

LA DISCRIMINACION POSITIVA DE MUJERES (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)

FERNANDO REY MARTINEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EXPOSICIÓN DE LA SENTENCIA: A) *Antecedentes*. B) *Conclusiones del Abogado General*. C) *Razonamiento jurídico y fallo del Tribunal*.—III. COMENTARIO: A) *Las acciones positivas*. B) *Las discriminaciones positivas o inversas*: a) *Concepto*. b) *¿Son las cuotas de mujeres legítimas desde el punto de vista jurídico?* c) *El debate de las cuotas en el plano de la oportunidad política*.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

1. En el Prefacio a la última edición alemana (1990) de su *Historia y crítica de la opinión pública*, J. Habermas llama la atención sobre la peculiaridad de la exclusión de las mujeres del ámbito de lo «público» en el Estado liberal burgués de Derecho respecto de la que sufrieron los trabajadores y campesinos, esto es, los varones no autosuficientes. Dicha peculiaridad, que explica por qué el desarrollo del principio democrático a partir de las Revoluciones liberales no pudo, sin embargo, extenderse a las mujeres, consiste en que, 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 pequeña familia. Ya I. Kant había distinguido en *Los principios metafísicos de la doctrina del Derecho* (1797), dentro de los ciudadanos *pasivos* (*Staatsgenosen*), a los no-propietarios, que carecerían de la cualidad *social* para ser ciudadanos activos, es decir, para ser autosuficientes y poder desarrollar alguna función en el Estado, de las mujeres y los niños, que estarían desprovistos de la cualidad *natural* para serlo (1). De modo que, a

(1) También Hegel insiste en esta exclusión «natural» de la mujer del ámbito de lo público. La determinación natural de ambos sexos revestiría significación intelectual y ética por su racio-

pesar de la irrupción de algunas *intrusas* célebres, que no vendría sino a corroborar la regla general, la escisión entre espacio público, reservado a los varones, y espacio privado, atribuido a las mujeres, se consolida durante todo el siglo pasado y comienzos de éste (también como consecuencia del triunfo del liberalismo y su distinción escrupulosa del Estado y la Sociedad, de la vida pública y la vida privada) (2).

2. Esta homogénea tradición cultural de patriarcado, o poder de distribución de los espacios que se autoatribuye el varón, y que confina a las mujeres en el ámbito físico y simbólico de lo privado (3), quiebra significativamente en el ámbito occidental tan sólo a partir de los años sesenta de este siglo (4). El

nalidad. Hombre y mujer poseerían una sustancialidad ética diferente. El varón representa la universalidad y objetividad de la razón. La mujer encarna el sentimiento y tiene una naturaleza infantil, inconsecuente, caprichosa y contingente (ver *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, párrafos 165-166, Ed. Prodhufi, Madrid, 1993, pág. 581).

(2) Ciertamente, el ideario liberal e ilustrado con su cosmovisión centrada en el individuo y su dogma de la igualdad abre de modo irreversible, por un lado, la puerta del reconocimiento de la igualdad de los sexos. Recordemos, por ejemplo, el impecable razonamiento de CONDORCET en el núm. 5 del *Journal de la Société de 1789*, publicado el 3 de julio de 1790: «O bien ningún individuo de la especie humana tiene verdaderos derechos o bien todos tienen los mismos derechos; y quien vota contra el derecho de otro, sea cual fuere su religión, color o sexo, reniega en ese mismo momento de los suyos.» Pero, por otro lado, aquel mismo ideario cierra inmediatamente la puerta a la igualdad de los sexos, hasta bien entrado nuestro siglo, por la vía de identificar lo masculino con «lo público» y lo femenino con «lo privado».

(3) La reclusión ha revestido, por supuesto, diversas formas, desde la más elemental violencia hasta un cierto tipo de «paternalismo romántico» que, como afirmara la Corte Suprema norteamericana en «Frontiero vs. Richardson» (1973), actuaría «colocando a las mujeres no sólo en un pedestal, sino también en una jaula». Más literariamente había exclamado Balzac: «La mujer es una esclava a la que hay que saber poner en un trono.»

(4) Como fecha simbólica de este giro podemos, acaso, señalar el Mayo del 68 francés, por más que ni se trata, desde luego, de un fenómeno exclusivamente galo, ni siquiera provocó en Francia un efecto social demasiado significativo. Pero a cambio, su impacto cultural es de una envergadura extraordinaria. Se produce una inversión teórica en la concepción dominante de la política y aparecen a la conciencia colectiva cuestiones que antes no habían sido prioritarias y que los programas políticos tradicionales (el marxismo, la socialdemocracia, el liberalismo, etc.) prácticamente ignoraban: la igualdad de la mujer, por supuesto, pero también las relaciones sexuales, la medicina, la enfermedad mental, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la drogadicción, etc. Sólo a partir de los años sesenta la mujer pasa a convertirse de mero «objeto» en auténtico «sujeto» de la historia. Entre nosotros, la transformación jurídica fundamental en este, como en tantos otros temas, debemos referirla a la Constitución de 1978. La conquista del derecho de sufragio femenino durante la primera mitad del siglo sólo puede considerarse un antecedente, pero no el inicio del cambio. El examen histórico así lo confirma. En España, es la Constitución republicana de 1931 la que extiende, por primera vez, el derecho de sufragio a las mujeres (art. 36: Los ciudadanos de uno u otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos

cambio es tan profundo que podría decirse de él lo mismo que, según la leyenda, le dijera el duque de Liancourt a Luis XVI tras despertarle la noche del 14 al 15 de julio de 1789 para comunicarle la toma por el pueblo de la Bastilla y los Inválidos. A la pregunta del rey, «¿pero es una sublevación?», el duque le contestó: «No señor, es una revolución.»

3. Fijándose, ante todo, en el pionero Derecho antidiscriminatorio de los Estados Unidos (5), el Derecho comunitario ha venido actuando en Europa como modelo e impulsor de esta *revolución* que supone el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Y ello tanto por lo que se refiere al principio de igualdad de trato (6), como por lo que dice al principio de

derechos electorales según las leyes). Pero como relata un testigo de excepción, A. ROYO VILLANOVA (*La Constitución de 9 de diciembre de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Imprenta Castellana, Valladolid, 1934, pág. 102), el sufragio femenino fue una de las reformas más discutidas, que al final fue aprobada con tan sólo cuatro votos de diferencia. Precisamente, Royo votó a favor: «¿No han acreditado muchas veces las mujeres que son superiores a los hombres?». Otro testigo eminente, L. JIMÉNEZ DE ASÚA (*Proceso histórico de la Constitución de la República Española*, Madrid, 1932, págs. 258 y sigs.), también era partidario de conceder el voto a las mujeres («poner siquiera a debate esto me parece injurioso»), pero aplazándolo un tiempo (pues «mientras nuestras mujeres no estén preparadas y no sean independientes, su voto será un arma de regresión más que de avance»). A pesar de este temor, Jiménez de Asúa también votó a favor de la reforma. En ese período, pues, numerosos sectores de opinión coincidían en la sospecha hacia el voto femenino: desde la que pronosticaba que supondría la duplicación del voto «a los maridos, padres y hermanos» [y, además, si no fuera así, «se rompería la armonía que debe reinar en el hogar doméstico» (Santamaría de Paredes), e incluso la venta del voto (sobre todo, el de las mujeres «con costumbres licenciosas: artistas, camareras, etc.») (Edmundo González), hasta la que preconizaba que la «cultura femenina» debía permanecer en el hogar doméstico al margen de la política. Esta última opinión admitía formulaciones más groseramente sexistas, con cita expresa de Proudhon («el día en que el legislador conceda a las mujeres el derecho electoral, será el día de mi divorcio»), y otras más sutiles, como la de CARLOS RUIZ DEL CASTILLO (*Manual de Derecho político*, Ed. Reus, Madrid, 1939, págs. 532 y sigs.), para quien no es cierta la opinión de J. S. Mill, según la cual el sufragio femenino duplicaría el capital intelectual de la humanidad, pues «éste no se beneficia con aportaciones cuantitativas..., sino cualitativas: la producción de un tipo de cultura femenina, diferenciada y exquisita. El feminismo que se ha impuesto es un masculinismo extendido a la mujer».

