

BIBLIOTECA TEMÁTICA DIGITAL

BASE LEGAL DE LA ACCIÓN POSITIVA



EMAKUNDE

EMAKUMEAREN EUSKAL ERAKUNDEA
INSTITUTO VASCO DE LA MUJER

Cofinanciado por:



EUROPAR BATASUNA
UNIÓN EUROPEA
Europako Gizarte Fonda
Fondo Social Europeo

Erakunde Autonomiak

Organismo Autónomo

EUSKO JAURLARITZA



GOBIERNO VASCO

INDICE

1. Antecedentes y Delimitación de Conceptos:

A. Antecedentes

1. **Érase Una Vez En América o Los Orígenes de la Acción Positiva**

M^a Ángeles Barrère, Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco en San Sebastián, analiza los orígenes y posterior evolución del Derecho Antidiscriminatorio, en general, y de *la affirmative action*, en particular, en el marco de la tradición jurídica estadounidense.

B. Delimitación de Conceptos (Teoría y Ejemplos de Aplicación Práctica)

2. **Dimes y Diretes de la Discriminación por Razón de Sexo**

Teresa Pérez del Río, profesora titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cádiz, disecciona los conceptos que, relacionados con el derecho fundamental a la *igualdad de trato* y la *prohibición de discriminación por razón de sexo*, resultan más polémicos a su juicio. Aclara el alcance de términos de nuevo cuño, tales como "discriminación directa" o "indirecta", "acción positiva" o "protectora" y "discriminación positiva".

3. **Acción Positiva y Discriminación Inversa: Delimitación**

Fernando Rey Martínez, Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid, delimita los conceptos de acción positiva y discriminación inversa y señala las diferencias existentes entre ambos.

4. **Qué Entendemos por Discriminación**

M^a Ángeles Barrère revisa el concepto genérico de discriminación y define los distintos tipos en que puede dividirse siguiendo un esquema binómico. Destaca en su análisis la discriminación inversa, más conocida en el ámbito europeo como discriminación positiva.

5. **Acciones Positivas Moderadas: Todos Ganan**

David Giménez Gluck, becario de investigación de la Universidad de Valencia, examina los conceptos de "acción positiva moderada" y "acción protectora" a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y analiza el encaje de ambas figuras en el marco de la Constitución Española.

6. **Glosario: Base Legal de la Acción Positiva**

Relación y significado de los principales términos en el tema de la Acción Positiva.

2. Justificación Jurídica de la Acción Positiva:

A. Normativa en que se Funda la Acción Positiva

7. **Textos Legales Relativos a la Acción Positiva**

Relación de textos legales referentes a la delimitación jurídica de las medidas y políticas de acción positiva.

B. Jurisprudencia Básica

8. **Relación de Sentencias Relativas a la Acción Positiva**

Relación de las Sentencias más significativas relativas a la delimitación jurídica de la Acción Positiva pronunciadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Constitucional español.

C.1. Ámbito Internacional

9. El Reconocimiento Internacional de los Derechos de las Mujeres

Felipe Gómez Isa repasa las distintas etapas por las que han pasado los derechos de las mujeres en el ámbito internacional. Hace especial mención del proceso de elaboración de un Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979, dirigido a reforzar los mecanismos existentes de protección de los derechos de las mujeres a nivel internacional.

10. Las Medidas de Acción Afirmativa: Igualdad, ¿una Realidad para las Mujeres?

Puntos más relevantes del Informe de la sesión que el IWRAW celebró en Nueva York en 1997. Dicho Informe (1) examina el artículo 4 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres (CEDAW), (2) señala la diferencia entre Igualdad Formal e Igualdad Sustantiva, (3) presenta una justificación teórica de las medidas de acción afirmativa.

C.2. Ámbito de la Unión Europea

11. Las Bases Jurídicas de la Acción Positiva

Teresa Pérez del Río, profesora titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cádiz, analiza las bases jurídicas de la acción positiva en los ámbitos internacional y comunitario, refiriendo un listado de la normativa más relevante.

12. El Tratado de Amsterdam y Las Cuatro Reglas de la Acción Positiva

Javier Balza Aguilera, Abogado y actual Consejero de Interior del Gobierno Vasco, examina el concepto de acción positiva tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam (1997) y establece las que, a su juicio, constituyen las cuatro reglas básicas para comprender su encaje en el ordenamiento jurídico.

13. La Directiva 76/207 y el Principio de Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres

María Isabel Rofes i Pujol, Letrada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hace una breve exposición de la evolución del principio de igualdad de trato y la igualdad de oportunidades en el mercado laboral entre hombres y mujeres. Analiza la Directiva 76/207 que recoge dichos principios y repasa en la controversia suscitada por el sistema de acción positiva.

14. La Sentencia Kalanke

María Isabel Rofes i Pujol, letrada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, apunta los principios en los que se basó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la controvertida Sentencia Kalanke. También señala las reacciones que produjo la citada Sentencia tanto en organismos oficiales como para diversos autores.

15. Kalanke-Marschall: Dos Caras de la Misma Moneda

Miguel Rodríguez Piñero, Presidente emérito del Tribunal Constitucional español y Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Huelva, analiza la interpretación que la Comisión Europea da de la controvertida Sentencia Kalanke y la plasmación que esas tesis han encontrado en la Sentencia Marschall.

16. Claves de la Sentencia Marschall

María Ángeles Martín Vida, Doctora en Derecho y experta en temas de igualdad en el sistema constitucional español, evidencia la falta de definición del criterio de infrarrepresentación de que, a su juicio, adolecen tanto la Sentencia Marschall (C-409/95) como su predecesora, la Sentencia Kalanke (C-450/93).

17. Sentencia Marschall: ¿Una Solución Completa?

Amparo Ballester Pastor, profesora titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Valencia, realiza una breve síntesis de las que, a su juicio, constituyen las asignaturas pendientes de la conocida como doctrina Marschall (C-409/95).

18. Greens Go Home o Los Problemas de Importar el Derecho Norteamericano en Materia de Igualdad

José García Añón, profesor titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, analiza, a través de las Sentencias Kalanke y Marschall, los problemas que la adopción "indiscriminada" del Derecho Antidiscriminatorio

Norteamericano ha generado en la interpretación y aplicación del Derecho Europeo actual en materia de igualdad y de políticas de acción afirmativa.

C.3. **Ámbito Estatal**

19. **La Acción Positiva en España**

Teresa Pérez del Río, profesora titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cádiz, analiza las bases jurídicas de la acción positiva en España y examina, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el encaje de la acción y la discriminación positiva en el marco constitucional.

20. **El Marco Constitucional de las Acciones Positivas y las Discriminaciones Inversas**

Fernando Rey Martínez apunta las condiciones necesarias para la legitimidad de la discriminación inversa y pone de manifiesto la escasez de mecanismos para el fomento de la igualdad en España, así como la reticencia del ordenamiento jurídico español a adoptar medidas de acción positiva.

21. **La Discriminación Proscrita**

David Giménez Gluck, becario de investigación de la Universidad de Valencia, examina la modalidad de discriminación inversa que no supera el escrutinio de constitucionalidad: la que él denomina "discriminación inversa en estado puro". Tras un breve repaso del tratamiento que este tipo de discriminación recibe en el Derecho Comunitario, se centra en el análisis de la única sentencia que el Tribunal Constitucional Español ha emitido en la materia.

22. **La Buena Discriminación Inversa**

David Giménez Gluck, becario de investigación de la Universidad de Valencia, examina la modalidad de discriminación inversa que a su juicio resulta constitucionalmente admisible: la "discriminación inversa racionalizada". Analiza los distintos argumentos que desde la doctrina se han esgrimido para justificar los planes de discriminación inversa y la posible incompatibilidad que la adopción de estas medidas plantea con relación al criterio del mérito.

23. **Consecuencias de la Solución Marschall**

Amparo Ballester Pastor, profesora titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Valencia, analiza las consecuencias que la solución dada por el TJCE en el caso Marschall ha tenido en la normativa legal y convencional española sobre acción afirmativa, tanto con relación al colectivo de mujeres como a otros colectivos en situación de marginación laboral.

24. **El Ordenamiento Jurídico Español: Un toque de Distinción**

Javier Balza Aguilera, abogado y actual Consejero de Interior del Gobierno Vasco, repasa los antecedentes de la acción positiva en la tradición jurídica española y el tratamiento que ésta recibe en el seno de la Constitución Española de 1978. Así mismo, realiza una breve referencia al ordenamiento vasco.

C.4. **Ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi**

25. **Evaluación de los Planes de Acción Positiva en el País Vasco**

Ana Alberdi, Responsable de Estudios, Planificación y Documentación de Emakunde, y Maite Erro, del Departamento de Psicología Social de la Universidad del País Vasco, describen los Planes de Acción Positiva que se han llevado a cabo en el País Vasco, así como la metodología utilizada para la evaluación de dichos planes.

3. **Enfoques:**

A. **Perspectivas de Diversos Autores y Autoras**

26. **Contra las Políticas de Acción Positiva: ¿Seguro?**

Fernando Rey Martínez, Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid, expone los argumentos más comunes que se dan en contra de las políticas de acción positiva y, en especial, de los sistemas de cuotas. El autor también señala los puntos débiles de tales argumentos llegando a la conclusión de que dichas políticas son legítimas desde el punto de vista del Derecho Constitucional.

27. ¿Discriminación o Subordinación?

M^a Ángeles Barrère, Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, propone el reconocimiento por el Derecho del principio de no subordinación, al entender que, de este modo, la denuncia y capacidad correctora, a través de la acción positiva, de situaciones discriminatorias difusas, no imputables a comportamientos concretos, sería más eficaz.

28. La Trampa de la Igualdad

Eliane Vogel-Polsky, experta del Consejo de Europa y de la Comisión Europea y profesora en la Universidad Libre de Bruselas, advierte acerca de la incorrecta fundamentación jurídica de las acciones positivas y propone un doble enfoque del principio de igualdad, que combine el derecho individual de la persona con la dimensión colectiva de género, permitiendo, de esta manera, superar el círculo vicioso en el que, a su juicio, se hallan inmersas estas políticas.

29. Injusticia de Género: Más Allá de la Discriminación

Iris Marion Young, Profesora de Ciencias Políticas de la Universidad de Chicago, expone las limitaciones del término discriminación para referirse a la injusticia racial o sexual. Considera que la justificación de las políticas de acción afirmativa se halla en su poder para socavar la opresión que viene determinada por el legado cultural, los prejuicios, hábitos y conductas que privilegian a los hombres blancos heterosexuales y excluyen a otros grupos sociales. La autora señala que el debate actual sobre la acción afirmativa se limita al marco distributivo de justicia sin examinar los presupuestos de la organización institucional actual: (1) la justicia de la división jerárquica del trabajo y (2) el principio del mérito.

30. Las Mujeres después de Maastrich y Amsterdam

M^a José Aubet, miembro de la Asociación de Mujeres Divergentes, plantea los problemas que acarrea la convergencia económica de los países de la UE para las mujeres. También señala algunos aspectos negativos de las medidas de acción positiva así como del sistema capitalista actual.

4. Aproximación de Derecho Comparado:

A. Base Legal y Medidas Concretas Adoptadas por otros Países

31. Italia: La Acción Positiva y los Derechos Fundamentales

María Vittoria Ballestrero, Profesora de Derecho del Trabajo en la Universidad de Génova, analiza el ámbito de la acción positiva y su relación con los Derechos Humanos al hilo de la reciente sentencia (nº 422/1995) del Tribunal Constitucional italiano, que declara la ilegitimidad de las cuotas por razón de sexo en las listas electorales.

32. La Acción Positiva en Europa

Teresa Pérez del Río, profesora de Derecho del Trabajo en la Universidad de Cádiz, realiza un breve análisis de los resultados del estudio sobre las reglamentaciones nacionales de los Estados miembros en materia de acción positiva que la Comisión Europea publicó en el año 95.

33. Evaluación de las Medidas de Acción Positiva en los Planes Nacionales de Empleo de 11 Países Europeos

Evaluación, desde la perspectiva de las mujeres, de las medidas de acción positiva que se proponen en los Planes de Acción Nacionales de Empleo de 11 países europeos: Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, España, Suecia y Reino Unido.

34. El Compromiso de los Poderes Públicos con la Acción Positiva: EE.UU. y Europa

David Giménez Gluck, sitúa a los poderes públicos como actores principales en la elaboración y puesta en práctica de las políticas de acción positiva. Para ello, examina la repercusión y la promoción que han tenido este tipo de políticas en Estados Unidos y en Europa.

35. El Compromiso de los Poderes Públicos con la Acción Positiva: España

David Giménez Gluck, sitúa los Poderes Públicos como actores principales en la elaboración y puesta en práctica de las políticas de acción positiva. Para ello, examina las vías mediante las que los Poderes Públicos españoles han promovido este tipo de medidas.

36. La Acción Positiva de Origen Privado

David Giménez Gluck analiza la adopción de la acción positiva por parte de la esfera privada (partidos políticos y empresarios), tanto en Estados Unidos como en Europa, y, más concretamente, en España.

B. Algunos Datos

37. Ranking de Países con Mayor Participación Femenina en el Parlamento

Datos de los 11 países que, en una clasificación mundial de 177, ocupan los primeros puestos en cuanto a presencia y participación femenina en el Congreso y el Senado, de acuerdo con la información facilitada por los Parlamentos nacionales respectivos.

38. La Representación de las Mujeres en el Parlamento Europeo

Clasificación de países europeos en orden descendente según el porcentaje de mujeres que ocupan escaños en el Parlamento Europeo, de acuerdo con los datos facilitados por el propio Parlamento Europeo tomando como referencia las elecciones de Junio de 1999.

39. Las Mujeres en la Estrategia Europea de Empleo

Datos sobre la evolución del empleo femenino en la Unión Europea.

40. Las Mujeres en la CAE: Datos

Datos referentes a la situación de las mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi: tasas de actividad, de ocupación y de paro, así como representación femenina en el Parlamento Vasco.

5. Un Paso más hacia la Igualdad: la Transversalidad:

A. Concepto y Justificación Jurídica

41. Mainstreaming (Transversalidad): Estrategia de Integración

Olöf Olafsdottir aclara el concepto de "normalización de géneros". Por su parte, Soledad Blanco Mangudo, Representante de la Dirección General V de la Comisión Europea, repasa la legislación comunitaria en materia de políticas de igualdad. Define también el concepto de "transversalidad" o *mainstreaming* y destaca la necesidad de una aplicación real de esta estrategia de integración, algo que ya ha empezado en las propias labores de la Comisión.

42. La Estrategia de Transversalidad: Definiciones

La Universidad de Edimburgo (Escocia) elaboró un informe en 1998 sobre la transversalidad de la igualdad de oportunidades o *mainstreaming*. En la primera parte de este informe se recogen las principales definiciones y características de la transversalidad así como los requisitos previos que deben darse para facilitar la integración de esta estrategia.

B. ¿Sustituto o Complemento de la Acción Positiva?: Doble Estrategia

43. El Enfoque Dual de las Políticas Comunitarias

Miguel Rodríguez Piñero, Presidente Emérito del Tribunal Constitucional, señala el nuevo enfoque "constitucional" que se ha dado al tema de la igualdad durante los

últimos treinta años, dibujando el marco general de este principio. Además, explica en qué consiste la transversalidad de la igualdad de género así como las áreas críticas de interés de este instrumento, áreas cuyo núcleo se aprecia en las políticas de la Unión Europea.

44. Maquinaria Política de Igualdad y Transversalidad de Género

La Universidad de Edimburgo (Escocia) recoge en su informe sobre la transversalidad (mainstreaming) las diferencias existentes entre esta estrategia y las políticas específicas de igualdad. También señala los argumentos más comunes que se esgrimen a la hora de apoyar la transversalidad de género y los mecanismos políticos que la complementan.

ANTECEDENTES Y DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

1. Érase Una Vez En América o Los Orígenes de la Acción Positiva

M^a Ángeles Barrère, Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco en San Sebastián, analiza los orígenes y posterior evolución del Derecho Antidiscriminatorio, en general, y de *la affirmative action*, en particular, en el marco de la tradición jurídica estadounidense.

Barrère sitúa el nacimiento de lo que hoy en día conocemos por "Derecho Antidiscriminatorio" en los Estados Unidos, tras el final de la II Guerra Mundial. Profundamente ligado a las reivindicaciones defendidas por la población de color, el derecho antidiscriminatorio obedece, desde su origen, a las particularidades sociales, jurídicas y políticas de dicho país. En los años sesenta las políticas de igualdad trascenderán la esfera de lo estrictamente racial, para incluir consideraciones de sexo, religión y origen nacional, y, con el tiempo, acabarán dando cobertura a factores de edad, orientación sexual, discapacidad, *status* marital y riqueza.

Orígenes del Derecho Antidiscriminatorio

El origen remoto de la política antidiscriminatoria se sitúa en los poderes que ostenta el **Presidente de los Estados Unidos** como cabeza del Ejecutivo (con su consiguiente sometimiento a los vaivenes políticos).

Ej. *Executive Order* nº 11.246 (1965) dictada por L.B. Johnson, destinada a eliminar la discriminación de las minorías raciales en los contratos firmados por la Administración. (Después se enmendaría para incluir también la discriminación sexual e instrucciones más concretas para la aplicación de planes por las empresas).

Más allá de su dimensión política, el Derecho Antidiscriminatorio encuentra su **fundamentación jurídica** en los siguientes textos legales:

La **Civil Rights Act of 1964**, que abogaba por la generalización del derecho al sufragio activo y combatía la segregación racial. No contemplaba expresamente la cuestión del sexo más que en lo concerniente al empleo.

La **Equal Employment Opportunity Act of 1972** que vino a cubrir el vacío relativo a minorías y mujeres dejado por la normativa precedente en materia de empleo.

La **Civil Rights Act of 1991**.

La **Equal Protection Clause** (Claúsula de Igual Protección) contenida en la XIV Enmienda y accionable ante la Administración.

Pero, sin duda alguna, **el papel más importante corresponde al Tribunal Supremo de los Estados Unidos**, encargado de interpretar y aplicar los textos arriba citados.

Barrère afirma que la evolución del Derecho Antidiscriminatorio de producción judicial ha sido compleja, y ha estado centrada, fundamentalmente, en el desarrollo de **mecanismos de control constitucional** que garantizaran el respeto a la XIV Enmienda.

Así mismo, variantes conceptuales de la discriminación de gran importancia, como son las teorías del *disparate treatment* y del *disparate impact* tuvieron mucha importancia en el

desarrollo del Derecho Antidiscriminatorio. La primera se basa en una concepción de igualdad como igualdad de trato (como prohibición a la discriminación intencional), mientras que la segunda la concibe como igualdad de oportunidades (se basa en las consecuencias discriminatorias que una determinada práctica pueda tener, y el demandante no tiene que probar la intención del demandado).

Estas teorías han sido recibidas después por el Derecho Europeo que las ha identificado con la discriminación *directa* e *indirecta* respectivamente.

La *Affirmative Action*

A pesar de que la expresión *Derecho Antidiscriminatorio* es muy rica en matices y abarca "actuaciones normativas de distinto tenor y alcance", desde actuaciones encaminadas a detectar la discriminación (ej. jueces) a aquellas otras dirigidas a eliminarla socioestructuralmente (ej. a través de la legislación), Barrère indica que el meollo del Derecho Antidiscriminatorio lo constituyen fundamentalmente estas últimas, esto es, la "*affirmative action policy*", expresión que carece de una definición clara y unívoca.

En este campo, la doctrina judicial estadounidense ha distinguido entre tres tipos de programas de acción afirmativa:

Blandos (Soft)	Anuncian oportunidades a todos los segmentos de la población, sin distinción de raza o sexo.
Enérgicos (Aggressive)	Asignan un plus a determinadas minorías o mujeres, si bien no excluyen totalmente a los miembros de colectivos no beneficiados.
Rompedores (Hardball)	Preferencia absoluta hacia los miembros de los grupos elegidos.

Barrère destaca que las políticas de acción afirmativa nacieron vinculadas a la "igualdad de oportunidades" (en los puntos de partida), así como al ámbito laboral, a pesar de ser también reseñables las experiencias llevadas a cabo en el ámbito de la enseñanza.

Fundamento Doctrinal de la *Affirmative Action*

La autora sitúa el **fundamento doctrinal** de la acción afirmativa **en la teoría del *disparate impact***, de origen judicial.

Ej. Las empresas, en orden a evitar el "impacto adverso", adoptaron programas de contratación destinados a lograr el equilibrio racial entre trabajadores y trabajadoras y adoptaron acciones afirmativas en forma de cuotas para subsanar situaciones de discriminación ilícita.

Las decisiones judiciales han jugado un papel preeminente en la delimitación de criterios interpretativos, de difícil sostenibilidad a veces, sobre la *affirmative action*.

Ejemplo1. *United Papermakers and Paperworkers v. United States* 397 U.S. 919 (1970) en el que se ponía en cuestión el sistema de ascenso por antigüedad y sus efectos sobre los trabajadores y trabajadoras de color.

Fallo: Para mantenerse dentro de los parámetros marcados por la equidad, el Tribunal establece el abandono progresivo del sistema de antigüedad existente que tendía a perpetuar la desigualdad, y exige el compromiso por parte de la empresa de emplear criterios no discriminatorios en los futuros nombramientos.

Ejemplo 2. *Regents of the University of California v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978) por el que se resuelve la reclamación de un estudiante blanco que, aun habiendo superado las pruebas de acceso a la universidad, se le deniega la plaza en la Facultad de Medicina en beneficio de un miembro, con menor cualificación, de alguna minoría para los que se reservaba la cuota del 16%.

Fallo: Se llega finalmente a una solución de compromiso: Bakke obtiene la plaza, pero los programas especiales se siguen considerando lícitos siempre sean más flexibles, que estén basados en argumentos varios, y no impongan "cuotas raciales".

Ejemplo 3. *United Steelworkers of America v. Weber* 443 U.S. 193 (1979) en el que se dilucida la legalidad de un programa de acción afirmativa que reservaba el 50% de las plazas de formación a miembros de la plantilla que pertenecieran a colectivos minoritarios.

