad (normas jurídicas), etc.

Considerar a la discriminación inversa como un posible instrumento, entre otros, para llevar a cabo una política de promoción de la igualdad de oportunidades es útil para clarificar las posiciones al respecto. Insistiendo en su carácter instrumental cabe contrarrestar una de las falacias más frecuentes, según la cual estar contra la discriminación inversa supone estar contra la política de promoción de la igualdad.⁵ Junto a esto, hay que señalar que la discriminación inversa presenta al menos dos rasgos que la hacen diferente del resto de acciones positivas posibles: uno, como señala Ruiz Miguel, es su localización en contextos de particular escasez, y dos, que el coste de la medida es asumido por un solo individuo discriminado. Las acciones positivas tradicionales, por el contrario, han consistido en medidas presupuestarias, en un proceso de redistribución

⁴ Ruiz Miguel, A.: “Discriminación inversa e igualdad” en *El Concepto de Igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1994, p. 80.

⁵ Se trataría de la falacia de afirmación del consecuente:

1. Todos los que están contra una política de igualdad están contra la discriminación inversa.
 2. X está contra la discriminación inversa.
- Luego, X está contra la política de igualdad.

de riquezas, cuyo coste se redistribuye a su vez de forma proporcional o progresiva entre todos los ciudadanos.⁶

La discusión sobre la conveniencia o no de poner en marcha una concreta política (en el sentido de objetivos finales) nos sitúa en un nivel distinto. Desde la llamada “ciencia de las políticas públicas” se ha denominado “establecimiento de la agenda política” a la fase en que un gobierno decide qué políticas va a poner en práctica. Si tomamos como referencia el ordenamiento jurídico español, podemos decir que la entrada en la agenda de la política igualitaria debería estar garantizada por el mandato constitucional (art. 9.2 CE). La Constitución cumple, al menos, una función legitimadora de algunas políticas y crítica de otras.

En mi opinión, resulta un argumento contra la adopción de medidas de discriminación inversa su carácter polémico: por la sencilla razón de que si se puede optar entre varias medidas políticas para conseguir un objetivo (todas ellas legítimas y aproximadamente igual de eficaces), lo razonable es que se opte por las medidas que menos contestación social produzcan.

2. Justificación y adecuación de las medidas de discriminación inversa.

Uno de los autores que más han destacado en la defensa de las medidas de discriminación inversa, R. Dworkin, señala que hay que distinguir dos líneas de argumentación en la controversia: 1) las medidas de discriminación inversa no son efectivas, es decir, no son eficaces en orden a solventar las desigualdades sociales, y 2) incluso si la discriminación inversa beneficiara a la larga a los grupos discriminados seguiría siendo incorrecta, porque las distinciones basadas en ciertos criterios son en sí mismas injustas, al violar los derechos individuales de los miembros de aquellos grupos a quienes no favorecen. Dworkin considera prioritario refutar esta segunda postura, considerando respecto de la primera línea de argumentación

⁶ Creo que cometen un error quienes por evitar los perjuicios derivados de la emotividad desfavorable del término “discriminación” prefieren hablar de “acciones positivas”, pues ocultan así las peculiaridades de las medidas de discriminación inversa y reconducen el debate a si debe o no haber políticas públicas de promoción de la igualdad. Maria Vittoria Ballestrero, por ejemplo, en su artículo “Acciones positivas. Punto y aparte”, en *Doxa*, nº 19, Alicante, 1996, pp. 91-122, no utiliza la expresión “discriminación inversa”, que es sustituida por la de “acción positiva”. Para la autora, la acción positiva “consiste en un trato preferencial mediante el cual se persigue el objetivo de un efectivo reequilibrio y de una efectiva redistribución entre los dos géneros” (p. 95).

(la de su eficacia) que “esta cuestión estratégica debe constituir el centro de la discusión de tales programas. Pero no debemos corromper el debate suponiendo que tales programas son injustos aunque funcionen”.⁷

Dworkin compara dos casos judiciales: el “caso Sweatt” y el “caso DeFunis”. En el primero, a Sweatt se le denegó el acceso a la facultad de Derecho de la universidad de Texas porque las leyes del Estado preveían que el acceso era exclusivo para blancos, y Sweatt era de raza negra. El Tribunal Supremo de EE.UU. anuló la ley discriminatoria y reconoció el derecho de Sweatt a ser admitido, amparado en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución, según la cual ningún Estado puede negar a una persona “la igual protección de las leyes”. En el segundo caso, DeFunis, que era judío, no superó las pruebas de acceso que se le exigían para entrar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington; sin embargo, si DeFunis hubiera sido un negro, un filipino, un chicano o un indio norteamericano, en razón de sus resultados la propia Universidad reconocía que habría sido admitido. DeFunis solicitó al Tribunal Supremo de EE.UU. que anulara esos procedimientos discriminatorios por contravenir la Decimocuarta Enmienda o “cláusula de igual protección”.

