

**CURSO “LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE
SEXO”**

UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

**ENSAYO QUE PRESENTA
LA LICENCIADA EVELIA MEDINA VILLEGAS,
ADSCRITA A LA SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA,
QUIEN ASISTIÓ COMO BECARIA.**

**“ARGUMENTOS JUSTIFICATIVOS DE LA DISCRIMINACIÓN INVERSA,
A PROPÓSITO DEL CASO KALANKE”**

“El desarrollo del principio democrático a partir de las revoluciones liberales no pudo extenderse a las mujeres, pues a diferencia del conflicto de clase, las transformaciones de las relaciones entre los sexos no sólo afectan al sistema político o económico, sino también al ámbito nuclear y privado del espacio interior de la familia”

J. Habermas.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. CASO KALANKE.- 2.1. ANTECEDENTES.- 2.2. ARGUMENTOS DEL ABOGADO GENERAL.- 2.3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO.- 3. ELEMENTOS CONCEPTUALES A TENER EN CUENTA.- 3.1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.- 3.2. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN.- 3.2.1. DEFINICIÓN DE DISCRIMINACIÓN.- 3.3. ACCIONES POSITIVAS Y DISCRIMINACIÓN INVERSA.- 4. REFLEXIÓN ARGUMENTATIVA SOBRE EL CASO KALANKE.- 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Entre los meses de enero y febrero del año 2009, tuve la oportunidad de asistir como becaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al curso organizado por la Universidad Pompeu Fabra, en la ciudad de Barcelona, dedicado al análisis argumentativo de muy diversas resoluciones adoptadas, principalmente, en el marco del Derecho Europeo, en que convergen el factor común del dilema que se suscita entre el respeto al

derecho a la igualdad, universalmente reconocido, frente a las muy diversas formas de discriminación, muchas de ellas admitidas y propiciadas por el propio Estado, incluso de manera legítima.

En principio, parece indiscutible que cualquier forma de discriminación es contraria al ejercicio y respeto del derecho a la igualdad. Sin embargo, esto no es necesariamente así en todos los casos.

Principalmente desde mediados del siglo XX se han podido identificar en los sistemas jurídicos occidentales la justificación social de establecer medidas discriminatorias, en aras –paradójicamente- de lograr mayor equilibrio social y aminorar actos tradicionalmente discriminatorios.

A esto se le conoce en la doctrina dentro de la Teoría de Análisis de Género, como medidas de discriminación inversa.

Uno de los casos más significativos sobre el tema y que ha dado lugar a múltiples reflexiones de juristas y sociólogos es el Caso Kalanke, el cual me he permitido retomar para reflexionar sobre la paradoja de la admisión de la discriminación, en aras de evitarla.

2. CASO KALANKE

2.1. ANTECEDENTES

En julio de 1990, la ciudad de Bremen, en Alemania, convocó a una plaza de jefe de departamento del servicio de espacios verdes. Concurrieron, entre otros, el señor Kalanke y la señora Glissmann, quienes trabajaban ya en ese departamento con el grado III. Aunque la Dirección del Servicio propuso al señor Kalanke, quien terminó por obtener el puesto, el Comité de Personal se opuso a la propuesta y hubo un intento de arbitraje que terminó con una recomendación a favor del señor Kalanke.

Esa recomendación no fue aceptada por el Comité de Personal, el cual elevó una consulta a la Comisión de Conciliación que se pronunció a favor de la candidata femenina, la señora Glissman, con base en una ley del Estado de Bremen que establecía que cuando existen dos candidatos con “igual calificación” para acceder a un puesto vacante y las mujeres están subrepresentadas en ese sector (no representan al menos la mitad de los efectivos), debe darse prioridad a la mujer.

El señor Kalanke recurrió esa decisión ante los tribunales alemanes, alegando que no se había tenido en cuenta la superioridad de su calificación profesional y que la ley de Bremen estaba en contra de normas de superior jerarquía (entre otras, la propia Constitución alemana, que recoge el principio de igualdad de trato).

El recurso fue rechazado y el caso llegó hasta el Tribunal de Trabajo Federal, que estimó que el régimen de cuotas previsto en aquella ley era conforme a las normas nacionales alemanas, pero decidió plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para que éste decidiera si la regulación en cuestión contradecía el artículo 2º, apartado 4, de una determinada directiva comunitaria de 1976 (76/207 CEE del Consejo, de 9 de febrero).