(5) La explicación de este origen norteamericano de la prohibición de discriminación se debe, sobre todo, a que allí la igualdad se va a exigir pronto no por los partidos políticos obreros en el período de crisis del Estado liberal, como ocurre en Europa, sino fundamentalmente por el movimiento abolicionista de la esclavitud. Aunque la apelación a la igualdad es tan antigua como la Declaración de Independencia (1776), no es hasta la introducción de la XIV Enmienda, en 1868, cuando comienza a operar como límite jurídico frente al legislador.

(6) El artículo 119 del Tratado Constitutivo de la CEE establece el principio de igualdad de retribución de los trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo. La Directiva 75/117 amplió el derecho de igual retribución «por el mismo trabajo» a los trabajos de «igual

igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (7). Como sostuviera el propio Tribunal de Justicia en la Sentencia Defrenne III, de 15 de junio de 1978 (8), la eliminación de toda discriminación por razón de sexo es un auténtico *derecho fundamental* garantizado por el Derecho comunitario.

4. En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad dicta la polémica sentencia Kalanke, de 17 de octubre de 1995, que, además de declarar contraria a Derecho comunitario toda regulación por cuotas o preferencias reservadas a mujeres, imprime un giro radical en la comprensión del principio de igualdad de

valor». Actualmente, hay seis Directivas relativas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres: 75/117 (igualdad de remuneraciones), 76/207 (igualdad de trato en el acceso al empleo, la formación, la promoción profesional y las condiciones de trabajo), 79/7 (aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social), 86/378 (igualdad de trato en los regímenes profesionales de la Seguridad Social, que ha sido modificada por la Directiva de 17 de mayo de 1995 con el objetivo de adaptarla a la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia en el Asunto Barber, según la cual las prestaciones de Seguridad Social complementaria, esto es, todo lo relativo al acceso, cotizaciones y prestaciones de un Plan de pensiones de empresa complementario al régimen público de la Seguridad Social, entran dentro del concepto de «retribución» del artículo 119 del Tratado de Roma y de la Directiva 75/117; por cierto que la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 está en contradicción flagrante con esta jurisprudencia), 86/613 (aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad independiente, incluida la actividad agrícola y sobre protección de maternidad en estos sectores) y 92/85 (aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora que haya dado a luz o en período de lactancia). Otras Directivas están propuestas (como, por ejemplo, la que se refiere a la inversión de la carga de la prueba, la de excedencias parentales y por razones familiares y profesionales, o la de condiciones de trabajo a tiempo parcial). Sin olvidar la importante Recomendación 92/131 sobre protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo y Código de Conducta para combatir el acoso sexual en el trabajo.

(7) En el artículo 2.4 de la Directiva 76/207, en el artículo 16 del Protocolo 14 sobre Política Social Comunitaria y en diversos instrumentos no vinculantes, como la Recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984, que aconseja la promoción de acciones positivas en favor de la mujer, o los cuatro Programas de igualdad de oportunidades que se han sucedido hasta la fecha (el vigente, que por primera vez adopta la forma de decisión, es decir, de acto vinculante, llega hasta el año 2000).

(8) Esta Sentencia es el *leading-case* en la jurisprudencia comunitaria. Culmina un caso célebre, resuelto en tres Sentencias. G. Defrenne era azafata de la compañía aérea belga Sabena y fue despedida cuando cumplió cuarenta años, en cumplimiento del convenio de empleo del personal de navegación de Sabena. Contra este despido interpuso dos recursos, uno de indemnización en vía laboral por ruptura injustificada del contrato de trabajo (Defrenne I) y otro contra el Decreto que regulaba las reglas del derecho a pensión del personal de vuelo de la aviación civil que excluía expresamente a las azafatas de los beneficios previstos para todo el personal de vuelo (Defrenne II). Finalmente, la recurrente ataca la propia cláusula de despido a los cuarenta años como discriminatoria por razón de sexo (Defrenne III).

oportunidades o de acción positiva en favor de la equiparación efectiva de las mujeres con los hombres. El Tribunal emite, con esta sentencia, un serio aviso a navegantes sobre los límites de las políticas activas de igualdad sexual.

II. EXPOSICION DE LA SENTENCIA

Se impone, pues, en primer lugar, analizar en profundidad la doctrina que vierte la sentencia. Se trata de una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Ordenaremos la exposición de la Sentencia en tres apartados: A) los antecedentes; B) las conclusiones del Abogado General G. Tesauero, y C) el razonamiento jurídico y fallo del Tribunal.

A) *Antecedentes*

1. En la última fase de un procedimiento de selección destinado a cubrir un puesto de jefe de Sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen debía optarse entre dos candidatos clasificados en el mismo grado retributivo, un varón (Eckhard Kalanke) y una mujer (Heike Glissmann). El órgano administrativo de selección, mediante decisión vinculante, consideró que los dos candidatos poseían la misma capacitación. Este dato (idéntica capacitación) se seguiría considerando como hecho probado por todos los órganos judiciales alemanes que conocieron posteriormente del asunto.

2. El artículo 4 de la Ley del *Land* de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública, aplicable al caso, disponía que, en el supuesto de igual capacitación de los candidatos de distinto sexo que concurrieran a una promoción, se concedería automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores de subrepresentación femenina (entendiendo que existe dicha subrepresentación cuando las mujeres no cubran al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trate). En aplicación de esta disposición, se otorgó preferencia a la señora Glissmann.

3. El señor Kalanke acudió a la jurisdicción laboral esgrimiendo dos ar-

gumentos: que poseía una capacitación superior a la de su competidora y que el régimen de cuotas del *Land* de Bremen era contrario a la Constitución del *Land*, a la Constitución Federal y al Código Civil alemán. Su demanda fue desestimada tanto por el Tribunal de Trabajo como, en apelación, por el Tribunal de Trabajo del *Land*.

4. El señor Kalanke recurre, finalmente, en casación ante el Tribunal Federal de Trabajo, el cual plantea la cuestión prejudicial (art. 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea) al Tribunal de Justicia de la Comunidad de si una regulación como la disposición del *Land* de Bremen antes descrita (que otorga preferencia en el acceso y promoción dentro de la función pública a las candidatas femeninas sobre los masculinos bajo ciertas condiciones) se opone o no a la Directiva europea número 207 de 1976, en concreto a los apartados 1 y 4 de su artículo 2. El artículo 2.1 establece, con carácter general, el principio de igualdad de trato, que exige «la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente»; por su parte, el apartado cuarto de ese mismo precepto indica que el principio de igualdad de trato establecido en el apartado segundo no obstará a la adopción de 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.

5. El Tribunal Federal de Trabajo alemán aceptó como hechos probados tanto que los dos candidatos tenían la misma capacitación para cubrir el puesto como que existía subrepresentación de las mujeres en el Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen. Además, concluyó, como datos relevantes, estos cuatro: 1.º que en el caso no se trataba de un régimen de cuotas rígido, que reservara a las mujeres un determinado porcentaje de puestos vacantes independientemente de su capacitación, sino que se trataba de un régimen de cuotas que dependía de la aptitud o capacitación de los candidatos; 2.º que este régimen de cuotas era compatible con el Derecho constitucional alemán; 3.º tampoco era contrario a la Directiva comunitaria citada; 4.º e, incluso, que un régimen de cuotas como el controvertido en el asunto podría contribuir a superar, en el futuro, las desventajas sufridas actualmente por las mujeres y que perpetúan las desigualdades del pasado en la medida en que acostumbran a que las mujeres no desempeñen también ciertas funciones más prestigiosas. En este sentido, el Tribunal sostuvo, acompañando la afirmación con cifras que demostraban la escasa representación de las mujeres en los cuerpos superiores de los distintos servicios administrativos de la ciudad de Bremen (salvo en el sector de la enseñanza, donde se había conseguido ya la equiparación) que «la atribución

tradicional de determinadas actividades a las mujeres y la concentración del empleo femenino en los puestos inferiores de la jerarquía profesional son contrarios a los criterios de igualdad de derechos aplicables actualmente». Pese a todo, y como «persistieran dudas» (sobre la adecuación de dicho régimen de cuotas a la normativa comunitaria), el Tribunal Federal de Trabajo alemán suscita la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad.