Dworkin trata, en primer lugar, acerca de qué respuesta debería darse a las pretensiones de DeFunis y, en segundo lugar, qué diferencias hay entre ambos casos (DeFunis y Sweatt).

El “caso DeFunis” lo considera un “caso difícil”, porque ni del texto de la Constitución, ni de decisiones anteriores del Tribunal Supremo se puede derivar claramente una respuesta. DeFunis instaba a que se le reconociera un derecho a que la raza no sea utilizada como criterio de admisión a las Universidades, derecho derivado de la Decimocuarta Enmienda. “¿Qué derechos a la igualdad –se pregunta Dworkin– tienen los ciudadanos en cuanto individuos, que pueden frustrar programas orientados a cumplir directrices económicas y sociales importantes, entre ellas la práctica social de mejorar la igualdad general?”⁸ Para contestar introduce la distinción entre un *derecho a igual tratamiento*: “que es el derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos o cargas”; de un *derecho a ser tratado como igual*: “que no es el derecho a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera”. A juicio de Dworkin, DeFunis tenía

⁷ Dworkin, R.: *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 348.

⁸ *Ibid.*, p. 332

un derecho de este último tipo, derecho a ser tratado como igual, por lo que no debía exigir una plaza universitaria basándose en el único argumento de que a otros se les ha dado. Derecho a ser tratado como igual “significa –dice Dworkin– que su pérdida potencial debe ser tratada como un asunto inquietante, pero que tal pérdida puede, de todas maneras, ser compensada por lo que gane la comunidad como tal (...) es decir, que tiene derecho a que sus intereses sean tratados tan extensamente y con tanta seriedad como los intereses de cualquier otro cuando la facultad de derecho decide si la raza ha de contar como criterio pertinente en las pruebas de admisión”⁹. A este planteamiento subyace la idea “de que en ciertas circunstancias, una política que pone en situación de desventaja a muchos individuos se justifica, sin embargo, porque mejora la situación de la comunidad como tal”.¹⁰

¿Cómo se justifica, pues, una política discriminatoria? Dworkin distingue dos tipos de justificaciones: una basada en argumentos utilitaristas y otra basada en argumentos idealistas. Estos últimos son aquellos que apoyan la adopción de una medida porque así se conseguirá una comunidad más equitativa y por ello más justa.

La diferencia entre ambos casos es que la Universidad de Washington puede apelar a ambos tipos de justificaciones, mientras que la Universidad de Texas sólo puede apelar a argumentos de tipo utilitarista. Aún tratando de presentar una versión corregida del utilitarismo, como lo es el llamado utilitarismo de la preferencia, todos los argumentos de la Universidad de Texas son reconducibles a argumentos basados en preferencias externas, prejuicios sociales, que convertirían a ciertos grupos en víctimas de lo que otros grupos piensan de ellos.

En conclusión, “los criterios raciales –dice Dworkin– no son necesariamente los estándares correctos para decidir qué aspirantes deben ser aceptados por la facultad de derecho, pero tampoco lo son los criterios intelectuales, ni –a la verdad– ningún otro conjunto de criterios. La equidad y la constitucionalidad de cualquier programa de admisión deben ser medidas con el mismo criterio. El programa se justifica si sirve a una política adecuada, que respete el derecho de los miembros de la comunidad a ser tratados como iguales, pero no en el caso contrario”.¹¹

⁹ *Ibid.*, p. 333.

¹⁰ *Ibid.*, p. 338.

¹¹ *Ibid.*, p. 348.

Esta argumentación de Dworkin es, en mi opinión, un buen punto de partida para tratar el problema de la discriminación inversa. A este autor le interesa combatir la posición de los que sostienen que en un Estado constitucional, como el estadounidense o las democracias de la Europa occidental, es ilegítima la discriminación inversa. Solucionada esta primera objeción queda pendiente la discusión de si logran sus objetivos las políticas igualitarias. Una conclusión que debemos extraer es que si los ciudadanos tienen derecho a ser tratados como iguales, a que sus intereses sean “tratados con tanta seriedad como los intereses de cualquier otro”, entonces habrá que prestar especial atención a la forma que adoptan los programas de discriminación inversa, concretamente los procesos de selección de candidatos, pues ahí se debe reflejar que se han tomado en serio los intereses de los posibles sujetos discriminados. Sobre esta idea volveremos más adelante.