El artículo 2 en cuestión, establece en su primer apartado que *“el principio de igualdad de trato... implica la ausencia de toda discriminación basada en el sexo, ya sea directamente, ya indirectamente por referencia, especialmente, al estado matrimonial o familiar”*. Sin embargo, en su apartado 4, permite a los Estados miembros adoptar y/o mantener en vigor las medidas dirigidas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, remediando las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en los aspectos contemplados en el artículo primero (acceso al empleo, incluida la promoción, formación profesional, condiciones de trabajo, etcétera)

En esta consulta, el abogado general formuló pormenorizadas conclusiones, proponiendo al Tribunal que decidiera en el sentido de considerar que la reglamentación nacional a examen es, en efecto, contraria a la directiva de la Comunidad.

Así lo hace el Tribunal, y en su fallo establece que la Directiva “*se opone a una reglamentación nacional que, como en este caso, acuerda automáticamente, a iguales calificaciones entre candidatos de diferente sexo considerados en vista de una promoción, una prioridad a los candidatos femeninos en los sectores en que las mujeres están subrepresentadas.*”¹

2.2. ARGUMENTOS DEL ABOGADO GENERAL

En la justificación de sus conclusiones, el abogado general señaló lo siguiente:

1. La cuestión a discutir estriba en si el referido artículo de la ley de Bremen es o no contrario al artículo 2, apartado 4, de la directiva comunitaria.
2. Se plantean las siguientes líneas de argumentación:
 - a. Cómo se interpreta la expresión “*igualdad de oportunidades*”, utilizada por la directiva como criterio para determinar el ámbito de las medidas positivas a favor de la mujer que los Estados miembros podría lícitamente adoptar.
 - b. “*Igualdad de oportunidades*” podría entenderse en el sentido de *igualdad en los puntos de partida* o *igualdad en los puntos de llegada* (igualdad en cuanto al resultado)

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia del 17 de octubre de 1995. Caso “Kalanke”. Plan de Formación Territorial 2007, Seminario de Argumentación y Razonamiento Jurídico, Universidad de Alicante, España.

- c. Sólo la primera interpretación resulta aceptable; es decir, igualdad de oportunidades ha de entenderse exclusivamente como igualdad en los puntos de partida, porque el artículo 2, apartado 4, es una excepción al principio de igualdad de trato y puesto que se trata de una derogación de un derecho individual, ha de interpretarse restrictivamente.
- d. Esto es, el artículo de la directiva sólo autoriza tratos que sean *aparentemente discriminatorios* y estén destinados concretamente a eliminar los obstáculos de hecho que impiden la realización de la igualdad de oportunidades para las mujeres.
- e. El artículo 2, apartado 4, de la directiva, establece un trato preferencial a favor de las mujeres que resulta incompatible con un sistema de cuotas, pues el trato preferencial tiene razón de ser en una situación general de desventaja, debida a dificultades de hecho provocadas por el doble papel (familiar y profesional) que la mujer desarrolla, o bien a discriminaciones sufridas en el pasado.
- f. En el primer caso, las dificultades no pueden resolverse mediante un sistema de cuotas, sino mediante medidas relativas a la organización del trabajo (flexibilidad de los horarios, estructuras destinadas a la infancia, etcétera)
- g. Respecto a las discriminaciones del pasado, la acción positiva no puede ser considerada ni utilizada como un medio para restaurar, mediante medidas discriminatorias, una situación de igualdad que se ha deteriorado en el pasado.
- h. Por tanto, la reglamentación del Estado de Bremen no está en absoluto destinada a garantizar la igualdad en cuanto a los puntos de partida o de origen, sino en cuanto a los resultados, pues la circunstancia de que dos candidatos de sexos diferentes posean calificaciones equivalentes, implica que

ambos poseen iguales oportunidades, por lo que se encuentran en iguales condiciones en la línea de salida.

- i. La ley de Bremen contiene una medida que no puede justificarse de acuerdo con los principios de Derecho comunitario, pues se trata de una medida discriminatoria que atenta contra el principio de igualdad formal de trabajo, sólo justificada si respeta el principio de proporcionalidad, esto es, si es necesaria y apropiada para realizar el objetivo perseguido: remover los obstáculos de hecho que se oponen a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
- j. Sin embargo, la medida en cuestión sólo elimina la subrepresentación de la mujer, no así los obstáculos y las causas que la provocan.
- k. La medida es también desproporcionada porque la subrepresentación de la mujer en un segmento dado del mercado de trabajo no necesariamente es imputable a la voluntad consumada de marginar a las mujeres, por lo que surge un elemento de arbitrariedad inherente a todo trato preferente reservado, de manera mecánica, al grupo subrepresentado y fundado únicamente sobre ese motivo.