B) Conclusiones del Abogado General

1. La Sentencia se apoyará, en gran medida, en las recomendaciones del Abogado General, G. Tesauero. Este, en su escrito de conclusiones de 6 de abril de 1995, sostuvo sin ambages que en nombre de la igualdad entre los sexos, principio reconocido en la Directiva de 1976, una reglamentación (como la alemana) en base a la cual las mujeres se beneficiasen de un derecho de preferencia por la única razón de estar subrepresentadas (en un nivel profesional determinado) es inaplicable (por su contradicción con el Derecho comunitario). A su juicio, las mujeres no merecen alcanzar una igualdad numérica si el precio que han de pagar por ello es una violación del principio de igualdad de oportunidades. El Abogado General argumentó contra el sistema de cuotas: «El trato preferencial a favor de las mujeres se justifica en una situación general de desventaja debida a las discriminaciones sufridas en el pasado y a las dificultades relacionadas con la realización de la doble jornada (se refiere al trabajo doméstico y extradoméstico)...»; pues bien, «es evidente que dichas dificultades no se resuelven ciertamente con regímenes de cuotas y otros sistemas similares desprovistos de cualquier interés para ese fin». Lo que hace falta es, en su opinión, establecer «medidas relativas a la organización del trabajo... al horario de las estructuras destinadas a los hijos y otras medidas que permitan conciliar las obligaciones familiares y profesionales».

2. El Abogado General admite que el artículo 2.4 de la Directiva 76/207 autoriza las acciones positivas, pero sólo «para aumentar el umbral inicial de la categoría desfavorecida, a fin de garantizar una situación real de igualdad de oportunidades». Por ello, «las medidas basadas en el sexo destinadas a eliminar un obstáculo, a suprimir una situación de desventaja son tan ilegales hoy en su objetivo de promover la igualdad como lo fueron ayer en su función discriminatoria».

3. El Abogado Tesauero es consciente de que su opinión es minoritaria y

discrepante, ya que «no se adecúa a las tomas de posición de numerosas instancias que se han ocupado directa o indirectamente del problema» (como el mismo Parlamento europeo o la literatura especializada). Pero él confiesa «resistirse» a «la tentación de seguir la corriente dominante, estando firmemente convencido de no tener que seguirla». Finalmente, invita al Tribunal a hacer lo mismo.

C) *Razonamiento jurídico y fallo del Tribunal*

1. El Tribunal, como es notorio, fallará que una reglamentación como la contenida en el artículo 4 de la Ley del *Land* de Bremen citada se opone al artículo 2.1 (principio de igualdad de trato) de la Directiva 76/207. La línea argumental expresada es la siguiente.

2. Su punto de partida es que «una norma nacional que establece en una promoción que las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que están subrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo». Es decir, una violación del principio de igualdad de trato del artículo 2.1 de la Directiva 76/207. El Tribunal de Justicia no explicita las razones que le llevan a sostener esta afirmación; simplemente la vierte como petición de principio.

3. Sentado lo anterior, el Tribunal examina, concluyendo negativamente, si, pese a ello, la disposición alemana puede ampararse en el apartado cuarto del artículo 2 de la Directiva 76/207, esto es, en el principio de la igualdad de oportunidades. La exégesis que realiza el Tribunal de este principio discurre por las siguientes ideas-fuerza:

a) El artículo 2.4 de la Directiva 76/207 tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social.

b) Esta disposición «autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que favoreciendo especialmente a las mujeres, estén destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y a desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres». Como señalara el Consejo, en su Recomendación 84/635, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer, «las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato que tienen por objeto conceder derechos a los individuos son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad

de hecho sí, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los Gobiernos y de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan para las mujeres en activo de actitudes, comportamientos y estructuras de la sociedad».

c) Ahora bien, el principio de igualdad de oportunidades del artículo 2.4 de la Directiva 76/207 es «una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva» (el principio de igualdad de trato del art. 2.1), por lo que «debe interpretarse restrictivamente».

d) Si esto es así, «una normativa nacional (como la alemana) que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el artículo 2.4 de la Directiva».

4. A mayor abundamiento, el Tribunal añade (trayendo a colación sin citarlo expresamente un argumento del Abogado General) que un sistema de cuotas como el establecido en la legislación alemana introduce una igualdad numérica, pero lesionando a cambio el mismo principio de igualdad de oportunidades del artículo 2.4 de la Directiva 76/207.

En definitiva, el Tribunal de Justicia sienta en la Sentencia Kalanke una doctrina muy restrictiva respecto del principio de igualdad de oportunidades, al considerarlo, sin matices, como una excepción del derecho a la igualdad de trato. Con ello, las políticas de igualdad de oportunidades o de acción positiva para la igualdad real de las mujeres encuentran un nuevo margen, más estricto, de actividad lícita. La Sentencia Kalanke marca, en trazos gruesos, un «antes» y un «después» en la comprensión del Derecho antidiscriminatorio europeo.

III. COMENTARIO

1. La Sentencia ofrece, sin embargo, no pocos flancos vulnerables a la crítica. No tanto por su conclusión final (un sistema de cuotas o preferencias reservadas a mujeres en el acceso o la promoción en el trabajo es contrario al Derecho Comunitario), cuanto, sobre todo, por su argumentación. O quizá habría que precisar, para ser más exactos, por su carencia de argumentación (9),

(9) Contrasta por ello esta Sentencia con la que, inteligentemente razonada, ha emitido el 12 de septiembre el Tribunal Constitucional italiano sobre un asunto semejante. En efecto, el Tribunal italiano ha considerado contrarias a la igualdad (art. 3.1 de la Constitución italiana) y al derecho de acceso de todos los ciudadanos «en condiciones de igualdad» a los oficios públicos y a los cargos electivos (art. 51.1 de la Constitución italiana) las diferentes regulaciones electorales que, en el ámbito estatal, regional y local, reservaban unas determinadas cuotas en las listas de candidatos electorales para las mujeres.

porque toda la Sentencia se apoya en dos peticiones de principio: 1.^a Un sistema de cuotas o preferencias reservadas a mujeres viola el principio de igualdad de trato del artículo 2.1 de la Directiva 76/207, y tampoco puede considerarse como una medida legítima de acción positiva para la realización de la igualdad de oportunidades (art. 2.4 de la Directiva 76/207), y 2.^a Estas últimas acciones positivas para la igualdad de oportunidades constituyen, a su vez, una excepción de la igualdad de trato.

2. Procede, antes de continuar, intentar proporcionar una interpretación coherente del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, válida tanto para el Derecho comunitario como para el Derecho constitucional (10). Sólo entonces estaremos en condiciones de examinar críticamente la Sentencia Kalanke. 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, que éste sólo tenga que percibir, 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. De ahí que el «concepto» (11) de la igualdad tenga, como señala N. Luhmann (12), un sentido *procesal*: distribuir desigualmente la carga de las argumentaciones de las decisiones jurídicas. El esquema «igual/desimal» no ofrece respuesta inmediata a los problemas, sino que tan sólo abre un margen para el argumentar racional. Por eso el contenido fundamental de la cláusula constitucional de igualdad es la pregunta sobre qué desigualdades son tolerables bajo qué circunstancias. La fórmula délfica «hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual» (13) no puede entenderse ni como una obligación de que todos los individuos sean tratados de la misma manera (igualdad no es identidad), ni tampoco que, por el contrario, se permita toda diferenciación (en cuyo caso se disolvería la misma idea de igualdad). Las distintas «concepciones» históricas de la igualdad han ensayado diferentes respuestas entre estos dos polos a la pregunta sobre qué desigualdades son razonables bajo qué circunstancias. En el ámbito cultural occi-

(10) Un análisis más detallado puede hallarse en mi libro *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

(11) Utilizaremos las nociones de «concepto» y de «concepción» con el sentido que las emplea R. DWORKIN: *El imperio de la justicia*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 60.