Dworkin, como la mayoría de los autores interesados en el tema, considera que el problema de la discriminación inversa es el problema de su identificación con la discriminación tradicional o discriminación, a secas. En la misma línea, Ruiz Miguel, autor al que he seguido en la definición de discriminación inversa, afirma que en la raíz de la controversia está la fuerte carga emotiva desfavorable del término “discriminación”. Este autor delimita el concepto de discriminación tradicional, según los cuatro rasgos siguientes: 1) una motivación social minusvaloradora, despectiva o, incluso, estigmatizadora; 2) una finalidad de desigualdad injusta que, mediante las acciones discriminatorias, tiende a mantener y a perpetuar la inferioridad de las personas y el grupo desfavorecido; 3) un objeto o contenido que afecta, además de a otros bienes, a la negación o la restricción de derechos básicos; y 4) un resultado o efectos sociales que tienden a mantener, consolidar y perpetuar la situación de subordinación, marginación u opresión del grupo discriminado respecto del grupo que ejerce la discriminación. Aceptando esta caracterización de la discriminación es evidente que la discriminación inversa no reúne los rasgos señalados. Si aún así se sigue siendo crítico con las medidas de discriminación inversa, afirma Ruiz Miguel que estamos ante la crítica de cualquier distinción que tome como criterio esos rasgos transparentes e inmodificables (raza, sexo, etc.), que se pudiera efectuar desde los poderes públicos; pero resulta insostenible la posición de que toda distinción sobre la base del sexo, raza, etc., es incorrecta jurídica y moralmente, por lo que al menos cabe concluir que “si hay casos de discriminación genérica (en el sentido descrip-

tivo de discriminación) que (...) parecen justificados, no hay que excluir que la discriminación inversa pueda también situarse entre ellos.”¹² Los casos “que parecen justificados” a que se refiere el autor son la protección jurídica por parto, posibles campañas sanitarias por enfermedades ligadas a los sexos, la aceptabilidad de la contratación de personal de la propia religión o filiación política para tareas de administración y similares de la Iglesia o partido, etc.

Coincido con Ruiz Miguel en la debilidad de la posición que trata de acabar con el debate afirmando que toda discriminación es incorrecta, y también en que la fuerza persuasiva que este argumento pueda tener deriva de la emotividad desfavorable del término “discriminación”. Sin embargo, no creo que sea únicamente una cuestión de emotividad lo que contribuye a la identificación entre uno y otro tipo de discriminación. Ruiz Miguel sugiere que, por ejemplo, la raza es un criterio de distinción que bien puede dar lugar a un caso de racismo, o a un caso de discriminación inversa o un inocente e incuestionado caso de selección laboral con el fin de rodar una “película del Oeste”. En mi opinión, en el tercer supuesto, si al organizador de la selección se le presentara un sujeto que tuviera la apariencia externa de un indio norteamericano, aunque realmente no lo fuera, y porque no era indio se le rechazara, estaríamos ante un caso de discriminación. Creo que es difícil encontrar supuestos en los que se ha llevado a cabo una selección basándose en la raza o el sexo y no estemos ante un caso de, o bien, racismo o sexismo, o bien, de discriminación inversa.¹³

¹² Ruiz Miguel, A.: “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, p. 129.

¹³ Sobre los ejemplos que Ruiz Miguel presenta de otras discriminaciones que se basan en rasgos transparentes e inmodificables, creo que en todos los casos el criterio de distinción no es ninguno de estos rasgos, que aparecen de forma concomitante; así, en la protección jurídica por parto o en las campañas sanitarias por enfermedades ligadas a los sexos, en mi opinión se forma un conjunto con todos aquellos individuos que se hallan en unas condiciones físicas de vulnerabilidad; en la contratación de personal de la propia filiación política o religión para tareas de administración o similares de la Iglesia o Partido, o se justifica porque esas personas van a desempeñar mejor la tarea encomendada que otras o es difícil que se pueda justificar; y, finalmente, –reitero– en la contratación de sujetos de cierta raza para hacer una película, el criterio de distinción es cierta apariencia física y, en consecuencia, si un individuo de otra raza pero con la apariencia solicitada se presentara se le debería admitir. Este último ejemplo nos permite aclarar la peculiaridad de la discriminación inversa: porque si a la productora de películas, que ha solicitado indios americanos, se le presenta a la selección un indio americano cuya apariencia está muy lejos del tipo más común, con mucha probabilidad lo rechazará; sin embargo, en las selecciones que incluyen medidas de discriminación inversa, la apelación a que el sujeto favorecido nunca ha padecido discriminaciones no suele ser considerada en absoluto.

3. Formas y efectos de las medidas de discriminación inversa

3.1. Sobre la forma.

3.1.1. El caso Kalanke.

Manuel Atienza en un trabajo relativo a la Sentencia del ‘caso Kalanke’¹⁴ ha justificado una posición, con respecto a la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), contraria a la mayoría de los autores que han analizado la sentencia. En mi opinión, las conclusiones de Atienza son correctas, y sobre ellas trataré de fundamentar mis propias conclusiones.