Fallo: El Tribunal por mayoría encontró la política justa, pero consideró que debía limitarse en el tiempo a que el perfil racial del personal se ajustara a la composición racial de la población local.

Evolución de la *Affirmative Action*

A **principios de los 80**, durante la Administración Reagan, se vive un periodo de pasividad que obedece a un intento por reforzar la política anticuota del Título VII. La reacción no se hace esperar y el Tribunal Supremo adoptará después una serie de decisiones que contribuirán activamente a la **consolidación definitiva de la acción positiva**, incluso en su modalidad de cuotas y trato preferente.

Ej. *Johnson v. Transportation Agency* 480 U.S. 616 (1987) por el que se cuestiona la promoción de una candidata mujer que, habiendo quedado en un puesto ligeramente inferior a un candidato hombre, es seleccionada al amparo de un plan de acción positiva (no de cuotas) que buscaba aumentar la representación de las mujeres en determinadas áreas.

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

Este caso tuvo gran influencia en la política de igualdad de Europa. **A partir de esta sentencia** se produjo un **proceso involutivo** de los programas gubernamentales de acción positiva que desembocó en su práctica desaparición. Hay una sentencia que ocupa un lugar de honor en este proceso.

Ej. *Adarand Constructors, Inc. v. Peña, Secretary of Transportation*, de 12 de junio de 1995, donde el demandante, a quien no se le concedió una subcontrata a pesar de haber presentado el presupuesto más bajo, se quejaba de que se identificara a los negros (que componían la empresa a la que se concedió la subcontrata) presuntivamente como individuos social y económicamente desfavorecidos.

El alcance de esta sentencia trascendió las fronteras de los Estados Unidos, donde supuso la extensión a los programas federales de acción positiva del *test de escrutinio estricto*, y afectó negativamente al desarrollo de la acción positiva en el ámbito comunitario.

La autora señala como una puerta a la esperanza la interpretación que cierto sector de la doctrina ha realizado de la "*solución Adarand*". El hecho de que en la sentencia sólo se mencionen las clasificaciones raciales, ha sido interpretado como una exoneración para las categorías basadas en el sexo. Esto significa que estas categorías seguirían sujetas, como hasta ahora, al *escrutinio medio* de constitucionalidad.

Para finalizar, la autora señala con respecto a la acción positiva en Europa, que, aunque en cuanto a su razón de ser es muy similar a la estadounidense, presenta varias diferencias. En el Derecho Comunitario:

- ?? Está basada en objetivos más que en medidas.
- ?? Su objeto fundamental es el sexo (las mujeres).
- ?? Se centra específicamente en el mercado laboral.

Lo que no significa que cada uno de los Estados miembros pueda después ampliar los instrumentos e incluso las materias donde aplicarlos.

Referencia:

Barrère Unzueta, M^a Ángeles (1997): Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres, Madrid: Cuadernos Cívitas.

Tipo de investigación:

Este libro comienza a gestarse como tal a partir de la concesión de un Proyecto de Investigación por la Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea para el año 1996 que llevaba por título Igualdad jurídica y discriminación por razón de sexo. La autora fue miembro del equipo de investigación, junto con otras profesoras de la Facultad de Derecho.

2. Dimes y Diretes de la Discriminación por Razón de Sexo

Teresa Pérez del Río, profesora titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cádiz, disecciona los conceptos que, relacionados con el derecho fundamental a la *igualdad de trato* y la *prohibición de discriminación por razón de sexo*, resultan más polémicos a su juicio. Aclara el alcance de términos de nuevo cuño, tales como "discriminación directa" o "indirecta", "acción positiva" o "protectora" y "discriminación positiva".

Teresa Pérez del Río se propone aclarar el significado de los conceptos que a continuación se enumeran:

- ?? Discriminación directa.
- ?? Discriminación indirecta.
- ?? Acción positiva.
- ?? Acción protectora.
- ?? Discriminación positiva.

Según la autora, estos conceptos, en su mayoría acuñados por el Derecho Comunitario y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), presentan un alto grado de conflictividad y dificultad de comprensión, tanto a nivel comunitario como nacional, conflictividad que se ha visto incrementada a raíz del revés que la Sentencia Kalanke del TJCE (C-40/1993) supuso para su proceso de consolidación.

¿Qué es y Cómo se Combate la Discriminación por Razón de Sexo?

A- Definición de Discriminación

Teresa Pérez del Río define la discriminación como un concepto complejo, dinámico y de significado difuso aún, cuyas principales características son:

- ?? La **situación** de bloqueo sistemático en el igual disfrute y garantía de los derechos de ciudadanía a la que se somete a un colectivo que reúne determinadas características.
- ?? Los **efectos colectivos** de la práctica discriminatoria. Aunque la discriminación pueda manifestarse de manera individualizada, tiene lugar en tanto que la persona objeto de discriminación es miembro de un grupo que reúne ciertas características.

Como primer paso hacia la erradicación de estas prácticas, afirma, se ha procedido a la identificación y conceptualización, por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de dos **tipos** de discriminación:

- ?? Discriminación **Directa**, que implica la existencia de una causa visible de discriminación. La autora la define como *"toda forma de tratamiento -acto u omisión- con resultado perjudicial, que tiene como condicionante abierto o manifiesto la causa de discriminación que se intenta erradicar por la normativa de tutela antidiscriminatoria -en nuestro caso el sexo-"*.
- ?? Discriminación **Indirecta**, consistente en un comportamiento aparentemente neutro pero con resultado perjudicial para un grupo

caracterizado por determinadas causas de discriminación que las normas pretenden eliminar.

En opinión de la autora, esta última clase resulta la más frecuente, a la vez que la más complicada de erradicar.

B- Instrumentos Anti-Discriminación

Ante la ineficacia de los instrumentos tradicionales, se han articulado nuevos métodos de eliminación de la discriminación por razón de sexo. Junto con los de naturaleza procesal (modificación de la carga de la prueba, pruebas de asesores y expertos, etc.), han visto la luz otras medidas con vocación de contrarrestar los efectos colectivos de la discriminación:

- ?? **Acción Positiva**, conjunto de medidas cuyo objeto es la eliminación de los obstáculos *"que se oponen a que las mujeres disfruten de los derechos de ciudadanía en condiciones de igualdad con el colectivo alternativo, es decir, el integrado por los ciudadanos del sexo masculino"*.
- ?? **Acción Protectora**, cuya finalidad es, como su propio nombre indica, proteger a las mujeres. Parte de una concepción tradicional del rol que las mujeres juegan en la sociedad y en el mercado laboral y, pese a su buena voluntad, sus efectos son devastadores: Al provocar estas medidas un encarecimiento de la mano de obra femenina, las mujeres son expulsadas del mercado laboral formal y se ven abocadas a trabajar en la economía sumergida (*"efecto boomerang"*).

Teresa Pérez del Río recuerda que el TJCE ha declarado la incompatibilidad de este último tipo de medidas con el principio de igualdad de trato y de no-discriminación por razón de sexo. El Tribunal ha estimado que hombres y mujeres deben ser protegidos de la misma forma, excepción hecha de los supuestos específicos de embarazo y maternidad contemplados en el artículo 2.3 de la Directiva 76/ 207 (sobre el principio de igualdad de trato en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo).

Pone fin a su análisis con el estudio de un último mecanismo antidiscriminatorio: **La Discriminación Positiva** (o *"reverse discrimination"*).

Este sistema, cuya legitimidad está actualmente en entredicho, entra dentro de lo que conocemos como acción positiva pero como medida especialmente *"incisiva"* en palabras de la autora, y sus elementos definitorios son:

- ?? Persigue privilegiar a los miembros de un grupo que es objeto de discriminación adversa.
- ?? Al beneficiar a los miembros de ese grupo, se perjudica visiblemente a otras personas (a diferencia de otras medidas de acción positiva).
- ?? Persigue la consecución de un resultado y lo garantiza.

Ej. Las medidas de acción positiva, más centradas en igualar las condiciones de acceso (es decir, en el "punto de salida"), se articularían por medio de cursos de formación, orientación o incluso subvenciones a la contratación de mujeres, mientras que la discriminación positiva, en su afán por lograr un resultado, impondría directamente la obligación de contratar mujeres hasta eliminar su infrarrepresentación ("punto de llegada").

Referencia:

Pérez del Río, Teresa (1997): "Principio de Igualdad y Derecho Positivo: Discriminación Directa, Indirecta y Acción Positiva" en Emakunde edtr., *Emakunde, 10 años en la sociedad vasca*, Vitoria: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.

Tipo de investigación:

Ponencia presentada en el seminario impartido en Emakunde el día 15 de octubre de 1997 que llevaba por título "Principio de igualdad, discriminación y acción positiva" y que fue coordinado por Javier Balza Aguilera, actual Consejero de Interior del Gobierno Vasco, entonces Viceconsejero en el Departamento de Hacienda.

3. Acción Positiva y Discriminación Inversa: Delimitación

Fernando Rey Martínez, Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid, delimita los conceptos de acción positiva y discriminación inversa y señala las diferencias existentes entre ambos.

La Acción Positiva y la Discriminación Inversa

Una definición clara y concisa de los términos que se emplean en esta materia es una tarea indispensable debido a que no existe un acuerdo general sobre ellos.

ACCIÓN POSITIVA	DISCRIMINACIÓN INVERSA
Surge de la traducción del término estadounidense <i>affirmative action</i> . " <i>Son todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho</i> ".	Es una variedad de la acción positiva. Más efectiva que ésta, adopta varias formas: <ul style="list-style-type: none"> ?? Sistemas de cuotas (reserva rígida de un número o porcentaje mínimo garantizado de plazas). ?? Tratos preferentes (atribuyendo, por ejemplo, puntos o calificaciones especiales a los grupos a los que se quiere favorecer).

El autor se hace una pregunta: "*¿Qué diferencias de especie a género se pueden establecer, pues, entre la discriminación inversa y las acciones positivas?*". Establece 3 diferencias:

1. Las cuotas sólo se fijan para casos muy particulares de discriminación (por raza, sexo o minusvalía), casos "*transparentes o inmodificables*" para los individuos que la sufren, a los que la sociedad trata negativamente.
2. A diferencia de las medidas de acción positiva, la discriminación inversa se da justamente en situaciones de escasez de puestos de trabajo, plazas, etc., lo que conlleva un claro beneficio para unas personas junto con un claro perjuicio para otras.
3. Debido a que la finalidad de la discriminación inversa es remediar los efectos negativos de las discriminaciones profundamente arraigadas en la sociedad (racial y sexual), si careciera de esa finalidad se transformaría en discriminación directa.

Por ello, la discriminación inversa debe cumplir varias **condiciones**:

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

- ?? **Los sistemas de cuotas son de naturaleza transitoria.** Deben limitarse al periodo de tiempo necesario para lograr la igualdad en aquel sector que se desee.
- ?? **La discriminación inversa debe establecerse mediante ley** ya que afecta a los derechos fundamentales de las personas.

Teniendo en cuenta estas condiciones, el autor afirma su convencimiento de la **legitimidad constitucional** de utilizar la discriminación inversa y establecer cuotas para eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres. Señala, incluso, la STC 269/94, de 3 de octubre, en la que el Tribunal Constitucional español se pronuncia favorablemente a la legitimidad constitucional de las cuotas (en este caso para minusválidos). Legitimidad que también estaría justificada para otros grupos desfavorecidos como las mujeres o las razas minoritarias. Rey Martínez encuentra un núcleo común entre las discriminaciones inversas y las acciones positivas: eliminar las diferencias de trato jurídico entre hombres y mujeres. Sin embargo, cree que es necesario hacer algunos matices ante esta afirmación y para ello hace referencia a M.V. Ballestrero quien distingue **dos significados en el término "diferencia"**:

- ?? Diferencia como exclusión o desventaja (que es la que hay que eliminar por medio de la discriminación inversa).
- ?? Diferencia como especificidad o diversidad de identidad: la igualdad sustancial también puede entenderse como una diversidad a mantener.

Según Rey Martínez estas dos apreciaciones son dignas de tener en cuenta ya que el debate feminista actual reivindica tanto la igualdad de oportunidades y derechos con los hombres como el respeto a las diferencias con ellos.

Referencia:

Rey Martínez, Fernando (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid: McGraw - Hill.

Tipo de investigación:

Después de examinar la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el autor propone en el presente estudio una nueva interpretación de la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 de la Constitución Española. Las bases de esta interpretación están constituidas por:

- ?? La prohibición tanto de la discriminación directa como indirecta y,
- ?? El principio de licitud constitucional de las acciones positivas para el fomento de la igualdad de las mujeres, incluidas las cuotas femeninas bajo ciertas condiciones.

4. Qué Entendemos por Discriminación

M^a Ángeles Barrère revisa el concepto genérico de discriminación y define los distintos tipos en que puede dividirse siguiendo un esquema binómico. Destaca en su análisis la discriminación inversa, más conocida en el ámbito europeo como discriminación positiva.

Definición

Barrère, profesora titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco en San Sebastián, entiende que la discriminación es un **fenómeno social** (que excede lo estrictamente jurídico), variable y cuantificable, esto es, *"nada resulta discriminatorio por lógica o por naturaleza"*. Afirma que la discriminación lo es en un tiempo, un lugar, respecto a un sujeto en un determinado contexto, y susceptible de graduación.

Ej. Si hasta hace pocos años dar preeminencia a los hijos varones a la hora de acceder a la universidad, en detrimento de las hijas, entraba dentro de lo considerado como normal, hoy semejante práctica sería probablemente calificada de discriminatoria.

Caben conceptos distintos en función del enfoque que se adopte. En el discurso político discriminar es *"desfavorecer a una persona o grupo sobre bases irrelevantes para el asunto en cuestión de tal manera que se manifiesta irrazonablemente una desvalorización del tipo de persona implicada"*.

En el jurídico se tiende a distinguir entre un **sentido amplio**, o sea, como infracción del principio de igualdad (pero en su concepción originaria basada en el individuo, no en los grupos), y un **sentido estricto**, que aporta la idea de que esa desigualdad es el efecto de prejuicios, intolerancias, etc. que latan en unas diferenciaciones grupales entre las personas.

Tipos de Discriminación

Se suelen distinguir distintos tipos de discriminación según la forma en que ésta se manifiesta:

- I. **Directa / Indirecta**. La autora recoge el ejemplo empleado por Campbell (1988):

Discriminación Directa	Discriminación Indirecta
?? Hace uso de un criterio definitorio de la persona y/o grupo.	?? Hace uso de un criterio no definitorio, pero que afecta de hecho a la persona y/o grupo en cuestión.
?? Se manifiesta en una única instancia (por ejemplo, lingüística).	?? Se manifiesta en doble instancia (lingüística y extralingüística).
?? Ej.: "Ningún ni ninguna gigante se bañará en esta playa".	?? Vincula datos a comportamientos <i>concretos</i> de apariencia neutra (lo que la diferencia de la discriminación socio-estructural o institucional, que resulta inimputable).
	?? Ej.: "Ninguna persona que ingiera más de 6.000 calorías al día se bañará en esta playa". (Esta medida -que no utiliza ningún criterio definitorio de las personas- afectará sin duda a los y las gigantes).

- II. **Consciente / Inconsciente.** Dependiendo de que la discriminación sea pretendida o inintencional. Dentro de este grupo cabe aplicar, a su vez, la distinción del apartado anterior. La discriminación directa no tiene por qué ser necesariamente intencionada, ni tampoco la indirecta debe presuponerse inconsciente en todo caso.
- III. **Individual / Grupal,** entendiendo por esta última la realizada sobre determinados grupos respecto a otros (negros respecto a blancos, mujeres respecto a varones, etc.). Esta clasificación presenta varios problemas:

- ?? La indeterminación del concepto de *grupo social* plantea ciertos problemas a la hora de definir la discriminación grupal (Young, 1990).
- ?? Al manifestarse generalmente la discriminación de manera individual, su identificación es compleja. Es la plasmación individual de la discriminación por razón de pertenencia a un grupo concreto (sexo, raza, religión, opinión, etc.).

La autora afirma que la discriminación grupal por razón de sexo femenino presenta características propias y específicas:

- ?? El "*ser mujer*" constituye un argumento de discriminación transversal, un añadido al resto de las posibles discriminaciones que también cualquier varón puede sufrir.
- ?? El colectivo de mujeres iguala en número al de hombres, por lo que no están en minoría.
- ?? La discriminación tiene un pretendido trasfondo benigno, protector.

Discriminación Inversa

Barrère dedica una atención especial al estudio de la discriminación inversa, más conocida en Europa como discriminación positiva. La autora señala que existe una gran confusión terminológica en torno a este concepto, confusión que ha contribuido a extender la mala fama de estas prácticas a otras que no presentarían ningún problema ético ni jurídico (las llamadas "acciones positivas"). Las características de la discriminación inversa son:

- ?? Actuaciones normativas *de favor* con vocación de transitoriedad.
- ?? Encaminadas a eliminar la situación de infrarrepresentación en áreas de participación social que aqueja a determinados colectivos como consecuencia de prácticas discriminatorias.

La autora recoge un ejemplo de la **problemática** que plantean las medidas de discriminación inversa tomado de Dworkin (1984). Consiste en la demanda interpuesta ante la Corte Suprema por un estudiante judío que fue rechazado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington a pesar de que sus calificaciones y puntuación eran tales que habría sido admitido de ser negro, filipino, chicano o indio norteamericano para quienes se imponían estándares menos exigentes. Tanto esta demanda como la que previamente dio lugar a la adopción de la medidas favorables a los grupos minoritarios se basaba en la Enmienda que dispone que ningún Estado puede negar a un hombre la **igual** protección de sus leyes.

- ?? En la selección del candidato se da prioridad al hecho de ser miembro de un grupo discriminado en vez de al criterio de mérito.
- ?? Los efectos alcanzan a individuos ajenos a los grupos favorecidos y que, a su vez, van a presentar una protesta por discriminación.

Discriminación Inversa y Acción Positiva

Barrère, tras poner de manifiesto el carácter "*tendencioso*" del término "discriminación positiva o inversa" por poder implicar una contradicción en sí misma (si es discriminación no puede ser positiva), reconoce que las fronteras entre la acción positiva y la discriminación inversa permanecen difusas.

Desde quienes presentan ambas figuras como antagónicas, hasta quienes ven en una la subespecie de la otra, la autora expone a continuación las **distintas teorías** que han intentado explicar la relación que une a ambas.

A) Rechaza clasificaciones que ven en la acción positiva un mecanismo "*oportuno, no injusto y no contrario a la constitución española*", un instrumento que **favorece** a la igualdad y tachan a la discriminación inversa de lo contrario por "**privilegiar para la igualdad**" a determinados grupos minoritarios. A su juicio, esta distinción entre lo *justo* y lo *injusto*, *favor* y *privilegio*, es subjetiva, poco rigurosa y no supone más que una profundización de las connotaciones favorables o negativas de una y otra.

B) Repasa, asimismo, la teoría que considera la **discriminación inversa "como una variedad más específica de acción positiva, más incisiva y eficaz, que adopta la forma de cuotas y tratos preferentes"** (Rey Martínez 1995). Esta línea doctrinal presenta una serie de problemas, entre los que destaca una vez más la falta de precisión conceptual: no se establece la distinción entre cuotas y tratos preferentes. Ante esta circunstancia, la autora propone la siguiente clasificación de 2 tipos de *medidas* de acción positiva llevadas a cabo por:

- ?? **Normas de cuotas stricto sensu**, que establecen en términos absolutos la reserva de un número o porcentaje de plazas en favor de un determinado grupo (bien para lograr una igualdad de manera inmediata, o bien para promocionarla, para lograr una igualdad futura).
- ?? **Normas de trato preferente stricto sensu**, que establecen la atribución de calificaciones o puntos especiales a dichos grupos.

C) Barrère se refiere también a otra posibilidad: diferenciar entre **cuotas** (que suelen identificarse con la discriminación inversa) y **objetivos** (acción positiva). La propia autora considera que la contraposición de ambas figuras es impropio, pueden no ser realmente tan distintas. Esta teoría esconde tras de sí graves errores interpretativos:

Ej.: Cifrar la diferencia entre cuotas y objetivos en la *obligatoriedad* de las primeras porque contemplan el cumplimiento de una conducta concreta, supone, por un lado, ignorar el significado atribuido por la cultura jurídica a la norma -las normas deben cumplirse tanto si fijan cuotas como si fijan objetivos-, y, por otro, olvidar que *nada impide que los objetivos sean concretos*, y, por tanto, ejecutables.

En última instancia, concluye la autora que bajo el binomio cuota-objetivo subyace la concepción de que las cuotas son *malas* porque cercenan el margen de discrecionalidad en la aplicación de las normas igualitarias, mientras que los objetivos, en la medida en que la posibilitan, son *buenos*.

D) Barrère sitúa la distinción entre acción positiva y discriminación inversa al margen de estas consideraciones. Entiende que parte de la controvertida naturaleza de la discriminación inversa trae causa de su poco afortunada ubicación entre los tipos de discriminación (lo cual tiene, a su vez, base en el origen norteamericano del concepto).

La autora considera que no hay medidas que *a priori* deban ser calificadas negativamente de discriminación inversa, y ante el argumento que denuncia la injusticia de que la lucha contra discriminaciones históricas genere discriminaciones actuales de individuos ajenos a los grupos en cuestión opone lo que ella considera un **"abuso de la palabra discriminación"**.

Entiende que, si bien *"la acción positiva en contra de la discriminación de los grupos puede perjudicar a individuos no pertenecientes a tales grupos, a este hipotético perjuicio, no se le debería llamar discriminación"*. **La discriminación tiene que ver con los grupos**. En la base del Derecho Antidiscriminatorio se encuentra el concepto de discriminación grupal, luego no cabe que el perjuicio sufrido por los individuos ajenos al grupo sea suficiente para hablar de discriminación inversa.