En conclusión, la medida en cuestión no promueve la verdadera igualdad de la mujer, sino una simple igualdad numérica que no es otra cosa que formal. Por tanto, la reglamentación del Estado de Bremen se opone a la directiva comunitaria.

2.3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO.

La sentencia prácticamente asumió los argumentos del abogado general. Fue una sentencia muy controvertida por las implicaciones sociales en toda Europa de una declaración de tal naturaleza, que prohibía a los

Estados de la Comunidad adoptar normas que impusieran acciones positivas para compensar la discriminación de grupos vulnerables, específicamente, el femenino en el ámbito laboral. Incluso, se llegó a destacar de manera sospechosa, que en la integración del Tribunal casi todos los jueces fueron hombres.

De cualquier manera, **la argumentación del Tribunal** transcurrió por los siguientes pasos:

1. El artículo 2, apartado 4, de la Directiva ha de interpretarse de manera estricta, pues se trata de la derogación de un derecho individual consagrado por la Directiva, y 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. El apartado en cuestión autorizaría medidas nacionales que tienen como objetivo mejorar la capacidad de las mujeres para acceder al 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 artículo 2, apartado 4, de la Directiva.

3. La reglamentación contenida en la Ley de Bremen sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades por el resultado, al que sólo podría llegarse mediante la puesta en marcha de una tal igualdad de oportunidades.

Una de las mayores críticas argumentativas a esta sentencia es que de ella no se puede determinar con precisión qué debe considerarse como la *ratio*

decidendi del fallo, pues lo que el Tribunal consideró prohibido fue un sistema que, dadas determinadas condiciones, asigna automáticamente una prioridad a las mujeres; sin embargo, ello parece querer decir que bajo las mismas condiciones, (promoción de un puesto de trabajo, subrepresentación femenina e igual calificación de los candidatos) podría ser aceptable un sistema que conceda prioridad a las mujeres, pero siempre que no sea de manera automática.²

Es decir, lo que el Tribunal pareció querer decir fue que la asignación de una ventaja a las mujeres para lograr una determinada promoción puede ser aceptable, sino se considera únicamente la igualdad de oportunidades entendida de manera completamente genérica; existen también otra serie de elementos y propiedades que el Tribunal no precisó, pero que podrían entenderse de tal naturaleza que permitieran efectuar algo así como una “ponderación” o un “equilibrio”.

3. ELEMENTOS CONCEPTUALES A TENER EN CUENTA.

3.1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Se dice que ni en la naturaleza ni en la sociedad existe *lo igual*, sino precisamente *lo diverso*. Por ello, la igualdad no es una realidad objetiva o empírica anterior al Derecho, sino que toda constatación jurídica de la igualdad implica siempre un juicio de valor que depende de la elección de las propiedades o rasgos considerados como relevantes entre los que se compara.³

De ahí que el concepto de igualdad tenga un sentido procesal: distribuir la carga de las argumentaciones de las ediciones jurídicas. El esquema

² Cfr. ATIENZA, Manuel. *Un comentario al Caso Kalanke*. Doxa 19, 1996, Alicante, España, pp. 121 y ss

³ Cfr. REY MARTÍNEZ, Fernando. *La discriminación positiva de mujeres. (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16. Núm. 47, Mayo-Agosto 1996, pp. 318

“igual/desigual” no parece tener respuesta inmediata a los problemas, sino que tan sólo abre un margen para argumentar de manera racional, de manera que en cada caso concreto se puedan tener en cuenta factores racionales y materiales, es decir, circunstanciales, que permitan pronunciarse sobre la efectiva igualdad entre desiguales.

La fórmula *“hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”* no puede entenderse ni como que todos los individuos sean tratados de la misma manera (igualdad no es lo mismo que identidad), ni tampoco, que se permita toda diferenciación.

Las distintas concepciones históricas de igualdad han proporcionado diferentes respuestas entre los dos extremos sobre qué desigualdades son razonables, tolerables, incluso necesarias y bajo qué circunstancias.