Primero, hagamos un breve resumen del ‘caso Kalanke’ y lo dispuesto en la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995. En junio de 1990, el Sr.Kalanke y la Sra.Glissmann concurren a una plaza de jefe de departamento del servicio de espacios verdes en ayuntamiento de Bremen; ambos trabajaban en dicho departamento, el Sr.Kalanke desde 1973 y la Sra. Glissmann desde 1975. El Sr.Kalanke consiguió el puesto a propuesta de la dirección, pero finalmente fue la Sra.Glissmann quien lo ocupó sobre la base de una ley del Estado de Bremen, según la cual a igual calificación entre los candidatos, estando las mujeres subrepresentadas en el sector de que se trate, debe darse prioridad a la mujer (la subrepresentación se concretaba en menos del 50% de representación femenina). El Sr.Kalanke recorrió todas las instancias judiciales alemanas con resultados negativos, pero el Tribunal Federal de Trabajo planteó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial sobre si la regulación de Bremen se amparaba o no en el art. 2, apartado 4, de la directiva comunitaria 76/207 CEE del Consejo, de 9 de febrero. Esta directiva incluye las siguientes disposiciones:

Art.1.1. “Contempla la aplicación (...) del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo.”

Art.2.1. (el principio del art. 1.1) “supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar”.

¹⁴ Atienza, Manuel: “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa* 19, Alicante, 1996, pp.111-122.

Art.2.4. (la directiva) “no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres”.

El tribunal entendió que la Ley de Bremen era contraria a la directiva. La argumentación que siguieron los jueces comunitarios (cito a Atienza) “transcurre por medio de estos tres pasos:

- (1) El art.2 aptdo.4 de la Directiva ha de interpretarse de manera estricta, pues se trata de la derogación de un derecho individual consagrado por la Directiva. (...) ese apartado tiene ‘como fin preciso y limitado autorizar medidas que, aun siendo discriminatorias según las apariencias, se dirigen efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que puedan existir en la realidad de la vida social’.
- (2) Más en concreto, el apartado en cuestión autorizaría medidas nacionales que tienen como objetivo mejorar la capacidad de las mujeres para concurrir en el mercado de trabajo y para realizar una carrera en plan de igualdad con los hombres. Pero una reglamentación nacional que ‘garantiza una prioridad absoluta e incondicionada a la mujer en caso de nombramiento o promoción, va más allá de una promoción de la igualdad de oportunidades y sobrepasa los límites de la excepción prevista en el art. 2, aptd. 4’.
- (3) La reglamentación de la Ley de Bremen está en este segundo caso, pues ‘sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el art. 2, aptd. 4, por el resultado al que sólo podría llegarse mediante la puesta en marcha de una tal igualdad de oportunidades’.¹⁵

Para Atienza la ratio decidendi del fallo es que está prohibido por la Directiva “un sistema que, dadas determinadas condiciones, asigna automáticamente una prioridad a las mujeres”¹⁶.

Las condiciones que configuraba la norma de Bremen eran:

- C1. Promoción a un puesto de trabajo.
- C2. Subrepresentación femenina.
- C3. Igual calificación.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 120-121.

¹⁶ *Ibid.*, p. 121.

El tribunal no entra, pues, en la discusión de estas tres condiciones, pero considera inadmisibles que la prioridad de la mujer sea, a partir de ellas, automática. La clave de la resolución del caso consiste, entonces, en la interpretación de lo que sea “automático”. Atienza apunta la solución cuando comenta la condición tercera, en el sentido de que la “igualdad de calificaciones” es un concepto comparativo y, por tanto, relativo, que el Tribunal de Luxemburgo podía haber interpretado de manera tal que la Ley no fuera declarada contraria a la Directiva comunitaria, pero no era esto de su competencia (imponer una determinada interpretación de sus normas a un Estado miembro). En la Ley del Estado de Bremen la igual calificación dependía de una sola propiedad: la clasificación en el nivel III del convenio colectivo. De ahí la automaticidad: para el Sr. Kalanke la obtención por parte de la Sra. Glissmann del nivel III en el servicio suponía, según la Ley, la imposibilidad de promocionar en tanto que la Sra. Glissmann concurriera con él al concurso. En palabras de Atienza: “a lo que apunta el Tribunal es a que la Directiva podría ser compatible con un sistema de objetivos o “goals” que asigne cierta puntuación al hecho de ser mujer, como parte de un determinado baremo que incluya un número suficientemente elevado —y quizás graduable— de ítems, de manera tal que el hecho de ser varón no se convierta en una característica prácticamente insuperable para lograr la promoción”¹⁷. El alcance de la observación de Atienza no ha sido justamente calibrado cuando, por ejemplo, Ruiz Miguel dice, refiriéndose a la relevancia de la distinción entre puntos extra o cuotas, que “en el caso de las regulaciones como la del caso Kalanke, por lo demás, la diferencia práctica se evapora por completo, puesto que, a igualdad de méritos, el resultado de reservar una plaza a la mujer en igualdad de méritos cuando compite con un hombre es exactamente el mismo que el de atribuir a la circunstancia de ser mujer cualquier punto extra, por mínimo que resulte porcentualmente. En tal sentido, no concuerdo con la distinción con la que Atienza concluye ‘Un comentario al caso Kalanke’.”¹⁸ El argumento de Ruiz Miguel parece impecable, pero olvida considerar cómo se configura la igualdad de méritos que ha de resolver la preferencia por un candidato u otro.