Otra cuestión distinta, nos recuerda la autora, es la que hace referencia a la oportunidad de la acción positiva y del Derecho Antidiscriminatorio en sí; a la encrucijada entre la legitimidad (por la finalidad que persigue) y la legitimación (por los medios que emplea); y a lo que la sociedad está dispuesta a sacrificar en aras de la consecución de la tan codiciada igualdad.

Referencia:

Barrere Unzueta, M^a Ángeles (1997): *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid: Cuadernos Cívitas.

Tipo de investigación:

Este libro comienza a gestarse como tal a partir de la concesión de un Proyecto de Investigación por la Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea para el año 1996 que llevaba por título *Igualdad jurídica y discriminación por razón de sexo*. La autora fue miembro del equipo de investigación, junto con otras profesoras de la Facultad de Derecho.

5. Acciones Positivas Moderadas: Todos Ganan

David Giménez Gluck, becario de investigación de la Universidad de Valencia, examina los conceptos de "acción positiva moderada" y "acción protectora" a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y analiza el encaje de ambas figuras en el marco de la Constitución Española.

David Giménez Gluck categoriza las **acciones positivas** en dos **tipos**:

- ?? Acciones positivas **moderadas**.
- ?? Medidas de **discriminación inversa**, que subdivide, a su vez, en:
 - ?? Discriminación inversa racionalizada (que es constitucional, por superar el escrutinio de igualdad al que el autor somete a las medidas de acción positiva).
 - ?? Discriminación inversa "en estado puro" (a la que considera discriminatoria y, por tanto, contraria a la Constitución).

En las líneas que siguen, se muestra el análisis que el autor realiza de las **acciones positivas moderadas** que, en palabras de Giménez Gluck, se **caracterizan** por:

- ?? No establecer cuotas en procesos de selección.
- ?? No lesionar directamente intereses de terceros.

El autor afirma que la acción positiva moderada constituye la modalidad que, dentro de las limitadas resoluciones del Tribunal Constitucional en la materia, más desarrollo jurisprudencial ha recibido. Esta circunstancia responde, no sólo al hecho de que la mayoría de las acciones positivas que se aplican en España sean de este tipo, sino a la necesidad de diferenciarla de la acción protectora.

La Acción Protectora

Giménez Gluck afirma que la acción protectora es la heredera legal de la visión minusvaloradora que durante siglos la sociedad ha tenido de las mujeres. El presupuesto para que fueran objeto de un trato de favor era precisamente la creencia en la superioridad de los hombres frente a la "manifiesta" inferioridad de las mujeres. Paradójicamente, la ventaja material que estas medidas paternalistas y discriminatorias para los hombres otorgaban a las mujeres, lejos de beneficiarlas, perjudicaba su proceso de emancipación, perpetuando su posición de inferioridad social.

El autor señala que **la acción protectora**, claramente vulneradora del principio de igualdad, **no encaja en el marco constitucional español**. Muestra su sorpresa ante el hecho de que la aprobación de la Constitución del 78 no supusiera su derogación expresa, y que su exclusión del ordenamiento haya tenido que venir de la mano de los recursos que los hombres empezaron a plantear ante los tribunales.

Ej. *Caso Horas extraordinarias de ATS* (STC 81/82, de 21 de noviembre). La norma preveía para el personal femenino en horario nocturno un descanso obligatorio de 24 horas que no se contemplaba para el personal masculino. En consecuencia, las horas trabajadas la noche del domingo por las empleadas se computaban y pagaban como horas extraordinarias, cosa que no ocurría con los hombres.

Ej. *Caso Pensión de Viudedad* (STC 103/83, de 22 de noviembre). La norma recurrida exigía a los viudos que quisieran cobrar la pensión de viudedad que

demostrarán estar a cargo de la mujer a la hora de la muerte e incapacidad para el trabajo. Esta exigencia no se le hacía a las viudas, de las que se presumía su condición de amas de casa.

La Acción Positiva Moderada

Algunos autores como Rey Martínez (1995) han querido ver en el voto particular emitido por el magistrado Rubio Llorente en el caso *Pensión de viudedad* el antecedente de la constitucionalidad de la acción positiva. Giménez Gluck no comparte esta visión y afirma que Rubio Llorente defiende la constitucionalidad de unas medidas que reconoce como "acciones protectoras". Más aún, el magistrado, pese a ser consciente de los perjuicios que estas medidas producen a las mujeres, considera que en tanto no se logre la igualdad real y efectiva, *compensan* las discriminaciones que sufren las mujeres, haciendo más llevadero su camino hacia la igualdad..

Giménez Gluck considera que **el verdadero debut del Tribunal Constitucional en materia de acciones positivas fue el denominado caso *Guarderías infantiles*** (STC 128/87, de 16 de julio), en el que tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de una acción positiva moderada:

Se juzgaba la constitucionalidad de un complemento retributivo que un centro del INSALUD asignaba a todas las trabajadoras que tuvieran hijos menores de 6 años, mientras que en el caso de los hombres se exigía que el beneficiario se encontrara en estado de viudedad. El Tribunal admitió la constitucionalidad del complemento en tanto que las estadísticas (EPA 87) demostraron de manera inequívoca que la incorporación o, en su caso, la permanencia de las mujeres con hijos pequeños en el mundo laboral, era más dificultosa que la de los hombres en la misma situación.

En la Sentencia, el Tribunal además de **identificar las medidas** cuestionadas como medidas de acción positiva, sitúa la **diferencia entre éstas y las medidas protectoras en que la finalidad perseguida es, en el caso de las acciones positivas, "constitucionalmente deseable"**. Sentencias posteriores han venido a reforzar el concepto de *acción positiva constitucionalmente deseable* perfilado en este caso (STC 28/92, STC 202/87, STC 142/90, etc.) y a declarar inconstitucionales las acciones protectoras.

El Escrutinio Estricto de Igualdad: Prueba Superada

Giménez Gluck afirma que de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional se deduce la constitucionalidad de las acciones que favorecen a las mujeres con la **finalidad constitucionalmente deseable** (art. 14 y art.9.2 CE) **de luchar contra su discriminación**. Estas medidas deben cumplir una serie de **requisitos** que el propio Tribunal ha extraído (STC 128/87) del art. 4.1 de la CEDAW (Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer):

- ?? Debe existir una **situación social discriminatoria real**. Los datos estadísticos aparecen como el instrumento idóneo para su comprobación.
- ?? Las medidas deben tener **carácter temporal**, lo que exige una revisión periódica de la situación discriminatoria que motiva su adopción.

El autor apunta que, aunque el Tribunal no haga mención especial, hay un tercer requisito que debe ser tenido en cuenta: la **proporcionalidad**. La acción positiva deberá guardar la debida proporción entre el fin a alcanzar y los medios empleados, a fin de no afectar directamente a derechos de terceros. La moderada siempre será proporcional, porque nunca afecta directamente a derechos de terceros.

Concluyendo, **las acciones positivas moderadas cumplen el escrutinio estricto de igualdad**. Superan sin dificultad las exigencias de perseguir una *finalidad constitucionalmente deseable* y la *proporcionalidad*. Exigencias que forman parte del marco teórico que Gluck construye para poder determinar la constitucionalidad de una medida:

Escrutinio de Igualdad		
Finalidad	Tiene por objeto determinar que: <ul style="list-style-type: none"> ?? La finalidad a conseguir con el trato desigual sea razonable, esto es, <i>constitucionalmente admisible</i>. ?? La relación entre la situación fáctica de discriminación y las consecuencias del trato de favor sea <i>proporcional</i>. 	
Clases	Medio	La finalidad a conseguir con el trato desigual debe responder a un <i>interés importante del Estado</i> .
	Estricto	La finalidad a conseguir con el trato desigual requiere del legislador un <i>interés primordial del Estado</i> . (Un fin " <i>constitucionalmente deseable</i> ", no sólo " <i>admisible</i> ").

Por último, Giménez Gluck considera que las conclusiones a que ha llegado en torno a la acción positiva son perfectamente aplicables a otros colectivos desfavorecidos, víctimas de trato discriminatorio: minorías étnicas, discapacitados, etc.

Referencia:

Giménez Gluck, David (1999): *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Tipo de investigación:

El trabajo que da lugar a este libro es la última investigación dirigida por Joaquín García Morillo, uno de los máximos exponentes del constitucionalismo español. Este libro propone, a diferencia de los hasta el momento desarrollados, un enfoque jurídico de la acción positiva, centrado básicamente en el juicio de constitucionalidad de los tratos formalmente designados orientados hacia la igualdad material que se engloban bajo el concepto de acción positiva.

6. Glosario: Base Legal de la Acción Positiva

Relación y significado de los principales términos en el tema de la Acción Positiva.

A

Acción Positiva

Surge de la traducción del término estadounidense affirmative action. Son todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho.

Acción Protectora

Su finalidad, como su propio nombre indica, es proteger a las mujeres. Parte de una concepción tradicional del rol que las mujeres juegan en la sociedad y en el mercado laboral.

Análisis de Género

Intenta identificar y comprender las diferencias entre las mujeres y los hombres según sus papeles y responsabilidades, el acceso y el control de los recursos y sus necesidades e intereses.

Androcentrismo

Supuesto que considera lo propio y característico de los hombres como centro del universo, parámetro de estudio y de análisis de la realidad y experiencia universal de la especie humana. Confunde la humanidad con el hombre-varón. Es una forma específica de sexismo que se manifiesta sobre todo en la ocultación de las mujeres y en su falta de definición.

B

Beneficiarios y Beneficiarias

Grupo o grupos de personas cuyos problemas son la razón de una intervención de desarrollo y para quienes la intervención proporciona beneficios sostenibles.

C

Condición de las Mujeres

Este concepto alude al concepto material que define la situación de las mujeres: pobreza, falta de acceso a la educación, falta de capacitación, excesiva carga de trabajo, etc. En general, los proyectos dirigidos a atender las necesidades prácticas de género mejoran la condición de las mujeres.

D

Datos Desagregados por Sexo

Recogida de información diferenciada en base al sexo. Por ejemplo: datos sobre los roles socio-económicos de grupos diferentes de mujeres y hombres.

Discriminación

Dar in trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos de sexo, raciales, religiosos, etc.

Discriminación Directa

Implica la existencia de una causa visible de discriminación. Se define como toda forma de tratamiento (acto u omisión) con resultado perjudicial, que tiene como condicionante abierto o manifiesto la causa de discriminación.

Discriminación Indirecta

Consiste en un comportamiento aparentemente neutro pero con resultado perjudicial para un grupo caracterizado por determinadas causas de discriminación que las normas pretenden eliminar.

Discriminación Inversa

Más conocida en Europa como Discriminación Positiva. Es una variedad de la acción positiva y debe establecerse mediante Ley ya que afecta a los derechos fundamentales de las personas. Adopta varias formas: sistemas de cuotas o trato preferencial.

E

Economía Reproductiva

Conjunto de actividades no remuneradas y de carácter no financiero, principalmente desarrolladas por las mujeres, que se realizan en el hogar y en la comunidad.

Efectividad

Una medida de la amplitud con la que una intervención consigue su objetivo u objetivos específicos.

Eficacia

Una medida del modo en que se aplican económicamente las entradas para obtener los resultados.

"Empoderamiento"

Concepto central de la perspectiva de género. Incluye el fortalecimiento de la posición social, económica y política de las mujeres. Su objetivo es reducir o eliminar las relaciones de poder entre los sexos. Es importante destacar que el término poder se utiliza en el sentido de "poder para", --por ejemplo, el reconocimiento de las propias capacidades y habilidades para ejercer influencia, poder y liderazgo en algunas o todas las relaciones sociales, y actuar en función de ese reconocimiento-- y no en el sentido de poder sobre otras personas.

Equidad

Significa "justicia". Se refiere, por tanto, a una situación de desequilibrio en la cual las diferencias son compensadas.

Escrutinio de Igualdad

Tiene por objeto determinar que la finalidad a conseguir con el trato desigual sea razonable (admisible constitucionalmente) y que la relación entre la situación fáctica de discriminación y las consecuencias del trato de favor sean proporcionales. Puede ser de dos tipos: medio y estricto.

G

Género

Las diferencias entre las mujeres y los hombres que tienen bases sociales, culturales e históricas y que varían en el tiempo y en el espacio. Género se diferencia de sexo, que identifica las diferencias fijas, biológicas, entre las mujeres y los hombres.

H

Hogares Encabezados por Mujeres

Hogares en los cuales no hay hombres adultos presentes (debido a divorcio, migración, viudez, etc.), u hogares en los que los hombres, aunque estén presentes, no contribuyen a sus ingresos (debido a enfermedad, alcoholismo, drogadicción, desempleo, etc.).

I

Igualdad

Igualdad de acceso, participación y beneficios. La finalidad es lograr la igualdad para las mujeres y los hombres en el proceso de desarrollo y también conseguir la igualdad entre las mujeres y los hombres a través del desarrollo. Véase además Paridad.

Igualdad de Oportunidades

Igualdad de oportunidades para participar en una intervención o en la utilización de los servicios que se proporcionan. La finalidad es la creación de un "campo de juegos equilibrado" de modo que las mujeres y los hombres tengan oportunidades similares de progresar en la vida social, económica y política. El término Igualdad de Oportunidades no está fijado ya que

algunos autores y autoras entienden la Igualdad de Oportunidades como "igualdad real" mientras que otros sectores piensan que es una igualdad sólo en el "punto de salida".

Impacto Diferenciado por Sexo

Resultados de las actividades que tienen un efecto diferenciado sobre la vida de mujeres y hombres.

Impuesto de Reproducción

Impuesto de trabajo reproductivo que pagan las mujeres en forma de tareas de cuidados y reproducción para que otros accedan al trabajo remunerado.

Intervención

Una empresa planificada, por ejemplo, un proyecto o programa, destinado a solucionar determinados problemas de desarrollo y a lograr objetivos específicos en un determinado marco temporal. Es un término menos específico que "proyecto", que sugiere una intervención de duración y escala limitadas, y describe mejor las iniciativas no proyecto (estructurales o sectoriales).

M

Mainstreaming

Enfoque político cuyo objetivo es la integración de las mujeres en la "corriente principal" del desarrollo (reconocimiento de la necesidad de influir en todas las metodologías, análisis, políticas y planificación desde una perspectiva de género). El objetivo inmediato es la mejora de la posición social y económica de las mujeres. Véase también Transversalidad.

N

Necesidades Estratégicas de Género

Son las necesidades relacionadas con las mejoras en la igualdad entre las mujeres y los hombres; por ejemplo, la igualdad de salarios, la igualdad en la toma de decisiones o la distribución igualitaria de la responsabilidad sobre las tareas domésticas y familiares.

Necesidades Prácticas de Género

Son las necesidades que mujeres y hombres identifican en el contexto de sus papeles socialmente aceptados en la sociedad y que, con frecuencia, se relacionan con las condiciones de vida (por ejemplo, vivienda, cuidado de los niños y niñas, empleo). La satisfacción de estas necesidades no altera el equilibrio de poder y posición entre las mujeres y los hombres.

Necesidades Relacionadas con el Género

Véase Necesidades Prácticas de Género y Necesidades Estratégicas de Género.

O

Objetivo Específico

Los beneficios sostenibles, especialmente para la población objetivo, que una intervención intenta provocar si se logran los resultados. La razón para la intervención.

Objetivo Global

La finalidad de desarrollo última o a más largo plazo que el objetivo específico contribuirá a lograr.

P

Papeles Relacionados con el Género

Los papeles y las responsabilidades que son adscritos a las mujeres y los hombres en base a las diferencias del género percibidas. Véase también Rol.

Paridad

Un planteamiento que reconoce que, debido a las diferencias entre los sexos, el tratamiento igual o "similar" de las mujeres y los hombres es inadecuado. Recalca la necesidad de un tratamiento diferente, pero con términos iguales.

Posición de las mujeres

Hace referencia a las características socio-económicas que configuran los niveles materiales de vida determinando la discriminación de las mujeres en relación a los hombres. Trabajar

sobre la posición de las mujeres significa introducir cambios en las estructuras y factores que determinan esa desventaja y la desigualdad de oportunidades dentro de la sociedad.

Programa

Un grupo de proyectos o servicios relacionados dedicado a la resolución de problemas específicos de desarrollo y destinado a lograr objetivos similares o relacionados en un período de tiempo específico.

Proyecto

Una intervención planificada diseñada para tratar problemas específicos de desarrollo a través de la consecución de objetivos específicos con un presupuesto determinado y un período de tiempo establecido.

R

Relaciones entre los Sexos

Las relaciones sociales, económicas (y de poder) entre las mujeres y los hombres. Son contextualmente específicas.

Relaciones de Género

Manera en que la cultura define los derechos, responsabilidades y las identidades de las mujeres en relación a los hombres.

Relevancia

El grado en el que la razón y los objetivos del proyecto son pertinentes y significativos en relación con las prioridades y necesidades identificadas del proyecto, especialmente de los grupos beneficiarios.

Rol

Conjunto de funciones, tareas, responsabilidades y prerrogativas que se generan como expectativas/exigencias sociales y subjetivas: es decir, una vez asumido el rol por una persona, la gente en su entorno exige que lo cumpla y pone sanciones si no se cumple. La misma persona generalmente lo asume y a veces construye su psicología, afectividad y autoestima en torno a él.

S

Sexismo

Mecanismo por el cual se conceden privilegios o se practica discriminación contra una persona en razón de su sexo, impidiendo la realización de todo el potencial humano que posee.

Sexo

Identifica las diferencias biológicas entre mujeres y hombre percibidas como universales e inmutables.

Sistema de Cuotas

Reserva rígida de un número o porcentaje mínimo garantizado de plazas.

Sostenibilidad

La amplitud con la que los resultados y los beneficios de una intervención continuarán después de que la propia intervención haya finalizado.

T

Trabajo doméstico

Comprende la producción doméstica y las tareas de cuidados y/o apoyo a personas dependientes.

Transversalidad

La transversalidad se define como una política en la que los esfuerzos de promoción de igualdad no se limitan a la ejecución de medidas específicas a favor de las mujeres, sino que se movilizan explícitamente –con vistas a la igualdad– todas las acciones y políticas generales.

**JUSTIFICACIÓN JURÍDICA DE LA ACCIÓN
POSITIVA**

A: NORMATIVA EN QUE SE FUNDA LA ACCIÓN POSITIVA

7. Textos Legales Relativos a la Acción Positiva

Relación de textos legales referentes a la delimitación jurídica de las medidas y políticas de acción positiva.

Marco Jurídico Internacional	
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ONU, 18 de diciembre de 1979), ratificada por España el 16 de diciembre de 1983.	?? http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw

Marco Jurídico de la Unión Europea	
Directiva 75/117/CEE sobre igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras.	http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c10905.htm
Directiva 76/207/CEE del Consejo del 9 de diciembre de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, especialmente el artículo 2 apartado 4.(*).	http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c10906.htm
Directiva 79/7/CEE sobre la progresiva implementación del principio de igualdad de trato para hombres y mujeres en materia de seguridad social.	http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c10907.htm
Recomendación 84/635/CEE del Consejo de 13 de diciembre de 1984 relativa a la promoción de las acciones positivas a favor de las mujeres.	http://www.adegua.com/carrefour/igualdad/legislacion/384X0635.html
Directiva 92/85/CEE sobre mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia.	http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c10914.htm
V Programa de Acción Comunitario para la Igualdad de Oportunidades entre hombres y Mujeres 2001-2005 (aprobado por el Consejo Europeo de Trabajo y Asuntos Sociales el 20 de diciembre de 2000).	http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/fund_en.html
Directiva 96/34/CEE sobre el permiso parental de 3 de junio de 1996.	http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c10911.html
Directiva 97/80/CEE sobre la carga de la prueba en casos de discriminación laboral	http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c10913.html

por razón de sexo de 15 de diciembre de 1997.	
Tratado de Amsterdam (firmado el 2 de octubre de 1998), especialmente el artículo 141 (antiguo artículo 119) apartados 3 y 4.	http://constitucion.rediris.es/codigo/ue/ta.html

(*) [Directiva 2002/73/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/2002/l_269/l26920021005es00150020.pdf

Marco Jurídico Español	
Seguridad Social (Decreto 2065/74 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social - Ley 28/92; modificaciones ley 42/1994).	
Constitución Española de 1978 , en especial artículos 9.2, 14 y 35.	http://www.congreso.es/funciones/constitucion/indice.htm
Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/80, Ley 389 y Ley 11/1994; Real Decreto Legislativo 1/1995).	http://www.igsap.map.es/cia/dispo/rdlg1-95.htm
Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 521/1990 y Ley 11/94).	http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rdleg2-1995.htm
Ley 22/1992: Subvención a la contratación administrativa de mujeres.	http://www.inem.es/legis/empleo/ley_22.htm
O.M. de 6 de agosto de 1992 (Anexo III): Profesionales y oficios con subrepresentación femenina.	http://www.boe.es/boe/dias/1998-09-29/
Ley 10/1994: Beneficios por transformar los contratos femeninos en indefinidos.	http://www.inem.es/legis/empleo/Ley_10.htm
IV Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres 2003-2006 (Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de marzo de 2003).	http://www.mtas.es/mujer/piom.htm

Marco Jurídico de la Comunidad Autónoma Vasca	
Estatuto de Autonomía del País vasco aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre.	http://noticias.juridicas.com/
Ley 27/1983 , de 25 de noviembre, de relaciones entre las instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Organos Forales de sus Territorios Históricos.	http://www.jjggbizkaia.net/document/normativaforal/a6.pdf
Ley 7/1985 , de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.	http://www.juridicas.com/base_datos/Admin/l7-1985.html
Ley 5/1996 de Servicios Sociales del País Vasco.	http://www.juridicas.com/base_datos/CCAA/pv-l5-1996.t4.html
Ley 2/1998 , de 5 de febrero, de creación del Instituto Vasco de la Mujer / Emakumearen Euskal Erakundea (Emakunde).	http://www.emakunde.es/emakunde/ley/ley02_c.htm
III Plan de Acción Positiva para las	http://www.emakunde.es

mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi (Acuerdo del Consejo de Gobierno del 21 de diciembre de 1999).	
--	--

B: JURISPRUDENCIA BÁSICA

8. Relación de Sentencias Relativas a la Acción Positiva

Relación de las Sentencias más significativas relativas a la delimitación jurídica de la Acción Positiva pronunciadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Constitucional español.