Hoy día, la concepción dominante de la igualdad es la propia de los Estados sociales y democráticos de Derecho, y por tanto cumple una función de libertad, de prohibición de arbitrariedad, que es la forma más extrema de injusticia. Se trata de una función democrática que impide la marginación de minorías aisladas y sin voz, con una función social que posibilite igualdad de oportunidades desde las primeras bases.

3.2. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN

El binomio igualdad/discriminación es de análisis conjunto necesario. Así se ha hecho a la luz de los principios de clasificación razonable (principio de igualdad) y de la clasificación sospechosa (principio de prohibición de discriminación). La clasificación puede entenderse respecto de todo acto o medida dirigida a los grupos sociales, especialmente los vulnerables.⁴

⁴ Cfr. Idem. pp 319 y ss

La doctrina de la clasificación razonable intenta resolver la contradicción aparente entre el principio de igualdad y la potestad legislativa de clasificar a los individuos según su situación. Cuando el criterio diferenciador del trato es el sexo, la raza, el credo u otros, que la dignidad humana impide sean tenidos en cuenta como factores de división social, la doctrina de la clasificación razonable se transforma en la doctrina de la clasificación sospechosa o de prohibición de discriminación.

Sin embargo, suponer que toda clasificación sobre las mencionadas características debiera ser nula, es demasiado radical. Se ha considerado más conveniente una forma menos extrema de esta doctrina, la de la clasificación sospechosa, en virtud de la cual existe una presunción de inconstitucionalidad contra las leyes que empleen esos rasgos definitorios, presunción que puede ser desvirtuada en las decisiones judiciales.

Cabría preguntarse ¿qué papel debe jugar el Estado en la búsqueda por la igualdad de nuestras sociedades? ¿debe limitarse a no discriminar y a prohibir los tratos discriminatorios entre particulares, evitando así que se dé un trato de inferioridad a una persona o colectividad, o debe tener un papel activo para revertir la situación de desventaja de ciertos grupos sociales?

En respuesta a lo anterior existe el derecho a no ser discriminado, oponible ante el Estado que se encuentra impedido para dar un trato de inferioridad a una persona o grupos de personas y que para ello debe aplicar una igualdad formal; esto es, no debe distinguir de forma arbitraria entre individuos, sin tener en cuenta ciertas diferencias que resultan, según los fines de la norma, intrascendentes. Así, quedan bajo sospecha todas las clasificaciones que utilicen ciertos criterios tradicionalmente usados para discriminar.

No obstante, el derecho a la no discriminación debe ser oponible no sólo ante el Estado, pues existen ciertas discriminaciones que han de ser

proscritas en las relaciones entre particulares, muchas de las cuales se suceden en el ámbito laboral.⁵

3.2.1. Definición de Discriminación

El de discriminación es un concepto complejo, dinámico y de significado difuso, pero los tratadistas han coincidido se trata de una situación de bloqueo sistemático en el igual disfrute y garantía de los derechos de ciudadanía a la que se somete un colectivo. La práctica discriminatoria se caracteriza por tener efectos colectivos, aunque pueda manifestarse de manera individualizada, pues tiene lugar en tanto que la persona objeto de discriminación es miembro de un grupo que reúne ciertas características.⁶

En la búsqueda de eliminación de estas prácticas, la comunidad jurídica internacional se ha empeñado por identificar y conceptualizar los tipos de discriminación. Así lo ha hecho el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

a) Discriminación Directa. Implica la existencia de una causa visible de discriminación y se explica como toda forma de tratamiento –acto u omisión– con resultado perjudicial, que tiene como condicionante abierto o manifiesto la causa de discriminación que se intenta erradicar por la normativa de tutela antidiscriminatoria. Sus características son las siguientes:

- Hace uso de un criterio definitorio de la persona y/o grupo.
- Se manifiesta en una única instancia (por ejemplo: *“Ningún ni ninguna gigante se bañará en esta playa”*)

⁵ Cfr. **SANTIAGO Y JUÁREZ, Mario.** *¿Acciones afirmativas o discriminación inversa?*, Opinión y Debate, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal

⁶ Cfr. **BARRERE, Ma. Ángeles.** *Érase una vez en América o Los Orígenes de la Acción Positiva.* Biblioteca Temática Digital, Base legal de la Acción Positiva, Instituto Vasco de la Mujer, Gobierno Vasco, p. 13

b) Discriminación Indirecta. Consiste en un comportamiento aparentemente neutro, pero con resultado perjudicial para un grupo caracterizado por determinadas causas de discriminación que las normas pretenden eliminar. Sus características son:

- Hace uso de un criterio no definitorio, pero que afecta de hecho a la persona y/o grupo en cuestión.
- Se manifiesta en doble instancia (lingüística y extralingüística)
- Vincula datos a comportamientos concretos de apariencia neutra, por ejemplo, “Ninguna persona que ingiera más de 6,000 calorías al día se bañará en esta playa” (Esta medida –que no utiliza ningún criterio definitorio de las personas- afectará sin duda a los y las gigantes)

3.3. ACCIONES POSITIVAS Y DISCRIMINACIÓN INVERSA.

Como medios para la erradicación de la discriminación, se han articulado métodos de eliminación con vocación de contrarrestar sus efectos colectivos. Así, en la línea de contrapeso entre el principio de igualdad y la prohibición de cualquier trato discriminatorio, los Estados democráticos se han encaminado a realizar una “*valoración jurídica de las diferencias*”⁷ Se trata de tener en cuenta los mismos rasgos, otrora usados para discriminar, para establecer privilegios a favor de colectivos que por su situación de desventaja merecen recibir un trato específico para conseguir una igualdad real. A este tipo de acciones se le conocen como **acciones afirmativas**, que se podrían definir como cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar discriminaciones presentes o pasadas o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro.⁸

⁷ Cfr. **FERRAJOLI, Luigi**. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. De Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, pp. 74 a 76

⁸ El término surge de la traducción del término estadounidense *Affirmative Action*. Todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho.

Una variante más agresiva a estas acciones, es la que se conoce como **discriminación inversa o positiva**. La discriminación positiva o acción afirmativa es el término que se da a una acción que, a diferencia de la discriminación negativa (o simplemente discriminación), pretende establecer políticas que dan a un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, un trato preferencial en el acceso o distribución de ciertos recursos o servicios, así como acceso a determinados bienes. Ello, con el objeto de mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos y compensarlos por los perjuicios o la discriminación de la que han sido víctimas.

La discriminación inversa es entonces una variante de la acción positiva, al parecer más efectiva, y que puede adoptar la forma de *Sistema de Cuotas* y de *Tratos Preferentes*.

El **Sistema de Cuotas** es la reserva rígida de un número o porcentaje mínimo garantizado de plazas, mientras que los **Tratos Preferentes** se atribuyen, por ejemplo, con puntos o calificaciones especiales a los grupos a los que se quiere favorecer.

Estas figuras, por su carácter excepcional y restringido, tienen las siguientes características:

- Las cuotas sólo se fijan para casos muy particulares de discriminación (por raza, sexo o minusvalía), y deben ser “transparentes o inmodificables” para los individuos que la sufren.
- A diferencia de las medidas de acción positiva, la discriminación inversa se da justamente en situaciones de escasez de puestos de trabajo, plazas, etcétera; lo que conlleva un claro beneficio para unas personas con un claro perjuicio para otras.
- La finalidad de la discriminación inversa es remediar los efectos negativos de las discriminaciones profundamente arraigadas en la

sociedad (racial y sexual). Si careciera de esa finalidad, se transformaría en discriminación directa.

La discriminación inversa debe cumplir varias condiciones:

- Las medidas de acción positiva son deberes constitucionales de los poderes públicos y de los particulares, mientras que los sistemas de cuotas son una mera técnica permitida. Por lo general, se ve influida por el programa político que esté en vigor.
- Sólo pueden usarse sistemas de cuotas en un sector social determinado y por un tiempo razonable, cuando sea imposible lograr la igualdad mediante otras medidas de acción positiva.
- Deberá demostrarse la desigualdad de hecho objetivamente. También será imprescindible prestar una atención especial a los términos estadísticos elegidos para comparar la igualdad o la desigualdad entre los individuos.⁹

Entonces, las medidas que se toman en virtud del principio de discriminación inversa, están destinadas a favorecer la participación de los grupos sociales menos favorecidos, e implican la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación, empleo o cargos públicos. En virtud del principio de la discriminación inversa, está justificado el trato normativo que se les pueda dar, favoreciendo su integración social.

Así, la discriminación inversa toma el carácter de garantía, pues pone de relieve la aspiración de lograr una igualdad real de los individuos y de los grupos sociales, superando el concepto negativo, meramente formal, de igual disfrute de libertades.