(12) Citado por J. I. MARTÍNEZ: «El principio de igualdad y la producción de diferencias en el Derecho», en VV. AA.: *El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. I, Madrid, 1991, pág. 541.

(13) Que procede de PLATÓN (*Leyes*, lib. VI, 757) y, sobre todo, de ARISTÓTELES (*Política*, lib. II, 1280a, 1282b y 1283a; *Ética a Nicómaco*, lib. V, 1130-1133).

dental contemporáneo, la «concepción» dominante de la igualdad es la propia de los Estados sociales y democráticos de Derecho y cumple, por tanto, una función de libertad (de prohibición de arbitrio, que es la forma más extrema de injusticia), una función democrática (impidiendo la marginación de minorías aisladas y sin voz) y una función social (posibilitando no sólo una igualdad de arranque en la salida, sino también una igualdad de oportunidades).

3. Uno de los análisis más clásicos sobre igualdad y discriminación sigue siendo, a mi juicio, el que han proporcionado Joseph Tussman y Jacobus Tenbroek en 1949 (14). Estos autores alumbran las doctrinas de la «clasificación razonable» (principio de igualdad) y de la «clasificación sospechosa» (principio de prohibición de discriminación). La primera de ellas, 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 (siendo la desigualdad la verdadera idea de la clasificación).

De modo que, con carácter general, la cláusula constitucional de igualdad en relación con el problema de la potestad legislativa de establecer diferencias jurídicas de trato se reduce al requerimiento de «razonabilidad». Ahora bien, cuando el «rasgo» o criterio diferenciador del trato es el sexo, la raza, el credo u otros que la dignidad humana impide que sean tenidos en cuenta como factores de división social, la doctrina de la clasificación razonable (el principio de igualdad en el contenido de la norma diríamos en nuestro Derecho) se transforma en la doctrina de la «clasificación sospechosa» (principio de prohibición de discriminación) (15). Los rasgos o criterios citados (y otros, por supuesto) no pueden nunca constituir las bases de una clasificación constitucional válida, incluso aunque dicha clasificación fuera «razonable», esto es, estuviera razonablemente referida a un legítimo fin público. Pero como suponer que toda clasificación sobre estas características debiera ser nula (doctrina de las «clasificaciones prohibidas») es demasiado radical, es mejor 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 y, en consecuencia, los tribunales deben examinarlas

(14) «The Equal Protection of the Laws», *California Law Review*, vol. XXXVII, núm. 3, sept. 1949, págs. 341 y sigs.

(15) Es imprescindible, por tanto, distinguir un sentido amplio de discriminación, como equivalente a toda infracción del principio general de igualdad, y un significado estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando concurren algunos de los criterios de diferenciación prohibidos (raza, sexo, etc.).

con un juicio más estricto (*strict scrutiny test*, o, por lo menos, el *intermediate test* —que es el estándar de exégesis judicial que, precisamente, emplea la Corte Suprema norteamericana en relación con el sexo como criterio de diferenciación jurídica de trato—).

4. En otras palabras, en presencia del sexo como rasgo o factor de la diferenciación jurídica de trato no es aplicable la doctrina de la clasificación razonable (principio de igualdad), sino la doctrina de la clasificación sospechosa (prohibición de discriminación). Pero si la prohibición de discriminación por razón de sexo no se identifica sin más con el principio de igualdad, tampoco lo hace con el principio de igualdad real o de oportunidades (art. 9.2 CE), típico del Estado social. Las medidas de acción positiva para la igualdad de las mujeres ofrecen la peculiaridad, respecto de las que se puedan adoptar para otros grupos sociales en desventaja, de que están especialmente ordenadas por el Constituyente ya que ha considerado las discriminaciones sexuales como particularmente dañinas e intolerables (en virtud del «principio de antisubyugación» —L. H. Tribe (16)—, es decir, del igual valor cívico de todos los ciudadanos). Parfraseando a Dürig, se podría decir que las acciones positivas para la igualdad de oportunidades de las mujeres operan como si «le hubieran puesto dientes» al principio del Estado social. Y esta prohibición de discriminación exige, en positivo, que se adopten las medidas necesarias para lograr la igualdad real entre los sexos. El objetivo es la paridad de los sexos, manifestada «en el intercambio potencial de papeles del hombre y de la mujer» (V. Slupik) (17).

5. Sabemos, pues, lo que la prohibición de discriminación sexual no es (ni igualdad en general, ni mera igualdad de oportunidades); y de lo dicho hasta el momento, podemos ya inferir la debilidad de uno de los argumentos principales de la Sentencia Kalanke: en contra de lo sostenido en esta Sentencia, la igualdad de oportunidades (art. 2.4 de la Directiva 76/207) no puede considerarse, ni mucho menos, una excepción al principio de igualdad de trato (art. 2.1 de la misma Directiva), sino una dimensión necesaria de éste. Y mucho más si tenemos en cuenta la peculiaridad de la igualdad sexual res-

(16) *American Constitutional Law*, Mineola, Nueva York, 2.ª ed., 1988, págs. 1.514 y sigs. La prohibición de discriminación sexual no halla su fundamento en el principio de igualdad, sino en este principio de «antisubyugación», que lleva a rechazar toda creación o aplicación del Derecho que trate a algunos miembros de la comunidad como ciudadanos de segunda clase, como inferiores, como parte de una casta dependiente o no participante.

(17) *Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis*, Duncker und Humblot, Berlín, 1988, pág. 135.

pecto de otras (según lo afirmado hasta el momento). Cuestión distinta son las cuotas y preferencias, que sí constituyen una excepción, como veremos. Pero la Sentencia Kalanke es también discutible por no distinguir entre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (las acciones positivas) y la discriminación inversa (cuotas y preferencias reservadas a mujeres). Podrá discutirse como cuestión *pia et probabilis* si la prohibición de discriminación sexual alude o no a las discriminaciones positivas, pero que la igualdad de oportunidades de las mujeres es una exigencia de aquella prohibición parece una *sententia certa*.

6. Ahora bien, ¿en qué consiste la prohibición de discriminación o derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo? A mi juicio, su contenido puede ser descompuesto en una doble faz, subjetiva y objetiva (18):

A) *Dimensión subjetiva*, de la que se deducirían dos *reglas* (19) o derechos subjetivos fundamentales (exigibles, por tanto, judicialmente):

1.^a La *prohibición de discriminaciones directas*, esto es, de toda norma o acto jurídico público (y, con ciertos matices, también jurídico privado) que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo. Esta regla tiende a exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. Pero no siempre, ya que hay dos ámbitos (20) en los que, con carácter excepcional, el trato diferente por razón de sexo se permite: *a*) ciertas actividades profesionales para las cuales la apariencia física o el sexo constituyen una condición determinante, y *b*) la normativa protectora del embarazo y la maternidad (única normativa tradicional protectora del trabajo de la mujer que es acorde con el derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo). La doctrina Kalanke vendría a incluir como tercera excepción de la prohibición de discriminaciones directas a las acciones positivas para la igualdad de oportunidades de las mujeres, pero, en mi opinión, esta ubicación conceptual no me parece la adecuada. Las acciones positivas constituirían, por el contrario, la dimensión objetiva del derecho a no ser discriminado.

2.^a La *prohibición de discriminaciones indirectas*, esto es, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros de los que derivan, por la desigual situación fáctica de hombres y mujeres afectados, consecuencias desiguales

(18) Recordemos que esta interpretación me parece válida tanto para el Derecho comunitario como para nuestro Derecho constitucional (y también para los Estados de nuestro entorno).

