

MUJERES: IGUALDAD Y LIBERTAD

Un Homenaje a Enriqueta Chicano

Coordinadora
Cruz Sánchez de Lara Sorzano

YOLANDA GORCHADO GÓMEZ	ANTONIO FRAGUAS «FORCES»
GIOCONDA BELLI	CRUZ SÁNCHEZ DE LARA SORZANO
MICHAELA NAVARRO CASTÓN	MANUEL AGUILAR BELDA
ÁNGELES BENGOCHEA GIL	JOSÉ BONO MARTÍNEZ
CELESTE CARRERA ERRO	ALBERTO GLOSAS MARTÍNEZ
MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE	ÁLVARO CUESTA MARTÍNEZ
CONCEPCIÓN COLOMER REVUELTA	MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
ANA GAMALI O CHICANO	REGINO GAMALLO AMAT
CARMEN LAVIÑA DELIDO	CARLOS GAMALLO CHICANO
ÁNGELES ÁLVAREZ ÁLVAREZ	FELIPE GONZÁLEZ MÁRQUEZ
SOLEDAD MURILLO DE LA VEGA	JUAN JOSÉ LANORDA MARTÍN
COVADONGA NAREDO CAMBLOR	MIGUEL LORENTE ACOSTA
ENCARNACIÓN OROZCO CORPAS	ANDRÉS MONTERO GÓMEZ
LEIRE PAJÍN IRAOLA	ANTONIO RODRÍGUEZ CASTAÑO
ANA M. PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA	VIRGILIO ZAPATERO GÓMEZ
ROSA MARÍA PERIS CERVERA	PEDRO ZEROLÓ
MILÚ VARGAS ESCOBAR	AMPARO RUBIALES TORREJÓN
MARIBEL MONTAÑO REQUENA	CARLOS GAMALLO AMAT
MARÍA SAINZ MARTÍN	JUAN CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA



THOMSON

CIVITAS

MUJERES: IGUALDAD Y LIBERTAD
UN HOMENAJE A ENRIQUETA CHICANO

CONSEJO EDITORIAL

RICARDO ALONSO GARCÍA
LUIS DíEZ-PICAZO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
AURELIO MENÉNDEZ
ALFREDO MONTOYA MELGAR
GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

MUJERES: IGUALDAD Y LIBERTAD

UN HOMENAJE A ENRIQUETA CHICANO

CRUZ SÁNCHEZ DE LARA SORZANO
(Coordinadora)

AUTORES Y AUTORAS:

YOLANDA CORCHADO GÓMEZ	ANTONIO FRAGUAS «FORGES»
GIOCONDA BELLI	CRUZ SÁNCHEZ DE LARA SORZANO
MICAELA NAVARRO GARZÓN	MANUEL AGUILAR BELDA
ÁNGELES BENGOCHEA GIL	JOSÉ BONO MARTÍNEZ
CELESTE CARRERA ERRO	ALBERTO CLOSAS MARTÍNEZ
MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE	ÁLVARO CUESTA MARTÍNEZ
CONCEPCIÓN COLOMER REVUELTA	MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
ANA GAMALLO CHICANO	REGINO GAMALLO AMAT
CARMEN LAVIÑA BELLIDO	CARLOS GAMALLO CHICANO
ÁNGELES ÁLVAREZ ÁLVAREZ	FELIPE GONZÁLEZ MÁRQUEZ
SOLEDAD MURILLO DE LA VEGA	JUAN JOSÉ LABORDA MARTÍN
COVADONGA NAREDO CAMBLOR	MIGUEL LORENTE ACOSTA
ENCARNACIÓN OROZCO CORPAS	ANDRÉS MONTERO GÓMEZ
LEIRE PAJÍN IRAOLA	ANTONIO RODRÍGUEZ CASTAÑO
ANA M. ^a PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA	VIRGILIO ZAPATERO GÓMEZ
ROSA MARÍA PERIS CERVERA	PEDRO ZEROLO
MILÚ VARGAS ESCOBAR	AMPARO RUBIALES TORREJÓN
MARIBEL MONTAÑO REQUENA	CARLOS GAMALLO AMAT
MARÍA SAINZ MARTÍN	JUAN CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA

THOMSON

CIVITAS

Primera edición, 2007



El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores.

La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho a la libertad de expresión.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2007, by Cruz Sánchez de Lara Sorzano y otros

Editorial Aranzadi, S. A.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-470-2835-1

Depósito legal: NA 2585/2007

Compuesto en Printing'94

Printed in Spain. Impreso en España

por Rodona Industria Gráfica, S. L.

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

SUMARIO

AGRADECIMIENTOS	9
UN REGALO PARA QUETINA <i>por Yolanda Corchado Gómez</i>	11
MUJER Y HOMBRE <i>por Forges</i>	13
OCHO DE MARZO <i>por Gioconda Belli</i>	15
PRÓLOGO O «LA MAESTRA, SUS AMISTADES Y LA DISCÍPULA» <i>por Cruz Sánchez de Lara Sorzano</i>	17
1. Mujeres y Nueva Ruralidad <i>por Manuel Chaves González</i>	29
2. Las políticas de igualdad <i>por Micaela Navarro Garzón</i>	35
3. Mujeres e instituciones <i>por Manuel Aguilar Belda</i>	45
4. Acciones positivas y discriminaciones inversas: dos instrumentos para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres <i>por Ánge- les Bengoechea Gil</i>	63
5. Mujeres y socialismo <i>por José Bono Martínez</i>	95
6. Mujeres y música <i>por Celeste Carrera Erro</i>	103
7. «Palabras y plumas» de mujer entre cajas <i>por Alberto Closas Mar- tínez</i>	109
8. Conciliar, vivir <i>por María Emilia Casas Baamonde</i>	117
9. La Ley de Igualdad y las oportunidades en el nuevo gobierno local <i>por Álvaro Cuesta Martínez</i>	131
10. Salud de las mujeres, las mujeres en la salud <i>por Concha Colomer Revuelta</i>	137
11. Ser líder; mujeres y liderazgo <i>por Regino Gamallo Amat</i>	141
12. Educación en igualdad <i>por Ana Gamallo Chicano</i>	159
13. Nuevas tecnologías. Tres historias con nombre de mujer <i>por Car- los Gamallo Chicano</i>	165
14. Lenguajes sexistas <i>por Carmen Laviña Bellido</i>	169
15. La Igualdad Irreversible: la mujer debe aspirar al poder aportan- do su visión como mujer <i>por Felipe González Márquez</i>	187

16.	Mujeres y derechos sexuales y reproductivos <i>por Ángeles Álvarez Álvarez</i>	191
17.	Brindis por Quetina. Viaje por el pasado de las mujeres <i>por Juan José Laborda Martín</i>	197
18.	Las mujeres y el poder <i>por Soledad Murillo de la Vega</i>	211
19.	La existencia de lo invisible: Género y reconocimiento <i>por Miguel Lorente Acosta</i>	217
20.	La prostitución y sus consecuencias en mujeres y niñas <i>por Covadonga Naredo Cambor</i>	231
21.	La mente de las mujeres <i>por Andrés Montero Gómez</i>	241
22.	Violencia de género (El límite entre el amor y el abuso de la disponibilidad) <i>por Encarnación Orozco Corpas</i>	251
23.	Mujeres y subvenciones <i>por Antonio Ramón Rodríguez Castaño</i> ..	257
24.	Mujeres y cooperación <i>por Leire Pajín Iraola</i>	265
25.	Tras la Igualdad <i>por Virgilio Zapatero Gómez</i>	279
26.	Asociacionismo feminista <i>por Ana María Pérez del Campo Noriega</i>	289
27.	Nosotros mismos <i>por Pedro Zero</i>	305
28.	La publicidad sí discrimina <i>por Rosa María Peris Cervera</i>	309
29.	Las mujeres de mi generación <i>por Amparo Rubiales Torrejón</i>	323
30.	El derecho a la propia humanidad. Inmigración, Género y Derechos Humanos <i>por Milú Vargas Escobar</i>	329
31.	Desde la vida <i>por Carlos Gamallo Amat</i>	359
32.	Cartas a Quetina <i>por varias autoras y un autor</i>	363
33.	La convicción, la lealtad y el compromiso con las Mujeres <i>por Maribel Montaña Requena</i>	377
34.	¡Hasta pronto, amiga! <i>por Juan Carlos Rodríguez Ibarra</i>	379
35.	Poema «A mi amiga Quetina» <i>por María Sainz Martín</i>	381

4. ACCIONES POSITIVAS Y DISCRIMINACIONES INVERSAS: DOS INSTRUMENTOS PARA HACER EFECTIVA LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES

M.^a ÁNGELES BENGOCHEA GIL

Profesora de Filosofía del Derecho y Coordinadora de las Secciones de Discriminación por razón de género y opción sexual, de la Cátedra «Norberto Bobbio» de Igualdad y no Discriminación del Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. LA IGUALDAD INCLUYE NECESARIAMENTE LA DIFERENCIACIÓN.—2. ¿IGUALDAD FORMAL *VERSUS* IGUALDAD REAL?—3. ¿CÓMO SE ARTICULA LA IGUALDAD MATERIAL O REAL? 3.1. *La igualdad de oportunidades o como punto de partida.* 3.2. *La igualdad de resultados o como punto de llegada.*—4. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: UNA REALIDAD A ERRADICAR: 4.1. *Tipos de discriminaciones.*—5. LA NECESIDAD DE JUSTIFICAR LAS ACCIONES POSITIVAS Y LAS DISCRIMINACIONES INVERSAS PARA SU ARTICULACIÓN.—6. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS ACCIONES POSITIVAS Y LAS DISCRIMINACIONES INVERSAS: 6.1. *¿Tienen el mismo fundamento ambas medidas?* 6.2. *¿Es posible encontrar rasgos distintivos entre ambas medidas?*

Partimos de la consideración de que cualquier estudio sobre tratamientos diferenciados, como las denominadas *acciones positivas* y las *discriminaciones inversas*, que favorezcan a las mujeres no está falto de polémica. Asumimos esta premisa e intentaremos superar el escepticismo que existe en diferentes sectores sociales, jurídicos y políticos al hablar de ese tema, mucho más desde la reciente aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, que ha sido un logro para hacer realidad la igualdad y visibilidad de la mujer y exigir la erradicación de discriminaciones.

Teniendo claro que no son medidas plenamente aceptadas, y que existen planteamientos críticos que exigen un tratamiento indiferenciado, neutral, hacia el sexo (*sex-blind*) (1), en este breve estudio pretendemos no sólo considerar que las *acciones positivas* y las *discriminaciones inversas* son instrumentos imprescindibles para hablar de igualdad de género, sino además que, para evitar y superar estas críticas pretendemos atribuir a estas medidas la fundamentación y justificación necesarias para promover su articulación.

Lo que está claro, es que en nuestro Ordenamiento jurídico, el problema

(1) Esta Teoría está importada de Estados Unidos donde existe una visión muy negativa para articular tratamientos diferenciados por razón de sexo, al no considerarla una causa suficientemente justificada. *Véase* FREDMAN, S., «Reversing discrimination», *Law Quarterly Review*, n.º 113, 1898,

p. 577: «*the symmetrical principle assumes that the State should be neutral as between its citizens, favoring no one above any other. The proposition that a group should be favored on account of gender or race, even in a remedial sense, is therefore anathema*».

radica, tal y como ha afirmado en numerosas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional, en que discriminaciones como las de las mujeres, que tradicionalmente no han tenido acceso al trabajo, por su peor preparación en comparación con los hombres y al recaer únicamente sobre ellas la carga familiar, no se pueden eliminar desde una visión neutral (2). Es por tanto necesario intervenir para restablecer situaciones de igualdad.