⁹ Cfr. **BARRERE, Ma. Ángeles.** *Érase una vez en América o Los Orígenes de la Acción Positiva.* Op. Cit. P. 16

Según su ámbito u objeto de protección de derechos humanos, puede clasificarse en discriminación inversa en el empleo, en la formación profesional, en el acceso a cargos públicos, en los medios de transporte y a la vivienda.¹⁰

En la configuración de esta institución, la participación de los criterios jurisprudenciales ha sido crucial, uno de los casos más significativos, teniendo en cuenta que la teoría se empezó a construir en el derecho norteamericano, es el caso *Johnson v. Transportation Agency* 480 US. 616 (1987), de que conoció el Tribunal Supremo. En este asunto se cuestionó la promoción de una candidata mujer que, habiendo quedado en un puesto ligeramente inferior a un candidato hombre, es seleccionada al amparo de un plan de acción positiva (no de cuotas) que buscaba aumentar la representación de las mujeres en determinadas áreas.¹¹

Se trata de un significativo caso en que el Tribunal Supremo estadounidense se pronuncia acerca de un caso de acción afirmativa a favor de las mujeres. El fallo fue favorable a la aplicación del plan porque encontró justificada la toma en consideración del factor sexo (como un factor más, aunque decisivo) dado el profundo desequilibrio existente entre ambos colectivos, así como por la necesidad de alentar a las mujeres a ocupar puestos no tradicionales.

4. REFLEXIÓN ARGUMENTATIVA SOBRE EL CASO KALANKE

En nuestros días parecería perfectamente claro que cualquier acto de discriminación es injusto. Sin embargo, resulta interesante como en el análisis de los argumentos de un tribunal, para decidir si se surte un caso de violación al derecho a la igualdad, puede encontrarse justificación frente a los intereses generales de la sociedad.

¹⁰ Cfr. Curso Sistemático de Derechos Humanos (<http://www.iepala.es>)

¹¹ Cit. **BARRERE, Ma. Ángeles.** *Érase una vez en América o Los Orígenes de la Acción Positiva.* Op. Cit. p. 11

Frente a la protección contra actos de discriminación, se han desarrollado políticas públicas que llegan al extremo de tal protección a los grupos minoritarios, que hacen que la balanza se incline del otro extremo y se discrimine a los demás grupos. Esto es lo que se ha dado en llamar discriminación inversa.

La aplicación de este tipo de discriminación inversa deviene en una paradoja: Tanto se protege a un sector desprotegido para que no se le discrimine, que puede terminarse discriminando al resto de la sociedad, grupos sociales o individuos en particular.

En la justificación de estos actos pueden converger argumentos de naturaleza utilitarista y argumentos de naturaleza idealista. Dar preferencia a la admisión de la discriminación inversa puede ser útil a la sociedad en mayor medida que la afectación que pudiera sentir el resto de conglomerado social. Esta mayor utilidad social puede darse porque en determinadas circunstancias se hace necesario crear condiciones que equilibren el trato de la ley entre los desiguales.

Se justifica la discriminación inversa anteponiendo un interés general, argumentado sobre el combate a la discriminación, frente a intereses particulares que en un principio resultaban discriminatorios y ahora se vuelven discriminados. Lo delicado del asunto está en que con ello se vulnera, en principio, el igual tratamiento para cada uno.

Un argumento idealista para justificar a la discriminación inversa puede ser que preferir a las minorías conduce a elevar el bienestar promedio de la sociedad para conseguir una comunidad más equitativa y justa; argumento que sigue ponderando al interés social frente al interés personal, y que igualmente vulnera el principio igualitario.

Evidentemente, estamos ante una gran dificultad de solución de casos, que en principio parecieran ser de obvia conclusión, en virtud de que para todos es claro que la discriminación es en sí misma injusta. Esto es así cuando se contraponen intereses particulares frente a intereses generales, y se contraponen dos tipos de derechos diferentes: el derecho a *igual tratamiento*, que es el derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos o cargas, frente al *derecho a ser tratado como igual*, que es el derecho a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera. Ello en consideración de que el derecho a ser tratado como igual es fundamental, y el derecho a igual tratamiento es derivado.