¹⁷ *Ibid.*, *op. cit.*, p.122.

¹⁸ Ruiz Miguel, A.: “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, p. 127.

Alexy, analizando la concepción de los derechos subjetivos como ‘derechos a algo’, efectúa una distinción entre impedir u obstaculizar que puede aclarar lo que aquí se está diciendo. Para Alexy “un impedimento de una acción de *a* por parte de *b* se da cuando *b* crea circunstancias que hacen fácticamente imposible para *a* realizar la acción (...) puede hablarse de obstaculización de una acción de *a* por *b* cuando *b* crea circunstancias que pueden impedir a *a* realizar la acción. Si se definen de esta forma los conceptos de impedimento y obstaculización –continúa Alexy–, un aumento de los presupuestos subjetivos de acceso a una profesión que *a* puede satisfacer, aunque con grandes esfuerzos y sacrificios, no impide la elección de esta profesión por parte de *a* pero la obstaculiza.”¹⁹

La mayoría de los autores que han criticado la sentencia del caso Kalanke estarían, posiblemente, de acuerdo en sostener que el Sr. Kalanke ostentaba un derecho a que no se le impidiera el acceso a un puesto de trabajo, pero no así a que no se le sometiera a determinadas exigencias, obstáculos, de forma justificada. Es claro que los límites entre ambos conceptos, impedir u obstaculizar, son difusos, pero de ahí que lo que reclame Atienza sea un “número suficientemente elevado –y quizás graduable– de ítems”.

La postura de Atienza no es, pues, contraria a las medidas de discriminación inversa. En su opinión, los dos principios que permiten justificar una medida de discriminación inversa son:

“1) La utilización de una medida de discriminación inversa solo está justificada si:

- a) Resulta razonablemente eficaz y eficiente para alcanzar el objetivo perseguido: puede presumirse que se logrará el objetivo y sin un coste excesivo;
- b) Se trata de un objetivo socialmente importante. En el caso de una medida de discriminación inversa que beneficia a las mujeres, tendría que darse el caso de que esa medida afectara positivamente, al menos en forma indirecta, a un grupo extenso de mujeres y que no redundara básicamente en beneficio de las mejor situadas socialmente;
- c) No existe ninguna otra medida alternativa para alcanzar ese objetivo y que afecte en menor grado a derechos fundamentales de los individuos.

¹⁹ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Ed. C.E.C., Madrid, 1993, pp. 189.

2) Quien pretende justificar (utilizar) una medida de discriminación inversa corre con la carga de la argumentación; es decir, es él quien debe probar que se dan las anteriores circunstancias a), b) y c).”²⁰

3.1.2. El caso Marschall

La posición de Atienza, que aquí sostengo, ha sido, en mi opinión, reforzada por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de noviembre de 1997, resolviendo una cuestión prejudicial presentada a la Corte por la Verwaltungsgericht Gelsenkirchen (Alemania), que tiene por objeto el litigio entre el Sr. Marschall y el Land Nordrhein-Westfalen (en adelante ‘el Land’), con el fin de obtener de dicho Tribunal una resolución sobre la interpretación del artículo 2, párrafos 1 y 4 de la directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, ya mencionada.

El Sr. Marschall, profesor titular del Land, clasificado su puesto de trabajo como de nivel A 12, presentó, en febrero de 1994, su candidatura a una promoción a un puesto de trabajo de nivel A 13, en un centro escolar de Schwerte. La Bezirksregierung Arnsberg anunció al Sr. Marschall que nombraría para ese puesto a una concurrente femenina, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 25, parágrafo 5, del estatuto de los funcionarios del Land (Beamtengesetz), a tenor del cual:

“Si, en el sector de la autoridad competente para la promoción, las mujeres están en número inferior a los hombres en la categoría profesional correspondiente, las mujeres deben ser promovidas con prioridad, a igualdad de aptitudes, competencia y prestaciones profesionales, *a menos que razones relativas a la persona de un candidato hagan vencer la balanza en su favor*”²¹

El Sr. Marschall reclamó frente a la Bezirksregierung la decisión adoptada. La reclamación fue rechazada, con fecha de 29 de julio de 1994, en razón de que concurrían las circunstancias previstas en la ley del Land, es decir, el Sr. Marschall y la candidata femenina presentaban iguales calificaciones y el número de mujeres en el nivel A 13 era, al momento de

²⁰ Atienza, Manuel: “Un comentario al caso Kalanke”, p. 120.