Nuestro esquema de trabajo va a ir superando las dificultades inherentes que surgen al hablar de estas medidas de diferenciación en favor de las mujeres. De esta manera: primero, analizaremos qué supone hablar de igualdad y por qué ésta necesita en su concepción la diferenciación de los individuos; segundo, intentaremos superar una idea generalizada en diferentes ámbitos, pero errónea, como es el hecho de que al llevar a cabo tratamientos diferenciados, tales como *acciones positivas* o *discriminaciones inversas*, se fomenta la igualdad real o material, pero se «vulnera» la igualdad formal; tercero, analizaremos qué supone hablar de discriminación y del derecho fundamental a no ser discriminado, y constataremos que la única manera de superar la discriminación por razón de género es articulando *acciones positivas* o *medidas de discriminación inversa*; quinto, veremos qué diferencia existe entre las *acciones positivas* que se basan en el derecho de igualdad, y las *medidas de discriminación inversa* que se basan en el derecho a no ser discriminado; por último estudiaremos cuándo es viable utilizar uno u otro instrumento jurídico para que la medida esté justificada, es decir, sea proporcional, razonable y objetiva.

1. LA IGUALDAD INCLUYE NECESARIAMENTE LA DIFERENCIACIÓN

En el propio concepto de igualdad está inserta la exigencia de que el Derecho lleve a cabo diferenciaciones. Ya en 1898 Concepción Arenal afirmaba que: «la idea de igualdad supone la de diferencia: si no se hubiesen notado maneras de ser diferente, no cabría afirmar que las hubiera iguales; no se diría que los hombres lo eran, sino comprendiendo que puedan dejar de serlo» (3).

La finalidad de la igualdad es que todos han de ser considerados iguales conforme a unos mismos parámetros (4), lo cual no se traduce en que todos

(2) En la STC 145/1991 de 1 de julio el Tribunal Constitucional argumenta que el sexo es un «signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción de igualdad».

(3) ARENAL, C., *Memoria sobre la igualdad*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1898, p. 13.

(4) Vid. ALARCÓN CABRERA, C., «Reflexiones sobre la igualdad material», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IV, Nueva Época, Madrid, 1987, p. 32.

Vid. también LAPORTA, F. J., en «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *Sistema*, n.º 67, 1985, pp. 20-21, señala que la igualdad «no se ocupa de lo que sucede en la realidad, sino de lo que debe suceder, a saber: que los seres humanos, sean cuales

debamos ser iguales en todo (5). Las diferenciaciones de trato en el marco jurídico deben existir, porque los individuos somos diferentes. El requisito que se exige es que estas diferenciaciones estén justificadas. Tal y como señala J. SCOTT, «la igualdad no se opone a la diferencia sino a la desigualdad» (6).

Por ello, las críticas que se han originado en contra de cualquier diferenciación, carecen en muchas ocasiones de fundamento si tenemos en cuenta que al hablar de igualdad surge necesariamente la diversidad, es decir, una situación de hecho en la que hay en parte igualdad y en parte diferencias (7). Existe una heterogeneidad en los seres humanos (8) que no sólo es inevitable, sino beneficiosa. No hay lugar a dudas de que las mujeres y los hombres somos diferentes, no sólo físicamente (9), o por nuestras cualidades o capacidades personales, sino incluso jurídicamente.

En la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo se tienen en cuenta las diferencias entre hombres y mujeres, y las particularidades de estas últimas cuando en su artículo 3 señala que «El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y estado civil».

Es indudable que el Derecho no trata exactamente igual a todos los indi-

sean sus rasgos comunes o distintivos, deben ser tratados como iguales» y añadirá que lo que pretende la igualdad no es determinar en qué rasgos son los hombres iguales y en cuáles no, sino configurarse como una «directiva genérica concerniente al tratamiento de esos rasgos».

En este mismo sentido CALSAMIGLIA, A., «Sobre el concepto de igualdad», en MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 99, afirma: «el principio de igualdad no es un principio descriptivo de la realidad social, sino que es una exigencia, nos indica cómo deben ser los hombres en una sociedad justa».

(5) En torno a la imposibilidad de la igualdad de «todos» en «todo», Vid. MORON-CAN, B.; PAPPARO, F. C., y BORRELLO, G., *L'uguale umanità. Comunità, esperienza, differenza sessuale*, Liguori Editore, Napoli, 1991.

(6) SCOTT, J., «Deconstructing Equality vs. Difference», *Feminist Studies*, n.º 14, 1988, p. 1.

(7) DE LUCAS, J., «La igualdad ante la ley», en *El Derecho y la Justicia*, edición de E. GARZÓN VALDÉS, y F. J. LAPORTA, Editorial Trotta, CSIC, BOE, Madrid, 1996, p. 496.

En este sentido, Vid. también TOURAINE, A., *Eguaglianza e diversità. I nuovi compiti della democrazia*, trad. de M.ª Gregorio, Laterza, Roma, 1997, sobre todo pp. 47 y ss.

(8) Vid. OPPENHEIM, F. E., en «Egalitarianism as a Descriptive Concept», *Equality selected readings*, L. P. POJMAN y R. WESTMORELAND (eds.), Oxford University Press, New York, 1997, p. 55, cuando señala que «Equality can be predicated either of certain characteristics of persons, or of distributions made by one actor to at least two others, or of rules stipulating how such distributions are to be made. "Equality" in the first two meanings presents no problem from the point of view of our topic, and we shall be mainly concerned with equality as a property of rules of distribution».

(9) Vid. SEN, AMARTYA, *Nuevo examen de la desigualdad*, versión española de A. M.ª BRAVO, revisión de P. SCHWARTZ, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 9, donde este autor afirma que «no debemos olvidar el hecho empírico de la "ubicua diversidad humana" (...) la diversidad humana no es una complicación secundaria que se pueda pasar por alto o que hay que introducir más tarde, sino un aspecto fundamental de nuestro estudio de la igualdad».

viduos, ya que atribuye privilegios, derechos u obligaciones según la situación jurídica en la que éstos se encuentren. Pero, como vemos esto no sólo ocurre en lo relativo al binomio hombre-mujer, sino que se tendrán también diferentes derechos siendo asalariados o empresarios, menores o adultos, nacionales o extranjeros..., etc.

La finalidad de la igualdad es que las mujeres y los hombres sean iguales en el disfrute de sus derechos, y si para ello es necesario un tratamiento diferenciado, más beneficioso, donde a la mujer se le configure como acreedora de unas determinadas prestaciones, que de otra manera no podría exigir, estará justificada esta actuación (10).

Que exista diferencia de trato por parte del Derecho entre hombres y mujeres no significa que no se cumpla el principio de igualdad (11). Al contrario siempre es posible que los hombres y las mujeres sean iguales respecto a unas características y desiguales respecto a otras. No tiene sentido defender una igualdad absoluta, que aboque a un igualitarismo extremo donde el individuo se disuelva en la sociedad (12), y pierda su propia identidad, su libertad de elección, en definitiva, su dignidad como individuo, al transformarse en un clon social (13). El Derecho diferencia, porque necesariamente al buscar la igualdad nos incluimos a diario en una determinada categoría o grupo, para poder en su caso, ser titular de un determinado derecho u obligación.

Por esta última razón, es imprescindible la existencia de tratamientos diferenciados, más beneficiosos para las mujeres en el seno de la igualdad, precisamente para que se pueda superar una histórica discriminación que sufren éstas, respecto a los hombres.

(10) Vid. DE ASÍS, R., «La igualdad en el discurso de los derechos», en *Los derechos entre la Ética, el Poder y el Derecho*, LÓPEZ GARCÍA, J. A., y DEL REAL, A. (eds.), Dykinson, Universidad de Jaén, Madrid, 2000, p. 153 y ss.

(11) LUCAS, J. R., «Against equality», en *Equality selected readings*, L. POJMAN y R. WESTMORELAND (eds.), Oxford University Press, New York, 1997, p. 104: «if we accept the infinite variety of human personality, that no two people, not even identical twins, are qualitatively identical, then there will always be differences between any two people, which might be held to justify a difference of treatment».

(12) Vid. al respecto PECES-BARBA, G., señala que «Si nos situamos en una línea igualitarista radical tendríamos que identificar a la igualdad como de todos en todas las cosas, lo que supone no partir del individuo, sino del todo, del colectivo de los

hombres», en *Curso de derechos fundamentales, Teoría general*, con la colaboración de R. DE ASÍS; A. LLAMAS, y C. R. LIESA, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 289.

En este mismo sentido, VEDEL, G. ya señalaba que «Le principe d'égalité en joue que toutes les choses égales d'ailleurs», en Préface à la thèse de Pierre Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, 1969, p. XIII.

(13) Por ello resulta básico distinguir la igualdad de igualitarismo. Vid. en este sentido BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, trad. P. Aragón Rincón, introd. G. PECES-BARBA, Paidós ICE/UAB, Barcelona, 1993, pp. 83 y ss., donde el igualitarismo pretende una igualdad absoluta disolviendo al individuo en la Comunidad frente a la exigencia de igualdad que pretende precisamente que el individuo se desarrolle como persona de forma igual al resto de los individuos.

2. ¿IGUALDAD FORMAL VERSUS IGUALDAD REAL?

Otra crítica que también se plantea ante la articulación de *acciones positivas* o *discriminaciones inversas*, es el hecho de que ambas figuras se vinculan a la exigencia de igualdad real o material y su articulación vulneraría el principio de igualdad formal. Intentaremos desmontar este planteamiento, partiendo del hecho de que ambas vertientes del principio de igualdad (material y formal) resultan imprescindibles y no son excluyentes, porque la igualdad jurídica o ante la ley, que consagra el artículo 14 de la Constitución Española, no significa lo mismo que la igualdad económica, real y efectiva de todos los españoles, recogida en el artículo 9.2 (14).

En lo relativo al principio de igualdad formal señalar que éste se recoge en el artículo 14 de la Constitución Española que literalmente señala que: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

La igualdad formal se desarrolla a través de dos facetas básicas que no son coetáneas en el tiempo: la igualdad *ante* la ley, y la igualdad *en* la ley.

En primer lugar surge la igualdad *ante* la ley o *en la aplicación de la ley*, que exige que en el momento de su aplicación la ley sea igual para todos. Pretende que todos los hombres deben ser tratados igual, dado que la ley debe ser considerada de una forma impersonal y general.

Pero posteriormente (15) surge una mayor sensibilidad frente a las desigualdades, y comienza a entenderse también la posibilidad de exigir la igualdad no sólo frente a la Administración y los tribunales, sino, incluso frente al legislador, es: la igualdad *en la ley* o *en el contenido de la ley*. Se impone al legislador la obligación de garantizar un trato igual a los ciudadanos, prohibiéndole dictar normas discriminatorias. De nada sirve que se nos aplique una misma ley si el contenido de la misma ya es discriminatorio.

En este sentido, el artículo 14 de nuestra Constitución recoge expresa-

(14) PÉREZ LUÑO, A. E., «Sobre la igualdad en la Constitución Española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IV, Nueva Época, 1987, p. 143: «Conviene no olvidar la doble función del principio de igualdad en nuestro sistema constitucional, puesto que "de un lado opera como meta u objetivo trascendente a alcanzar en el orden económico-social (art. 9.2)"; de otro, como garantía de generalidad y regularidad immanente al propio Ordenamiento jurídico (art. 14)».

(15) Esta nueva faceta surge en Estados Unidos en la enmienda XIV a la Constitución, en 1868; en este sentido Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ, M.ª F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986,

pp. 28 y ss., y GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 26 y ss.

Posteriormente la exigencia de igualdad en la ley, se traslada a Europa, a la República de Weimar en Alemania. Tal como señala RUBIO LLORENTE, F., en «La igualdad en la aplicación de la ley», en *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 48: «Este nuevo significado del principio de igualdad, cuya teorización se hizo en la Alemania weimariana, se generalizó en Europa tras la segunda Guerra Mundial (...)».

mente la igualdad *ante* la ley, y no aparece explícita la igualdad *en* la ley. Pero, aunque nuestro artículo 14 no enumera específicamente las dos vertientes de la igualdad formal, tanto la doctrina como el propio TC ha entendido su inclusión en este artículo (16).

Y mientras la igualdad formal demanda relaciones de igualdad en el contenido y aplicación de la ley, la igualdad material lo hará en el ámbito económico y social para potenciar plenamente la igualdad que junto a la libertad, debe amparar todo Estado de Derecho (17).

El principio de igualdad material aparece en el artículo 9.2 de nuestra Constitución, que en su letra atribuye a los poderes públicos la tarea de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Está claro que la igualdad de hecho o igualdad material se traduce en «la igualdad respecto de los bienes materiales, o igualdad económica» (18).