Tribunal Supremo Americano	
United Papermakers and Paperworkers v. United States, 397 U.S. 919 (1970) http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=[Group+467+U.S.+561:Level+Case+Citation:][Group+citemenu:]/doc/{@1}/headings/words=4/hits_only	Temas: Acción positiva - discriminación racial.
De Funis v. Odegaard, 416 US 312 (1974) http://laws.lp.findlaw.com/getcase/US/416/312.html	Temas: Discriminación racial - sistemas de selección que favorecen a ciertas minorías - cuotas étnicas.
University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978) http://laws.lp.findlaw.com/getcase/US/438/265.html	Temas: Constitucionalidad de la <i>affirmative action</i> - utiliza el argumento de la diversidad - programas de admisión - violación de la Cláusula de Igual Protección - cuotas étnicas.
Johnson v. Transportation Agency, 480 U.S. 616 (1987) http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=[Group+480+U.S.+616:Level+Case+Citation:][Group+citemenu:]/doc/{@1}/headings/words=4/hits_only	Temas: Acción positiva en favor de las mujeres - Prohibición de discriminación en el empleo del Título VII de la <i>Civil Rights Act</i> (1964).
City of Richmond v. J. A. Crosson Co., 488 U.S. 469 (1989) http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=488&invol=469	Temas: Discriminación racial - sistemas de selección que favorecen a minorías v. Cláusula de Igual Protección - justificación de cuotas raciales debido a discriminaciones pasadas - escrutinio estricto.
Adarant Constructors v. Peña, 115 S. Ct. 3097, (1995) http://supct.law.cornell.edu/supct/html/93-1841.ZS.html	Temas: Legalidad de la Acción Afirmativa - Escrutinio estricto.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<p>Sentencia del 17 de octubre de 1995 (as. C-450/93, <i>Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen</i>) http://europa.eu.int/</p>	<p>Temas: Política social - Trabajadores y trabajadoras - Acceso al empleo y condiciones de trabajo - Igualdad de trato - Excepciones - Medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres - Alcance - Disposición nacional que favorece automáticamente, a igual capacitación, el ascenso de mujeres que compiten con hombres, en caso de infrarrepresentación de las primeras - Improcedencia (Directiva 76/207 del Consejo, art. 2, aps. 1 y 4).</p>
<p>Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (as. C-409/95, <i>Hellmut Marschall v. Land Nordrhein - Westfalen</i>) http://europa.eu.int/</p>	<p>Temas: Política social - Trabajadores y trabajadoras - Acceso al empleo y condiciones de trabajo - Igualdad de trato - Excepciones - Medidas destinadas a fomentar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres - Alcance - Disposición nacional que favorece, en caso de igual capacitación, el ascenso de mujeres que compiten con hombres, en el supuesto de infrarrepresentación de las primeras - Cláusula de apertura que permite una apreciación objetiva de cada caso particular basándose en criterios no discriminatorios de las mujeres - Procedencia (Directiva 76/207/CEE del Consejo, art. 2, aps. 1 y 4).</p>
<p>Sentencia de 28 de marzo de 2000 (as. C-158/97, <i>Georg Badeck y otros v. Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen</i>). http://europa.eu.int/</p>	<p>Temas: Política social - Trabajadores y trabajadoras - Acceso al empleo y condiciones de trabajo - Igualdad de trato - Excepciones - Medidas destinadas a fomentar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres - Alcance - Disposición nacional que favorece, en caso de igual capacitación, el ascenso de mujeres que compiten con hombres, en el supuesto de infrarrepresentación de las primeras - Cláusula de apertura que permite una apreciación objetiva de cada caso particular basándose en criterios no discriminatorios de las mujeres - Procedencia (Directiva 76/207/CEE del Consejo, art. 2, aps. 1 y 4).</p>
<p>Sentencia de 6 de julio de 2000 (as. C-407/98, <i>Katarina Abrahamsson, Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist</i>). http://curia.eu.int/</p>	<p>Temas: Concepto de órgano jurisdiccional nacional - Igualdad de trato entre hombres y mujeres - Acción positiva en favor de las mujeres - Compatibilidad con el Derecho comunitario.</p>

Tribunal Constitucional Español	
Sentencia 128/1987, de 16 de julio de 1987.	Temas: Plus laboral de guardería concedido a las trabajadoras con independencia de su estado civil y a los trabajadores sólo en el caso de que fueran viudos.
Sentencia 19/89, de 30 de enero de 1989.	Temas: Mayor pensión de jubilación para las trabajadoras que para los trabajadores en el sector textil.
Sentencia 28/1992, de 9 de marzo de 1992.	Temas: Plus de transporte nocturno sólo para trabajadoras.
Sentencia 3/1993, de 14 de enero de 1993.	Temas: Ciertas prestaciones de la Seguridad Social que se concedían sólo a hijas y hermanas, pero no a hijos y hermanos.
Sentencia 269/1994, de 3 de octubre de 1994.	Temas: <u>Constitucionalidad del sistema de cuota</u> y de su forma de aplicación en el acceso al empleo público, en consonancia, de otro lado, con la consideración, por parte del Convenio nº 159 y de la Recomendación nº 168 de la O.I.T., de las medidas positivas destinadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato como no discriminatorias.

C.1. Ámbito Internacional

9. El Reconocimiento Internacional de los Derechos de las Mujeres

Felipe Gómez Isa repasa las distintas etapas por las que han pasado los derechos de las mujeres en el ámbito internacional. Hace especial mención del proceso de elaboración de un Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979, dirigido a reforzar los mecanismos existentes de protección de los derechos de las mujeres a nivel internacional.

Un Paseo por la Historia de los Derechos de las Mujeres

Felipe Gómez Isa, miembro del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, ubicado en la Universidad de Deusto, se retrotrae en su análisis a la época de las revoluciones liberales que a finales del siglo XVIII convulsionaron el panorama político y social europeo y norteamericano, marco en el que se sitúa el nacimiento de los Derechos Humanos. Es la Revolución Francesa, con la Declaración Francesa de los "*Derechos del Hombre y del Ciudadano*", la que dota por primera vez de entidad a los derechos humanos.

Desde entonces ha habido un amplio desarrollo, sin embargo, el autor considera que los derechos de las mujeres fueron los grandes olvidados del proceso de definición de los Derechos Humanos, de carácter marcadamente androcéntrico y generalmente insensible a las necesidades, experiencias y reivindicaciones de las mujeres.

Señala dos razones:

- ?? Las áreas donde se crean las normas internacionales apenas contaban con mujeres en puestos significativos.
- ?? La natural circunscripción de los Derechos Humanos a la esfera pública. Esto es, no se tiene en cuenta que las principales violaciones de derechos de las mujeres tienen lugar en la esfera privada, fundamentalmente en la familia, por lo que las normas jurídicas tradicionales, que amparan los Derechos Humanos combatiendo las violaciones que tienen lugar en la esfera pública, resultan inoperantes.

Se impone, por tanto, una reforma del discurso tradicional de los Derechos Humanos.

Las Naciones Unidas y el Principio de No Discriminación

La ONU ha jugado, en opinión del autor, un papel muy destacado en el reconocimiento del Principio de No Discriminación, así como en la inclusión de la perspectiva de las mujeres en los Derechos Humanos. Ya en 1946 (un año después de su puesta en funcionamiento), creó la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, que jugó un papel fundamental en la elaboración de los instrumentos de Derechos Humanos que se aprueban en el marco de las Naciones Unidas. Algunos son **instrumentos de carácter general**, tales como:

- ?? El propio *Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas* de 1946 (aunque sus disposiciones son demasiado vagas y genéricas).
- ?? La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948 (realizada con ánimo de concretar las disposiciones de la Carta. La Declaración habla ya de derechos de "todos los seres humanos").

- ?? Los dos *Pactos de 1966 sobre Derechos Civiles y Políticos, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales* respectivamente (con referencias expresas también al Principio de No Discriminación).

Y de otros **instrumentos jurídicos de carácter más específico**, entre los que destacan:

- ?? En el ámbito laboral: Diversos *Convenios aprobados por la OIT* (Ej. El relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (1948), etc.
- ?? *Convenio sobre los derechos políticos de las mujeres* (1952).
- ?? La *Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* (1967), que muestra su preocupación por la desigualdad de hecho que sufren las mujeres a pesar de los avances realizados en el plano jurídico. Recoge en su primer artículo el Principio de No Discriminación.
- ?? *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW* aprobada por la Asamblea General tras una larga negociación en 1979.

Las Naciones Unidas también han llevado a cabo **actividades de promoción de la igualdad** como declarar el año 1975 *Año Internacional* de la Mujer, Proclamar después un *Decenio* para la Mujer, o convocar *Conferencias Mundiales para la Mujer* en México, primero, y en Copenhague, Nairobi y Beijing, más adelante.

La CEDAW: Lo que Pudo Ser y No Fue

De entre todas ellas, Gómez Isa dedica una especial atención al análisis de la CEDAW y al papel que ésta ha jugado en el camino hacia la igualdad de hombres y mujeres. Consta de un preámbulo y 30 artículos. A juicio del autor, en la CEDAW destacan los aspectos siguientes:

- ?? La Convención **amplía su área de influencia al dirigir sus mandatos tanto a los Estados como al ámbito privado** (ámbito en el que, tal y como se ha expresado con anterioridad, se registran las violaciones más graves contra los derechos de las mujeres).
- ?? Recoge una completa **definición del concepto de "discriminación contra la mujer"**. (Art. 1).
- ?? Las políticas en pro de la eliminación de la discriminación contra las mujeres a que se comprometen los Estados Partes (art. 2), se acompañan de **medidas de la más diversa naturaleza**, que van desde "asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer" (art. 3), a "la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres" (art. 5), pasando por la eliminación de la trata de mujeres (art. 6), etc.
- ?? Debido al **gran número de reservas** que los Estados han planteado con relación a determinadas disposiciones de la CEDAW, su efectividad se ha visto considerablemente mermada. Es el Tratado Internacional de Derechos Humanos con mayor número de reservas.
- ?? Los **mecanismos de protección** de los derechos de las mujeres contemplados en esta Convención son más **débiles** que los que figuran en otros Tratados de Derechos Humanos. La CEDAW sólo contempla el mecanismo de los informes periódicos sobre las medidas legislativas, judiciales y administrativas, o de cualquier otra índole, que hayan sido adoptadas para hacer efectivas las disposiciones de la propia Convención. Estos informes, que deben ser remitidos por los Estados cada 4 años -por lo menos- para que el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Contra al Mujer los examine, dependerán de la voluntad de los Estados. Son éstos quienes someten la información al Comité cuyos poderes frente a ellos son bastante limitados.

Gómez Isa señala que las carencias de la CEDAW en lo que se refiere a sus mecanismos de protección, obligaron a los Estados en los años 90 a la búsqueda de **nuevas vías de reforzamiento** de dichos procedimientos. Dos posibilidades se abrían ante ellos:

- ?? Reformar la propia CEDAW. Opción nada recomendable visto el gran número de reservas con que contaba el instrumento.
- ?? Aprobar un Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer.

Finalmente, tal y como nos recuerda el autor, se optó por esta segunda posibilidad.

El Protocolo de la Esperanza

Gómez Isa dedica la última parte de su trabajo a analizar las **principales novedades** que introduce el Proyecto de Protocolo Facultativo a la CEDAW, así como las **cuestiones más controvertidas** que han impedido cerrar el consenso en torno al mismo dentro del Grupo de Trabajo de Composición Abierta creado al efecto por la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer:

- ?? El Proyecto introduce un procedimiento de **investigación de oficio**. Dicho procedimiento faculta al Comité sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer a iniciar investigaciones en aquellos países en los que, a través de información fidedigna, estime que se estén produciendo violaciones graves y sistemáticas de los derechos de las mujeres. Ante la polémica suscitada en torno a este procedimiento (serias divergencias de Cuba, China y Egipto), se optó por proponer la inclusión de una cláusula *opt-out* que deja abierta la posibilidad de que un Estado acepte o no el procedimiento de investigación de oficio. Obviamente, ésto debilitaría enormemente el Protocolo Facultativo.
- ?? Prevé un mecanismo de **quejas individuales**, el mecanismo de protección más importante, que resulta especialmente polémico en relación a 2 cuestiones fundamentales:
 1. La **legitimación activa** ante el Comité, esto es, quién o quienes pueden plantear ante el Comité una queja individual. Es con diferencia la cuestión más controvertida de todas (y lo que impidió el consenso el el 98), pues se trata de determinar si se permite o no que alguien presente una queja "en nombre de la víctima".

Argumentos a favor (esgrimidos por un importante grupo de países y por ONGs como AI):	<ul style="list-style-type: none"> ?? Este mecanismo resulta imprescindible si en la pretensión de la CEDAW está que sirva realmente para defender los Derechos Humanos de todas las mujeres, dispongan éstas o no de los suficientes medios económicos e intelectuales. ?? "Requerir que una persona sea víctima de una violación puede restringir excesivamente el abanico de comunicaciones que se pueden recibir. Muchas formas de discriminación estructural contra las mujeres pueden afectar a muchas, o quizás a todas, las mujeres de una sociedad" (Byrnes y Connors).
Argumentos en	?? Temor ante la posibilidad de que ONGs

contra (México, Colombia, Cuba, China, Egipto, Túnez, La India, y otros):	de carácter internacional puedan plantear estos recursos en nombre de las víctimas.
--	---

2. La **justiciabilidad** de las disposiciones de la CEDAW, qué derechos son susceptibles de queja individual. La mayoría de los países, así como también la mayor parte de la doctrina y ONGs, abogan por que todas las disposiciones sustantivas de la Convención se consideren justiciables, en aras a no minar el carácter unitario de la Convención. Sin embargo no se llegó a un consenso.
- ?? La eficacia del Protocolo exige la **prohibición de las reservas**. Se estudia prohibir de manera expresa la posibilidad de introducir reservas al Protocolo en el momento de su ratificación, en un intento por huir de la situación de ineficacia que, como consecuencia de dichas reservas, caracterizó a la CEDAW. No se ha alcanzado acuerdo alguno al respecto, pero en el afán de lograrlo, se ha propuesto la inclusión en el propio documento de las preocupaciones que podrían tener los diferentes Estados a la hora de ratificar el Protocolo, y a tenor de ello acomodar el texto a tales preocupaciones.
- ?? **Otras cuestiones** de orden menor también han planteado controversia: la admisibilidad de las quejas individuales; la confidencialidad del procedimiento; la vinculatoriedad de las decisiones del Comité; o el tiempo necesario de reuniones por parte del Comité.

Una Mirada al Futuro

- ?? La aprobación del Protocolo elevaría el *status* de la CEDAW a la misma posición que los Tratados de Derechos Humanos más importantes aprobados en Naciones Unidas.
- ?? Situaría a los Estados en la obligación de hacer efectiva la CEDAW para evitar incómodas acusaciones ante el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.
- ?? Las decisiones del Comité contribuirían a una mejor comprensión de la CEDAW, y lo que es más importante, a una mejor y más rigurosa aplicación por parte de los Estados.

Referencia:

Gómez Isa, Felipe (1999): *Marco Jurídico*, II Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva, Vitoria-Gasteiz: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, p.28-49.

Tipo de investigación:

Ponencia presentada en el II Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva que tuvo lugar en el Palacio Miramar de San Sebastián los días 10-11-12 de junio de 1998. Entre los objetivos de dicho encuentro se encontraban establecer el marco de referencia de las políticas públicas de acción positiva, analizar las estrategias actuales de intervención y las tendencias actuales hacia las que se vuelcan las políticas públicas e intercambiar experiencias en la evaluación de políticas de acción positiva.

10. Las Medidas de Acción Afirmativa: Igualdad, ¿una Realidad para las Mujeres?

Puntos más relevantes del Informe de la sesión que el IWRAW celebró en Nueva York en 1997. Dicho Informe (1) examina el artículo 4 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres (CEDAW), (2) señala la diferencia entre Igualdad Formal e Igualdad Sustantiva, (3) presenta una justificación teórica de las medidas de acción afirmativa.

Introducción

En enero de 1997 tuvo lugar en Nueva York una reunión del *International Women's Rights Action Watch* (IWRAW) que congregó a miembros del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Contra las Mujeres y a expertos y expertas de todo el mundo con el fin de compartir experiencias y confirmar la importancia de la "acción positiva" como instrumento para acabar con la discriminación hacia las mujeres. Esta idea aparece contemplada en el artículo 4 de la *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres* (CEDAW), disposición de aplicación fundamental para el logro de los demás objetivos de la Convención.

Aunque las estrategias de acción afirmativa han estado presentes en algunos países desde hace más de 30 años siguen constituyendo un tema polémico. El informe facilita una definición:

"Acción Afirmativa se refiere generalmente a cualquier medida temporal especial que una entidad pública o privada toma para aumentar la participación de las mujeres o de cualquier otro grupo infrarrepresentado".

Los artículos de la Convención

El artículo 4 (1) de la Convención señala que las medidas que tomen los Estados y que estén encaminadas a acelerar la consecución de la igualdad de hecho entre hombres y mujeres (medidas de acción afirmativa) no deben ser consideradas discriminatorias, de acuerdo con la definición de discriminación recogida en la Convención.

Hanna Beate Schoepp-Schilling, componente del CEDAW, afirma que las actitudes discriminatorias hacia las mujeres son sistemáticas en muchas estructuras sociales (baja representación de las mujeres en la política, educación, empleo, mundo empresarial, etc.). Afirma también que el artículo 4 de la Convención es un instrumento idóneo para eliminar esta discriminación estructural. De todas maneras, para que las medidas propuestas por este artículo lleguen a buen puerto, hay que tener en cuenta otras disposiciones de la Convención que lo complementan y que abordan áreas sustantivas:

- ?? Artículo 7: vida pública y política.
- ?? Artículo 10: educación.
- ?? Artículo 13: acceso a créditos.

La citada autora sostiene que es necesario llevar a cabo un análisis de la relación existente entre el artículo 4 y otras disposiciones de la Convención, sobre todo si el Comité va a tener que hacer una Recomendación General a un Estado Parte basada en el citado artículo. Una lectura textual sólo permite observar que dicha disposición posibilita la acción afirmativa pero que no obliga a tomar esa medida.

Sin embargo, tal como subraya Hanna Beate, la interpretación del art. 4 debe realizarse en conjunto con el resto de los artículos de la Convención, es decir, la CEDAW dispone de otros

artículos que junto con el anterior crean la obligación de implementar políticas de acción afirmativa para acabar con la discriminación de las mujeres:

- ?? **Artículo 2.b:** obliga a los Estados a adoptar medidas legislativas y otras acciones, incluyendo medidas sancionadoras, y prohíbe todo tipo de discriminación contra las mujeres.
- ?? **Artículo 2.e:** obliga a tomar todo tipo de medidas para eliminar la discriminación contra las mujeres por cualquier tipo de empresa, persona u organización.
- ?? **Artículo 3:** reafirma las disposiciones anteriores y el compromiso de llevar a cabo las acciones necesarias para asegurar el completo desarrollo y avance de las mujeres.

Igualdad Formal - Igualdad Sustantiva

La canadiense **Shelagh Day**, especialista en temas de igualdad en el empleo y derechos humanos, sostiene que el artículo 4 es "*crítico para el propósito subyacente y el espíritu de la Convención*". En este sentido, la autora señala **dos maneras posibles de interpretar la Convención**, colocando el artículo 4 como punto central en ambas:

1. **Como una garantía formal de igualdad.** Garantiza un tratamiento igual o simétrico entre hombres y mujeres, aunque tolera algunas medidas afirmativas limitadas como excepción. Esta interpretación, no obstante, coloca al artículo 4 en contradicción con el resto del articulado.
2. **Como una garantía de igualdad sustantiva.** Según este punto de vista, la Convención permite cualquier tratamiento que ayude a terminar con la subordinación real de las mujeres, así, los artículos formarían un todo, serían complementarios para conseguir la igualdad sustantiva.

Para Shelagh Day, sólo el segundo modelo es compatible con el propósito de la Convención. Según ella, si se interpreta la Convención bajo este modelo de anti-subordinación dejaría de ser necesario señalar explícitamente la posibilidad del uso de medidas de acción afirmativa tal y como hace el artículo 4, ya que los artículos 2 y 3 obligan ya a los Estados a adoptar este tipo de medidas, entre otras, como estrategia para eliminar la subordinación y discriminación contra las mujeres.

Justificación Teórica de las Medidas de Acción Afirmativa

El que las políticas de acción afirmativa sean temporales las distingue de otros tipos de políticas anti-subordinación, aun así, pueden tener justificaciones teóricas parecidas.

Marcela Rodríguez, abogada feminista argentina, hace una **interpretación filosófica de la acción afirmativa**: igualdad de resultados e igualdad de oportunidades resultan, a menudo, métodos diferentes para el avance de las mujeres. Aunque ambas nociones pueden converger en algunos puntos, la igualdad de oportunidades (igualdad formal) no es suficiente para asegurar una igualdad de resultados (igualdad sustancial).

M. Rodríguez propone una reformulación de la dicotomía igualdad de oportunidades / igualdad de resultados y del lenguaje sobre la acción afirmativa: tanta oposición ha desfigurado el significado real de "igualdad de oportunidades" vaciándolo de "igualdad". Este y otros términos precisan una reformulación dentro del marco de los Derechos Humanos.

De todos modos, de acuerdo con la autora, la forma más útil para justificar la acción afirmativa descansa sobre el concepto de **justicia aplicada**. La especialista Hanna Beate Schoepp-Schilling clasifica las **justificaciones de las medidas de acción afirmativa en tres grupos**:

1. **Justicia Compensatoria:** se trataría de compensar a las mujeres por las desventajas y la discriminación que han sufrido como colectivo a lo largo de la historia.