²¹ En el original alemán: *sofern nicht in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen*. El texto francés de la sentencia es: “à moins que des motifs tenant à la personne d’un candidat ne fassent pencher la balance en sa faveur.”

producirse la vacante, inferior al de hombres. El Sr. Marschall recurrió, entonces, frente a la Verwaltungsgericht Gelsenkirchen. Este Tribunal consideró que la solución del litigio dependía de la compatibilidad de la disposición del Land con el art. 2, parágrafos 1 y 4 de la directiva ya mencionada.

La jurisdicción de reenvío, fundamentándose en la sentencia del caso Kalanke, considera que la disposición del Land priorizando a las candidatas femeninas parece constituir una discriminación en el sentido del artículo 2, parágrafo 1, de la Directiva, y que esta discriminación no es suprimida por la posibilidad de preferir a título excepcional al candidato de sexo masculino. Igualmente, argumenta el tribunal que es dudoso subsumir el caso en la excepción del parágrafo 4, del artículo 2 de la Directiva, por dos razones: 1) la base de apreciación de los candidatos es indebidamente reducida dado que sólo es relevante la proporción numérica entre hombres y mujeres en el nivel al que se promociona, 2) la disposición del Land sustituye la promoción de las oportunidades por los resultados. Finalmente, el Tribunal decide plantear la siguiente cuestión prejudicial al TJCE: “¿El artículo 2, parágrafos 1 y 4, de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, de 9 de febrero de 1976, relativa a la puesta en práctica del principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo concerniente al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales (76/207/CEE), se opone a que una reglamentación nacional disponga promover prioritariamente a las mujeres en los sectores de actividad del servicio público en los que ellas sean menos numerosas que los hombres en el nivel de puesto considerado, cuando las calificaciones (aptitud, competencia y prestaciones profesionales) de los candidatos masculinos y femeninos son iguales, a menos que razones relativas a la persona de un candidato hagan vencer la balanza en su favor?”

Los argumentos esgrimidos por las diversas partes a favor de la compatibilidad entre la norma del Land y la Directiva son los siguientes:

1. La prioridad acordada a las mujeres sirve de contrapeso a los tradicionales criterios de selección que desfavorecen a éstas. Los empleadores tienen la tendencia a no contratar mujeres, pues al considerar la edad, experiencia o el rol del candidato en la familia ven problemática la opción por una mujer (argumento del Land y del gobierno austríaco).

2. Una medida como la del Land contribuye a reequilibrar los mercados de trabajo, pues al favorecer el acceso de la mujer a los puestos de responsabilidad corrige el desequilibrio que se produce en estos niveles

en cuanto a la representación a favor de los hombres (argumento de los gobiernos finlandés, sueco y noruego).

3. La experiencia muestra que las acciones positivas que se limitan a intervenir en la orientación y formación profesional de las mujeres o en la división de responsabilidades familiares y profesionales entre ambos sexos no son suficientes para poner fin a la compartimentación del mercado laboral (gobierno finlandés).

4. La norma del Land, al no garantizar a las mujeres una prioridad absoluta e incondicionada, está situada dentro de los límites señalados por la sentencia del caso Kalanke.

Los argumentos esgrimidos en contra de la compatibilidad de la disposición litigiosa con la Directiva son los siguientes:

1. Priorizar a las mujeres en busca de la igualdad de representación no constituye un caso de promoción de la igualdad de oportunidades, que es lo que permite el art.2, parágrafo 4 de la Directiva. Los argumentos expuestos en la sentencia del caso Kalanke en cuanto a la distinción entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultados serían de aplicación (gobiernos francés y del Reino Unido).

2. La cláusula de derogación expresada en el último inciso de la disposición litigiosa no es suficiente para justificar la discriminación a favor de las mujeres, por dos razones:

2.1. Aparece como una previsión para casos de carácter excepcional y no tendría aplicación en los casos “normales”.

2.2. Su formulación en términos generales e imprecisos colisiona con el principio de seguridad jurídica.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas falló a favor de la compatibilidad entre la disposición litigiosa y la Directiva comunitaria, siempre que se respeten dos condiciones: a) que la regla nacional garantice, en cada caso individual, a los candidatos masculinos con una calificación igual a la de las candidatas femeninas que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tiene en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos y descarte la prioridad acordada a las candidatas femeninas, cuando uno o más de estos criterios hacen vencer la balanza a favor del candidato masculino; y b) tales criterios (relativos a la persona de los candidatos) no deben ser discriminatorios hacia las candidatas femeninas.