(16) *Vid.* STC 144/1988 cuando afirma que «el principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas (...). En otro plano, en el de aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea paliada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma».

Vid. también STC 22/1981, de 2 de julio: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (RCL 1979, 2421), que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El artículo 14 del Convenio Europeo —declara el mencionado Tribunal en varias de sus sentencias— no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida».

Vid. STC 144/1988 cuando afirma que «el principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas (...). En otro plano, en el de aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea paliada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma».

(17) En este sentido, FERNÁNDEZ, E., en *La Obediencia al Derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, p. 241, ha señalado que «la reivindicación de una igualdad material distinta de la igualdad moral y de la igualdad formal jurídico-política, pero no opuesta a ésta sino complementaria, va unida al intento de albergar dentro de los sistemas democráticos metas sociales y económicas. La democracia no será, así, solamente democracia política sino también social». En este mismo sentido, *vid.* CARRIL, E. F., en «La Libertad y la Igualdad», en QUINTON, A. (comp.), *Filosofía Política*, trad. de E. L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 251, donde señala que «la igualdad de las posesiones causa igualdad del poder, y la igualdad del poder es libertad».

(18) BOBBIO, N., *Igualdad y Libertad*, cit., p. 79.

Adviértase que tal y como señala el profesor PECES-BARBA, la igualdad formal es un «principio o directiva genérica concerniente a cómo deben ser tratados los seres humanos» (19), mientras que la igualdad material «tiene que ver con hechos, como por ejemplo las necesidades básicas, o la realidad económica o social» (20).

Pero, aunque la igualdad material y la formal abarcan fines distintos, esto no significa que sean irreconciliables. Las posturas contrarias a coordinar ambas vertientes considerándolas incluso contradictorias, utilizan el argumento que quien defiende la igualdad material necesariamente configura desigualdades *de iure* o *ante* la ley, dado que la igualdad real pretende compensar una desigualdad fáctica. Por lo tanto, estas desigualdades, o tratamientos diferenciados irían presuntamente en contra de la igualdad formal. Según este argumento, igualdad formal e igualdad material se contradecirían en su finalidad, por lo que si se busca una, se anula la otra.

Pero estos planteamientos olvidan que la finalidad de la igualdad sea formal o material incluye la diferenciación, y de que además, los tratamientos diferenciados, tales como *acciones positivas* y *discriminaciones inversas*, en mayor medida tienen lugar a través de la exigencia de la igualdad material, pero no siempre, ya que también pueden fundamentarse en la igualdad formal. Vemos el ejemplo claro en la Ley de igualdad efectiva entre hombres y mujeres 3/2007, de 22 de marzo, donde desde el Ordenamiento jurídico, es decir, desde la igualdad formal, se configuran políticas de igualdad y exigencia de cuotas (listas electorales, consejos de administración de empresas...) a favor de las mujeres. De no existir esta norma, sí sería necesario llevar a cabo tratamientos diferenciados, que pueden «alterar» la igualdad formal. Pero, si esto ocurriera, no significa que se viole la igualdad formal, al contrario. Precisamente porque ambas vertientes están coordinadas es posible aceptar la existencia de diferenciaciones justificadas en el seno de la igualdad formal, para llevar a cabo la igualdad material (21). Al llevarse a cabo diferenciaciones, la igualdad formal y la igualdad material son dos caras de la misma moneda y no dos conceptos opuestos y excluyentes, de tal manera que la igualdad real se encuentra dentro del esquema conceptual de la igualdad formal.

Esto se traduce, en que los derechos de igualdad sustancial pueden construirse no sólo a partir del principio del artículo 9.2, sino en ciertas condiciones también a partir del derecho del artículo 14. Siguiendo este planteamiento el Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 14 de la Constitución Española, no impide que a lo largo del tiempo puedan existir cambios normativos que configuren tratamientos desiguales (22). Y añade

(19) PECES-BARBA, G., y otros, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, cit., p. 284.

(20) *Ibidem*.

(21) PECES-BARBA, G., y otros, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, cit.,

p. 287, en este sentido se señala cómo «la igualdad de trato formal como diferenciación, es un elemento de conexión con la igualdad material».

(22) *Vid.* STC 88/1991, de 25 de abril, señala: «es igualmente doctrina reiterada de

nuestro TC que «el artículo 9.2 puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el artículo 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material» (23); y se reitera que la incidencia del mandato contenido en el artículo 9.2, modula el artículo 14, «en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente preteridos y marginados» (24).

En efecto, con la inclusión en nuestra Constitución del artículo 9.2, queda claro que se permite la existencia en el Ordenamiento jurídico de discriminaciones favorables, hacia las mujeres. Más concretamente, el TC afirma que «debe admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de su diferente régimen jurídico» (25).

este Tribunal, sentada en relación con la alegada vulneración del artículo 14 de la Constitución en supuestos cercanos al que ahora se plantea, que ese precepto constitucional no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo; el principio de igualdad ante la Ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la Ley, puesto que con ello se incidiría en el círculo de competencias atribuido constitucionalmente al legislador y, en definitiva, en la natural y necesaria evolución del ordenamiento Jurídico».

(23) STC 98/1985, de 29 de julio, donde se añade que: «no parece, en cambio, que pueda recurrirse en rigor al artículo 9.2 como parámetro de valoración constitucional del problema, como hacen los recurrentes. Dicho precepto, que contiene un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos, y para que remueva los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el artículo 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material».

(24) STC 216/1991, de 14 de noviembre donde se reitera que: «el precepto constitu-

cional que prohíbe toda discriminación por razón de sexo (art. 14) es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de la Constitución. Su adecuada interpretación exige, sin embargo, la integración sistemática del mismo con otros preceptos de la Ley fundamental, pues así lo precisa la unidad de ésta».

(25) STC 14/83 de 28 de febrero añade que: «partiendo de que el referido artículo 14 no establece un principio de igualdad absoluta, que al poderse y deberse tener en consideración razones objetivas que justifiquen la desigualdad de tratamiento legal resultaba indudable que debía admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuyera al restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico, impuesto precisamente para hacer posible el principio de igualdad, lo que indudablemente acontece con la desigualdad originaria, que mantienen el empresario y el trabajador, debida a la distinta y generalmente profunda condición económica de ambos y a la posición de primacía y respectiva dependencia o subordinación del uno respecto al otro en la relación de trabajo que les une, que precisamente trata de equilibrar el derecho laboral con su ordenamiento jurídico, compensador o igualatorio a través de las normas sustantivas y también de las procesales, que impiden o reducen esa desigualdad material y que actualmente tienen el

El fundamento del artículo 9.2 está en la convicción de que una perfecta igualdad ante la ley, si va acompañada de una profunda desigualdad en las condiciones sociales, no representa una adecuada y real garantía de la dignidad humana.

Además, hay que señalar que la igualdad se recoge en el artículo 1.1. de nuestra Constitución como un valor superior, junto al reconocimiento de España como un Estado social y democrático de Derecho. Si se limitara solamente la igualdad a su vertiente formal, como igualdad ante la ley, sería una contradicción postular un Estado social, donde los poderes públicos son los encargados de promover las condiciones para que la igualdad del individuo sea real y efectiva.

El artículo 1.1, en relación con el 9.2 y el 14, encomienda a los poderes públicos, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo, y de los grupos en que se integran, sean reales y efectivas. En un Estado social y democrático de Derecho, como el nuestro, no es posible configurar la exigencia de igualdad únicamente como igualdad formal; es necesario defender también la exigencia de igualdad material, ya que ambas funcionan en la práctica, de forma diferente. La igualdad formal se traduce en una exigencia negativa, donde el tribunal o la Administración, ejerce su función de legislador negativo, anulando, suprimiendo, o eliminando una norma, en definitiva depurando el Ordenamiento. La igualdad formal es un mínimo necesario, pero la igualdad material exige además una actitud positiva. Con la igualdad material, es necesario que se atribuya una prestación a alguien (26).

Nuestro Estado social y democrático de Derecho, quedaría vacío de no existir la posibilidad de obligar a los poderes públicos a que hagan efectiva la igualdad entre hombres y mujeres dentro de la sociedad (27), por lo que

fundamental apoyo del artículo 9.2 de la Constitución, que exige a todos respetar y promover la igualdad del individuo y de los grupos como reales y efectivas, superando la igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley fundamental, por lo que indudablemente se ajusta a la Constitución la finalidad positiva o compensadora del derecho laboral, exigiendo e imponiendo un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador».

(26) Vid. PRIETO SANCHÍS, L., «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 22, 1995, p. 19. Para este autor, por muy complicado que se plante hacer viable una demanda de igualdad no significa que sea imposible, dado que se puede articular a través de la existencia de

un derecho fundamental de naturaleza prestacional, o bien de un derecho fundamental de naturaleza no prestacional, o por último, a través de la configuración de una exigencia de igualdad formal.

(27) Vid. RUIZ MIGUEL, A., «La igualdad como diferenciación», *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, AA.VV., Colección Solidaridad, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, p. 285, se afirma que «La igualdad formal o ante la ley garantizada por el artículo 14 de la constitución no es un límite sino un presupuesto —necesario pero no suficiente— de la igualdad real y efectiva del 9.2, esto es, un mínimo negativo e indeclinable a partir del cual puede operar una política positiva de remoción de obstáculos y creación de las condiciones necesarias para ir consiguiendo una mayor igualdad entre los ciudadanos».

el artículo 9.2 de nuestra Constitución es el exponente más señalado del Estado Social.

3. ¿CÓMO SE ARTICULA LA IGUALDAD MATERIAL O REAL?

Hemos señalado que en la igualdad material se necesita una actitud positiva, y en ocasiones una intervención para obtener una igualdad efectiva. Lo que se pretende con la igualdad material es equiparar a los individuos en sus condiciones materiales de existencia, no sólo para garantizar su seguridad, sino además para permitir el ejercicio efectivo de su libertad individual. Para conseguir este objetivo, resulta imprescindible equilibrar en la medida de lo posible los «bienes y situaciones económicas y sociales» (28). Este equilibrio en muchas ocasiones implica redistribución, pretendiendo así, que todos los seres humanos, hombres y mujeres, contemos con la misma cantidad y calidad de determinados bienes considerados «valiosos». Para ello, habría que llevar a cabo «una distribución de los bienes respecto al mayor número posible de personas» (29).

La igualdad material es un objetivo a alcanzar que impone para su consecución una actuación estatal, ya sea removiendo los obstáculos que la dificultan, o favoreciéndola directamente a través de una actitud positiva, o de hacer. En nuestra Constitución, ya hemos señalado que esta obligación estatal es enunciada en el artículo 9.2 mediante el término «promover», y a través de la eliminación de obstáculos que impidan las condiciones óptimas de libertad e igualdad, utilizando además el término «remover». Sin esta intervención estatal que promueva la igualdad material ésta sería inalcanzable, a pesar de que desde los planteamientos neoliberales no se acepta la posibilidad de que el Estado intervenga para intentar reequilibrar las situaciones de desigualdad de los individuos (30).

Por otro lado, siempre que se exige la igualdad material, ésta se refiere a la presencia real de la igualdad en las relaciones sociales existentes en un momento histórico determinado (31). Lo cual se traduce en que es la propia sociedad, con sus peculiaridades, con su historia, la que configura las reivindicaciones de igualdad material. Esto plantea un problema, porque lo que fue una reivindicación igualitaria en un tiempo y en una época determinada, quizá no lo sea en la actualidad (32). Cuando la finalidad es conseguir la igualdad material, hay que observar la sociedad y el contexto his-

Vid. también PÉREZ LUNO, A. E., «Las dimensiones de la igualdad», *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, n.º 34, Dykinson, Madrid, 2005.

(28) PÉREZ LUNO, A. E., «Dimensiones de la igualdad material», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 3, 1984-1985, p. 258.

(29) Vid. PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 159.

(30) Vid. NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. de R. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 69.

(31) En este sentido Vid. BOBBIO, N., *Igualdad y Libertad*, cit., p. 79.

(32) CALSAMIGLIA, A., «Sobre el principio de igualdad», cit., p. 100.

tórico para articular la mejor manera de conseguirla. Es decir, una de las principales metas sociales debe consistir en alcanzar el mayor grado de igualdad posible, que sea un resultado colectivo, y en ese sentido, ir adaptándose a las necesidades sociales vigentes en un momento histórico determinado.