La polémica de la resolución del caso Kalanke se ha dado en un contexto en que se han identificado las dificultades que enfrentan las mujeres para acceder al empleo, la forma como se manifiestan esas dificultades y la manera como los tribunales las resuelven. La segregación de las mujeres con respecto a ocupaciones y profesiones consideradas tradicionalmente masculinas y las desigualdades en las relaciones laborales –la brecha salarial y el acoso sexual, por ejemplo- son temas críticos. Se ha considerado que la respuesta de los jueces latinoamericanos a las demandas surgidas en relación con la segregación ha sido positiva, mientras que la que han dado ante la brecha salarial es ambigua. Se dice también que estos mismos jueces han vacilado al considerar las discriminaciones de género implícitas en la segregación horizontal y vertical en el empleo remunerado.¹²

No cabe duda que el tema no pondrá de acuerdo a la comunidad en general y jurídica en particular, por lo que en su valoración me parece que es necesario atender de manera primordial las razones lógicas y materiales que converjan en la justificación de decisiones de naturaleza discriminatoria en la vía inversa.

¹² Cfr. **MOTTA**, Cristina y **SÁEZ**, Macarena. *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*. Siglo del Hombre Editores, Washington College of Law y Center for Reproductive Rights, Colombia, 2008, T. I, pp. 23 y 24 y 131 y ss

Vale mucho tener en cuenta la opinión del maestro Atienza, cuando señala en su análisis del caso Kalanke¹³, los principios que regulan una medida de discriminación inversa:

1.- La utilización de una medida de discriminación inversa sólo 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.

c) No existe ninguna otra medida alternativa para alcanzar ese objetivo y que afecte en menor grado a derechos fundamentales de los individuos

2.- Quien pretende justificar (utilizar) una medida de discriminación inversa corre con la carga de la argumentación.

La aplicación de medidas de discriminación inversa, entre los tipos de acciones positivas para contrarrestar la discriminación directa o indirecta, implica una gran responsabilidad para los aparatos de Estado, pues en tanto se trata de medidas restrictivas de derechos para el resto de la sociedad, su ejercicio y autorización tiene que ser cuidadoso, medido, temporal y necesario.

En un símil quizás burdo, es una “vacuna” contra la discriminación, pues se aplican medidas discriminatorias para balancear situaciones precedentes propiciadas precisamente por la discriminación.

¹³ Cfr. **ATIENZA, Manuel**. *Un comentario al Caso Kalanke*. Op. Cit. pp.119 y ss

Esto es exactamente lo que ocurrió con la decisión emitida por el Tribunal de Luxemburgo en el caso Kalanke, pues hizo un pronunciamiento en que cuidó que la medida de discriminación inversa fuera aplicada de manera necesaria y objetiva.

Si bien la forma en que argumentó la desaprobación de las normas de la ciudad de Bremen no parece haber sido exhaustiva y completa, sí concluyó que una medida de discriminación inversa como la que se prevé en tal normativa no podía ser aprobada por el criterio comunitario europeo, pues establecer un sistema de cuotas a favor de la mujer para acceder al trabajo, sin tener en cuenta mayores factores que lograr una representación del 50% en un mismo nivel y categoría laboral que los hombres, no parece ser una medida en sí misma remediadora de la discriminación hacia la mujer, porque existen otros elementos a tener en cuenta que la norma de Bremen ignora.

La norma de Bremen no hace distinción y señala que ante la misma capacidad para ejercer un puesto, se debe preferir a las mujeres, si están representadas en un porcentaje menor a la mitad en la categoría, pero deja de tener en cuenta si esa subrepresentación se da porque no es de interés de las mujeres en general ejercer tal puesto o por alguna otra circunstancia material no relacionada con cuestiones de discriminación. Una medida sin tales reflexiones y sin límites temporales y materiales, sí resulta vulneratoria del resto de la comunidad, pues el acto de discriminación que se hace ahora al hombre no remedia en nada la situación generalizada de discriminación hacia la mujer en otros campos.

El Tribunal parece no haber sido explícito en estas explicaciones, pero al declarar la incompatibilidad de la medida del Estado de Bremen con las directivas comunitarias, acotó una toma de decisión de discriminación inversa, que fue más allá del objetivo planteado, traspasando la delicada barrera hacia la discriminación directa.

No obstante, de esta sentencia se ha inferido que lo que ha de igualar entre hombres y mujeres son las oportunidades, no los resultados, ya que de empatar estos últimos no habría lugar para la libertad individual. Una oportunidad es siempre algo más que una mera posibilidad, pero menos que una garantía. La oportunidad debe permitir la opción de escoger entre posibilidades, así como la asunción de un cierto grado de responsabilidad en la elección.