2. **Justicia Distributiva:** se trataría de reajustar el desequilibrio existente entre hombres y mujeres.
3. **Utilidad Social:** se trataría de movilizar el potencial económico y social de las mujeres para el bien común de toda la sociedad.

Referencia:

Freeman, Marsha, la Dirección del IWRAP y Vargo, Keith coords. (1997): "Achieving the Rights Result: Affirmative Action and Article 4 of the Women's Convention", *IWRAP Publications: IWRAP Consultation Reports*, pp. 1-4. URL: [<http://www.igc.org/iwraw/publications/cr/1997.html>]

Tipo de investigación:

Se trata de un Informe preparado por Johanna Bond y editado por Marsha Freeman, la dirección del *International Women's Rights Action Watch* (IWRAP), y Keith Vargo. Para su elaboración contó con el apoyo de las siguientes instituciones:

- ?? La Fundación Ford y sus filiales en Argentina, India, Indonesia, Kenia, México, Sudáfrica y Tailandia.
- ?? La Fundación Shaler Adams.
- ?? La Fundación John D. y Catherine T. MacArthur.
- ?? La Corporación Carnegie de Nueva York.

C.2. Ámbito de la Unión Europea

11. Las Bases Jurídicas de la Acción Positiva

Teresa Pérez del Río, profesora titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cádiz, analiza las bases jurídicas de la acción positiva en los ámbitos internacional y comunitario, refiriendo un listado de la normativa más relevante.

La autora examina el desarrollo del concepto de acción positiva desde los diversos niveles en que el ordenamiento se organiza. En cada ámbito destaca las normas que en su opinión han desempeñado un papel más relevante.

Ámbito Internacional

?? Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer- CEDAW (1979).	?? Esta norma admite la legitimidad de adoptar medidas temporales orientadas a lograr cuanto antes la igualdad de facto entre hombres y mujeres, argumento que ha contemplado el Tribunal Constitucional español para la justificación de la acción positiva (ej. STC 128/87, de 16 de julio).
---	--

Ámbito Comunitario

La autora señala que a pesar de que el número de normas en la materia es ciertamente muy elevado, la fundamentación de la acción positiva en Derecho Comunitario es débil y su alcance se restringe al ámbito laboral. Tal y como ilustra el cuadro, las normas de mayor rango, de "eficacia vinculante fuerte", se limitan a *permitir* medidas de este tipo, siendo las de menor eficacia vinculante las que se deciden a *recomendar* su adopción para acabar con las desigualdades de facto que sufren las mujeres:

?? Art.2.4 de la Directiva 76/207/CEE declara la compatibilidad de la acción positiva con la prohibición de discriminación por razón de sexo.	NORMAS VINCULANTES	?? Declaran la acción positiva compatible con la prohibición de discriminación. ?? Se limitan a <i>permitir</i> su adopción.
---	---------------------------	---

<p>?? Resolución del Consejo del 12 de Julio de 1982 sobre Promoción de la Igualdad de Oportunidades para las Mujeres.</p> <p>?? Recomendación del Consejo de 13 de Diciembre de 1984 relativa a la promoción de Acciones Positivas en Favor de las Mujeres.</p> <p>?? Art.16 de la Carta Comunitaria sobre Derechos Sociales Fundamentales del 9 de Diciembre de 1989 que expresa la conveniencia de adoptar medidas encaminadas a garantizar la igualdad de hecho en las áreas laboral y educativa, así como la conciliación de la vida laboral y familiar.</p> <p>?? Art.6.3 del Acuerdo sobre Política Social celebrado entre los Estados miembros, excepción hecha del Reino Unido (Protocolo 14 del Tratado de Amsterdam).</p>	<p>NORMAS NO VINCULANTES</p>	<p>?? Declaran la acción positiva indispensable para la consecución de la igualdad sustancial entre hombres y mujeres.</p> <p>?? <i>Recomiendan</i> su adopción.</p>
--	-------------------------------------	--

Referencia:

Pérez del Río, Teresa (1997): "Principio de Igualdad y Derecho Positivo: Discriminación Directa, Indirecta y Acción Positiva" en Emakunde edtr., Emakunde, 10 años en la sociedad vasca, Vitoria: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.

Tipo de investigación:

Ponencia presentada en el seminario impartido en Emakunde el día 15 de octubre de 1997 que llevaba por título "Principio de igualdad, discriminación y acción positiva", coordinado por Javier Balza Aguilera, actual Consejero de Interior del Gobierno Vasco, entonces Viceconsejero en el Departamento de Hacienda.

12. El Tratado de Ámsterdam y Las Cuatro Reglas de la Acción Positiva

Javier Balza Aguilera, Abogado y actual Consejero de Interior del Gobierno Vasco, examina el concepto de acción positiva tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam (1997) y establece las que, a su juicio, constituyen las cuatro reglas básicas para comprender su encaje en el ordenamiento jurídico.

De acuerdo con el autor, la aplicación de la acción positiva, desde su naturaleza de excepción, constituye un reto jurídico (incorporar a la garantía individual de los derechos fundamentales la dimensión del reconocimiento del sujeto colectivo minoritario es hoy por hoy uno de los desafíos de las instituciones internacionales). Pero también es un reto político, cultural y social.

El Tratado

Para Javier Balza la acción positiva **no es un concepto nuevo** o impropio de nuestro sistema jurídico:

Ej. Cuando hablábamos de la "Europa de distintas velocidades" de lo que se trataba era precisamente de dar un tratamiento desigual a realidades colectivas desiguales.

Del mismo modo en el propio ordenamiento jurídico español, donde se ha integrado la discriminación positiva como vía para tratar a minorías lingüísticas en un marco de cooficialidad.

La acción positiva en **Derecho Comunitario** es un **concepto vivo, en constante evolución**. Las bases sobre las que se asienta este concepto (extraídas hasta ahora de la Directiva 76/207; de la Carta Social de 1989 y el Acuerdo sobre Política Social; de la Recomendación del Consejo de 13/XII/84; de la Directiva 97/80; o de la Sentencia Marschall) han sido modificadas recientemente por el Tratado de Amsterdam (1997) en los siguientes términos:

1. La Comunidad trasciende su dimensión exclusivamente económica e introduce entre sus objetivos otros de índole social, como la solidaridad, la protección medioambiental, y la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres.
2. El objetivo de igualdad entre hombres y mujeres adquiere un carácter transversal a todas las políticas y acciones asumidas por la Comunidad, siendo su carácter no sólo declarativo sino también positivo al consagrar la promoción activa de este derecho. Aparece así la idea de acción positiva.
3. Se institucionaliza la acción positiva como instrumento del Consejo en la lucha contra la discriminación por distintos motivos, entre ellos el sexo.
4. El título XI (sobre Política Social, de Educación, Formación Profesional y Juventud) "constitucionaliza" la discriminación positiva como excepción a la regla de igualdad de trato:

- ?? Sitúa la lucha contra la exclusión como objetivo prioritario.
- ?? Establece los procedimientos a seguir en la consecución de dicho objetivo.
- ?? Declara el apoyo de la Comunidad a los Estados miembros en este ámbito.

- ?? Obliga a los Estados a garantizar, con medidas concretas, el principio de igualdad de retribución para trabajos iguales o del mismo valor.
- ?? La manifestación más clara de la discriminación positiva se realiza en el art. 141.4 que afirma que: *"Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades o compensar desventajas en sus carreras profesionales"*.

Según Balza, el Tratado de Amsterdam acaba con la controversia al elevar al rango de Tratado la norma que antes provocaba la excepción, contenida en el art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE, pues **aunque con el Tratado no se incorpora un mandato expreso de discriminación positiva, sí reconoce su compatibilidad con el principio de igualdad formal recogido en el mismo.**

Las Reglas

El autor enumera cuatro reglas básicas, necesarias para comprender el encaje que el concepto de acción positiva tiene en el ordenamiento jurídico nacional y comunitario.

1ª Regla: Insuficiencia de Normas Jurídicas

Balza considera que las normas sobre igualdad de trato se han revelado ineficaces por sí solas a la hora de eliminar desigualdades que tienen su origen en prejuicios culturales de profunda raigambre social contra las mujeres (Ej. La tendencia a promover preferentemente a los candidatos masculinos). La adopción de medidas encaminadas a compensar los efectos perniciosos de tales prejuicios infundados resulta ineludible. Ese es el espacio que la acción positiva está llamada a cubrir.

2ª Regla: La Acción Positiva Requiere la Previa Constatación de una Quiebra al Principio de Igualdad de Trato

Balza afirma que el ordenamiento comunitario es claro a este respecto, al entender que la quiebra al principio de igualdad de trato se da cuando existe una desigualdad de hecho.

"Se entiende por igualdad de trato, no la equiparación formal de situaciones, que es lo que suele obtenerse de la norma jurídica, sino la ausencia de toda discriminación de hecho, en la situación práctica, y por referencia tanto a discriminaciones directas como indirectas".

3ª Regla: Dependencia de la Voluntad Política de los Estados

Si bien el Tratado de Amsterdam implica en mayor medida a las instituciones comunitarias, Balza nos recuerda que la aplicación de las medidas de discriminación positiva depende fundamentalmente de la voluntad política de cada Estado. Por ello, apuesta con firmeza por el papel que los diversos agentes sociales pueden y deben jugar en la promoción de dichas medidas en el seno de cada Estado.

4ª Regla: Naturaleza Limitada de la Acción Positiva

Tanto la Jurisprudencia Europea como la del Tribunal Constitucional Español coinciden en afirmar que la acción positiva constituye una excepción a la regla general del principio de igualdad, debiendo interpretarse restrictivamente, y siendo, como tal excepción, de naturaleza limitada.

En esto radicó, para el autor, el fundamento de la Sentencia Kalanke (C-450/93). La aplicación automática de tales medidas, sin ponderación de intereses atenta contra el principio de igualdad de trato. Sería como convertir la excepción en regla general. Es imprescindible, por ello, incorporar una "cláusula de apertura" que permita la valoración de criterios que pudieran inclinar la balanza en favor de aquel candidato no "favorecido" por la acción positiva.

Los elementos de la "cláusula de apertura" son definidos en mayor profundidad en la Sentencia Marschall (C-409/95):

1. Reconoce la discriminación positiva como integrante de la propia garantía de igualdad.
2. Declara la preferencia automática incompatible con el carácter excepcional de las medidas.
3. Obliga a la consideración objetiva de todos los criterios relativos a los candidatos con independencia de su sexo.
4. Advierte de que, caso de concurrir varios de estos criterios en favor del candidato varón, deberá abandonarse la aplicación de la medida favorable a las mujeres.
5. Recuerda que tales criterios a valorar no deben tener vinculación con el sexo del candidato, en perjuicio de la mujer.

Balza señala con acierto que en ningún momento aclara el Tribunal cuáles pueden ser esos criterios a ponderar. Entiende que se trata de valores que el propio Tratado y las Constituciones de los países miembros protegen en sus articulados:

Ej. Favorecer a colectivos discriminados por razón raza, etnia, religión, discapacidad, edad, etc.

Pero la ponderación no siempre es fácil. Serán las legislaciones estatales a quienes corresponda desarrollar y aclarar la cuestión.

Referencia:

Balza Aguilera, Javier (1999): "Marco Jurídico: Procedimientos de aplicabilidad en relación con la acción positiva", *II Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva*, Tomo I, Vitoria-Gasteiz: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.

Tipo de investigación:

Ponencia presentada en el II Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva organizado por Emakunde/ Instituto Vasco de la Mujer que tuvo lugar en el Palacio de Miramar, San Sebastián, los días 10, 11 y 12 de Junio de 1998.

13. La Directiva 76/207 y el Principio de Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres

María Isabel Rofes i Pujol, Letrada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hace una breve exposición de la evolución del principio de igualdad de trato y la igualdad de oportunidades en el mercado laboral entre hombres y mujeres. Analiza la Directiva 76/207 que recoge dichos principios y repasa en la controversia suscitada por el sistema de acción positiva.

Tanto la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) como los diversos Tratados de la Unión Europea y numerosas directivas (en especial la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero) mencionan el principio de igualdad de trato y la igualdad de oportunidades en el mercado laboral entre hombres y mujeres.

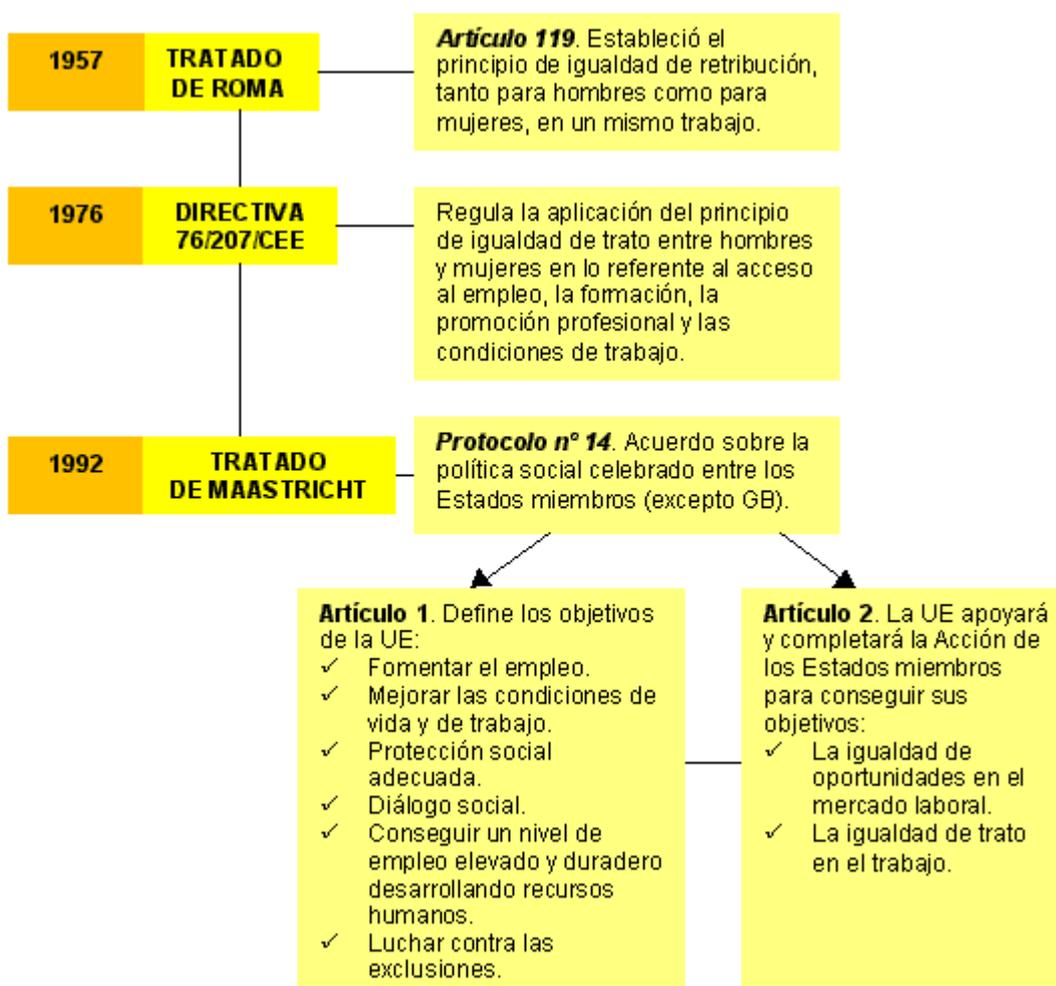


Figura 1.

La Directiva 76/207/CEE

María Isabel Rofes i Pujol señala que, según el artículo 189 del Tratado de Roma, las directivas tienen carácter obligatorio para los Estados miembros destinatarios aunque son las autoridades nacionales quienes, en última instancia, poseen la elección de la forma y los medios para

llevarlas a cabo. En este sentido, la Directiva 76/207 concedió (Art.9) a los Estados miembros un plazo de 30 meses a partir de su notificación para que adoptaran sus disposiciones legales, administrativas y reglamentarias y las adaptaran a su legislación interna. Según la autora, la adaptación, mejor o peor, de los Estados a esta Directiva queda patente si se analiza la interpretación que hace de la misma el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas en casi 30 sentencias.

La igualdad de oportunidades y el principio de igualdad de trato se recogen en la Directiva de la siguiente manera:

Art. 2: Señala que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo (directa o indirecta) dentro del matrimonio o la familia. Tiene tres excepciones:

- ?? Reconoce a los Estados la facultad para dejar fuera de su ámbito de aplicación aquellas actividades profesionales (así como su formación) en las que el sexo es determinante debido a las características de dicha actividad. Ej.: se trata de ver si determinadas profesiones, como por ejemplo la de matrona, están reservadas únicamente a las mujeres.
- ?? Reconoce el derecho de los Estados miembros a legislar en materia de protección a las mujeres. Ej.: maternidad.
- ?? No impide que se sigan promoviendo medidas encaminadas a conseguir la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo, la promoción, la formación y las condiciones de trabajo.

Art. 3: Señala específicamente la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, independientemente del tipo de actividad y el nivel profesional.

Art. 4: Dispone la igualdad de trato en cuanto a orientación, formación, perfeccionamiento y reciclaje profesional.

Art. 5: Garantiza la igualdad de trato para hombres y mujeres en las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido.

Art. 6: Obliga a los Estados miembros a que incluyan en su ordenamiento interno las medidas que sean precisas para que cualquier persona que considere vulnerado su derecho a la igualdad de trato pueda hacerlo valer ante los tribunales.

Aún así, la autora señala que "*la forma en que está redactada esta disposición no ha contribuido precisamente a clarificar cuáles son esas medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*". En este sentido, afirma que aunque la **Recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984**, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de las mujeres, carece de fuerza vinculante, resulta mucho más clara. Insta a los Estados miembros a que:

1. Pongan en práctica políticas de acción positiva.
2. Promuevan la participación de hombres y mujeres en el empleo, eliminando las barreras mentales y los prejuicios basados en la idea de la distribución tradicional del trabajo.
3. Estimulen la participación de las mujeres en los sectores profesionales en los que tienen poca representación, especialmente en los puestos de alta responsabilidad.

La Directiva y el sistema de acción positiva

La sentencia Kalanke, de 17 de octubre de 1995, fue la primera en la que el TJCE interpretó la Directiva 76/207. Analizó un régimen de cuotas a favor de las mujeres y, en definitiva, la acción positiva. El TJCE debía decidir si el derecho fundamental e individual a no ser objeto de discriminación por razón de sexo debía supeditarse a los derechos de otros grupos desfavorecidos (por ejemplo, las mujeres), con el fin de paliar las posibles discriminaciones que hayan podido sufrir a lo largo de la historia.

Según Rofes i Pujol la acción positiva es el instrumento que se utiliza para conseguir "*la igualdad de oportunidades de grupos minoritarios u otros grupos desfavorecidos y que consiste, por regla general, en concederles un trato preferencial*".

La acción positiva se originó en Estados Unidos en la década de los 60. De la obligación de poner en marcha programas de acción a favor de la población de color en las empresas adjudicatarias de contratos públicos, se pasó a poner en marcha acciones positivas hacia otros grupos y etnias minoritarias. Bajo el principio de igualdad se llevaron a cabo programas de trato preferencial en las áreas laboral y educativa.

De acuerdo con la autora, la acción positiva puede revestir diferentes formas:

1. **Remediar una situación de desventaja** (presencia femenina minoritaria en el mercado laboral) aunque no sea una discriminación en sentido jurídico estricto. Ej.: acciones que inciden en la orientación y en la formación profesional.
2. **Equilibrar las responsabilidades familiares y profesionales** y el reparto que se hace de las mismas entre hombres y mujeres. Ej.: medidas relativas al horario laboral, reinserción profesional de las mujeres, facilidades para la infancia, políticas de seguridad social y compensaciones fiscales.
3. **Compensar las discriminaciones históricas** cuyos efectos perduran hasta nuestros días. Ej.: sistemas de cuotas o de "goals".

Los dos primeros tipos persiguen una igualdad de oportunidades, aunque no se traducen de forma inmediata en un incremento del número de mujeres empleadas.

Los sistemas de cuotas consisten en reservar un número determinado de empleos para los grupos más desfavorecidos en un intento por equilibrar su representación. Contrariamente, el sistema de "goals" da más puntuación a los componentes de un grupo determinado, pero cada candidato puede optar a todos los empleos disponibles.

Según apunta la autora, los sistemas de cuotas son una medida ampliamente discutida en el plano constitucional ya que aunque aumentan cuantitativamente el empleo femenino, inciden sobre el principio de igualdad entre las personas (habitualmente recogido en la Ley Fundamental). Concretamente, en los cinco Estados miembros que contemplan en su legislación las acciones positivas (Alemania, Austria, Dinamarca, Países Bajos y Suecia) continua la controversia en torno a esta materia, tanto en el ámbito político como doctrinal y jurídico, ya que en ninguno de ellos la Constitución prevé la posibilidad de tales acciones.

Conclusión

Rofes i Pujol afirma que no puede utilizarse la acción positiva como un instrumento para reparar las desigualdades históricas sufridas por las mujeres si se sirve para ello de medidas discriminatorias.

En opinión de la autora, la Directiva 76/207 permite que los Estados miembros intervengan mediante acciones positivas (formación profesional y orientación escolar) orientadas a eliminar los obstáculos que impiden la igualdad de oportunidades de las mujeres. *Elevan el punto de partida del grupo en desventaja*. Pero en ningún caso permite que dichas acciones se dirijan a conseguir una igualdad de resultados (ocupación del empleo), es decir, *igualdad en el punto de llegada* para compensar las discriminaciones del pasado.

Referencia:

Rofes i Pujol, María Isabel (1997): "El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y sus excepciones", *Revista Jurídica del Notariado*, 21, enero-marzo.

URL: <http://pruebas.colnot.com/biblioteca/revista/revista21/0521.html>

Tipo de investigación:

El presente texto se utilizó como base para una ponencia presentada en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica (IISJ) de Oñate, en septiembre de 1996, en el Curso de Derecho Comunitario organizado por el Consejo General del Poder Judicial y el Gobierno Vasco. El curso estaba dirigido a la formación de jueces y magistrados.