Como consecuencia de todo lo anterior, y para articular la igualdad material, teniendo en cuenta la necesidad de una intervención estatal, la igualdad se materializa a través de dos dimensiones (33): la igualdad como punto de partida o igualdad de oportunidades, y la igualdad como punto de llegada o igualdad de resultados.

3.1. La igualdad de oportunidades o como punto de partida

La igualdad de oportunidades, se traduce básicamente en la no discriminación para el ejercicio y desarrollo de las aptitudes de los individuos (34) de cara a su participación en el proceso productivo, en la legislación, la cultura y, en general, en cualquier faceta de la organización social (35).

Lo que pretende esta igualdad es que los hombres y mujeres accedan con las mismas posibilidades a los procesos de producción y distribución de bienes o de toma de decisiones políticas. Y para ello en ocasiones se plantea una necesaria redistribución del acceso a las posiciones sociales (36). Pero esta redistribución tendrá lugar siempre en un primer momento, es una igualdad «de partida». Es decir, todos los individuos, hombres y mujeres, parten con las mismas condiciones en igualdad, y posteriormente, una vez que poseen las mismas oportunidades cada individuo ocupará una posición determinada basándose en sus méritos o capacidades. De esta manera, los resultados que una persona obtenga se corresponderán solamente «con su esfuerzo y no con sus circunstancias» (37). Según esta igualdad de oportunidades a cualquier individuo, sea hombre o mujer, se le otorga la posibilidad de partir en condiciones de igualdad, pero el resultado dependerá

(33) Vid. ALARCÓN CABRERA, C., «Reflexiones sobre la igualdad material», cit., p. 31: habla de «la doble dimensión en que se puede descomponer la igualdad material: a) la igualdad como punto partida (...), b) la igualdad como punto de llegada (...)». Y en el mismo sentido GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, cit., p. 46: «El principio de igualdad material requiere del Estado la obligación de actuar en la sociedad (...) Esta actuación puede tener como objetivo, por otra parte, la igualdad de oportunidades o la igualdad de resultados».

(34) Vid. en este sentido TAWNEY, R. H., *La igualdad*, trad. F. Giner de los Ríos, Fon-

do de Cultura Económica, México, 1945, pp. 100 y ss.

(35) Vid. ALARCÓN CABRERA, C., «Reflexiones sobre la igualdad material», cit., p. 31.

(36) Vid. OPPENHEIM, F. E., «Egalitarianism as a Descriptive Concept», cit., p. 63: «The principle of equality, or rather equalisation, of opportunities is thus concerned with the redistribution of access to the various positions in society, not with the allocation of the positions themselves».

(37) ROEMER, J. E., «Igualdad de oportunidades», trad. de D. Teira Serrano, en *Isegoría*, *Revista de Filosofía moral y política*, n.º 18, 1998, p. 77.

de él, por lo que no se trata de una igualación automática del resultado (38), ni una intervención «fuerte» o incisiva, en caso de que se plantee una discriminación presente.

Siguiendo esta línea de argumentación, se ha señalado que «hay un “antes” y un “después” en el concepto de *igualdad de oportunidades*: antes de que comience la “competición” en el plano social, deben igualarse las oportunidades, incluso mediante una intervención social, si es necesario; pero una vez que comienza, los individuos han de asumir plenamente su responsabilidad (39). Se abre una libre competencia, y si todos tienen una igualdad de partida, la posición final dependerá exclusivamente de cómo recorre el camino cada individuo» (40).

En realidad, la *igualdad de oportunidades*, implica un compromiso estatal, aunque como veremos en menor medida que el que se exige con la *igualdad de resultados*. Es un primer paso, para superar el liberalismo tradicional, donde el Estado es totalmente abstencionista (41). Pero, la *igualdad de oportunidades* crea irremediabilmente una serie de dificultades a la hora de articularse:

a) En primer lugar, al convertir al Estado en responsable de que hombres y mujeres tengan las mismas oportunidades, surgen numerosas preguntas en torno a configurar los límites de la «intervención» estatal y, cómo no, hasta qué punto la *igualdad de oportunidades* para situar a hombres y mujeres en la misma posición, incluye la posibilidad de articular tratamientos diferenciados (42).

b) En segundo lugar, este tipo de igualdad se ocupa de que no existan impedimentos a la igualdad de tipo legal, pero, existen otros tipos de impedimentos o circunstancias, no legales, pero sí directamente amparadas por la ley, que son determinantes para que la *igualdad de oportunidades* entre hombres y mujeres, no pueda realizarse. Éstas son, por ejemplo, la posesión de riqueza patrimonial, el azar o la fortuna. Es en estas situaciones cuando la igualdad como punto de llegada o como resultado surge como instrumento corrector.

(38) GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., p. 45.

(39) ROEMER, J. E., «Igualdad de oportunidades», cit., p. 71.

(40) Vid. OPPENHEIM, F. E., «Egalitarianism as a Descriptive Concept», cit., p. 63, señala que: «The solution is to open them up to all on a competitive basis. The assumption is that, if everyone is given an equal start, the position everyone will occupy at the end will depend exclusively on how fast and how far he can run».

(41) Aunque existen planteamientos como el de SARTORI, A., que entiende que la

igualdad de oportunidades no puede ser otra cosa que la igualdad en el disfrute de la libertad, en *Democrazia e definizioni*, 4.^a ed., Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 210-211.

(42) BOBBIO, N., ha apuntado este problema en *Igualdad y libertad*, cit., p. 79, al señalar que «precisamente al objeto de situar individuos desiguales por nacimiento en las mismas condiciones, de partida, puede ser necesario favorecer a los más desposeídos y desfavorecer a los más acomodados, introducir artificialmente, o bien imperativamente, discriminaciones de otro modo no existentes (...)».

En definitiva, el principio de *igualdad de oportunidades* sitúa a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales. Se traduce básicamente en «la aplicación de la regla de justicia a una situación en la cual hay personas en competición entre sí para la consecución de un objetivo único, es decir, de un objetivo que no puede ser alcanzado más que por uno de los concurrentes» (43).

3.2. *La igualdad de resultados o como punto de llegada*

Tal y como acabamos de señalar, la *igualdad de resultados*, es un mecanismo corrector, ante situaciones donde la *igualdad de oportunidades* no puede hacer efectiva la igualdad. Estas situaciones se caracterizan porque puede resultar necesaria una redistribución o intervención, una vez sentadas las bases mínimas de igualdad. Por ello, se ha considerado a la *igualdad de oportunidades* como muy «tenue» (44) y, como consecuencia, se la ha vinculado a planteamientos liberales (45). En cambio la *igualdad de resultados*, se vincula a planteamientos igualitarios (46), y se traduce en una necesaria intervención estatal. Ésta se llevará a cabo normalmente a través de la articulación de tratamientos diferenciados encaminados a que la igualdad entre hombres y mujeres sea efectiva.

En páginas sucesivas analizaremos los medios o instrumentos que se utilizan para conseguir la *igualdad de resultados*: las *acciones positivas*, y las *discriminaciones inversas*. A través de estos instrumentos se alteran las posiciones sociales de las mujeres que parten de una situación de desventaja social en muchos ámbitos como el laboral, el social, el político, acarreando una situación de histórica discriminación, y con la dificultad añadida de conciliar la vida laboral y familiar, la maternidad, el cuidado de sus mayores, etc.

(43) BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, cit., p. 77.

(44) Por otro lado existen posturas como la de VOGEL-POLSKY, E., en *Las acciones positivas y los obstáculos constitucionales y legislativos que dificultan su realización en los Estados miembros del Consejo de Europa*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Madrid, 1987, pp. 10 y ss., señala que la igualdad de oportunidades es poco efectiva y contraproducente. Por ello, además de no garantizar la igualdad de resul-

tados, permite la justificación de las desigualdades funcionales.

(45) Vid. BOBBIO, N., «Eguaglianza ed equalitarismo», *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, L. III, 1976, p. 325.

(46) Vid. BOBBIO, N., «Eguaglianza ed equalitarismo», cit., p. 325, argumenta: «nella dottrina equalitaria accade proprio il contrario: ciò che conta è l'eguaglianza dei punti di arrivo, non importa poi se questa eguaglianza segua ad una diseguaglianza dei punti di partenza».

4. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: UNA REALIDAD A ERRADICAR

Tras profundizar en el significado de la igualdad, y para avanzar en la comprensión de las *acciones positivas* y las *medidas de discriminación inversa*, es el momento de abarcar el concepto de discriminación, así como los tipos de discriminaciones que existen, para saber qué instrumentos jurídicos utilizar para luchar contra éstas. Analizar los tipos de discriminaciones, directas e indirectas, será imprescindible para concretar qué acciones o medidas se pueden considerar discriminatorias.

El término discriminación se utiliza para describir desigualdades de trato que son injustas o arbitrarias por basarse en concretas razones especialmente odiosas, recalcitrantes, marginales o rechazables al suponer la negación de la propia igualdad entre los individuos.

Es decir discriminación es aquella desigualdad que se ha producido por cualquiera de los motivos enumerados en el artículo 14 de nuestra Constitución. En definitiva, aquellas desigualdades no justificadas cometidas por razón de sexo, raza, nacimiento, ideología u opinión (o cualquier otra circunstancia personal o social). Podemos entender que el constituyente pensó que estos motivos determinados de discriminación, eran espacialmente dañinos, e intolerables. Y teniendo en cuenta la especial protección hacia la prohibición de discriminación, se ha entendido que el artículo 14 de la Constitución, establece dos preceptos diferentes en cada uno de sus dos incisos. En el primero (los españoles son iguales ante la ley) se consagraría el clásico principio de igualdad en la ley, y prohíbe hacer distinciones arbitrarias o irrazonables. En el segundo inciso, en cambio, «se impondría una prohibición de discriminación mucho más taxativa y perentoria de introducir o aceptar discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social» (47).

Este plus de protección necesario, que se otorga a la prohibición de discriminación, se basa entre otras cosas, en la clasificación de las diferencias que tienen como base estos grupos tradicionalmente discriminados como *sospechosas* (48), hasta que se pruebe lo contrario. Por *categorías sospechosas* se entienden aquellas diferenciaciones que se basan en la mayoría de las ocasiones en el sexo, la raza o en el hecho de padecer una discapacidad, con independencia de que posiblemente en un futuro se extienda este grupo de *categorías sospechosas* (49) (sobre todo, teniendo en cuenta la cláusula abierta que nos ofrece el artículo 14 de la Constitución Española).

Cualquier diferenciación que se lleva a cabo por estos tres supuestos

(47) RUIZ MIGUEL, A., «La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Doxa*, n.º 16, 1996, pp. 43-44.

(48) Vid. TRIBE, L. H., *American Constitutional Law*, 2.ª ed., Mineola, New York, 1988, p. 1602.

(49) Nuestro Tribunal Constitucional ha

entendido la existencia de unas determinadas categorías donde cualquier diferenciación tiene que ser controlada, porque es sospechosa de ser considerada discriminatoria.

Vid. por ejemplo STC 19/1989, de 31 de enero, donde se señala que «más en concreto, la expresa prohibición de la discrimina-

deberá justificarse con un plus mayor que la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Pero, esto no significa que no se puedan configurar *acciones positivas y medidas de discriminación inversa* basadas en estos supuestos (50).

Esto se traduce en que al resto de las referencias del artículo 14, no se les ha exigido una justificación tan estricta, ni se les ha otorgado tanta protección. Serán una categoría distinta a las categorías *sospechosas*, serán categorías *razonables* (51).

Hay que señalar que nuestro Tribunal Constitucional ha generado una jurisprudencia algo «cambiante», en lo relativo a la exigencia de igualdad efectiva entre hombres y mujeres, ya que en sus primeras Sentencias no se ha mostrado inclinado a favorecer a las mujeres, incluso a pesar de tratarse de categorías *sospechosas*. Refiriéndose a la discriminación por razón de sexo ha llegado a concluir que «la protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer,

ción por razón de sexo, no sólo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificada, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación».