La coincidencia del fallo del Tribunal del caso Marschall y las consideraciones de Atienza sobre el caso Kalanke creo que son evidentes. Ahora

sí, el TJCE nos aclara la *ratio decidendi* de la sentencia Kalanke, pues basa su fallo en que el último inciso de la norma del Land es suficiente para romper el “automatismo” de que adolecía el procedimiento de selección de Bremen. De las tres razones de la argumentación del Tribunal del caso Kalanke que señala Atienza, el Tribunal del caso Marschall recoge el del “automatismo” y el de la interpretación restrictiva de el art. 2 aptdo. 4 de la Directiva “pues se trata de la derogación de un derecho individual”, pero desecha el de “la sustitución de la promoción de la igualdad de oportunidades (...) por el resultado”²²

La conclusión a la que se llega desde el análisis de esta jurisprudencia, casos Kalanke y Marschall, es que en los países de la Unión Europea la legitimidad de las prácticas de discriminación inversa depende del concreto procedimiento que se propone, pues se reconoce que todo sujeto puede ser obstaculizado en la consecución de sus legítimos objetivos con justificación en una política de promoción de igualdad, pero no puede ser impedido.

3.2. Sobre los efectos

Según algunas estipulaciones, cabe distinguir entre la eficacia, la efectividad y la eficiencia de una medida. La eficacia hace referencia a si las conductas previstas en la medida se realizan o no, en este caso si la norma que obliga, por ejemplo, a dar prioridad a un candidato sobre otro se cumple o no. La efectividad se refiere a si la medida contribuye o no realmente a producir el estado de cosas que se considera valioso; es decir, si la medida promociona realmente la igualdad social. Finalmente, la eficiencia señala si el cálculo de costes y beneficios de la puesta en práctica de la medida es positivo o no.²³

²² El TJCE en el caso Marschall sostiene que el hecho de que los candidatos de sexo diferente tengan iguales calificaciones no implica por sí solo que hayan tenido iguales oportunidades. Atienza, en “Un comentario al caso Kalanke”, p. 117, indicaba que: “el poseer calificaciones equivalentes puede entenderse, en efecto, que significa tener *igualdad de oportunidades* para aspirar al puesto, pero no necesariamente que ambos hayan tenido *igualdad de oportunidades* para llegar hasta ahí, esto es para alcanzar determinada calificación: el que ambos candidatos poseyeran calificaciones equivalentes no supone por tanto, absolutamente nada en relación a si tuvieron o no igualdad de oportunidades, pues parece obvio que es la segunda noción de *igualdad de oportunidades*, y no la primera, la que aquí interesa.”

²³ Tomo esta distinción de Virgilio Zapatero, *Teoría de la Legislación*, (en prensa)

La pregunta es sobre si podemos constatar empíricamente la efectividad de una medida de este tipo y, en general, de muchas de las políticas públicas. Hay un sentido de igualdad de oportunidades en el que la respuesta es afirmativa sin mayores complicaciones: si consideramos que la igualdad aumenta en tanto que aumenta la representación de los individuos pertenecientes al grupo discriminado en los sectores donde están infrarepresentados. En este sentido la efectividad y la eficacia de las medidas de discriminación inversa coinciden. El problema es que si no se le presuponen ulteriores efectos a estas medidas su alcance sería muy (demasiado) limitado y que si, buscando una mayor efectividad, se extiende radicalmente la política de discriminación, es opinión de muchos que se producirían disfunciones (al aumentar los sentimientos racistas, sexistas, etc.). Por estas razones, el debate sobre los efectos no cabe solucionarlo de forma tan sencilla.

Un argumento recurrente es el de que la discriminación inversa, al situar a individuos pertenecientes al grupo socialmente discriminado en situaciones de éxito social, por un lado, contribuye a incrementar la autoestima de los miembros del grupo y a aumentar su motivación para alcanzar metas sociales y, por otro lado, rompe la imagen minusvaloradora que pueda existir en otros grupos. El argumento es, sin duda, persuasivo.

Otro argumento, de signo contrario, afirma que la discriminación inversa contribuye a perpetuar la minusvaloración del grupo a favor del que se discrimina, al extenderse la diferenciación entre los cauces “normales” para acceder, por ejemplo, a un empleo, y los cauces “privilegiados”. Que la existencia de estas ventajas perpetúa las diferencias entre los grupos y origina soterrados conflictos. El argumento es también persuasivo, sobre todo para establecer una extensión prudente a estas medidas.

Sobre la calidad de estos argumentos podemos esperar aportaciones de la sociología y sus disciplinas auxiliares; sin embargo, creo que no se podrá solucionar empíricamente el problema.