14. La Sentencia Kalanke

María Isabel Rofes i Pujol, letrada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, apunta los principios en los que se basó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la controvertida Sentencia Kalanke. También señala las reacciones que produjo la citada Sentencia tanto en organismos oficiales como para diversos autores.

La Sentencia Kalanke, de 17 de octubre de 1995 fue la primera Sentencia en la que el Tribunal de Justicia (TJCE) interpretó la Directiva 76/207 -sobre igualdad de trato en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo-, concretamente el artículo 2 en sus apartados 1 y 4, en relación con un régimen de cuotas establecido en favor de las mujeres. El litigio tuvo lugar entre el Sr. Kalanke y la ciudad de Bremen (Alemania).

Introducción

Rofes y Pujol señala que el objetivo de la Directiva 76/207 consiste en garantizar la aplicación en los Estados miembros del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere, en particular, al acceso al empleo, incluida la promoción profesional.

El apartado 1 del artículo 2 de la Directiva establece que el principio de igualdad de trato supone *"la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar"*. El apartado 4 del mismo artículo dispone que la Directiva no obstará a *"las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres"*. Este apartado tiene como finalidad autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir entre hombres y mujeres. Así, autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado laboral y desarrollar una carrera profesional. Ahora bien, la redacción de la disposición no permite determinar con claridad cuáles son las medidas de promoción de la igualdad de oportunidades que los Estados miembros pueden adoptar.

El Litigio

En Bremen, la ley relativa a la igualdad de trato entre sexos en la función pública establecía que en la selección (para el ingreso y para promocionar en un determinado puesto) tendrían preferencia las mujeres con igual capacitación que los hombres, en el caso de que se encontraran infrarrepresentadas en dicho sector (puede decirse que las mujeres están infrarrepresentadas cuando no cubren al menos la mitad de los puestos).

Los hechos se sucedieron de la siguiente manera:

En dicha ciudad se llevó a cabo una selección para cubrir un puesto de promoción de jefe de sección en el servicio de parques y jardines. Tras el proceso de selección se clasificaron dos candidatos que cumplían el perfil del puesto requerido: el Sr. Kalanke y la Sra. Glissmann.

En un primer momento se propuso el ascenso del Sr. Kalanke pero el Comité de conciliación consideró que ambos candidatos tenían idéntica capacitación y que, por lo tanto, debía darse preferencia a la Sra. Glissmann.

El Sr. Kalanke alegó que:

1. Poseía una capacitación superior (ingeniero superior de jardines y paisajes y ejercía las funciones de adjunto permanente de jefe de sección desde 1973).
2. El régimen de cuotas establecido por la Ley del Estado de Bremen era contrario a la Ley Fundamental (principio de igualdad entre las personas) y al artículo 611 del Código civil alemán.

La demanda se desestimó. El órgano encargado de resolver el recurso de casación (*Bundesarbeitsgericht*) consideró que la legalidad de la resolución estaba en función de la aplicabilidad de aquella Ley del Estado de Bremen. Por ello, dando por probada la igualdad de méritos de ambos candidatos y el hecho de la infrarrepresentación de las mujeres en el sector, planteó prejudicialmente al TJCE que precisara el contenido del art. 2.4 de la Directiva 76/207, excepción al principio de la igualdad de trato. El Tribunal de Justicia entendió que el juez nacional preguntaba si las disposiciones de derecho comunitario se enfrentan a la normativa nacional (de Bremen, normativa que, recordemos, daba preferencia a las mujeres en los sectores en que se encontraban infrarrepresentadas en caso de igual capacitación).

El Tribunal de Justicia resolvió y precisó que:

1. La Directiva 76/207 tiene como objetivo aplicar en los Estados miembros el principio de igualdad de trato entre ambos sexos en el empleo (incluida la promoción).
2. El apartado 4 del artículo 2 constituye una excepción al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y por tanto debe ser aplicado restrictivamente.
3. Una normativa nacional que "*garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción*" sobrepasa lo que debe ser el fomento de la igualdad de trato.
4. Los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva son opuestos a la normativa nacional alemana en cuestión.

El *Bundesarbeitsgericht* dictó sentencia el 5 de marzo de 1996, siguiendo las directrices del TJCE.

Repercusiones de la Sentencia Kalanke

La interpretación de la Comisión Europea

La Sentencia Kalanke ha sido muy controvertida. Después del impacto que produjo, la Comisión Europea se esforzó por presentarla de forma favorable a los programas de acción positiva que se estaban poniendo en práctica. De hecho, envió una comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre cómo debía interpretarse la Sentencia:

El Tribunal sólo condena los regímenes de cuotas *de tipo rígido* que se aplican *automáticamente* (como el de Bremen) y no aquellos sistemas que permiten tomar en cuenta circunstancias particulares y que, por tanto, son compatibles con la Directiva. Ej.:

- Programas de promoción de mujeres que contengan la proporción y el plazo en los que debe aumentarse el nº de mujeres.
- Cuotas ligadas a la cualificación requerida que permitan tomar en cuenta situaciones particulares.
- Obligación del empresario de dar prioridad a una persona del sexo infrarrepresentado.
- Reducciones de cotizaciones sociales y subvenciones estatales para aquellas empresas que contraten mujeres en sectores en los que están en minoría.
- Medidas de acción positiva centradas en la formación, la orientación profesional, etc.

También presentó al Consejo una propuesta para modificar el texto del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva ampliando a los dos sexos (sea cual sea el infrarrepresentado) los beneficios de la acción positiva y explicitando el tipo de medidas asumibles como excepción al principio de la igualdad de trato.

La interpretación doctrinal

Finalmente, la autora hace un repaso de las opiniones de algunos autores sobre la Sentencia Kalanke. Dichas opiniones son bastante negativas en general.

AUTORES	INTERPRETACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA
Lucia Ruano	<ul style="list-style-type: none">- Desde el punto de vista de la igualdad sustancial, la discriminación positiva no es una excepción al principio de igualdad, sino su simple especificación.- La Ley de Bremen no era absoluta e incondicionada, sino que se basaba en las condiciones del mérito y capacidad, y comprobación de la infrarrepresentación de las mujeres en el sector.- Pobre fundamentación. No aborda el tema de la justificación jurídica de la discriminación.
Paz Andrés	<ul style="list-style-type: none">- Los conceptos sobre medidas para lograr la igualdad que utiliza el Tribunal se reducen a los utilizados en meras campañas de sensibilización y en cursos de formación. Posición demasiado restrictiva del TJCE.- Los razonamientos del Tribunal carecen de fundamentos argumentales.- Sólo con tener en cuenta el interés general de que haya paridad representativa en el trabajo, ya sería suficiente para considerar al criterio de la Ley de Bremen más razonable que otros como la mayor o menor edad, la antigüedad, o el sorteo, que son, sin embargo, prácticas habituales.- La Sentencia muestra "<i>el aspecto perverso de un principio, el de igualdad de trato</i>".
Rodríguez-Piñero	<ul style="list-style-type: none">- Señala que el Sr. Kalanke insistió en todo momento en su mayor capacitación pero que el <i>Bundesarbeitsgericht</i> estaba vinculado a la declaración de hechos probados del órgano de apelación según el cual, los 2 candidatos tenían la misma capacitación.- Falta de una labor de interpretación del alcance del apartado 4 del art.2 de la Directiva: Escasa fundamentación y pocos datos (lo cual no permite delimitar claramente qué es y qué no es compatible con la Directiva).
Sionaidh Douglas-Scott	<ul style="list-style-type: none">- Sitúa la Sentencia como hito en la interpretación de la legislación antidiscriminación.- Critica numerosos programas de acción positiva llevados a cabo en Europa.
Sarah Moore	<ul style="list-style-type: none">- Opina que la Sentencia creará polémica debido a que hay sistemas de cuotas en varios países de la UE.- Califica de aceptable la solución del Tribunal pero piensa que, debido al escaso razonamiento y fundamentación de la Sentencia, el TJCE podía haber llegado igualmente a la solución opuesta. Sospecha que sea debido a divergencias de opinión dentro del TJCE. Podría ser útil el que se pudieran emitir votos particulares.

	<p>O. de Schutter y B.Renauld</p>	<p>- Argumentación y razonamientos de la Sentencia discutibles: definición demasiado limitada del concepto de igualdad de oportunidades y referencias a otras sentencias cuya relación con la legislación de Bremen es refutable.</p> <p>- Proponen una original solución: invertir la carga de prueba de forma que no sean las mujeres que no han resultado elegidas –a favor de los hombres- quienes demuestren que no ha habido discriminación en la elección.</p>
	<p>M.T. Lanquetin</p>	<p>- La interpretación que hace el TJCE sobre la supeditación de la igualdad de oportunidades al principio de igualdad de trato no es la única posible ya que son dos componentes complementarios e inseparables del principio de igualdad.</p> <p>- Las acciones positivas constituyen una aplicación del principio de igualdad de trato, pero deben estar limitadas en el tiempo y ser proporcionales.</p>
	<p>J.-G. Huglo</p>	<p>- Señala que el TJCE se aparta de su propia Jurisprudencia anterior aunque comparte la interpretación del concepto de igualdad de oportunidades.</p>
	<p>P.-H. Antonmatte</p>	<p>- Comparte el contenido de la Sentencia y señala la rigidez de la Ley de Bremen.</p> <p>- Opina que los sistemas de cuotas producen efectos perversos y que la Sentencia censura cualquier normativa nacional que contemple el uso de estos sistemas.</p>
	<p>I. Coustet</p>	<p>- Señala que se trata de la primera Sentencia de este tipo por parte del TJCE por lo que se observa una Jurisprudencia demasiado prudente respecto al concepto de discriminación positiva.</p> <p>- Teniendo en cuenta la Jurisprudencia, teme que las medidas a que se refiere el apartado 4 del art. 2 de la Directiva 76/207 queden "<i>reducidas a nada</i>".</p>

La autora, por su parte, considera que la acción positiva no debe usarse como compensadora de discriminaciones históricas. La discriminación positiva (cuotas) no es la panacea para acabar con la desigualdad y es muy polémica en el plano constitucional. Cinco Estados miembros tienen leyes de acción positiva, pero en ninguna de sus Constituciones existe una previsión al respecto. Afirma que la igualdad no debe ser de resultados, sino que debe significar "*poner en situación de obtener una igualdad en cuanto al resultado*".

Referencia:

Rofes i Pujol, María Isabel (1997): "El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y sus excepciones", *Revista Jurídica del Notariado*, 21, enero-marzo. URL: <http://pruebas.colnot.com/biblioteca/revista/revista21/0521.html>

Tipo de investigación:

El presente texto se utilizó como base para una ponencia presentada Oñate, en septiembre de 1996, en el Curso de Derecho Comunitario organizado por el Consejo General del Poder Judicial y el Gobierno Vasco. El curso estaba dirigido a la formación de jueces y magistrados.

15. Kalanke-Marschall: Dos Caras de la Misma Moneda

Miguel Rodríguez Piñero, Presidente emérito del Tribunal Constitucional español y Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Huelva, analiza la interpretación que la Comisión Europea da de la controvertida Sentencia Kalanke y la plasmación que esas tesis han encontrado en la Sentencia Marschall.

La Sentencia de la Discordia

Rodríguez Piñero señala que la Sentencia Kalanke (C-450/93) supuso una gran polémica y un duro revés para las políticas de acción positiva que, tanto a nivel nacional como comunitario - donde la erradicación de la discriminación por razón de sexo se había convertido ya en tarea primordial-, anhelaban la consecución y garantía de la igualdad efectiva de los hombres y las mujeres en determinados ámbitos de la sociedad.

Los argumentos esgrimidos por el TJCE respecto de la acción positiva en el asunto Kalanke, llevaron a cuestionar el propio alcance del artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE: si sólo admitía acciones positivas de asistencia en formación, etc., o también daba cabida a medidas de discriminación inversa en la contratación y promoción en determinadas condiciones.

Ante esta situación la **Comisión** se vio obligada a remitir al Parlamento y al Consejo una Comunicación "interpretativa" de la Sentencia -COM (96) 88 final, de 27 de marzo-, en la que sostenía que la "Jurisprudencia Kalanke" sólo excluía la acción positiva que implicara "*preferencia absoluta*" de las candidatas mujeres, excluyendo toda posibilidad de ponderar otras circunstancias concurrentes. Es decir, el resto de acciones positivas, incluidos los sistemas de cuotas que incorporen una "cláusula de apertura" serían legales.

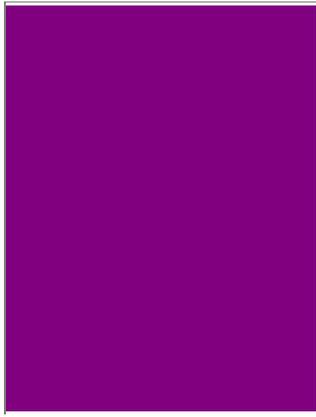
La interpretación de la Comisión es restrictiva, se concede especial relevancia a lo contenido en el fundamento 22 de la Sentencia (prohibición de prioridad absoluta e incondicional) en detrimento del fundamento 23 (prohibición de la sustitución de la promoción de igualdad de oportunidades -igualdad en el punto de partida-, por el resultado deseado en base a un criterio de sexo -igualdad en el punto de llegada-), eje de la argumentación del Abogado General Tesauro, y se recomienda la modificación "interpretativa" del artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE a fin de establecer expresamente que las medidas de acción positiva están permitidas con excepción de las cuotas rígidas.

Rodríguez Piñero considera que la interpretación de la Comisión peca un poco de voluntarista, aunque no carece de fundamento. Entiende que la asunción de la posición mantenida por el Abogado General Tesauro, abiertamente contraria a toda medida de acción positiva que afecte directamente al resultado, llevaría no sólo a la interpretación restrictiva del art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE, sino al rechazo absoluto de toda acción positiva no dirigida exclusivamente "*a la remoción de los obstáculos que impiden a las mujeres la igualdad de oportunidades*". Esto es, de aceptarse sus tesis, buena parte de los programas actuales de acción positiva serían de imposible realización al "*impedir medidas que implicasen formalmente atribuciones de ventajas a la mujer con efectos compensatorios y redistributivos, afectando en los resultados*".

El Caso Marschall: Luz al Final del Túnel

Rodríguez Piñero afirma que la polémica Sentencia Kalanke es objeto, unos años más tarde, de una **reinterpretación más moderada** por obra del propio Tribunal en el conocido como **caso Marschall (C-409/95)**. En dicha Sentencia el TJCE aplica la interpretación voluntarista que la Comisión hizo de la Sentencia Kalanke, reduciendo sensiblemente sus efectos reales. El siguiente cuadro presenta el desarrollo del caso de una manera clara y esquemática:

<p>La Ley Objeto de Recurso</p>	<p>El Land alemán de Renania del Norte-Westfalia establece la prioridad de las mujeres en el ascenso cuando los candidatos y candidatas concurren en igualdad de calificación, aptitud y prestaciones profesionales, siempre que las mujeres se hallen infrarrepresentadas en el nivel que corresponda. La novedad de esta disposición reside en el hecho de que abre la posibilidad de tomar en consideración otras circunstancias "<i>relativas a la persona</i>" que permitan derogar la prioridad en beneficio de otro candidato.</p>
<p>Los Hechos Probados</p>	<p>El Sr. Marschall reclama ante el Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen por sentirse perjudicado a causa de la prioridad dada en el ascenso a otra candidata con igual calificación, por el hecho de que en el grado y nivel considerado las mujeres estaban infrarrepresentadas.</p>
<p>Los Argumentos del Abogado General Jacobs</p>	<p>Con el mismo posicionamiento que los Gobiernos francés y británico, y en contra de la interpretación de la Comisión, el Abogado General Jacobs defiende la aplicación de la Jurisprudencia Kalanke desde su lectura más "radical":</p> <ul style="list-style-type: none"> ?? Centra sus alegaciones en las conclusiones del Abogado General Tesauro y en el fundamento 23 de la Sentencia Kalanke que, a su juicio, excluye categóricamente las medidas que afecten a la igualdad en los resultados. ?? Considera que la igualdad de oportunidades es el fin al que deben tender estas medidas. Por lo tanto, la remoción de los obstáculos garantiza que hombres y mujeres partan de la misma posición, y ya nada impide a las mujeres ascender. ?? Con relación al alegado carácter condicional de la prioridad, entiende que la existencia de una excepción (cláusula de apertura) no altera el carácter discriminatorio de la regla. ?? Critica la interpretación restrictiva de la Sentencia Kalanke sugerida por la Comisión.
<p>El Pronunciamiento del TJCE</p>	<p>El Tribunal suscribe la interpretación restrictiva que la Comisión hace de la Sentencia Kalanke (interpretación asumida también por los Gobiernos austríaco, español, finés, noruego y sueco), ignorando las tesis defendidas por el Abogado General Jacobs:</p> <ul style="list-style-type: none"> ?? Obvia toda mención al fundamento 23, que califica de accesorio (de <i>obiter dicta</i>, no de <i>ratio decidendi</i>), y centra sus consideraciones en la existencia de una cláusula de apertura que acabe con la prioridad absoluta e incondicional, (único criterio que, a su juicio, haría que la acción positiva fuera declarada incompatible con la Directiva 76/207/CEE). ?? Afirma que la igualdad de oportunidades no obsta a la existencia de trato discriminatorio contra las mujeres, al existir prejuicios sociales y culturales profundamente arraigados que cuestionan el papel y las capacidades de las mujeres en la vida activa. Ej. Aunque 2 candidatos de sexos opuestos presenten la misma capacitación, eso no significa por sí solo que tengan iguales oportunidades. ?? Considera las medidas de acción positiva dirigidas a



obtener un resultado **compatibles** con la Directiva, al entender que constituyen el medio idóneo para hacer frente a la discriminación estructural que afecta a las mujeres.

?? Como antecedentes de esta decisión cabe destacar la Sentencia norteamericana Johnson (480 U.S. 616 (1987)) que *"admite la relevancia del sexo como factor de importancia en la elección de un candidato dada la infrarrepresentación de las mujeres en puestos de responsabilidad, destacando el carácter flexible del plan, su revisión anual y el no establecer cuotas rígidas"*.

Una Solución Problemática

Recapitulando: tras la Sentencia Kalanke, el TJCE pudo pronunciarse de nuevo sobre las medidas de acción positiva en la Sentencia Marschall que en parte desarrolla y en parte rectifica y limita.

La primera consecuencia es la legitimidad, en principio, de las medidas de acción positiva, incluidas las cuotas con determinadas condiciones de flexibilidad, proporcionalidad y apertura. De cualquier modo, el autor considera que la solución dada por la Sentencia Marschall no está exenta de problemas. Hace hincapié en la flexibilidad de la preferencia, pero no aclara suficientemente cuáles son los criterios de distinción entre sistemas rígidos y sistemas abiertos. Además, al quedar sujeto a la consideración del órgano jurisdiccional nacional, se genera cierta inseguridad jurídica y, lo que a su juicio es peor, márgenes excesivos de discrecionalidad con relación a la facultad de derogar el sistema de cuotas. Por estas razones insiste en la necesidad de modificar el art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE en la dirección apuntada por la Comisión.

Esta modificación vendría, a su vez, impuesta por la nueva redacción que el **Tratado de Ámsterdam** da al **art. 119.4** que permitiría el reforzamiento de la legitimación de la acción positiva, tanto a nivel comunitario -obligando a una relectura de la Directiva 76/207/CEE- como nacional, pasando de un plano de legalidad a otro superior, de constitucionalidad.

Referencia:

Rodríguez Piñero, Miguel (1995): "Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE", *Revista de Relaciones Laborales* 22, p. 102-109.

Tipo de investigación:

Editorial que abre el número 22 de la Revista de Relaciones Laborales.

16. Claves de la Sentencia Marschall

María Ángeles Martín Vida, Doctora en Derecho y experta en temas de igualdad en el sistema constitucional español, evidencia la falta de definición del criterio de infrarrepresentación de que, a su juicio, adolecen tanto la Sentencia Marschall (C-409/95) como su predecesora, la Sentencia Kalanke (C-450/93).

María Ángeles Martín Vida afirma que la Sentencia Marschall (abiertamente favorable, con algunos matices, a la "discriminación inversa") no es sino la consecuencia natural de la **conurrencia de dos factores**:

- ?? La propuesta de la Comisión para la reforma del art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE.
- ?? La incorporación del apartado 4 al artículo 119 del TCE por medio del Tratado de Amsterdam, que recoge la igualdad sustancial dando a los Estados -y otros entes con autonomía propia- la libertad de adoptar determinadas medidas de discriminación inversa.
A juicio de la autora, esta incorporación refleja el alto nivel de compromiso adquirido por los máximos representantes de los Estados miembros en la eliminación de las desigualdades y la promoción de la igualdad de los hombres y las mujeres, hasta el punto de consentir en modificar el Tratado de Roma (Derecho Comunitario originario) para legitimar las medidas de acción positiva.

María Ángeles Martín Vida considera un acierto por parte del TJCE que vaya más allá de apreciaciones puramente jurídicas y profundice en valoraciones de la realidad social que les lleven a concluir que la igualdad formal y la real no se corresponden, que no existe una efectiva igualdad de oportunidades por causa de prejuicios sobre el papel y capacidad de las mujeres, y el miedo a que éstas interrumpen más a menudo sus carreras.

Sin embargo, considera también que, lejos de lo que pudiera parecer, la Sentencia Marschall no altera la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia Kalanke, sino que constituye un estadio ulterior de desarrollo sobre la misma base. Así, mientras la Sentencia Kalanke establece que sólo aquellas medidas de acción positiva que no impongan una prioridad absoluta son compatibles con el Derecho comunitario, **la Sentencia Marschall se encarga de esclarecer las vías a través de las cuales evitar ese automatismo: la cláusula de apertura**. Esta garantizará *"un examen individualizado de todos los candidatos y candidatas que presenten idéntico nivel de cualificación, de modo que también los varones tienen una opción (si bien excepcional -ej. un determinado grado de minusvalía-) de alcanzar el bien al que se aspira"*.