Vid. también STC 103/1983, de 22 de noviembre, también se remite a categorías *sospechosas* al señalar que «el artículo 14 de la Constitución, además, establece una serie de supuestos de discriminaciones que pueden considerarse como típicas, entre las cuales se encuentra sin ningún género de dudas la diferenciación o discriminación del trato jurídico que deriva del sexo de la persona».

(50) Vid. REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., p. 60. Según este autor ante estos grupos tradicionalmente discrimina-

dos se produce lo que el autor denomina «modelo antidiscriminatorio completo de tres niveles», y que consiste en: 1. una prohibición de las discriminaciones directas; 2. una prohibición de las discriminaciones indirectas; 3. se entienden lícitas las *discriminaciones inversas*.

(51) Por ejemplo, en la prohibición de discriminación por el nacimiento, el mandato del artículo 14 se agota en que no se tenga en cuenta como un factor que determine una diferenciación. Es decir, se prohíbe estrictamente cualquier diferenciación basada en el nacimiento, pero no autoriza la posibilidad de articular *discriminaciones inversas*, basadas en este criterio. Asimismo con la opinión, la ideología o la religión, tampoco se pretende la aplicación de *discriminaciones inversas*, puesto que no se puede tratar de forma más beneficiosa a unas creencias que a otras. En relación con la fórmula genérica con la que concluye el artículo 14, «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», cabe decir que el Tribunal Constitucional, ha ido identificando criterios como la lengua, y la edad. Incluso esta cláusula abierta ha servido para introducir las minusvalías físicas o psíquicas, como posibles causas de discriminaciones, es decir, para introducir una «categoría sospechosa» que no se había contemplado explícitamente.

pues ello en tales términos es contrario al artículo 14 de nuestra Constitución» (52).

Posteriormente el Tribunal Constitucional ha ido cambiando su planteamiento, y ha llegado a reconocer que la división doméstica del trabajo arroja sobre la mujer toda la carga, por lo que, «dificulta su incorporación al mundo de la producción, en el que generalmente desempeñan tareas peor retribuidas que las que asumen los hombres» (53). El Tribunal constata también, que «no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de la larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del cuidado de la familia y, particularmente, el cuidado de los hijos» (54). Ello supone un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo que se manifiesta en el dato de la extremada baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación con otras categorías sociales (55). El Tribunal Constitucional llega a afirmar que la desigualdad real y efectiva que sufren esos colectivos enumerados en el artículo 14, especialmente la mujer, debe ser eliminada por el legislador, por mandato expreso del artículo 9.2 de nuestra Constitución, «pero es evidente que no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla, y se hace más dura mediante la anulación de normas cuya finalidad palmaria es la de compensarla» (56).

De esta manera, se exige la intervención y no la abstención estatal. Considerando que no se origina un tratamiento perjudicial a los varones, ni siquiera con las actuaciones más incisivas. Con la sentencia del TC 128/87 se abre camino al reconocimiento expreso por parte del Tribunal de la existencia de una marginación histórica hacia las mujeres como resultado y reflejo de una situación global de desconsideración de la mujer que tiene raíces históricas y culturales muy largas.

Podemos concluir que no hay vulneración del principio de igualdad cuando se articulan *acciones positivas y medidas de discriminación inversa* en favor de las mujeres, es decir, tal como señala el propio Tribunal Constitucional, está justificado el dar «trato diferente a sujetos en situaciones que resultan distintas, de acuerdo con criterios razonables a juicio de este Tribunal» (57).

En este sentido, la tutela antidiscriminatoria no sólo se reduce a una prohibición de discriminación legal, es decir, a la prohibición a los poderes públicos de crear normas o actos que configuren una discriminación; sino también, a la prohibición de la discriminación social, es decir, a la responsabilidad que tienen los poderes públicos, de no tolerar discriminaciones sociales aunque éstas no fuesen originadas por ellos mismos.

Todo este razonamiento, justifica el hecho de que la prohibición de dis-

(52) STC 81/1982, de 21 de diciembre.

(53) STC 103/1983, de 22 de noviembre.

(54) STC 103/1983, de 22 de noviembre.

(55) Vid. STC 26/1981, de 23 de julio.

(56) STC 103/1983, de 22 de noviembre.

(57) STC 128/1987, de 16 de julio.

criminación se ha configurado como un derecho fundamental y por tanto, «no es una simple especificación del principio, sino un mandato especial que, aun cuando derivado del principio de igualdad, va más lejos y dice algo distinto del mandato de igual protección en el marco de la ley» (58). Se separa la prohibición de discriminación de la igualdad, dándole autonomía propia ya que igualdad y prohibición de discriminación funcionan de manera diferente. La prohibición de discriminación exige que se articulen medidas más radicales, rápidas y efectivas para superar la situación discriminatoria en el presente. Por ello, la articulación de un «derecho fundamental a no ser discriminado» nos servirá de base para distinguir, como veremos en páginas sucesivas las *acciones positivas* de las *discriminaciones inversas*, ya que estas últimas se fundamentan en este derecho fundamental.

4.1. Tipos de discriminaciones

Las discriminaciones pueden ser de dos tipos: *directas* o *indirectas*. Se han definido las discriminaciones *directas* como aquellos tratamientos jurídicos diferenciados y desfavorables, perjudiciales, que se cometen hacia una persona o un grupo, en nuestro caso hacia las mujeres. Éstas tienen lugar con independencia de los motivos que posea el causante de la discriminación, para cometer la misma (59). Se trata por tanto de un tratamiento desfavorable, que carece de justificación racional, y «se realiza explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada» (60). En la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo se definen las discriminaciones directas por razón de sexo en el artículo 6.1, como «la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en su situación comparable».

Las discriminaciones *directas* pueden ser a su vez de dos tipos: *abiertas* o *encubiertas*. Las primeras son fácilmente demostrables, porque se ve con claridad la intención del discriminador. Por el contrario, las *encubiertas* u *ocultas* se denominan así, porque son más difíciles de demostrar, y son necesarias más pruebas al respecto. Estas discriminaciones *ocultas* en ocasiones se han confundido con las discriminaciones *indirectas* (61). Pero, en las pri-

(58) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., *Igualdad y discriminación*, cit., p. 66.

(59) Vid. SÁEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Consejo Económico y social, Madrid, 1994, p. 56.

(60) AÑON, M.^a J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001, p. 30;

Vid. también en esta línea BARRÈRE,

M.^a A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, cit., pp. 23 y ss.

(61) Incluso el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en un primer momento confundió este tipo de discriminaciones directas, las denominadas *ocultas* con las *discriminaciones indirectas*, provocando al respecto mucha confusión en la doctrina. Esto tuvo lugar en la Sentencia Gabrielle Defrenne/Sabena, Sentencia Tri-

meras existe intención del discriminador, cosa que en las segundas no existe.

Podríamos señalar que mientras la intención califica a la discriminación *directa*, el resultado discriminatorio, califica a la *indirecta* (62).

Frente a las discriminaciones *directas*, las discriminaciones indirectas, son aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, que por diversas condiciones fácticas, derivan en consecuencias perjudiciales, que afectan a las mujeres. Aparentemente no parecen medidas discriminatorias, porque no existe intencionalidad del sujeto discriminador (63). Es en su puesta en práctica donde surge el problema, no en su planteamiento teórico.

En el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, se definen textualmente las discriminaciones *indirectas* por razón de sexo, de una forma muy clara como «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».

5. LA NECESIDAD DE JUSTIFICAR LAS ACCIONES POSITIVAS Y LAS DISCRIMINACIONES INVERSAS PARA SU ARTICULACIÓN

Parece claro, que tal y como hemos ido desarrollando nuestro planteamiento la articulación de tratamientos diferenciados, es decir, las *acciones positivas* y *medidas de discriminación inversa*, resultan clave en la lucha por la igualdad efectiva entre hombre y mujeres. Pero, no debemos olvidar tampoco, que a pesar de que los tratamientos diferenciados pretendan erradicar discriminaciones, lo que está claro es que este tratamiento «desigual» debe tener fundamento (64). Éste es un dato importante a tener en cuenta: la exigencia de fundamentar y justificar las diferenciaciones es algo impres-

bunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1979, Asunto C-43/75, Rec. 1976, p. 455.

(62) BALLESTER PASTOR, M.^a A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 45.

(63) Vid. LACEY, N., «From individual to group», en HEPPLE, B., y SZYSZCZAK, E. (eds.), *Discrimination: The Limits of law*, Mansell, London, 1992, p. 104, señala como es posible que en el ámbito laboral un empresario sea responsable de una discriminación indirecta «sin saber que ésta ha ocurrido», ya que este tipo de discrimina-

ción puede ser «el resultado de factores por los cuales el empresario o empresarios no tienen control inmediato».

(64) Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 385, donde afirma textualmente que: «el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos sean tratados de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos. Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación ni toda distinción si ha de tener algún contenido».

cindible, para evitar configurar nuevas discriminaciones, que violen el principio de igualdad. Se considerarán legítimos los tratamientos diferenciados a favor de las mujeres, si la finalidad es conseguir que la igualdad sea efectiva y se erradiquen las discriminaciones (65).

El problema de los tratamientos diferenciados, consiste en determinar en qué momento concreto y bajo qué requisitos, un individuo o grupo es considerado destinatario de un trato diferente, es decir, cuando están justificados (66). Y para determinar si los tratamientos diferenciados están justificados, previamente a su articulación es necesario comprobar (67): 1.º que la desigualdad exista (*test de la diferencia de consecuencia jurídica*); 2.º que existan motivos para pretender la igualdad (*test de la relevancia o irrelevancia de la desigualdad*); 3.º y por último, concluir con el *test de la razonabilidad* (o de la justificación de esa desigualdad).

1.º El *test de la diferencia de consecuencia jurídica*, es el de constatación más sencilla. Lo único que hay que demostrar es que el Ordenamiento jurídico atribuye una consecuencia jurídica diferente para dos o más personas o colectivos. Es decir, que se atribuya un resultado diferente si se es hombre o si se es mujer.

2.º No basta con demostrar que el Ordenamiento jurídico prevea consecuencias jurídicas diferentes, sino que hay que demostrar que tales situaciones tienen cierta identidad. Es lo que se denomina *test de la relevancia*. Lo que en realidad provoca este test, es una inversión de la carga de la prueba: de forma general, quien pretende la aplicación del principio de igualdad es quien tiene que probar que las situaciones de hecho y, por tanto, que las consecuencias jurídicas, deben ser iguales. Pero si la desigualdad lo es por razón de sexo, se debe probar que la desigualdad está justificada, porque ya está claro que dicha desigualdad no debe producirse.

Así, con el test de la relevancia hay que probar si existe en sí misma desigualdad. Todo ello con la salvedad de que el juez constitucional puede «descubrir» esos criterios igualatorios, no siendo requisito necesario el que la parte los alegue.

(65) Vid. EVAN GOLD, M., *An introduction to the law of employment discrimination*, ILR Press, New York State School of Industrial and Labor Relations, Cornell University, 1993, p. 3, señala que «if the things are truly different, and the difference justifies treating them differently, the discrimination is legitimate. If the things are not different, or the difference does not justify treating them differently, the discrimination is not legitimate».

(66) DE OTTO, I., «El principio general de igualdad en la Constitución Española», en *Igualdad, desigualdad y equidad en España y México*, Colegio de México, 1985, p. 351, señala cómo en realidad, puede entenderse

que «el contenido del principio de igualdad no es otro que obligar a que la desigualdad tenga fundamento» y añade que no se pretende un tratamiento igual, en realidad, ni siquiera se ordena «tratar por igual lo que es igual, sino que se mantiene que el principio de igualdad ordena que no se establezcan más diferencias que aquellas que tengan un fundamento, que todos sean tratados por igual cuando no exista un fundamento para que sean tratados desigualmente».

(67) Vid. ALONSO GARCÍA, E., «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española», en *Revista de Administración Pública*, vol. 1, 1983.

3.^o Una vez superados los dos test, entra en juego el test más complejo: *el test de razonabilidad*. Este test, consiste en la exigencia que la distinción de trato debe basarse en una justificación objetiva, razonable (68), y proporcional (69). De estos tres conceptos la proporcionalidad es quizás la que resulta más fácil de discernir, pero a la hora de determinar qué se considera por «objetivo» y «razonable» surge la polémica y la dificultad de llegar a un acuerdo doctrinal.