(19) Utilizaremos las nociones de «regla» y «principio», así como la idea de «doble faz del derecho fundamental», en el sentido con que las emplea R. ALEXI: *Teoría General de los Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pág. 81.

(20) Por supuesto, un análisis más detallado de estas ideas, que no puedo realizar aquí, puede encontrarse en mi libro, ya citado, especialmente en las páginas 63-107.

perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno y otro sexo (21).

B) *Dimensión objetiva*: de la prohibición de discriminación se deduce también el *principio* o mandato de optimización de las *acciones positivas* para la igualdad de oportunidades de las mujeres en cuanto grupo social desventajado (y en tanto lo sea) frente a los hombres. ¿Por qué entiendo, discrepando con ello de la Sentencia Kalanke, que las acciones positivas no son una *excepción* de la prohibición de discriminación directa (entendida como todo trato diferente y perjudicial por razón de sexo), sino, justamente, una *exigencia* de dicha prohibición? Porque las acciones positivas, a diferencia de las discriminaciones positivas, ni constituyen un trato «perjudicial» (aunque sea diferente) a los varones (en efecto, a las «ventajas» concedidas en exclusiva a las mujeres no les corresponden simétricos «perjuicios» para los varones) (22), ni constituyen una «excepción» de la igualdad, sino, precisamente, su «expresión». Pues la experiencia histórica confirma, una y otra vez, que la identidad de trato estricta entre hombres y mujeres actúa más bien como un instrumento de conservación del *statu quo*, más que como un punto de partida para un desarrollo futuro más igualitario. Cuando un Derecho neutral se enfrenta a un estado de desequilibrio social entre los sexos y, paralelamente, se enfrenta a una posición de superior importancia del

(21) El origen de este concepto remite, una vez más, al Derecho de los Estados Unidos, a la doctrina Griggs del *disparate impact*. En el caso «Griggs vs. Duke Power Company» (1971) se planteaba si la exigencia de haber completado estudios secundarios para acceder a un empleo para el que no parecía necesario constituía o no un supuesto de discriminación. Se probó que este requisito impedía de hecho la contratación del colectivo negro, para el que el acceso a la enseñanza era más difícil. La *Civil Rights Act* de 1991 ha sancionado legalmente el concepto.

También en el Derecho comunitario y en nuestro Derecho constitucional ha tenido el concepto de discriminación indirecta un origen jurisprudencial. Entre nosotros, es la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991 la que lo recibe.

(22) Aún más. Puede incluso entenderse que una política de fomento de la igualdad del colectivo femenino no tiene exclusivamente (aunque sí, por supuesto, en primer lugar) efecto en favor de las mujeres, sino que también representa un interés social total. Es del interés común de hombres y mujeres llevar a su desarrollo máximo el ideal social de la paridad de los sexos realizado en el intercambio potencial de papeles. L. H. TRIBE («American...», *ob. cit.*, pág. 1.569), comentando la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, afirma que la prohibición de discriminación por razón de sexo, a diferencia de la discriminación racial, de «única dirección» (las minorías raciales han pretendido el estatuto privilegiado de los blancos, en tanto que no hay ningún rol dominado por los negros deseado por los blancos), es «una calle de doble dirección», ya que las mujeres han pretendido ser tratadas como los hombres, típicamente en la esfera comercial y laboral, pero también los hombres han pretendido ser tratados como las mujeres, sobre todo en la esfera de la vida familiar. El derecho antidiscriminatorio no sólo beneficia a la mujer (que se ve liberada de su rol tradicional), sino también al hombre (que también es liberado). Gráficamente lo expresa Tribe: *sauce for the gander may well be sauce for the goose* («salsa para el ganso vale también para la gansa»).

grupo de los varones en el ámbito de las élites políticas y sociales, entonces no puede desempeñar una función de igualación y se llega, por el contrario, a una toma de partido unilateral en favor de los hombres y en detrimento de las mujeres. En otras palabras, *en una situación de desigualdad real y efectiva de las mujeres, la adopción de un Derecho «neutro» no es una decisión neutral*. Leer la igualdad de oportunidades como una excepción de la igualdad de trato (o regla de prohibición de discriminaciones directas) implica entender esta última regla como «una cláusula de conservación del *statu quo*» (U. Maidowski) (23), caracterizado aún por la desigualdad fáctica de hombres y mujeres.

7. El derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo puede comprenderse, por tanto, según un *modelo de tres escalones*:

- 1.º *Prohibición de las discriminaciones directas.*
- 2.º *Prohibición de las discriminaciones indirectas.*
- 3.º *Optimización de las acciones positivas o de igualdad de oportunidades para las mujeres.*

8. Ahora bien, en este modelo, ¿qué lugar ocupan las discriminaciones inversas o positivas (esto es, las cuotas y preferencias)? Para contestar a esta cuestión crucial (ya que la Sentencia Kalanke se refiere a una discriminación inversa), es preciso, *a limine*, distinguir (lo que dicha Sentencia no hace) entre A) las acciones positivas (según lo expuesto, dimensión objetiva del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo; por tanto, no una excepción dentro de este derecho, sino una exigencia de él), y B) las discriminaciones inversas, que sí constituyen una excepción a la prohibición de discriminaciones directas, pues implican un trato diferente y *perjudicial* por razón de sexo, aunque con el fin, explícitamente invocado, de remediar una situación de desigualdad fáctica.

A) *Las acciones positivas*

Para la igualdad de las mujeres no sólo constituyen una variedad más del Estado social y su general postulado de la *égalité des chances* (que afecta a diversos grupos sociales en desventaja: niños, jóvenes, ancianos, emigrantes, consumidores, parados de larga duración, etc.), sino que, como ya hemos indicado, son *medidas especialmente exigidas por el constituyente*. A diferencia de las políticas de apoyo mencionadas en favor de los otros grupos sociales (que también encuentran cobertura en la Constitución, esta vez en el Capítulo Tercero del Título I), las acciones positivas para la igualdad de las mujeres ni

(23) *Umgekehrte Diskriminierung*, Duncker und Humblot, Berlín, 1989, págs. 38 y sigs.

deben depender de los medios financieros existentes, ni deben estar condicionadas por el debate de los partidos políticos que compiten por la mayoría en el Parlamento, ya que es el objetivo a alcanzar con ellas es claro y preciso (tanto si la mayoría es de un color político como si es de otro): la paridad de los sexos, manifestada en el intercambio potencial de papeles entre el hombre y la mujer (la «igualdad perfecta» de la que hablara J. S. Mill: que no haya privilegio ni poder para un sexo ni incapacidad alguna para el otro). La igualdad sexual (desde el punto de vista jurídico) está por encima del debate político. Debe lograrse en todo caso. Se trata de un derecho fundamental, de una decisión extraída a la mayoría. Basta una lectura superficial de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y de sus, en ocasiones, entusiastas declaraciones en favor de la igualdad de oportunidades de las mujeres, sobre todo a partir del *leading-case*, la Sentencia 128/1987, para percatarse de ello, así como para darse cuenta del contraste que supone el carácter restrictivo que atribuye a aquel principio la Sentencia Kalanke.