En ambos casos, se condiciona la adopción de medidas de promoción de la mujer a la existencia de una situación de **infrarrepresentación** de la misma - las leyes alemanas controvertidas consideran que existe infrarrepresentación cuando la presencia en la categoría para la que se contrata o promueva es inferior al 50%-.

¿Quién le Pone el Cascabel al Gato?

La autora considera llamativo que ninguna de las dos sentencias haya reparado en la **manera de valorar la existencia de dicha infrarrepresentación** en las leyes sobre las que se pronunciaban y critica el hecho de que el Tribunal de Luxemburgo lo acepte sin tener en cuenta los elementos que a continuación se exponen.

En su análisis, Martín Vida toma como referencia la línea jurisprudencial mantenida por la Corte Suprema de los Estados Unidos (que lleva más años decidiendo sobre estos temas). Los criterios empleados por ésta varían en función de la naturaleza del puesto ofertado:

Puestos no cualificados	Puestos Cualificados
<p style="text-align: center;">50%</p> <p>(Partiendo de la suposición de que la población general se compone aproximadamente de un 50 por 100 de hombres y un 50 por 100 de mujeres).</p>	<p>Proporcional al número de hombres y mujeres que, en el ámbito territorial-material-temporal de aplicación de la norma, dispongan de esa cualificación.</p>

Martín Vida sitúa el **origen de este trato diferenciado en la inexistencia de una igualdad de oportunidades real** entre hombres y mujeres. Si la igualdad de oportunidades fuese real, lo más probable es que aproximadamente un 50% de hombres y un 50% de mujeres dispusieran de la cualificación especial para cada caso.

Pero esa desigualdad inicial existente obliga a medir escrupulosamente las proporciones numéricas que se establecen para una igualación de resultados, a fin de evitar situaciones de rechazo de las medidas. Por todo ello considera imprescindible que, de manera paralela a las cuotas (cuidadosamente establecidas en cuanto a la proporción), se adopten medidas de acción positiva que, incidiendo directamente en la igualdad inicial de oportunidades (formación, reparto de cargas familiares, etc.), *"permitan que la paridad vaya haciéndose realidad a todos los niveles"*.

Ej. Promoción interna para una categoría superior en una empresa donde hay 90 hombres y 10 mujeres. Una cuota del 50% sería objeto de claro rechazo, perjudicial incluso para las mujeres que se hubieran beneficiado de la medida. Habría que aplicar una cuota en la proporción de 9 hombres y 1 mujer, más medidas que vayan haciendo cambiar esa realidad. No forzar el resultado desproporcionadamente.

Referencia:

Martín Vida, M^a Ángeles (1998): "Medidas de tratamiento preferente en favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la Sentencia 'Marschall'", *Revista Española de Derecho Constitucional* 53, p. 313-336.

Tipo de investigación:

En el artículo, publicado en la Revista Española de Derecho Constitucional, se analiza la evolución de la política comunitaria en materia de igualdad de sexo, haciendo especial hincapié en el estudio de las paradigmáticas Sentencias Kalanke (C-450/93) y Marschall (C-409/95).

17. Sentencia Marschall: ¿Una Solución Completa?

Amparo Ballester Pastor, profesora titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Valencia, realiza una breve síntesis de las que, a su juicio, constituyen las asignaturas pendientes de la conocida como doctrina Marschall (C-409/95).

Una Solución Incompleta

Muchos autores han visto en la Sentencia Marschall (C-409/95) un redimensionamiento de la controvertida Sentencia Kalanke (C-450/93). Ballester Pastor afirma que **de la interpretación conjunta de ambas se deduce que las cuotas en la contratación son compatibles con la Directiva 76/207**, siempre que el sexo no sea el único factor a considerar al decidir a qué candidatura se da preferencia.

La autora da por buena la interpretación del TJCE y considera que lo determinante a la hora de que una medida constituya una acción afirmativa "*legal*", o una discriminación inversa "*ilegal*", es el grado, no el modo de la acción.

Una vez superada la polémica sobre si el objetivo de las medidas debe ser la igualdad de oportunidades o de resultados, el único elemento que, a su modo de ver, diferencia a ambas, es la aportación que hace la Sentencia Marschall de la necesidad de una **cláusula de apertura**; cláusula que garantiza la toma en consideración de circunstancias distintas al sexo a la hora de decidir la preferencia de una candidatura sobre otra.

La autora señala que los factores a considerar junto con el sexo deben guardar algún tipo de relación con el trabajo a realizar, de manera que el fantasma de la discriminación inversa quede totalmente excluido, acabando, al menos en teoría, con la potencial discrecionalidad empresarial.

A pesar de todo, Ballester Pastor opina que **la doctrina Marschall deja sin resolver una serie de cuestiones importantes**:

- ?? No define **un criterio objetivo de "mérito"**, lo que puede encubrir arbitrariedades y discriminaciones indirectas contra las mujeres.
- ?? No se especifica cuál sería la postura del Tribunal caso de que se incorporaran **factores diferentes al sexo** para el establecimiento de la preferencia. Ej. "*¿Qué ocurriría con las medidas consistentes en atribuir un punto adicional a las mujeres en determinadas pruebas de acceso?*"
- ?? No se determina si la doctrina jurisprudencial es **aplicable a todos los momentos de la relación de trabajo**. Esto es, si afecta tanto a las medidas de acción positiva que promueven la contratación de las mujeres, como a aquellas en que se dé preferencia a su permanencia en caso de despido por crisis de la empresa. Encontramos la misma indeterminación con relación a los traslados, las modificaciones horarias, etc.
- ?? No prevé la aplicación que tiene con relación a **otros colectivos excluidos** del mercado de trabajo.

Referencia:

Ballester Pastor, Amparo (1998): "Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia Marschall)", *Revista de Relaciones Laborales* 18, p.725-751.

Tipo de investigación:

Artículo incluido en el apartado de "Comentarios de Jurisprudencia" de la Revista de Relaciones Laborales, en el que se hace una revisión del concepto y legalidad de la acción positiva tras las sentencias más significativas dictadas por el TJCE en la materia.

18. Greens Go Home o Los Problemas de Importar el Derecho Norteamericano en Materia de Igualdad

José García Añón, profesor titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, analiza, a través de las Sentencias Kalanke y Marschall, los problemas que la adopción "indiscriminada" del Derecho Antidiscriminatorio Norteamericano ha generado en la interpretación y aplicación del Derecho Europeo actual en materia de igualdad y de políticas de acción afirmativa.

En opinión de García Añón, el Derecho Europeo carecía de construcciones doctrinales o jurídicas sólidas en materia de políticas de igualdad:

- ?? En el Tratado Constitutivo no aparece expresamente la referencia al principio de igualdad formal.
- ?? Hasta los años 70 no hay directivas que regulen algunos aspectos relativos a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral (Ej. Directiva 76/207/CEE).
- ?? La Jurisprudencia del TJCE, aunque había tratado algunos temas relativos a la no-discriminación, nunca había tenido que pronunciarse sobre la acción positiva hasta el caso Kalanke (1995).

Esto propició la adopción de la terminología y los fundamentos del Derecho Norteamericano. En este proceso de "importación" no se tuvieron en cuenta las diferentes circunstancias históricas, políticas y sociales que enmarcaban dichas construcciones, lo que generó varios problemas:

- I. Falta de elaboraciones conceptuales precisas.
- II. Creación de conceptos y terminología sin conexión con la normativa o las creaciones jurisprudenciales nacionales o europeas.
- III. Elaboraciones conceptuales infundadas o fundadas en modelos reductivos.

I. Falta de Conceptos Precisos

García Añón entiende que la no existencia de una definición normativa, ni un acuerdo doctrinal o jurisprudencial sobre lo que son y lo que implican las políticas de acción afirmativa ha producido confusión, al tiempo que ha sido perjudicial para las propias medidas y los objetivos perseguidos por ellas.

Ante esta falta de consenso, **el autor propone la siguiente definición:**

- ?? Propias del Estado Social de Derecho.
- ?? Su función es promocional (favorecer a personas o colectivos que están o han estado discriminados, o que se encuentran en una posición de desventaja).
- ?? Son medidas de carácter indirecto.

Y clasifica las políticas de acción afirmativa en tres categorías:

- ?? Medidas de concienciación. Ej. Campañas formación y de publicidad para la igualdad sexual.
- ?? Medidas de facilitación orientadas a conseguir el fin (eliminar la desventaja):
 1. Medidas de incentivación. Ej. Becas, subvenciones, etc.

2. Medidas de discriminación inversa o positiva: tratamiento desigual, en favor del peor situado, para 2 supuestos desiguales. Ej. Baremos distintos para hombres y mujeres, cuotas o reservas de plazas, etc.
3. Medidas de trato preferencial: establecimiento de una prioridad o ventaja en una situación de partida semejante pero de desventaja en el contexto. Ej. Puntos extra, etc.

?? Medidas de retribución, recompensa o sanción positiva tras la realización de la acción deseada. Ej. Exenciones fiscales.

A pesar de la clasificación propuesta, el autor afirma que la equiparación o no distinción de términos está a la orden del día, lo que plantea la necesidad de estar continuamente matizando los conceptos empleados.

Ejemplo: El uso generalizado de la noción de "cuota" oculta tras de sí la confusión entre dos tipos de acción afirmativa: las cuotas en sentido estricto y el trato preferente.

Mientras el trato preferencial supone el favorecimiento de una de las partes desde una situación de semejanza, la cuota privilegia a quien se encuentra en peor situación de partida, y que si no fuera por ella, jamás accedería al puesto. La terminología al uso del TJCE cae en esta retórica de la confusión y los matices al emplear términos como "*cuotas por decisión*" (refiriéndose al trato preferencial) y "*cuotas por resultado*" (cuotas en sentido estricto), o al hablar de "*cuotas flexibles*" (que permite) y "*cuotas rígidas*" (que prohíbe).

El autor señala esta confusión terminológica como la principal fuente de estigmatización de las medidas de acción positiva en general, al hacerse extensiva a todas ellas la mala prensa que arrastran figuras afines.

II. Desconexión Entre los Conceptos Doctrinales y Jurisprudenciales y las Normas y Decisiones Jurisprudenciales Nacionales o Europeas

Bajo este epígrafe, García Añón expone el problema desde el punto de vista de la interpretación de la normativa europea en materia de igualdad. Según el autor, la interpretación del TJCE encaminada a delimitar la interpretación de la Directiva 76/207/CEE, no parte de una terminología que se desprenda de la propia Directiva, ni de las leyes ni decisiones de los tribunales nacionales, sino que es construida por la dogmática jurídica europea sin conexión con ellas.

II.1. Discriminación tolerada

A través de la casuística, el Tribunal se ve obligado a delimitar conceptos que le son ajenos, como por ejemplo cuáles son los supuestos de discriminación tolerados por la ley, esto es, "*las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres*" (Directiva 76/207/CEE, art. 2.4º), qué tipo de medidas están permitidas, qué requisitos debe cumplir la "discriminación tolerada", etc.

El Tribunal sitúa el **origen** del concepto de "discriminación tolerada" en la excepción recogida en el apartado 4º del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE que en su apartado 1º recoge el principio de igualdad y no discriminación.

De ahí que entienda que las medidas articuladas para hacer efectiva la igualdad real entre hombres y mujeres "*constituyen una excepción a un derecho individual*" que, aunque necesaria, no es un *derecho autónomo*.

García Añón considera necesario que el TJCE entienda la igualdad no sólo como formal sino también material y elimine de sus razonamientos el término "discriminación tolerada", de clara connotación negativa, y lo sustituya por el de "**discriminación justificada**", como única forma de hacer efectiva la igualdad de derechos en su doble dimensión. (Es decir, en algunos casos podrá vulnerarse la dimensión formal para hacerla efectiva en su dimensión material).

Afirma el autor, que este concepto debería haber sido depurado doctrinal y normativamente en aras a delimitar unos "supuestos de hecho exigibles" para la aplicación de medidas que garantizaran el cumplimiento del principio de igualdad. Por el contrario, es a través de las sentencias como esta delimitación se ha producido, y establecen que la discriminación no es "tolerable" si:

- ?? Existe igualdad de capacitación entre los candidatos,
- ?? existe infrarrepresentación de las mujeres en el sector en cuestión,
- ?? y la preferencia se aplica automáticamente en favor de las candidatas.

En consecuencia, cabe decir que para el TJCE existe un supuesto de discriminación tolerada siempre que:

- ?? Las medidas estén destinadas a promover la igualdad de oportunidades (no de resultados) entre los candidatos.
- ?? No impliquen la preferencia absoluta e incondicional de las candidatas mujeres.

II.2. "Cláusula de apertura" y prohibición de "preferencia automática"

García Añón califica a la "prohibición de preferencia automática" de **redundante** porque precisamente lo característico de las medidas de acción afirmativa es su carácter contextual, temporal, proporcional, etc., fuera de todo absolutismo. De la interpretación del Tribunal parece deducirse que se admiten las medidas de acción positiva, incluso la discriminación inversa, siempre y cuando no exista preferencia automática, preferencia que se elude a través de lo que se conoce como "*cláusula de apertura*".

Ahora bien, el contenido de la "cláusula de apertura" **no ha sido definido ni jurisprudencial ni normativamente**. Opina García Añón que, a diferencia de la conclusión a la que llega el Tribunal en el caso Marschall, dicha cláusula no es una excepción a la consecuencia jurídica de aplicar acciones positivas (preferencia en la promoción), sino una matización a los requisitos del supuesto de hecho exigible para su aplicación (infrarrepresentación, igual cualificación, etc.). La cláusula de apertura opera en la fase de evaluación de los hechos, "*como un requisito para aplicar medidas de igualdad*".

Esta circunstancia lleva al autor a declararla **inservible**, dado que, tal y como está formulada, de darse las condiciones que contempla, no se cumplirían las exigencias de igualdad que justificarían el trato discriminatorio. Esto es:

- ?? si objetivamente la candidata mujer tiene más méritos, no habría razones para aplicar tales medidas;
- ?? si es el candidato hombre quien tiene más méritos, entraría en juego la discriminación inversa (que no se contemple a no ser que no sea automática);
- ?? y si objetivamente se diera un supuesto de igualdad de hecho cabría recurrir a la acción afirmativa propiamente dicha.

Y es que, toda la formulación acerca de la cláusula y de la justificación de las cuotas flexibles descansa, más que en criterios de igualdad, en otros de procedimiento (ej. la preferencia automática) que tienen una relación indirecta con la igualdad.

II.3. En otro orden de cosas, García Añón advierte acerca de un **posible conflicto de incompatibilidad entre la normativa europea y la española** puesto que, mientras la primera, a través del artículo 2.4 de la Directiva 76/207 se limita a **permitir**, la Constitución Española **obliga** (art. 9.2) a la remoción de los obstáculos que impiden alcanzar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

Para dirimir esta aparente incompatibilidad existe el mecanismo de las *cuestiones prejudiciales*, a través de las cuales, el aplicador español, antes de aplicar la interpretación del Tribunal Constitucional español, podría solicitar el pronunciamiento del propio TJCE:

- ?? Si se entiende que tiene que decidir entre una norma que faculta y otra que obliga, se produciría una contradicción entre dos directrices que debería salvarse tratando de armonizar los medios y fines disponibles.
- ?? Si se entiende que los pronunciamientos de ambos órganos son ya reglas formadas, habría que aplicar los criterios de prevalencia.
- ?? Si se entiende que los pronunciamientos de ambos órganos no son reglas, se produciría un conflicto de jurisdicciones.

Considera el autor que **la interpretación que realiza el TJCE en las Sentencias Kalanke y Marschall vacía de contenido la doctrina consagrada por el TC en Sentencia 128/87 y su interpretación del artículo 9.2** en cuanto a la conexión entre igualdad material y formal, al prohibir la adopción de medidas de acción positiva, trato preferencial y discriminación inversa que promuevan "automáticamente" al grupo desaventajado.

III. Elaboraciones Conceptuales Infundadas o con un Fundamento Reductivo

García Añón considera que en la adopción del Derecho Antidiscriminatorio Norteamericano se ha operado de una manera excluyente y reductiva, asimilando sólo aquellos criterios más cercanos al modelo de Estado liberal clásico. En este sentido, señala que, **aunque la normativa marco europea no prohíbe las políticas de acción positiva, la jurisprudencia que la interpreta mantiene una concepción liberal-individualista de la igualdad, centrándose únicamente en la dimensión formal** de la misma y en lo que conocemos por igualdad de oportunidades.

Frente a ésto, **el concepto de igualdad adoptado por el modelo de Estado Social de Derecho consagrado en la Constitución española**, así como en otras legislaciones nacionales, **va más allá** incluyendo las facetas de equiparación, no discriminación y también la de compensación.

Del análisis de la Directiva 76/207/CEE por parte del TJCE se desprende con claridad su carácter restrictivo en lo que se refiere al concepto de igualdad. Un concepto de igualdad que insiste en la no-discriminación y en la equiparación, al tiempo que el art. 2.4 permite la adopción de medidas de acción afirmativa. En opinión de García Añón, al equipararse en dicho artículo la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades, la primera queda reducida a la igualdad de trato formal y las políticas de acción positiva a aquellas que sean compatibles con la igualdad de oportunidades, excluyéndose las de resultados. Y destaca una serie de **causas** que pudieron propiciar esta interpretación restrictiva del TJCE:

- ?? Una *"formulación poco afortunada de la Directiva"*.
- ?? *"Vientos poco favorables a las políticas sociales en Europa"*.
- ?? Un *"replanteamiento de las medidas de acción positiva en EE.UU."*

Conclusiones

De lo anteriormente expuesto, se pueden extraer las siguientes conclusiones con relación a las **Políticas Europeas de Acción Positiva**:

- ?? Según la interpretación del TJCE, la normativa europea no permite este tipo de políticas de acción positiva y discriminación inversa más allá del ámbito de la igualdad formal.
- ?? La terminología importada, confusa, desconectada de la realidad jurídica nacional y comunitaria ha constituido fuente de innumerables problemas.
- ?? El concepto de igualdad mantiene su doble dimensión material y formal, aunque, según la interpretación del Tribunal, las únicas medidas de acción afirmativa permitidas sean aquellas compatibles con la igualdad de oportunidades.

- ?? El criterio de automatismo se empleará para excluir políticas que no son de igualación, sino que pretenden su configuración como derechos, pero no vale para distinguir las medidas de discriminación inversa del resto de medidas de acción positiva.
- ?? Es preciso concretar, normativa y jurisprudencialmente, qué se entiende por "preferencia automática".
- ?? La legitimidad de las medidas propuestas por la Unión Europea está en entredicho, entre otras consideraciones, por su incapacidad para hacer efectivo el valor de la igualdad.
- ?? Las medidas de acción positivas, en su triple dimensión de equiparación, no discriminación y compensación son compatibles con los valores superiores que inspiran ordenamientos nacionales como el español.
- ?? Las posibilidades que permiten las constituciones nacionales hacen posible una extensión de las medidas de acción afirmativa a otros sujetos (extranjeros, minorías étnicas, minusválidos, etc.), otros ámbitos (el político, el asistencial, etc.), otros objetos (condición de "grupo desaventajado"), y al contenido de las medidas a aplicar.

Como sostiene García Añón, **habría que "recordar que la razón de la existencia de estas medidas se encuentra en la eficacia de la igualdad en sus dos dimensiones"**.

Referencia:

García Añón, José (1999): "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 2, URL: <http://www.uv.es/~afd/CEFD/2/garcia.html>

Tipo de investigación:

Análisis sobre los recientes casos resueltos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación al principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa, y de los problemas clásicos de la dogmática jurídica que encuentran eco en la interpretación y aplicación Derecho Europeo actual:

- ?? La necesidad de que el Derecho esté contextualizado para realizar una función transformadora.
- ?? El condicionamiento ideológico existente en toda interpretación del Derecho.
- ?? La utilización de terminologías que no se encuentran en la Ley, etc.

C.3. **Ámbito Estatal**

19. La Acción Positiva en España

Teresa Pérez del Río, profesora titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cádiz, analiza las bases jurídicas de la acción positiva en España y examina, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el encaje de la acción y la discriminación positiva en el marco constitucional.

La autora analiza el encaje que la acción positiva tiene en el marco de la Constitución española. Sitúa la causa de su constitucionalidad en la evolución experimentada por la doctrina del Tribunal Constitucional español, que ha pasado de una interpretación formal del principio de igualdad (art.14 CE) a otra más acorde con la igualdad sustancial del art.9.2.

De la lectura de sentencias como la STC 128/1987, 216/91, 28/92 o la más reciente STC 16/1995, se desprende que la **acción positiva** en el ordenamiento jurídico español goza de legitimidad plena, pudiendo considerarse incluso exigible en tanto que instrumento indispensable para lograr las condiciones de igualdad que propugna el artículo 9.2 CE. Se justifica a partir de la interpretación conjunta de esta disposición y el artículo 14 CE y la obligada toma en consideración (art.10.2 CE.) de las normas internacionales sobre discriminación por razón de sexo (la Convención de Naciones Unidas de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres- CEDAW y la normativa comunitaria).

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado en varias ocasiones que "la tutela antidiscriminatoria no sólo es compatible sino que incluso, en ocasiones, impone compensar la desigualdad de oportunidades entre los sexos mediante acción positiva". Señala así mismo (STC 128/87) que "no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad (...) se trata de dar tratamiento distinto a situaciones verdaderamente distintas". La autora advierte acerca de la confusión creada por algunas sentencias que han identificado acción positiva y acción protectora (Ej. STC 28/92 y STC 109/93).

El Tribunal Constitucional establece unos requisitos básicos que toda acción positiva debe cumplir para ser compatible con el principio de igualdad:

- ?? Motivación (existencia de una situación real de discriminación del colectivo).
- ?? Proporcionalidad (suficiencia y adecuación entre la medida adoptada y el objetivo perseguido).
- ?? Temporalidad (la medida debe desaparecer una vez logrado su objetivo).