Es el Tribunal Constitucional en su Sentencia 22/1981 de 2 de julio quien sienta las bases de lo que significan estos conceptos. De esta manera,

a) La objetividad se traduce en la necesidad de buscar el fundamento de la desigualdad en la «naturaleza de las cosas» (fundamento objetivo). Esta línea argumental aparece también en la STC 8/1982, de 4 de marzo, en la que se señala que «una norma que da soluciones diferentes para situaciones que son objetivamente distintas no puede calificarse en modo alguno de atentatoria al principio de igualdad, sino más bien conforme a sustanciales exigencias valoradas por el legislador». El problema de esta argumentación es que argumentar con *la naturaleza de las cosas* es muy subjetivo, y es por lo que se ha señalado, que esto es tanto como decir que una «desigualdad tiene fundamento suficiente cuando tiene un fundamento fáctico, es decir, siempre» (70).

Para evitar confusiones terminológicas, resulta más útil entender la obje-

(68) Es reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional exigiendo esta objetividad y razonabilidad. *Vid.* entre otras STC 75/1983, de 3 de agosto: «pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida y dejando, en definitiva, al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la Constitución ni sea irrazonada».

Vid. también en el mismo sentido, la STC 49/1982, de 14 de julio: «a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias

entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados».

(69) *Vid.* RUIZ MIGUEL, A., «La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», cit., p. 49, donde se señala que este test de la razonabilidad no sólo lo ha aplicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino todos los Tribunales Constitucionales, ya que es el único que permite hacer funcional un concepto tan absolutamente formal como el de la igualdad. Este test de razonabilidad a su vez puede descomponerse en dos patrones diferenciados: «por un lado, el de la constitucionalidad de la finalidad pretendida por la norma y, por otro lado, el de la adecuación entre la distinción establecida por la norma y la finalidad de ésta».

(70) OTTO, I., «El principio general de igualdad en la Constitución Española», cit., p. 353.

tividad como exclusión de criterios «subjetivos» en el sentido de arbitrarios o precisamente, no razonables (71).

b) En segundo lugar, un tratamiento diferenciado a favor de las mujeres, está justificado cuando tiene un fundamento *razonable*. Esto nos remite a los criterios de razonabilidad socialmente aceptados, «no a aquello que es susceptible de un razonamiento» (72). Así se ha manifestado también nuestro Tribunal Constitucional cuando ha señalado en su Sentencia 49/1982, de 14 de julio, que «para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados».

Es decir, será el consenso social el que determine qué es o no razonable. Y en este sentido se ha decantado nuestro Tribunal Constitucional (73) al referirse a la necesidad de que la diferenciación no carezca de «una justificación objetiva y razonable», o que no exista una «notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias», que no sea «injustificada por no ser razonable» o que no tenga «fundamentos suficientes» (74). De esta manera, se puede señalar que la razonabilidad supone no arbitrariedad.

c) En tercer lugar, se ha entendido por parte de nuestro Tribunal Constitucional que la exigencia de proporcionalidad, consiste en la adecuación de los medios a los fines (75), en definitiva, saber si el fin justifica los medios (76). Por ello, hay que conocer la finalidad inmediata que se persigue, porque en ocasiones a través de los medios (los tratamientos dife-

(71) RUIZ MIGUEL, A., «La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», cit., p. 49.

(72) OTTO, I., «El principio general de igualdad en la Constitución Española», cit., p. 353.

(73) En STC 49/1982 de 14 de julio, se ha señalado que «para introducir diferencias entre los supuestos del hecho, tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados».

(74) Véanse respectivamente las Sentencias del Tribunal Constitucional 28/1981, de 23 de julio; 8/1981, de 30 de marzo; 34/1981, de 10 de noviembre, y 81/1982, de 21 de diciembre.

(75) Vid. en este sentido STC 62/1982, de 15 de octubre; 66/1985, de 23 de mayo; 19/1998, de 16 de febrero, y 50/1995, de 23 de febrero.

(76) En el ámbito europeo también se ha

cuestionado la proporcionalidad de determinadas medidas a través de resoluciones del Tribunal Superior de Justicia, pero de manera muy parca. Por ejemplo, en el caso de la Comisión Europea frente a Grecia 68/88 ECR 2964, de 1989.

Y también en el caso Watson y Bellman, 118/75 ECR 1185, de 1976, se enjuicia el libre movimiento de personas, y se determina que la falta debe ser proporcional a la ofensa. En estas Sentencias se han señalado una serie de principios para determinar qué medidas se consideran proporcionales, y por tanto autorizadas por el Derecho Comunitario:

1. El remedio debe ser efectivo. Tiene que aportar una real solución.
2. La solución o remedio debe ser comparado al remedio disponible en la ley nacional teniendo en cuenta los derechos nacionales comparables.
3. El remedio tiene que ser proporcional. Y en el caso de los derechos de igualdad de trato, se exige un alto nivel de protección en todos los Estados miembros.

renciados), se limitan o restringen derechos de terceros (77). Éste será el caso, como veremos, de las medidas de *discriminaciones inversas*, ya que su articulación supone un perjuicio para terceros.

6. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS ACCIONES POSITIVAS Y LAS DISCRIMINACIONES INVERSAS

El estudio de las distintas clases de tratamientos diferenciados se plantea polémico desde el momento en el que no existe un acuerdo ni en la terminología utilizada, ni en su fundamento, ni en su articulación. Se habla de *acciones positivas* y medidas de *discriminación inversa* en ocasiones como diferentes figuras, y otras muchas como si se tratase de la misma, o incluso, se considera la *discriminación inversa* como una «especie» del «género» *acciones positivas* (78).

Pero, en realidad, deberían considerarse a las *acciones positivas* como un tipo de medidas distintas de la *discriminación inversa* (79). Esta distinción está justificada porque entendemos que las *acciones positivas* se fundamentan en la exigencia de igualdad, mientras que las *medidas de discriminación inversa* lo hacen en la prohibición de discriminación. Al distinguir ambas medidas nos encontramos con la posibilidad de afrontar desde dos frentes la lucha por la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, y la erradicación de la discriminación sexual: uno más tenue, el de las *acciones posi-*

(77) BARNES, J., «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, p. 39, donde se señala que «el principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinja su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si éste resulta a priori absolutamente inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir a todas luces otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar esos objetivos con igual grado de eficacia; o desproporcionado en sentido estricto, por generar patentemente más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego».

(78) Vid. REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., p. 85, señala que las *discriminaciones inversas* «son una variedad especí-

fica de acciones positivas, mas incisiva y eficaz, que adopta la forma de cuotas y tratos preferentes».

(79) En la distinción de esta diversa fundamentación, se han distinguido por ejemplo *acciones positivas* y *medidas de discriminación inversa*, comprendiendo las primeras como medidas exclusivamente del ámbito político. En este sentido vid. BACCHI, C. L., *The Politics of Affirmative Action. «Women», Equality and Category Politics*, cit., pp. 2 y ss., donde esta autora comprende que las *acciones positivas* es una categoría política que debe considerarse además un objetivo político. Para ello se basa en dos formas de argumentar: 1. analiza el concepto de *acciones positivas* analíticamente; 2. traspasa el planteamiento político a la realidad. La intención es así utilizar el concepto óptimo que se adapte, y hacer énfasis en la problemática. Determina así que: «the intention here is to highlight the malleability of concepts and hence to shift the focus from their "meaning", implying that there are set meaning, and the way politics figures in those contest. This shift, I suggest, has significant implications for those contest».

tivas, y otro más radical, eficaz o profundo, el de las *discriminaciones inversas*.

La confusión entre ambas medidas puede partir, entre otras razones, del hecho de que la de *discriminación inversa* es una terminología estadounidense, que en Europa se ha denominado *discriminación positiva*. La identificación entre ambas expresiones es general, incluso en los trabajos que estudian de forma más analítica estas expresiones (80). Este rechazo de la *discriminación inversa*, se plasma claramente en Estados Unidos, donde *Reverse discrimination*, es un término que se utiliza habitualmente para definir la *affirmation action* contraria al Ordenamiento jurídico (81).

Esto se acentúa porque en muchas ocasiones tanto la doctrina como los tribunales hablan indistintamente de *acciones positivas* y de *discriminación inversa* (o de discriminación positiva) (82). Incluso estas últimas se consideran una especie de las primeras, siendo precisamente esta identificación, la que ha creado gran confusión en torno a la distinción de las *acciones positivas* y *discriminaciones inversas*.

Además para potenciar esta distinción optamos en este estudio, por utilizar la expresión *discriminación inversa*, en vez de *discriminación positiva*, sobre todo por el hecho de que hablar de discriminación lleva aparejado necesariamente una concepción peyorativa, negativa de la misma. Con la *discriminación inversa* se beneficia a la mujer frente al hombre, creando un perjuicio negativo a éste, independientemente de que esté justificado. Por esta razón, hablar de *discriminaciones positivas* parece indicar una *contradictio in terminis*, la discriminación no podría ser positiva (83). La expresión *discriminación inversa* parece más adecuada teniendo en cuenta que lo que se pretende es un resultado inverso al que produce la discriminación, entendida en su sentido negativo. En este estudio el término «positivo» se reserva para las *acciones positivas*. De esta manera se evitan confusiones porque ambas figuras, *acciones positivas* y medidas de *discriminación inversa* tienen diferente contenido, ya que las *acciones positivas* son todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igual-

(80) Vid., BORGOGELLI, F., «La tipologia delle azioni positive», en *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive* (a cura di L. Gatti, y L. ZOPPOLI), Giappichelli, Torino, 1982, donde se refiere indistintamente a la «discriminazione positiva o alla rovescia», p. 83.

(81) Esta situación es criticada por diversos autores. Vid. entre otros GOLDMAN, A. H., en *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton University Press, Princeton, 1979, señala que es imprescindible en ocasiones hablar de reverse discrimination, porque en algunos casos será justificable, y así este término se diferenciará de otras prácticas menos agresivas, en p. 4.

(82) Vid. BARRÈRE UNZUETA, A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, cit., «La identificación entre ambas figuras (se refiere a discriminación inversa y discriminación positiva) es general, incluso en los estudios doctrinales que demuestran mayor preocupación analítica», p. 85.

Vid. también GONZALO GONZÁLEZ, B., «El principio de igualdad y la excepción de la "discriminación inversa"», *Relaciones Laborales*, n.º 12, 1996, p. 15.

(83) AÑON, M.ª J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, cit., pp. 45 y ss.

dad entre hombres y mujeres; y en cambio la *discriminación inversa* es el supuesto en el que dos sujetos o situaciones desiguales reciben un tratamiento distinto en el que se beneficia al peor situado, causando un perjuicio a terceros.

6.1. ¿Tienen el mismo fundamento ambas medidas?

Surge en este momento, la necesidad de analizar si las *discriminaciones inversas* y las *acciones positivas* poseen diferente fundamento. Ya hemos señalado que la distinción de estas figuras no es pacífica, y será diferente «según la cultura nacional, historia, o el contexto en el que se encuentre» (84).

Nosotros entendemos que son diferentes teniendo en cuenta que las *acciones positivas* se fundamentan en la exigencia de la igualdad y las *medidas de discriminación inversa* lo hacen en la prohibición de discriminación (85).

Las *acciones positivas* son legítimas y deben serlo si creemos que la igualdad es un derecho fundamental que puede prevalecer sobre otros derechos liberales clásicos que constituyen el fundamento de los Ordenamientos de los países europeos (86). En este sentido, diferenciaremos las *acciones positivas*, en primer lugar, como aquellas medidas que derivan de la igualdad. Frente a éstas, del derecho fundamental a no ser discriminado, surgirán las medidas de *discriminación inversa*. Son medidas que perjudican a terceros, por lo que quedarían mucho mejor fundamentadas con la exigencia de prohibición de discriminación y no únicamente a través de la exigencia de igualdad. El derecho fundamental a no ser discriminado nos dará el fundamento suficiente para articular *medidas de discriminación inversa*,

(84) CASQUERA CARDOSO, J., «Pour une compréhension de Droit Comparé. Action Positive», en *Sociologia del Diritto*, XXIII, n.º 2, 1996, p. 43.