Ahora bien, también en el tema de las acciones positivas para la igualdad de oportunidades de las mujeres debemos introducir una distinción. Porque algunas acciones positivas se dirigen a integrar y remediar las desventajas que caracterizan la presencia (o la ausencia) femenina en el mercado de trabajo, esto es, a favorecer la carrera profesional de las mujeres en condiciones de igualdad con la de los hombres, mientras que otro tipo de acciones positivas intentan favorecer, en condiciones y tiempo de trabajo, el equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales, es decir, una organización del trabajo a la medida de la mujer. Es sobre este segundo tipo de acciones positivas donde han recaído los más significativos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en materia de acciones positivas: plus de guardería (STC 128/1987) y permiso de lactancia sólo para mujeres (STC 109/1993). Sin embargo, este tipo de medidas revisten cierta ambigüedad. En efecto, entre aquello por lo que es diferente la mujer no está el que sea la persona «naturalmente» encargada del cuidado exclusivo del hogar y de la familia. Por consiguiente, estas medidas (necesarias, desde otro punto de vista, como medio de protección de la familia —art. 39.1 CE—), son discriminatorias (a salvo de lo dicho sobre embarazo y maternidad) si se establecen en «beneficio» exclusivo de la mujer. Porque, en realidad, no se trataría de un beneficio, sino de una carga: la imposición de la «doble jornada», uno de los principales obstáculos para el acceso y la promoción en el trabajo de las mujeres. De ahí que uno de los puntos de argumentación del Abogado General en la Sentencia Kalanke, el de la práctica identificación de las acciones positivas con esta modalidad, sea también discutible por presentar una clarísima apariencia de discriminación.

B) *Las discriminaciones positivas o inversas*

Un concepto distinto de las acciones positivas son las cuotas y preferencias de mujeres, esto es, las discriminaciones positivas o inversas. Según lo expuesto, éstas sí constituyen una excepción a la regla de prohibición de discriminación directa. La sentencia Kalanke las considera contrarias al Derecho Comunitario, pero no explica por qué. Por ello la pregunta subsiste: ¿toda cuota o preferencia reservada a mujeres es ilegítima o cabe, por el contrario, considerar que bajo ciertas condiciones puede haber alguna cuota legítima? La sentencia Kalanke no distingue, en su esquemática respuesta, el plano jurídico y el político, lo que la convierte más en una «decisión política» (impropia de un Tribunal) que en una decisión jurídica (la cual, finalmente, se define por el uso del razonamiento jurídico).

Tenemos, pues, que desglosar el análisis en tres aspectos: *a)* el concepto de discriminación inversa (como algo distinto de las acciones positivas); *b)* si hay alguna variedad de cuota legítima desde el punto de vista jurídico, y *c)* el debate de las cuotas en el plano de la oportunidad política.

a) Mediante las medidas de discriminación inversa se establece una reserva de un mínimo de plazas (de trabajo, de puestos electorales, de ingreso en la Universidad, etc.), asignando un número o porcentaje o atribuyendo puntos, calificaciones especiales o preferencias para los grupos, socialmente en desventaja, a los que se quiere favorecer. Las discriminaciones inversas se producen en contextos de especial escasez, lo que determina que el beneficio de las personas del grupo favorecido (mujeres, minorías raciales, minusválidos, etc.) tenga como contrapartida ineludible el perjuicio de las otras que no pertenecen a dicho grupo (hombres, blancos, etc.). En nuestro Derecho, no existe ninguna regulación legal de cuotas femeninas (las que existen en ciertos partidos para cargos directivos y puestos en listas electorales tienen naturaleza jurídico-privada) (24). La única cuota establecida se refiere a mi-

(24) Manifestaré, de paso, mi valoración favorable hacia este tipo de cuotas que, con la mirada en el Partido Socialdemócrata alemán, se autoimpuso inicialmente el PSOE, siendo imitado, más por la vía de hecho que de derecho, por los demás partidos. El resultado de estas medidas ha sido que se ha doblado el número de mujeres parlamentarias; actualmente, por ejemplo, el 22 por 100 de los diputados son mujeres, una de las tasas más altas del planeta. La Sentencia del Tribunal Constitucional italiano sobre cuotas, a pesar de declarar las cuotas femeninas en las listas electorales contrarias a la Constitución, sostiene que las cuotas libremente adoptadas por los partidos políticos, asociaciones o grupos que participan en las elecciones «pueden ser valoradas positivamente». Recordando la Resolución número 169 de 1988 del Parlamento Europeo, que invitaba a los partidos a establecer cuotas femeninas, el Tribunal italiano afirmará literalmente que «un resultado válido se puede, por tanto, prevenir con una intensa acción cultural que lleve a los partidos y fuerzas políticas a reconocer la necesidad de perseguir la efectiva presencia paritaria de las mujeres en la vida pública y en los cargos representativos en particular».

nusválidos y el Tribunal Constitucional la ha considerado legítima en su Sentencia 264/1994, de 3 de octubre (25).

b) Desde un punto de vista estrictamente *jurídico*, una regulación por cuotas o preferencias reservadas a mujeres sistemáticamente sólo puede tener existencia, se admita o no su legitimidad jurídica, como *excepción* a la regla de prohibición de discriminación directa. Las discriminaciones positivas o inversas implican un trato diferente o perjudicial por razón de sexo. En consecuencia, han de ser siempre interpretadas restrictivamente, con sometimiento al principio de *proporcionalidad*, que en este ámbito implica el respeto, como mínimo, de los siguientes requisitos:

1.º *Necesidad*: sólo podrá acudir a la regulación por cuotas cuando no fuera posible lograr el mismo objetivo de equiparación en un sector social de-

(25) Los hechos que dan origen a la Sentencia son los siguientes: se convocan plazas de administradores generales de la Comunidad de Canarias, reservando seis plazas a las personas afectas por un 33 por 100 de minusvalía física, psíquica o sensorial, siempre que superasen las pruebas selectivas en igualdad de condiciones con los demás aspirantes. La recurrente en amparo obtuvo 6,34 puntos en el concurso-oposición, y llegó a tomar posesión de su plaza. Pero un minusválido sensorial (afectado de sordera en más del 33 por 100 exigido), que había obtenido 6,07 puntos, recurre ante el órgano administrativo correspondiente, exigiendo una de las seis plazas reservadas. La Administración estima su pretensión y deja sin la plaza a la recurrente. Los órganos judiciales ordinarios (tanto el Tribunal Superior de Justicia de Canarias como el Tribunal Supremo) confirman esta decisión. La demanda de amparo ante el TC alegaba discriminación y violación del principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública. La Sentencia, de la que es ponente M. Rodríguez-Piñero, desestima el amparo. Respecto de la discriminación invocada, el Tribunal afirma que, pudiendo incluirse las minusvalías dentro de las causas no típicas del artículo 14 CE, la cuota establecida en una oferta de empleo público para un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo no sólo no vulnera el artículo 14 CE, sino que es legítima y constituye un cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2 CE en relación con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE), y con la «política de integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos» que ordena el artículo 49 CE. La cuota establecida sería «una medida equiparadora de situaciones sociales de desventaja», una medida que posibilita «la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas».

Tampoco estima la Sentencia la violación del principio de mérito y capacidad (art. 23.2 CE), ya que la minusvalía sensorial no se ha valorado como mérito del sujeto. Simplemente, se ha intentado «promocionar la inserción profesional de personas con dificultades de acceso en el empleo a través de un mecanismo que no restringe el derecho de los que opositan por el turno libre, ni exceptúa a los sujetos favorecidos por la cuota, que también están obligados a demostrar su aptitud e idoneidad para el desempeño de las funciones administrativas correspondientes». Para poder acceder a una de las seis plazas reservadas, «los afectados por la minusvalía tuvieron que superar el concurso-oposición, y sobre esa base común, el acceso a las plazas tuvo lugar mediante riguroso orden de puntuación» (se entiende que una vez estimada la reserva de plaza).

terminado y en un tiempo razonable a través de las medidas menos extremas de acción positiva.

2.º *Objetividad*: habría de acreditarse objetiva y fehacientemente (a través de estadísticas comparativas) la desigualdad de hecho arraigada y profunda (esto es, la subrepresentación femenina) en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate.

3.º *Transitoriedad*: la cuota tiene, por naturaleza, carácter transitorio. Su establecimiento y duración debería limitarse estrictamente al período de tiempo necesario para lograr la igualación de las condiciones de vida entre hombres y mujeres en el sector social donde el colectivo femenino estuviera subrepresentado. En todo caso, la cuota o preferencia no podría actuar como una exclusión absoluta y permanente del sector de población excluido.