Para evaluar la discriminación, y otras muchas políticas públicas, hay que llegar a un acuerdo sobre el alcance y límites de la racionalidad. Una concepción estrecha o pesimista de la racionalidad, que enfatiza las condiciones deficientes en que se han de tomar las decisiones, es decir, la relativa pero inevitable ignorancia de los hechos, la dificultad para aislar las causas de los fenómenos sociales y, finalmente, el escaso tiempo para decidir, puede concluir en la negación de la pertinencia de casi cualquier

política pública²⁴. Por el contrario, una concepción amplia u optimista de la racionalidad puede derivar en un exceso de intervención y planificación, basada en un cientificismo ingenuo aplicado al orden social. El problema es difícil e importante dado que se cuestiona a la razón misma y, sin embargo, sólo con la razón se puede alcanzar una solución; creo que Nicholas Rescher expresa brillantemente en el siguiente texto lo que aquí simplemente se ha apuntado:

“El poder de la razón descansa en el enunciado hipotético ‘Mientras el hombre pueda alcanzar grandes cosas, esto será gracias a su razón’. La debilidad de la razón descansa en la circunstancia de que su garantía es meramente hipotética, es decir, que se cumpla la posibilidad que plantea está lejos de ser algo de segura realización, como la razón misma reconoce. Esto nos pone frente al tema de la miseria de la razón.

La miseria de la razón tiene su raíz en un estado de cosas que hemos caracterizado (...) como el ‘predicamento de la razón’. La razón no puede dar garantías absolutas. No tenemos, ni podemos tener, ninguna seguridad de que hacer lo que la razón nos exige es en realidad lo mejor, o sea, que sus consejos no resultarán de hecho contraproducentes. Y esto quiere decir que debemos vivir la vida de la razón reconociendo la forma plena que, a pesar de que la razón nos insista siempre y en todo lugar sobre la obediencia a sus exigencias, no puede proporcionarnos ninguna certificación de que si seguimos su consejo de la mejor manera que podamos, no vamos a perjudicar en vez de mejorar la posibilidad de obtención de nuestros legítimos fines. La miseria de la razón consiste en que no puede dar garantías y que, pese a ello, nos exige que obedezcamos sus demandas.”²⁵

4. Conclusiones

Una política de promoción de igualdad de oportunidades se puede valer de muy variados medios. La discriminación inversa es uno de ellos.

Hay que distinguir entre dos debates: a) sobre si los poderes públicos han de poner en marcha políticas de promoción de la igualdad de oportu-

²⁴ Se trata de una concepción como la presentada, entre otros, por Hayek, el cual considera la necesidad de operar con una noción crítica de la racionalidad, opuesta al racionalismo constructivista propio del socialismo.

²⁵ Rescher, Nicholas: *La racionalidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 250, trad. Susana Nuccetelli.

nidades o no; y b) sobre si la discriminación inversa es un buen medio para promover la igualdad de oportunidades.

El abandono de la “vía presupuestaria” para ejecutar políticas públicas de promoción de la igualdad de oportunidades conlleva, en este caso, que los costes de la política recaen sobre un solo individuo.

La discriminación inversa para ser legítima debe producir los efectos deseados y respetar el marco delimitado por los principios del sistema jurídico, entre ellos el que podríamos llamar principio de no impedimento (puede estar justificado obstaculizar para ciertos individuos el acceso a un empleo, una plaza universitaria, etc., como medida de una política de promoción de la igualdad, pero no impedirlo).

Tanto para conocer si la discriminación inversa impide u obstaculiza a un sujeto el logro de sus legítimos intereses, como para saber qué efectos es previsible que produzca, es necesario conocer el concreto procedimiento empleado.

Para valorar la efectividad y eficiencia de estas medidas se ha de evitar dos posturas extremas: a) la que sostiene la imposibilidad de producir intencionalmente transformaciones en el mundo social y b) la que confunde la eficacia de una política pública con su eficiencia y efectividad.

Como señala Atienza²⁶, corresponde al que propone medidas de discriminación inversa la carga de la argumentación que justifique: a) la eficacia y eficiencia de estas medidas, b) la relevancia de los efectos sociales que se pretende alcanzar, y c) que no existan medidas alternativas que afecten en menor grado a derechos de los individuos. Sobre esto último, habría que prestar especial atención a si la discriminación inversa se propone como continuación de políticas presupuestarias igualitarias o como alternativa a ellas. En este último caso, en mi opinión, resulta difícil justificar que frente a actuaciones cuyos costes son asumidos por todos los contribuyentes se hayan de preferir actuaciones, como la discriminación inversa, de costes concentrados en unos pocos. Quizá un estudio sobre las políticas públicas de promoción de la igualdad, que los diferentes gobiernos han puesto en marcha, revelaría una especie de relación inversa entre las medidas de discriminación inversa y las medidas presupuestarias: a mayor gasto público en promoción de la igualdad, menor importancia de las medidas de discriminación, y viceversa.

²⁶ Atienza, Manuel: “Un comentario al caso Kalanke”, p. 120.