5. CONCLUSIONES

- El concepto de igualdad ha transitado por las distintas posiciones históricas, por lo que se ha proporcionado diferentes respuestas entre los dos extremos sobre qué desigualdades son razonables, tolerables, incluso necesarias y bajo qué circunstancias. La concepción dominante de la igualdad cumple una función de libertad, de prohibición de arbitrariedad, que es la forma más extrema de injusticia. Se trata de una función democrática que impide la marginación de minorías aisladas y sin voz, con una función social que posibilite igualdad de oportunidades desde las primeras bases.
- La doctrina de la clasificación razonable intenta resolver la contradicción aparente entre el principio de igualdad y la potestad legislativa de clasificar a los individuos según su situación. Cuando el criterio diferenciador del trato es el sexo, la raza, el credo u otros, que la dignidad humana impide sean tenidos en cuenta como factores de división social, la doctrina de la clasificación razonable se transforma en la doctrina de la clasificación sospechosa o de prohibición de discriminación.
- El concepto de discriminación concluye que es una situación de bloqueo sistemático en el igual disfrute y garantía de los derechos de

ciudadanía a la que se somete un colectivo. La práctica discriminatoria se caracteriza por tener efectos colectivos, aunque pueda manifestarse de manera individualizada, pues tiene lugar en tanto que la persona objeto de discriminación es miembro de un grupo que reúne ciertas características.

- Existe un tipo de discriminación directa y otra indirecta. La primera implica la existencia de una causa visible de discriminación y se explica como toda forma de tratamiento con resultado perjudicial, que tiene como condicionante abierto o manifiesto la causa de discriminación que se intenta erradicar por la normativa de tutela antidiscriminatoria. La discriminación indirecta consiste en un comportamiento aparentemente neutro, pero con resultado perjudicial para un grupo caracterizado por determinadas causas de discriminación que las normas pretenden eliminar.
- Entre las medidas para contrarrestar los actos discriminatorios, se han diseñado las acciones afirmativas, que a diferencia de la discriminación negativa (o simplemente discriminación), pretende establecer políticas que dan a un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, un trato preferencial en el acceso o distribución de ciertos recursos o servicios, así como acceso a determinados bienes
- La discriminación inversa es una variante de la acción positiva, al parecer más efectiva, y que puede adoptar la forma de **Sistema de Cuotas** y de *Tratos Preferentes*. El **Sistema de Cuotas** es la reserva rígida de un número o porcentaje mínimo garantizado de plazas, mientras que los **Tratos Preferentes** se atribuyen, por ejemplo, con puntos o calificaciones especiales a los grupos a los que se quiere favorecer.

- La aplicación de medidas de discriminación inversa, entre los tipos de acciones positivas para contrarrestar la discriminación directa o indirecta, implica una gran responsabilidad para los aparatos de Estado, pues en tanto se trata de medidas restrictivas de derechos para el resto de la sociedad, su ejercicio y autorización tiene que ser cuidadoso, medido, temporal y necesario.

BIBLIOGRAFÍA

- **ATIENZA, Manuel.** *Un comentario al Caso Kalanke*. Doxa 19, 1996, Alicante, España
- **BARRERE, Ma. Ángeles.** *Érase una vez en América o Los Orígenes de la Acción Positiva*. Biblioteca Temática Digital, Base legal de la Acción Positiva, Instituto Vasco de la Mujer, Gobierno Vasco
- *Curso Sistemático de Derechos Humanos* ([http:// www.iepala.es](http://www.iepala.es))
- **FERRAJOLI, Luigi.** *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. De Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999
- **MOTTA, Cristina y SÁEZ, Macarena.** *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*. Siglo del Hombre Editores, Washington College of Law y Center for Reproductive Rights, Colombia, 2008, T. I
- **REY MARTÍNEZ, Fernando.** *La discriminación positiva de mujeres. (Comentario a propósito de la Sentencia del*
- *Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16. Núm. 47, Mayo-Agosto 1996
- **SANTIAGO Y JUÁREZ, Mario.** *¿Acciones afirmativas o discriminación inversa?*, Opinión y Debate, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal
- Sentencia del Tribunal de Justicia del 17 de octubre de 1995. Caso “Kalanke”. Plan de Formación Territorial 2007, Seminario de Argumentación y Razonamiento Jurídico, Universidad de Alicante, España.