4.º *Legalidad*: por afectar a una materia tan sensible para el Estado de Derecho como son los derechos fundamentales, las discriminaciones inversas en el Derecho público sólo podrían establecerse mediante ley; únicamente las garantías que ofrece el procedimiento legislativo, la pluralidad y la publicidad, podrían legitimar, desde el punto de vista procesal, la adopción de medidas de discriminación inversa o positiva.

Por supuesto, un eventual establecimiento de un sistema de cuotas en el acceso o la promoción dentro de la función pública, debería respetar siempre escrupulosamente los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE).

La regulación de la discriminación positiva de la Ley del *Land* de Bremen era respetuosa con todos estos requisitos, salvo, en mi opinión, por lo que se refiere a la exigencia de conseguir exactamente la mitad de hombres y mujeres en todos los niveles de servicio administrativo, que suponía, en la práctica, la exclusión absoluta y automática, durante un período de tiempo sin duda excesivo, de los varones en el acceso y promoción dentro de la función pública.

Pero incluso aunque la regulación de la discriminación positiva respetara todos los requisitos aludidos, un argumento, creo (26), impide aceptar su legitimidad jurídica: la regla de la *absoluta igualdad entre los sexos en el ejercicio de los derechos fundamentales* sólo puede entenderse como una *regla de irrelevancia jurídica del factor sexual* (27). Es decir, como identidad de trato. El

(26) En el libro sobre «El derecho fundamental...» (*ob. cit.*), me pronuncio sobre la posible inconveniencia política, pero presumible legitimidad jurídico-constitucional de la discriminación positiva, aunque dentro de las importantes limitaciones descritas; actualmente, entiendo, aunque, desde luego, abierto a opiniones mejor fundadas en contra (pues la cuestión es discutible), que las discriminaciones positivas son, según su ser, contrarias al Derecho Constitucional.

(27) Así lo entiende la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano núm. 422, de 12 de septiembre de 1995. Por otra parte, y como habían advertido algunos autores (por todos, ver GIU-

lenguaje de grupos (aunque se trate de grupos sociales en desventaja) es un cuerpo extraño en el ejercicio de los derechos fundamentales a los que puede afectar la discriminación positiva. Es siempre la persona individualmente considerada y no el grupo social el titular del derecho fundamental y no se puede condicionar el otorgamiento de ventajas o de perjuicios en el efectivo ejercicio del derecho a su pertenencia o exclusión de un grupo (salvo que explícitamente así lo establezca el constituyente). Nuestro artículo 23.2 CE se refiere, literal y explícitamente, al derecho de *los ciudadanos* a acceder a las funciones y cargos públicos *en condiciones de igualdad* y el artículo 35.1 CE impide la discriminación por razón de sexo (se entiende que tanto en un sentido favorable como perjudicial para cada uno de los dos sexos, es decir, propugna la irrelevancia jurídica del sexo) respecto del derecho al trabajo de todos los *españoles*.

La Sentencia de 12 de septiembre de 1995 del Tribunal Constitucional italiano ilumina perfectamente, en mi opinión, la relación entre acciones positivas (legítimas) y discriminaciones positivas (ilegítimas). Las primeras deben adoptarse, por exigencia constitucional del principio de igualdad sustancial, «para eliminar situaciones de inferioridad social o económica o, más en general, para compensar y remover las desigualdades materiales entre los individuos», esto es, como *presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales*. Pero hay una frontera más allá de la cual las acciones positivas se transforman en discriminaciones positivas ilegítimas: cuando dejan de ser «presupuestos del pleno ejercicio de los derechos» y pasan a incidir directamente sobre el *contenido* mismo de estos derechos, contenido que se garantiza rigurosamente en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto tales.

Como expresó, aunque de una manera especialmente confusa la Sentencia Kalanke (en su párrafo 23), haciendo suya una conclusión del Abogado General, no es correcta la identificación de las cuotas con la igualdad de oportunidades. Lo que se ha de igualar entre hombres y mujeres son *las oportunidades* no *los resultados*, ya que de igualar estos últimos (a través de las medidas de discriminación inversa) 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,

DITTA BRUNELLI: «L'alterazione del concetto di rappresentanza politica: leggi elettorali e «quote riservate alla donne», en *Diritto e società*, 1994, págs. 545 y sigs.), las cuotas femeninas en las listas electorales modificaban el concepto de representación política típica de un sistema de democracia pluralista, que exige un concepto «igualitario» del concepto de *ciudadanía* como elemento unificante de las diversidades existentes en el seno del cuerpo social. De modo que un concepto tal se opone a cualquier tipo de intervención legislativa que, con el objetivo de compensar y remover la desigualdad material entre los individuos, acabe por crear discriminaciones actuales como remedio frente a discriminaciones anteriores.

así como la asunción de un cierto grado de responsabilidad individual en esa elección.

c) Desde el punto de vista de los argumentos *políticos*, también hay razones que inducen a pensar en la inoportunidad de establecer una regulación de cuotas o preferencias reservadas a mujeres. Entre otras, las siguientes:

1.^a Como medida sobre la que existe un importante desacuerdo social, cualquier discriminación positiva se ubicaría inmediatamente en el centro de la polémica política y provocaría, correlativamente, un conflicto jurídico de contornos difíciles de precisar que, en última instancia y con toda seguridad tendría que resolver el Tribunal Constitucional.

2.^a La idea de que no todas las mujeres son víctimas actuales de discriminación presenta cierto calado, sobre todo si se tiene en cuenta que las ventajas compensatorias que aportan las cuotas provienen de la pertenencia a un grupo y no en función de la historia individual de las personas que pertenecen a ese grupo (28). Las objeciones de que, en todo caso, la cuota tendría que respetar los principios de mérito y capacidad y referirse a supuestos muy arraigados de subrepresentación, así como que si a las mujeres la discriminación las afecta por su pertenencia al colectivo femenino no habría razón alguna para impedir que la reparación de tal discriminación pudiera ser hecha también desde una óptica de grupos, convencen más en el caso de las acciones positivas que en el de las discriminaciones inversas.

3.^a Las cuotas son ineficaces, porque se trataría de medios inadecuados para lograr el fin de la igualdad entre los sexos, y son contraproducentes, porque, precisamente, sus resultados son los contrarios al fin que pretenden. Las discriminaciones inversas vendrían a reforzar la ideología de la desigualdad y a reintroducir problemas de paternalismo. Conllevarían el contrasentido de tomar en consideración como factor de diferenciación de trato un criterio, el sexo, cuyas diferencias son precisamente las que quieren excluirse. Esto se manifestaría en varios aspectos: podrían aumentar el sentimiento de inferioridad en la confrontación con el grupo dominante, logrando el resultado típico de toda política paternalista y asistencial, es decir, la definitiva marginación de los supuestamente beneficiados; no siempre se corresponderían con los deseos de los sujetos socialmente desfavorecidos; provocarían el sentimiento de resentimiento en el excluido y afectado negativamente, lo que, unido al hecho de que son expresión de una «sociedad escindida», hace aumentar su

(28) Algún autor (M. AINIS: «Azioni positive e principio d'eguaglianza», en *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 1, 1992, pág. 590), irónicamente, ha escrito: «¿Qué criterio redistributivo podría justificar la atribución de un puesto de trabajo a una mujer culta y rica a expensas de un pobre que, además, ha tenido el infortunio de nacer hombre?»

eficacia desintegradora o divisiva de la sociedad; podrían ocasionar un efecto *boomerang* sobre los miembros del grupo a proteger, etc. Que haya «mujeres de cuota» no parece ser el ideal de la igualdad entre los sexos.

4.^a Otro argumento tradicional típico contra las cuotas es su *unfairness* al causar una discriminación punitiva respecto de «inocentes víctimas» masculinas, que se ven perjudicados por un motivo, el sexo, del que no son responsables, ni pueden modificar a voluntad (por lo común).