(85) La mayor parte de la doctrina, no distingue la discriminación inversa de las *acciones positivas*. Esta corriente mayoritaria es defendida entre otros por VOGEL-POLSKY, E., *Las acciones positivas y los obstáculos constitucionales y legislativos que dificultan su realización en los Estados miembros del Consejo de Europa*, cit.; VILCHES ARRIBAS, M.^a J., «La acción positiva como instrumento para la igualdad de oportunidades», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n.º 6, 1995; BIANCA, I., *Un programa de Acción Positiva*, Presidencia del Consejo de Ministros-Comisión Nacional para la Igualdad entre Hombres y Mujeres, Madrid, 1995.

Sin embargo, otros autores distinguen entre estas dos medidas, aunque, sin especificar claramente si las *discriminaciones inversas* un género de medidas distintas a las *acciones positivas*. En esta posición minoritaria, se encuentra RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación inversa e igualdad», *El concepto de igualdad*, ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1994, p. 80; REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación positiva de mujeres», cit., pp. 323 y ss.; AÑON, M.^a J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, cit., pp. 45 y ss.; GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del Principio de Igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pp. 75-85.

(86) Vid. DE SIMONE, G., «A proposito di azioni positive. I Regole di eguaglianza delle azioni positive», *Ragion Pratica*, n.º 8, 1997/1998, pp. 87 y ss.

sobre todo porque para poder eliminar una histórica discriminación de las mujeres, necesitamos otra acción en la misma medida radical, incisiva, para ayudar a superarla.

Adviértase, que su fundamentación sea distinta no se traduce en que ambas medidas se contrapongan. En realidad, su relación no se plantea sino como una coordinación e incluso una subsidiariedad de las mismas, puesto que la finalidad que ambas buscan es favorecer la igualdad. Donde las *acciones positivas* no puedan erradicar las desigualdades o las discriminaciones, deberán articularse *medidas de discriminación inversa*.

Una *acción positiva* se constituye, por ejemplo, con la posibilidad de que las mujeres sin formación, reciban un curso de formación en un centro de Formación Profesional por ejemplo, que les pueda facilitar la búsqueda de un empleo. La formación que se les imparte es gratuita, financiada por ejemplo, por el Ministerio de Trabajo. Cualquier miembro del sexo masculino, puede acudir a un centro, incluso a este mismo, a recibir la misma formación que estas mujeres, sólo que a éstas, se les subvenciona la formación. Lo que se elimina por tanto es la posibilidad de que los hombres ejerzan estas facilidades o incentivos que se proponen a las mujeres, pero en ningún momento afecta a la posibilidad de que éstos puedan formarse, si así lo desean. Es decir, se facilita a las mujeres el ejercicio del derecho, pero no se elimina el ejercicio del mismo derecho a los hombres.

En cambio, las *discriminaciones inversas* adoptan como veremos, la forma de cuotas y tratos preferentes, tales como la atribución de puntos o calificaciones especiales a la hora de aspirar a una plaza de trabajo o un número de plazas mínimo reservado a las mujeres. Es decir, la distinción se halla en «la lesión producida a terceros no beneficiados por la medida» (87). Con la *discriminación inversa* se ven privados de un bien que les hubiese correspondido de no existir una cuota que reserva plazas a grupos tradicionalmente discriminados. En este caso sí se limita el ejercicio del derecho a los hombres.

Por ello, una medida de *discriminación inversa* perjudica a un determinado grupo social, para beneficiar a otro. Esto no significa que se considere que estas medidas no estén justificadas. Son medidas destinadas a erradicar la discriminación de la mujer y su invisibilidad en el marco laboral, político, social, económico..., etc.

En puridad, las *discriminaciones inversas* son una discriminación directa, pero suponen una ventaja tal para las mujeres que se justifica ese perjuicio. No debemos olvidar que la fórmula del Derecho antidiscriminatorio no se traduce en que los hombres sufra un perjuicio, sino en que las mujeres obtengan un beneficio.

(87) Vid. GIMÉNEZ GLUCK, D., «El control de Constitucionalidad de las cuotas basadas en la clase social», cit., p. 33.

6.2. ¿Es posible encontrar rasgos distintivos entre ambas medidas?

Independientemente de que tal y como hemos señalado, resulta complicado distinguir ambas figuras jurídicas, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, es cierto que se pueden encontrar rasgos que nos permiten llegar a un esclarecimiento de esta diferencia con el fin de posibilitar una instrumentalización jurídica de ambas medidas.

Intentaremos resumir las diferencias entre ambos tratamientos diferenciados:

1. En primer lugar, recordemos que la *discriminación* está caracterizada por la naturaleza generalmente odiosa del perjuicio social descalificatorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasi físico hasta afectar de manera injusta a la dignidad (88). De esta manera, este carácter de «perjudicial» también lo acarrearán las *discriminaciones inversas*, en el sentido que perjudican a unos para beneficiar a otros. Son «perniciosas» (89), independientemente de que este «perjuicio» sea objetivo, razonable y proporcional, es decir, esté justificado para conseguir la igualdad por razón de género. Así, su carácter diferenciador estriba en que provocan un daño directo en los miembros de grupos no beneficiados, como es el caso de los hombres. Pero, la gravedad de las situaciones de discriminación en las que se encuentran los perjudicados, explica la radicalidad de la *discriminación inversa*.

Las *acciones positivas*, no tienen ese carácter tan marcado de «perjudiciales», sino que su fin principal es favorecer a aquellos grupos que necesitan una ayuda «extra», sin perjudicar al resto de la sociedad que se encuentra en una situación similar (90). Por ejemplo, medidas en favor de la «participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social económico y cultural» que reconoce el artículo 48 de nuestra Constitución, no implican un perjuicio a los miembros de otras edades. Por tanto, podemos entender por *acciones positivas* todas aquellas medidas de impulso y promoción de individuos o grupos determinados, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho, con independencia de que también

(88) Vid. SUNSTEIN, C., «The civil rights fallacies», *California Law Review*, 79, 1991, p. 752: «The theory of civil rights law has often identified "discrimination" with prejudice, and defined an act as discriminatory when it is caused by prejudice».

(89) Vid. WASSERSTROM, R., «Racism, sexism and preferential treatment: an approach to the topics», cit., p. 617: «The racial quotas and practices of racial exclusion that were an integral part of the fabric of our culture were pernicious».

(90) En este sentido vid. BARBERA, M., «La nozione di discriminazione», *Le nuove*

leggi civili commentate, XVII, n.º 1, 1994, p. 54, señala que «le azioni positive a favore delle donne non sono qualificabili come discriminazioni perché l'impatto sfavorevole che esse possono avere su individui appartenenti al genere tradizionalmente "vincente" non è sintomo né effetto di uno stigma sociale, non è frutto della struttura di potere sessuato che informa la sfera pubblica e la sfera privata nelle quali i singoli agiscono, ma è il risultato (in qualche caso eventuale, in qualche altro inevitabile) di una politica di ridistribuzione delle opportunità di vita ai due sessi».

en estos grupos se incluya a las mujeres. En la lucha por la igualdad sexual hay mucho por hacer, desde el marco de las *acciones positivas* se puede promover la igualdad y desde las *discriminaciones inversas* erradicar la discriminación.

2. Las *discriminaciones inversas* están previstas para supuestos muy particulares de discriminación, la racial, la sexual y la derivada de alguna discapacidad física o psíquica (91). Son discriminaciones caracterizadas porque necesitan ser transparentes e inmodificables y se destinan a individuos que son calificados por la sociedad de forma negativa, marginal, o incluso estigmatizadora. Es decir, quienes las sufren son reconocidos fácilmente y no pueden eliminar la característica que les discrimina, el sexo, el color de su piel o su discapacidad (92), aunque en la mayoría de las ocasiones, las discriminaciones no deben atribuirse tanto a cuestiones biológicas (raza o sexo) como «históricas o de experiencia política» (93). Las *discriminaciones inversas*, son medidas destinadas a paliar una discriminación perdurable y difícilmente eliminable por otros medios. Por ello, ese perjuicio a algunos para beneficiar a otros que la caracteriza, tiene su fundamento en el hecho de que entre otros objetivos estas medidas se encaminan a modificar situaciones históricas de discriminación (94), por ello se trata de una figura jurídica y moralmente muy discutida. En este contexto, los conceptos de discriminación y desventaja están íntimamente unidos (95).

En cambio las *acciones positivas* pueden incluir a estos grupos con especiales problemas de marginación o discriminación, pero también a otros colectivos que no pueden ejercer plenamente sus derechos, como por ejemplo los enfermos, los niños, o que carecen de recursos para hacerlo, como

(91) PAREKH, B., «A case for positive Discrimination», *Discrimination: The Limits of Law*, HEPPLE, B., y SZYSZCZAK, E. M. (eds.), Mansell, London, 1992, p. 261, donde señala que «they include such groups as blacks, the ethnic minorities, the indigenous population, the poor the underclass, the long-term unemployed who have become virtually unemployable, large sections of the working classes, the untouchables and the tribal communities. With some qualifications, women too belong to this category».

(92) Vid. en este sentido, AA.VV., «Sobre la accesibilidad universales el Derecho», *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, n.º 42, Dykinson, Madrid, 2007.

(93) BACCHI, C. L., *The Politics of Affirmative Action*, cit., p. 3: se señala que estas categorías, «are also constructs, reflecting specific combinations of historical and political experience».

(94) En este sentido CASQUEIRA CARDOSO, J., «Pour une compréhension de Droit Comparé. Action Positive», *Sociologia del Diritto*,

XXIII, n.º 2, 1996, p. 43, ha señalado que «on entend communément l'action positive comme consistant en des mesures visant à la réalisation de deux objectifs: l'un est le rattrapage du retard accumulé par les populations discriminées en mettant en oeuvre en leur faveur des mesures d'exception; l'autre la prévention des discriminations en identifiant puis modifiant les situations qui engendrent ou pérennisent les inégalités».

(95) Vid., TOWNSHEND-SMITH, R., *Discrimination Law*, cit., p. 73: «The concepts of discrimination and disadvantage are intimately linked with concepts of equality».

Vid. también, LACEY, N., «Legislation against sex discrimination: questions from a feminist perspective», 14 JLS, 411, p. 413: «no concept of discrimination which is based exclusively on formal equality can take proper account of aspects of women's different position resulting from prior discrimination and disadvantage in spheres which fall outside the relatively limited ambit of the legislation».

los inmigrantes ilegales, o los que se encuentran en una situación de pobreza (96).

3. Las *discriminaciones inversas* son necesarias en contextos de «especial escasez», como por ejemplo en puestos de trabajo, plazas educativas, listas electorales, etc. Son esferas en las que las mujeres suelen estar infra-representadas (97). Lo que significa que el beneficio a ciertas personas tenga como forzosa contrapartida un claro y visible perjuicio a otras. Las *discriminaciones inversas* tienen lugar en aquellas situaciones donde es imprescindible eliminar las consecuencias desfavorables que derivan de la existencia de diferencias de hecho. Es decir, en determinadas circunstancias la paridad de trato que se obtiene con las *acciones positivas*, no resuelve la discriminación. Resulta en estos casos imprescindible no únicamente diferenciar, sino incluso, llegar a una discriminación en favor de las mujeres. A éstas hay que facilitarles el acceso a derechos, que de otra manera no podrían ejercer. Así podríamos entender que la *discriminación inversa* es en consecuencia, una desviación cualificada de la igualdad de la mujer (98).

4. También se ha afirmado que las *medidas de discriminación inversa* se diferencian de las *acciones positivas*, porque las primeras suelen articularse a través de cuotas (quotas), mientras las segundas lo hacen a través de objetivos (goals). El *objetivo* consiste en fijarse unas metas flexibles, mientras que las *cuotas* requieren un porcentaje fijado previamente, de reservas de puestos. Esta distinción entre cuota y objetivo, tiene su origen en la doctrina norteamericana (99). Ya hemos señalado que en Estados Unidos, no se acepta la *discriminación inversa* (reverse discrimination), por considerarse inconstitucional, y sí en cambio las *acciones positivas* (100). Es por ello, que se suele entender que la *cuota* es implacable, mientras que el *objetivo* permite una modelación, por lo que se salva más fácilmente de

(96) Vid. RUIZ MIGUEL, A., «La discriminación inversa y el caso Kalanke», *Doxa*, n.º 19, 1996, p. 126, señala: «dos requisitos fundamentales pueden servir para diferenciar la *discriminación inversa* del resto de las medidas de acción positiva: la atribución de una preferencia por determinados rasgos y la existencia de una particular escasez de recursos».