5.^a Existiría el peligro de que se produjera una ola expansiva de cuotas en favor de grupos sociales en desventaja (minusválidos, parados de larga duración, emigrantes, razas minoritarias, etc.). ¿Por qué sí las cuotas respecto de las mujeres y no de los otros grupos? Aunque la respuesta en este caso sería sencilla: porque el fomento de la igualdad real de las mujeres privilegiaría precisamente a aquel grupo que se encuentra en una situación social de minoría, pero que, a la vez, constituye la mayoría numérica de la población.

6.^a Pero la respuesta a la objeción anterior provoca un problema aún mayor. Si las mujeres son la mayoría de la población eso quiere decir que disponen de más de la mitad de los votos: nada obsta a su participación en el proceso político para que pudieran protegerse por sí mismas. Las discriminaciones positivas son discutibles desde la teoría del proceso político (29), que ha recibido una solvente formulación teórica en la obra de J. H. Ely, *Democracy and Distrust* (1980). Según este autor, la cláusula de igual protección, desde la perspectiva del proceso político, concierne principalmente a la solicitud judicial por los grupos minoritarios, incapaces por sí mismos de defenderse en la trinchera política a causa de su privación de derechos o de sufrir prejuicios o estereotipos negativos. Desde este planteamiento básico, una acción positiva en favor de *razas* minoritarias es una fácil cuestión de Derecho Constitucional:

(29) Como se sabe, esta doctrina tiene su origen en la nota de pie de página más famosa de toda la historia de la jurisprudencia norteamericana, la célebre cuarta *footnote* del *Justice Stone* en la Sentencia «*Carolene Products vs. United States*» (1938). De acuerdo con esta nota, la presunción de inconstitucionalidad de las leyes puede limitarse, a través de un control judicial más riguroso, en la hipótesis de aquellas normas que perjudican la participación en el proceso político de toma de decisiones de minorías *discrete and insular*, «aisladas y sin voz». Seis años después de formulado este criterio, se aplica en la Sentencia de la Corte Suprema «*Korematsu vs. United States*», en la que por primera vez se emplea el estándar del *strict scrutiny test* para enjuiciar una ley que restringía las libertades de un grupo racial particular (los ciudadanos americanos de origen japonés). Finalmente, la Corte Suprema apreció en la Sentencia el valor superior de la seguridad nacional en tiempo de guerra (aunque, en todo caso, es claro que la medida de confinar a los ciudadanos norteamericanos de origen japonés era irrazonable por *underinclusive* —no lo hacía con los ciudadanos norteamericanos de origen alemán o italiano— y a la vez *overinclusive* —es mucho suponer que detrás de todo oriundo japonés hay un espía o un saboteador—).

«Cuando el grupo —afirma Ely (30)— que controla el proceso de toma de decisiones políticas clasifica favoreciendo a una minoría y perjudicando a otra, las razones para ser inusualmente suspicaces y, consecuentemente, emplear un estándar riguroso de revisión judicial, están ausentes.» En otras palabras, las medidas de acción positiva, aunque clasifican en atención a la raza, no están sujetas a un *strict scrutiny*, porque los blancos, que pueden defenderse a sí mismos en la arena política, pueden también asumir desventajas y simultáneamente mejorar a los negros y a otras minorías raciales que no pueden defenderse a sí mismos en el proceso político. Y por esta misma razón, la situación contraria (una medida de acción positiva en favor de los blancos) no es posible. Pasando por alto ahora ciertos aspectos problemáticos de esta tesis en relación con la raza (como, por ejemplo, que asume, de modo no realista, que existe una monolítica mayoría blanca capaz de identificarse como tal en el proceso político), lo cierto es que, como reconoce el propio J. H. Ely, «el caso de las mujeres es complicado». A diferencia de lo que ocurre con las razas, ejemplos de prejuicio en primer grado son obviamente raros (31), pero ciertos estereotipos (típicamente, el de que la mujer es inepta para el trabajo extradoméstico y que su lugar es el hogar) han estado vigentes durante mucho tiempo entre la población masculina. Esto «podrá verse con humor, incluso percibido como protector, pero tiene un coste claro para las mujeres». Y por ello, «tendríamos que tratar las clasificaciones basadas en el sexo que provocan desventajas para las mujeres como sospechosas». Ahora bien, si el grado de estereotipo ha sido claro, no así su «insularidad» o aislamiento: el nivel de contacto entre hombres y mujeres a duras penas puede ser mayor. Nunca ha habido, a diferencia de lo ocurrido con los homosexuales, «mujeres en el armario» (*women in the closet*). Además, las mujeres disponen de la mitad de los votos de la población, por lo que tampoco carecen de voz. No son una minoría *discrete and insular*. Pero Ely observa que algo aún permanece para sostener la idea de que las mujeres han sido marginadas en el proceso político y es que, aunque podrían ser una mayoría, ellas no han actuado como tal, consintiendo regulaciones que claramente las perjudicaban. Muchas mujeres han aceptado el estereotipo que las marginaba y no han hecho nada para corregirlo. Ely encuentra explicación de este hecho en que las mujeres han sido dominadas persuasivamente por los hombres, llegando a interiorizar su papel subordi-

(30) «The constitutionality of Reverse Discrimination», *University Chicago Law Review*, núm. 41, 1974, págs. 723 y 735.

(31) Ely argumenta (*ibidem*, pág. 257, nota 94) que «la frase “algunos de mis mejores amigos son negros” puede llegar a ser “una parodia de la hipocresía blanca”, pero “el mejor amigo de la mayoría de los hombres realmente es una mujer, lo que elimina la hostilidad real que persiste entre las razas”».

nado. Sin embargo, concluye nuestro autor, en coherencia con su teoría, «dado que las mujeres están ahora en posición de defenderse por sí mismas, no tendríamos que ver en el futuro el tipo de oficial discriminación por género sexual que ha marcado nuestro pasado». Por consiguiente, «si las mujeres no se protegen a sí mismas de la discriminación sexual en el futuro, no será porque no puedan; será por otra razón que elijan». Y entonces, «muchos de nosotros condenaríamos una elección tal, pero eso no la convierte en un argumento constitucional».

7.^a Parece fuera de duda que no podría imponerse una regulación por cuotas basándose en el argumento de la «compensación» de históricas discriminaciones. Y ello porque al situar el hecho a compensar en el pasado, surgen dificultades derivadas de que la generación perjudicada y favorecida no son idénticas, de modo que la relación entre discriminación y compensación se relativiza muchísimo. Las cuotas (como también las acciones positivas) sólo pueden defenderse como arquitectura de un futuro mejor, sexualmente integrado, y no como compensación por los «pecados» de discriminaciones históricas (32).

IV. CONCLUSIONES

Enjuiciada desde parámetros de estricta técnica jurídica, la sentencia Kalanke merece una valoración negativa, especialmente por su importante déficit argumentativo. A ello hay que añadir que no distingue entre las discriminaciones positivas (como la que constituía la regulación alemana en examen) y las acciones positivas para la igualdad de oportunidades de las mujeres, lo que le lleva a considerar, de modo muy discutible, según hemos tenido ocasión de analizar en este comentario, que dichas acciones positivas son una excepción a la igualdad de trato. En efecto, ¿puede considerarse que las medidas dirigidas a eliminar la segregación de la mujer en el mercado de trabajo, a compaginar la vida profesional y la vida privada y a incrementar la participación de las mujeres en los procesos de toma de decisión, es decir, los tres objetivos para el futuro más inmediato que se ha propuesto la Unión, constituyen una excepción a la igualdad de trato? ¿No serán, por el contrario, condiciones indispensables para su manifestación?

El Tribunal de Justicia de la Comunidad no ha prestado suficiente atención a una cautela elemental que debe rodear a todo examen de esta materia, cual es la de tener especial cuidado de no lesionar la igualdad invocando, precisamente, su nombre.

(32) Así lo ha advertido K. M. SULLIVAN («Sins of Discrimination: last Term's affirmative action cases», *Harvard Law Review*, núm. 100, 1986, págs. 78 y sigs.).