(97) Vid. FREDMAN, S., «Reversing discrimination», *cit.*, p. 575: «its aims range from providing a specific remedy for individual discrimination to the more general purpose of increasing the participation of groups which are visibly under-represented in important public spheres».

(98) BALLESTRERO, M. V., «I diritti delle donne», *Politica del Diritto*, 1990, p. 129.

(99) WASSERSTROM, R., «Racism, sexism and preferential treatment: an approach to

the topes», *cit.*, p. 615, señala que las cuotas raciales que forman parte de los programas contemporáneos de *acción afirmativa*, son justos y aconsejables aunque en ocasiones incluso estén equivocados.

(100) EVAN GOLD, M., *An introduction to the law of employment discrimination*, *cit.*, p. 15: «Affirmative action refers to actions that are aimed at increasing the numbers of women and people of color in a work force»; y explica cómo la Corte Suprema de los EE.UU. ha señalado algunos rasgos en torno a las *acciones positivas*, tales como: que están basadas en un plan; que están encaminadas a corregir un desventaja, ya sea racial, sexual; que están destinadas a proteger los intereses de determinados grupos raciales, sexuales; y que finalizan cuando se ha alcanzado la meta.

su catalogación como inconstitucional, ya que se presupone en éstos ciertos beneficios (101). Se ha señalado en este sentido, que «la diferencia entre las cuotas y los objetivos, está en que las primeras obligan a su cumplimiento y los segundos no» (102). Pero esto no es del todo cierta esta afirmación, porque los objetivos, pueden ser concretos, y por tanto requieren un cumplimiento determinado.

Esta distinción a pesar de utilizarse en nuestro marco jurídico, no tiene mucho sentido en el contexto español, donde no se niega la posibilidad de articular *medidas de discriminación inversa*. De hecho la Ley 3/2007 de 22 de marzo de igualdad efectiva entre hombres y mujeres configura a obligatoriedad de que tanto en las listas electorales como en los consejos de administración de las empresas haya una representación mínima de mujeres. Se potencia así la visibilidad de la mujer en lo público.

Además las consecuencias finales que se obtienen con los *objetivos*, no son significativamente distintos de las *cuotas*, en cuanto que ambos se refieren al porcentaje de miembros de diversos grupos presente en el ámbito de trabajos particulares, o de una determinada parte de la fuerza de trabajo, o en un determinado programa de formación (103).

En realidad esta distinción se puede declarar como inoportuna. Hablar de *cuotas* y *objetivos* para determinar la distinción entre las *discriminaciones inversas* y las *acciones positivas* crea más desventajas que ventajas. Esto es así, porque no sólo es imprescindible una reserva de plazas, por ejemplo, a mujeres en una lista electoral, sino que además hay que tener en cuenta la ordenación que se hace en dicha lista. De nada sirve una reserva de cuotas a mujeres en una lista si a éstas se las ubica en los últimos puestos, de tal manera que nunca serán electas. Esta exigencia es lo que se denomina *democracia paritaria* (104).

5. A esta dificultad de diferenciar entre cuotas y objetivos, se une el hecho de que gran parte de la doctrina (105) distingue entre las llamadas cuotas rígidas, que son las tradicionales reservas de plazas, y *cuotas flexi-*

(101) Vid., GOLDMAN, A. H., en *Justice and Reverse Discrimination*, cit., pp. 211-212.

(102) BARBERA, M., «Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparative del caso nordamericano», *Rivista Giuridica del Lavoro*, XXV, n.º 12, 1984, p. 302, donde señala que la distinción entre cuotas y objetivos: «ossia tra i sistemi di riserve di posti a favore dei membri dei gruppi svantaggiati, ed altre tecniche, nelle quali la razza o il sesso del candidato sia valutato come un plus rispetto agli attori da prendere in considerazione».

(103) ROSENFELD, M., *Affirmative Action and Justice*, cit., donde añade que «In the

context of affirmative action, many believe that goals are good, but quotas bad», en p. 45.

(104) Vid. en este sentido ARANDA ÁLVAREZ, E., «Cuota de mujeres y régimen electoral», *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, n.º 19, Instituto de derechos humanos «Bartolomé de las Casas», Dykinson, 2001, pp. 78 y ss.

(105) Vid. RODRÍGUEZ PINERO, M., «Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marshall del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Relaciones Laborales*, n.º 13, julio, p. 2.

bles, que también implica reserva de plazas pero sometidas al cumplimiento de unos determinados requisitos. Se ha entendido que las primeras se utilizan en las *medidas de discriminación inversa* mientras que las segundas en las *acciones positivas*.

Las *cuotas rígidas* tratan de corregir la discriminación fijando una cantidad dada del bien en cuestión, como por ejemplo un número de plazas de universidad, un porcentaje de cargos públicos, listas electorales, consejos de administración..., etc., que se reserva para las mujeres. Esta reserva se produce de forma automática, sin tener en cuenta otros factores como el mérito o la capacidad de otros individuos que aspiran a ese bien en cuestión. Como hemos señalado, se vinculan con las medidas de *discriminación inversa* y son muy criticadas, a pesar de que las cuotas en ocasiones son la única posibilidad de romper el techo de cristal que dificulta que la mujer forme parte de la inmensa mayoría de los centros de decisión.

Las *cuotas flexibles*, por el contrario sí tienen en cuenta los méritos y la capacidad. Es por esta razón, al exigirse más requisitos, evitan perjudicar en mayor medida a terceros, por lo que han vinculado estas *cuotas flexibles* con las *acciones positivas*. Con independencia de que en caso de igualdad de condiciones, se opte por el grupo más desfavorecido, o infrarrepresentado, como son las mujeres, en las *cuotas flexibles* se exigen unos requisitos previos para esta elección. Éstos normalmente suelen ser, por un lado, la comprobación de la infrarrepresentación del grupo y, por otro, como hemos señalado, un mínimo de méritos y capacidades.

A pesar de que en ocasiones un sistema de cuotas es el único medio posible de superar la discriminación, porque tal y como señala DWORKIN «no hemos tenido éxito en reformar la conciencia racial de nuestra sociedad por medios raciales neutros» (106), esto no obsta para que no se critiquen estas medidas. En mayor medida las críticas se centrarán en las *medidas de discriminación inversa*, que en las *acciones positivas*, ya que las primeras puede olvidarse del mérito y la capacidad, a pesar de que son imprescindibles para que se anule la consideración de «ser mujer» como algo negativo para acceder a puestos o cargos públicos.

6. Las medidas de *discriminación inversa* tienen como finalidad compensar desigualdades, erradicar discriminaciones, por lo que como señalamos se vinculan con la prohibición de discriminación. Por el contrario, las *acciones positivas* pretenden promover la igualdad, se unen a la exigencia de igualdad, no a la prohibición de discriminación.

La *compensación* se ha entendido como la justificación con más argumento para materializar las *discriminaciones inversas*, teniendo en cuenta que hay que resarcir (107) a los miembros de un grupo tradicionalmente

(106) DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, p. 295.

(107) El problema es que este planteamiento de «resarcimiento», se une directamente con la posibilidad de que el resto de

discriminado para que se equiparen con el resto de la sociedad (108). La sociedad actual sufre la desventaja ocasionada por las anteriores generaciones (109).

Por el contrario, las *acciones positivas* no tienen esta finalidad, ya que promueven la exigencia de igualdad en el presente, no centrándose tanto en erradicar desigualdades o discriminaciones del pasado.

Pero el término «compensación» conlleva mucha carga emotiva e incluso negativa, por lo que quizás es más acertado promover la igualdad en el presente que erradicar las discriminaciones del pasado (110), con independencia de que lo hagamos a través de *acciones positivas* o de *discriminaciones inversas*. De esta manera hay que tener en cuenta que:

a) La «compensación» implica restaurar una situación de igualdad. Es decir, se supone que con anterioridad a que surgiera la desigualdad todas las partes se encontraban en situación de igualdad. Lo cual, como es evidente, es difícilmente trasladable a situaciones de desigualdad sexual. Es decir, hay determinadas situaciones de desigualdad que no tienen su origen primario en la igualdad sino muy al contrario, nunca ha existido igualdad entre hombres y mujeres, de tal manera que difícilmente puede compensarse algo utilizando un baremo que no existió con anterioridad.

b) Por otro lado, en segundo lugar, al hablar de compensación se debe tener en cuenta que implica una «usurpación» de una parte a otra. Lo cual se traduce en algo negativo o rechazable *a priori*, si no existe una justificación muy rigurosa.

En definitiva, el definir los tratamientos diferenciados en términos de promoción o de compensación supone contemplar la igualdad de manera diversa, cuando en realidad la finalidad es la misma, conseguir la igualdad sexual y erradicar discriminaciones presentes.

los miembros de la sociedad que no pertenecen a esos grupos tradicionalmente discriminados posean un sentimiento de «culpabilidad». En este sentido, *vid.* SULLIVAN, K., «Sings of discrimination: last term's affirmative action cases», *Harvard Law Review*, n.º 100, 1986, pp. 95: «As a practical matter, it subjects affirmative action plans to potentially protracted litigation over the "factual predicate" for adopting them: how much past discrimination is enough? And having to ask that question may deter implementation of voluntary affirmative action at all. To admit guilt for past discrimination is against employers and unions' self-interest, and indeed, may invite race discrimination lawsuits by non-whites...».

(108) *Vid.* MULLEN, T., «Affirmative

Action», en AA.VV., *The Legal Relevance of Gender*, p. 246.

(109) *Vid.* PITT, G., «Can reverse discrimination be justified?», en HEPPLE, B., y SZYZCZAK, E. (eds.), *Discrimination: The Limits of Law*, London, 1992, p. 199: «Even if present generations do continue to suffer disadvantage, the position is not really redressed by reverse discrimination, which benefits only some members of the group, who are likely to be those who have suffered least from the effects of past discrimination».

(110) ROSENFELD, M., *Affirmative Action and Justice: a philosophical and constitutional inquiry*, Yale, University Press, New Haven, London, cop. 1991, pp. 30 y ss.

7. Las *discriminaciones inversas* deben cumplir unos requisitos en cuanto a la forma de su instrumentalización jurídica (111). Mientras que las *acciones positivas* son deberes impuestos a los poderes públicos o incluso a los particulares no necesariamente por vía legislativa; las medidas de *discriminación inversa*, son articuladas necesariamente por el legislador. Y al tratarse la prohibición de discriminación, de una materia que atañe a la titularidad de los derechos fundamentales, necesita las garantías que ofrece la ley orgánica. Si no se cumple este requisito a posteriori las *medidas de discriminación inversas* podrían declararse inconstitucionales.

8. La medida de *discriminación inversa* deberá ser «comprobada». Es decir, deberá ratificarse la necesidad de su articulación, por ejemplo, a través de una estadística se constata la discriminación que sufren en ese momento las mujeres, o la infrarrepresentación de las mismas en puestos públicos, o la imposibilidad de conciliar la vida laboral o familiar, o el acoso laboral que sufren..., etc. La estadística deberá emplear un medio de comparación que sea objetivo, y el más adecuado al caso en concreto. Las medidas sólo vendrán justificadas si existen efectivamente las circunstancias sociales discriminatorias.

En cambio las *acciones positivas* para su articulación, no exigen esa comprobación tan estricta, porque no dañan derechos de terceros de forma tan directa.

Como conclusión, podemos señalar que lo que resulta del todo punto imprescindible es que la lucha por la igualdad sexual debería considerarse una necesidad prioritaria y una obligación de los gobiernos y de sus políticas públicas, entre las que necesariamente tienen que tener cabida tanto las *acciones positivas* como las *discriminaciones inversas* para poder luchar contra la discriminación por razón de género en todas sus manifestaciones.

(111) RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación inversa e igualdad», cit., p. 80.