Respecto de la compatibilidad o no de la **discriminación positiva** con el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo, la autora se hace eco de las reflexiones que el profesor Rodríguez Piñero (1995) ha vertido con ocasión de la Sentencia del controvertido caso Kalanke (C- 450/93). Según Rodríguez Piñero, esta Sentencia:

- ?? Está escasamente motivada.
- ?? No establece doctrina general en materia de discriminación positiva.
- ?? Ignora los antecedentes jurisprudenciales establecidos por el TJCE en casos anteriores (no examina en ningún momento la proporcionalidad ni la motivación de la medida que juzga).
- ?? Hace caso omiso de la postura del Tribunal alemán que, bajo condición de que la preferencia no fuera automática (y permitiera realizar excepciones), había admitido la constitucionalidad de la norma de privilegio.

A los puntos anteriores debe unirse una última consideración de la autora, que estima que el alcance real de la Sentencia es más limitado de lo que se ha dado a entender y no aporta realmente nada nuevo (no es sino una reinterpretación de los criterios de proporcionalidad y

motivación que venía aplicando el Tribunal, esto es, debe entenderse que son compatibles con el principio de igualdad las medidas de acción positiva que no impliquen preferencia absoluta, o sea, que sean "proporcionadas" y estén "motivadas").

Concluye que tanto la acción como la discriminación positivas, siempre y cuando "no impliquen preferencia absoluta", se han revelado como los complementos adecuados a la prohibición de discriminación por razón de sexo en su lucha por conseguir la igualdad "de hecho o esencial".

Referencia:

Pérez del Río, Teresa (1997): "Principio de Igualdad y Derecho Positivo: Discriminación Directa, Indirecta y Acción Positiva" en Emakunde edtr., *Emakunde, 10 años en la sociedad vasca*, Vitoria: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.

Tipo de investigación:

Ponencia presentada en el seminario impartido en Emakunde el día 15 de octubre de 1997 que llevaba por título "Principio de igualdad, discriminación y acción positiva", coordinado por Javier Balza Aguilera, actual Consejero de Interior del Gobierno Vasco, entonces Viceconsejero en el Departamento de Hacienda.

20. El Marco Constitucional de las Acciones Positivas y las Discriminaciones Inversas

Fernando Rey Martínez apunta las condiciones necesarias para la legitimidad de la discriminación inversa y pone de manifiesto la escasez de mecanismos para el fomento de la igualdad en España, así como la reticencia del ordenamiento jurídico español a adoptar medidas de acción positiva.

Introducción

Fernando Rey Martínez, Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid, señala dos vertientes en el art. 14 CE:

1. **Vertiente subjetiva:** prohíbe toda discriminación ya sea directa o indirecta.
2. **Vertiente objetiva:** otorga a quien legisla el deber de dirigir a los poderes públicos y a la sociedad en general hacia la consecución de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. La naturaleza de esta vertiente es de "*principio*": llevar a cabo políticas de acción positiva para fomentar la igualdad.

Según el autor, las acciones positivas deben tener el objetivo primordial de lograr la **paridad de los sexos**, lo cual se manifestaría en el "*intercambio potencial de papeles entre el hombre y la mujer*". Y se trata de un objetivo ajeno al debate político o a los medios económicos existentes: es un mandato obligatorio en todo caso.

Sin embargo, en lo que se refiere a la discriminación inversa (variedad más incisiva de la acción positiva que suele adoptar la forma de cuotas o de trato preferente), el autor afirma que debe cumplir varias **condiciones**:

- ?? **Las medidas de acción positiva son deberes constitucionales** de los poderes públicos y de los particulares, mientras que los sistemas de cuotas son una mera técnica permitida, que utiliza quien legisla. Además, la discriminación inversa se ve influida por el programa político que esté en vigor.
- ?? **Sólo pueden usarse sistemas de cuotas** en un sector social determinado y por un tiempo razonable **cuando sea imposible lograr la igualdad mediante otras medidas** de acción positiva.
- ?? **Deberá demostrarse la desigualdad de hecho objetivamente.** También será imprescindible prestar una atención especial a los términos estadísticos elegidos para comparar la igualdad o la desigualdad entre los individuos.
- ?? **Los sistemas de cuotas son de naturaleza transitoria.** Deben limitarse al periodo de tiempo necesario para lograr la igualdad en aquel sector que se desee.
- ?? **La discriminación inversa debe establecerse mediante ley** ya que afecta a los derechos fundamentales de las personas.

Teniendo en cuenta estas condiciones, el autor afirma su convencimiento de la **legitimidad constitucional** de utilizar la discriminación inversa y establecer cuotas para eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres. Señala, incluso, la STC 269/94, de 3 de octubre, en la que el Tribunal Constitucional español se pronuncia favorablemente a la legitimidad constitucional de las cuotas (en este caso para minusválidos). Legitimidad que también estaría justificada para otros grupos desfavorecidos como las mujeres o las razas minoritarias.

Rey Martínez encuentra un núcleo común entre las discriminaciones inversas y las acciones positivas: eliminar las diferencias de trato jurídico entre hombres y mujeres. Sin embargo, cree que es necesario hacer algunos matices ante esta afirmación y para ello hace referencia a M.V. Ballestrero quien distingue **dos significados en el término "diferencia"**:

- ?? Diferencia como exclusión o desventaja (que es la que hay que eliminar por medio de la discriminación inversa).
- ?? Diferencia como especificidad o diversidad de identidad: la igualdad sustancial también puede entenderse como una diversidad a mantener.

Según Rey Martínez estas dos apreciaciones son dignas de tener en cuenta ya que el debate feminista actual reivindica tanto la igualdad de oportunidades y derechos con los hombres como el respeto a las diferencias con ellos.

El Tribunal Constitucional y la Discriminación Inversa

Existen **tres grandes modalidades de acciones positivas** para el fomento de la igualdad de las mujeres:

- ?? Las discriminaciones inversas (para los casos de discriminación más profunda y duradera).
- ?? Las medidas tendentes a paliar cualquier discriminación que dé lugar a la ausencia (o presencia) de las mujeres en el mercado laboral.
- ?? Las medidas tendentes a equilibrar las responsabilidades laborales con las del hogar así como su distribución entre hombres y mujeres (medidas de protección a la familia, art.39.1 CE). A juicio del autor, esta medida es discriminatoria si se establece exclusivamente para beneficiar a las mujeres.

Es sobre el tercer tipo de medidas sobre el que el TC ha tenido ocasión de pronunciarse más significativamente (Ej. plus de guardería, permiso de lactancia).

El TC no ha tenido aún que enfrentarse a ningún caso sobre cuotas ni a medidas de acción positiva del segundo tipo. Aun así, la opinión del autor es que podría producirse un fallo favorable sobre la legalidad constitucional de las acciones positivas y de la discriminación inversa teniendo en cuenta:

- ?? La doctrina consolidada tendente a terminar con la desigualdad de hecho de las mujeres.
- ?? La citada STC 264/94, de 3 de octubre, que otorga legitimidad a una cuota.
- ?? El Derecho Comunitario.
- ?? Las condiciones antes señaladas, o similares.

Pese a todas estas consideraciones, el autor señala que en España, por el momento, **el ordenamiento se ha mostrado reticente a adoptar medidas de acción positiva:**

- a. El art.17.1 ET prohíbe cualquier trato favorable (entendido en el sentido tradicional *protector* de las mujeres) por razón de sexo en el ámbito laboral.
- b. El ordenamiento jurídico español casi carece de mecanismos de acción positiva para el momento de la contratación (no hay cuotas legales establecidas). Las únicas medidas establecidas en este sentido aparecen en el Derecho del Trabajo:
 - ?? Fomento de la contratación de mujeres (art. 17.2 ET).
 - ?? Fomento del autoempleo y de la iniciativa cooperativista de las mujeres (R.D. 723/1980, de 11 de abril y art. 10 de la Ley Básica de Empleo).
 - ?? Fomento de las guarderías laborales (O.M. de 22 de febrero de 1974).

Debido a esta escasez de medidas puede explicarse la "**desigualdad real y efectiva**" de las **mujeres españolas** en el ámbito laboral:

- ?? Ocupan menos puestos de trabajo (1 de cada 3).
- ?? Tienen una mayor tasa de desempleo (sobre todo, mayores de 35 y casadas).

- ?? Se les exige con mayor frecuencia un nivel de estudios determinado para conseguir un empleo.
- ?? Sufren una importante segregación profesional.
- ?? La temporalidad de sus contratos es mayor.
- ?? Salario menor que el de los hombres.
- ?? Deben afrontar aún la "doble presencia" (trabajo-hogar).

En Definitiva...

La interpretación que hace el autor sobre el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo recogido en el art. 14 CE, puede resumirse en varios puntos:

- ?? La necesidad de diferenciar entre el concepto (tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual) y las concepciones históricas de la igualdad.
- ?? Es un concepto propio de un Estado social y democrático de Derecho, que debe cumplir con las funciones de libertad (no arbitrio), democrática (no marginación de minorías) y social (igualdad tanto en el punto de arranque como en el de llegada).
- ?? El reconocimiento de las dimensiones del precepto: igualdad en la aplicación y en el contenido de la norma, igualdad de hecho y la igualdad como derecho fundamental a no ser discriminado.
- ?? La persecución de la paridad de los sexos mediante el intercambio potencial de papeles entre hombres y mujeres.
- ?? El reconocimiento de las vertientes subjetiva y objetiva del derecho a no ser discriminado: prohibición de la discriminación, tanto directa como indirecta, y legalidad de las acciones positivas y la discriminación inversa (bajo determinadas condiciones) para fomentar la igualdad.

Según lo visto, la Constitución española prohíbe la discriminación directa e indirecta. Ahora bien, no ordena ni prohíbe la discriminación inversa. Existe en la Constitución un *mandato* de las acciones positivas y una *licitud* de las medidas de discriminación inversa. Como afirma el autor, "*ningún argumento contrario a ellas es por sí mismo concluyente*".

La Constitución permite la discriminación inversa bajo las condiciones anteriormente señaladas (siendo legítimo, por tanto, el establecimiento de una regulación por cuotas):

- ?? aplicación a casos en que la discriminación es "transparente e inamovible" -raza, sexo, minusvalía-;
- ?? justificación en su finalidad: remedio a efectos negativos de discriminaciones arraigadas en la sociedad;
- ?? fuerte dependencia de la voluntad política dominante;
- ?? aplicación cuando no sea posible lograr el objetivo por medio de medidas menos incisivas;
- ?? acreditación objetiva de la desigualdad fáctica; naturaleza transitoria de las cuotas;
- ?? establecimiento de las mismas por ley.

Modelo Argumentativo Aportado por el Autor	
Si...	Entonces...
La desigualdad jurídica de trato no toma aparentemente en consideración el sexo como criterio diferenciador, pero perjudica en su aplicación a uno de los sexos...	...Se trata de discriminación <i>indirecta</i> , prohibida por el art. 14 CE.
Esa desigualdad supone un trato diferente y perjudicial por razón de sexo...	...Se trata de discriminación <i>directa</i> , prohibida por el art. 14 CE.
<p>Esa desigualdad supone un trato diferente y <i>prima facie</i> favorable a las mujeres hay que cuestionarse si:</p> <ul style="list-style-type: none"> ?? La desigualdad es contraria a la igualdad de oportunidades y a perdido ya su razón de ser... ?? La desigualdad es una medida dirigida a fomentar la igualdad de oportunidades de las mujeres... ?? La desigualdad adopta forma de cuota y cumple las condiciones exigidas a las mismas... ?? La desigualdad adopta forma de cuota y no cumple las condiciones exigidas a las mismas... 	<ul style="list-style-type: none"> ?? ...Se trata de discriminación <i>directa</i>, prohibida por el art. 14 CE. ?? ...Se trata de una acción positiva legítima. ?? ...Se trata de una medida de discriminación inversa legítima. ?? ...Se trata de una discriminación <i>directa</i>, prohibida por el art. 14 CE.

Referencia:

Rey Martínez, Fernando (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid: McGraw - Hill.

Tipo de investigación:

Después de examinar la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el autor propone en el presente estudio una nueva interpretación de la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 de la Constitución Española. Las bases de esta interpretación están constituidas por:

- ?? La prohibición tanto de la discriminación directa como indirecta y,
- ?? El principio de licitud constitucional de las acciones positivas para el fomento de la igualdad de las mujeres, incluidas las cuotas femeninas bajo ciertas condiciones.

21. La Discriminación Proscrita

David Giménez Gluck, becario de investigación de la Universidad de Valencia, examina la modalidad de discriminación inversa que no supera el escrutinio de constitucionalidad: la que él denomina "discriminación inversa en estado puro". Tras un breve repaso del tratamiento que este tipo de discriminación recibe en el Derecho Comunitario, se centra en el análisis de la única sentencia que el Tribunal Constitucional Español ha emitido en la materia.

Giménez Gluck distingue entre 2 tipos de acciones positivas:

- las acciones positivas moderadas
- las medidas de discriminación inversa

Somete a estas últimas a una reflexión personal en cuanto a su constitucionalidad (dada la escasa Jurisprudencia Constitucional sobre la cuestión) atendiendo al escrutinio estricto de igualdad que con ellas se practica. Así, diferencia entre:

- la discriminación inversa "racionalizada",
- la discriminación inversa "en estado puro".

El autor define la discriminación inversa en estado puro, también conocida como *cuota rígida*, en los siguientes términos:

Aquella que por no respetar la proporcionalidad o no demostrar suficientemente su finalidad redistributiva, no supera el test de constitucionalidad.

El Derecho Comunitario y las Cuotas Rígidas

De la evolución de la Jurisprudencia del TJCE a través de las sentencias Kalanke (C-450/93) y Marschall (C-409/95) se deduce que, en Derecho Comunitario, la discriminación inversa que no contemple la posibilidad de ponderar las circunstancias personales de cada caso, **violando el parámetro de proporcionalidad**, es incompatible con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres proclamado en el art. 2.1 de la Directiva 76/207.

La Sentencia Kalanke, con su interpretación restrictiva de la acción positiva, revolucionó las instituciones comunitarias, sobre todo la Comisión, que había adoptado un programa de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres muy similar al que dicha Sentencia había declarado contrario al Derecho Comunitario, por considerar que la finalidad que perseguía (igualdad de resultados) sobrepasaba la excepción del art. 2.4 de la Directiva mencionada. Sólo admitía acciones positivas moderadas.

La Sentencia, sin embargo, no estaba suficientemente fundamentada. Así las cosas, la Comisión se apresuró a realizar una interpretación de la misma que justificara el apoyo que desde las instituciones comunitarias se venía dando a determinadas formas de discriminación inversa. En este documento (COM (96) 88 final) consideró correcta la interpretación que obviaba el argumento de la finalidad no deseada (o de la distinción entre igualdad de oportunidades y de resultados), en favor del argumento de la no proporcionalidad de las medidas. Entendía que el rechazo del TJCE tenía origen en el hecho de que las cuotas previstas en la Ley de Bremen establecían una prioridad automática sin excepciones en favor de las candidatas mujeres sin contemplar posibles excepciones individuales basadas en las circunstancias de cada caso. Según esta interpretación, sólo se excluirían, pues, las cuotas "rígidas".

La Sentencia Marschall vino a suscribir esta interpretación: debe existir proporcionalidad. Giménez Gluck considera no obstante, que esta Sentencia es poco rigurosa, no sólo en la reinterpretación que hace de la doctrina Kalanke, sino en el análisis que hace del parámetro de proporcionalidad.

El Caso Español

En la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español **tan sólo existe una sentencia sobre discriminación inversa**, que por ir dirigida al colectivo de discapacitados, **no causó controversia alguna** entre la doctrina, pese a convalidar la constitucionalidad de una medida que era "*muy poco proporcional*". Es el caso "*cuota para discapacitados en la Administración Canaria*" (STC 269/94, de 3 de octubre).

La medida objeto de recurso establecía la obligatoriedad de reservar plazas de funcionario para personas con discapacidad igual o superior al 33% hasta alcanzar una cuota del 3%, siempre que éstas superaran las pruebas de selección preceptivas.

El Tribunal Constitucional rechazó el recurso planteado por una aspirante que, a pesar de obtener mejor puntuación, perdió la plaza en favor de otro concursante con discapacidad de sordera con base en los siguientes argumentos:

- ?? La discapacidad constituye constitucionalmente (según la cláusula abierta del art.14) una causa real de discriminación contra la que los poderes públicos tienen mandato de actuar, incluso mediante la reserva de cuotas. La erradicación de la desigualdad es un finalidad *constitucionalmente deseable (compelling interest)*.
- ?? La reserva de plazas no afecta al derecho reconocido en el art.23.2 en relación con el art. 103 CE de acceder a la función pública en condiciones de igualdad en virtud del criterio de mérito. Esto es así porque en su aspiración hacia la consecución de la igualdad real "*no restringe ese derecho a los que opositan a las de turno libre...ni exceptúa a los sujetos favorecidos con la reserva*" que tienen que, al igual que el resto, demostrar su capacidad para el puesto mediante la prueba correspondiente.

A modo de conclusión, cabe afirmar que el art. 23.2 CE permite la reserva de plazas en favor de discapacitados, siempre y cuando se cumplan dos requisitos que garanticen la proporcionalidad debida (*narrowly tailored*):

- 1- Superación de las pruebas por parte de los candidatos.
- 2- Reparto de las plazas en estricto orden de puntuación.

De cualquier modo, la falta de profundidad jurídica de la fundamentación hace que el autor apunte diferentes teorías que tratan de explicar el contenido de la Sentencia:

- ?? El TC ha considerado que se trata de una **medida de igualación positiva**, esto es, "*una acción que trata de compensar una desventaja individual y objetivamente demostrable del beneficiado y que tiene por finalidad la igualdad material de los individuos*". Según esta interpretación, el Tribunal estaría considerando que los discapacitados no tienen, debido a sus circunstancias individuales, las mismas oportunidades de conseguir un empleo público que los que no lo son y que, en virtud de ello, el Estado (social de Derecho) favorece su integración mediante la reserva de plazas. El principio de mérito quedaría a salvo porque la cuota distinguiría realidades distintas.

Giménez Gluck encuentra absurda esta explicación. Considera que **una medida de igualación positiva, al depender de circunstancias personales** y no sociales, **que persisten en el tiempo, no puede tener carácter temporal** (hasta que se alcance el 3%), sino que deberá habilitarse siempre, allí donde exista una incapacidad natural

para conseguir algo por uno mismo.

- ?? La norma recoge, más bien, una medida de **discriminación inversa**, esto es, un medida de carácter temporal que trata de compensar la discriminación social sufrida por un colectivo, mediante cuotas en el proceso de selección. La reserva se produce porque la pertenencia al grupo provoca la discriminación social de un individuo determinado. Una vez superada esa discriminación, las medidas devendrán inconstitucionales por vulnerar el principio de igualdad formal. (Sólo así se explicaría la temporalidad).

A pesar de que todos los indicios parecen apuntar hacia esta segunda opción, Giménez Gluck no está conforme, pues cree que interpretar esta medida como discriminación inversa llevaría a la no deseada extrapolación del juicio de constitucionalidad a medidas similares en favor de mujeres o minorías étnicas y el TC no hace ninguna referencia a esta posibilidad en la Sentencia.

Además una medida de discriminación inversa no puede declararse constitucional con tan vagos argumentos.

- ?? Así, tras descartar la teoría de la igualación positiva y la de la discriminación positiva, Giménez Gluck llega a la conclusión de que el TC no tenía clara la naturaleza jurídica de la norma que estaba convalidando. Él considera que estas cuotas son un **híbrido con elementos de una categoría y de otra y que por tanto su convalidación constitucional no es predicable de otras medidas de discriminación inversa que beneficien a otros grupos**.

Ej. Si el beneficiado fuera un disminuido psíquico, hablaríamos de igualación positiva. Si por el contrario, el beneficiado fuera un minusválido capaz de desarrollar el trabajo al 100% de productividad, hablaríamos de discriminación positiva porque el origen de la discriminación es el hecho de pertenecer al colectivo de discapacitados.

Puede decirse, por tanto, que, al no haber más sentencias, el TC no se ha pronunciado aún sobre la cuestión de las medidas de discriminación inversa. El autor trata de proporcionar el marco jurídico adecuado para poder decidir sobre ellas, aunque reconoce que, al final, "*todo estriba en la decisión política del TC en un momento determinado*".

Referencia:

Giménez Gluck, David (1999): *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Tipo de investigación:

El trabajo que da lugar a este libro es la última investigación dirigida por Joaquín García Morillo, uno de los máximos exponentes del constitucionalismo español. Este libro propone, a diferencia de los hasta el momento desarrollados, un enfoque jurídico de la acción positiva, centrado básicamente en el juicio de constitucionalidad de los tratados formalmente designados orientados hacia la igualdad material que se engloban bajo el concepto de acción positiva.

22. La Buena Discriminación Inversa

David Giménez Gluck, becario de investigación de la Universidad de Valencia, examina la modalidad de discriminación inversa que a su juicio resulta constitucionalmente admisible: la "discriminación inversa racionalizada". Analiza los distintos argumentos que desde la doctrina se han esgrimido para justificar los planes de discriminación inversa y la posible incompatibilidad que la adopción de estas medidas plantea con relación al criterio del mérito.

David Giménez Gluck define la discriminación inversa en los siguientes términos:

"Reserva de cuotas en procesos de selección en favor de los miembros de determinados grupos, cuotas que perjudican directamente a los terceros no pertenecientes a estos colectivos."

Frente a una doctrina que ha optado tradicionalmente por ignorar su existencia o asimilarla a la acción positiva inconstitucional, Giménez Gluck sostiene que **la discriminación inversa es una clase de acción positiva cuyo encaje constitucional depende de una serie de factores**. En función de esos factores la discriminación será:

Constitucional	Inconstitucional
Discriminación Inversa Racionalizada	Discriminación Inversa en Estado Puro

En las líneas que siguen se muestra el análisis que el autor realiza de la modalidad constitucionalmente admisible, esto es, la discriminación inversa racionalizada.

La Discriminación Inversa Racionalizada

Giménez Gluck entiende que los factores que determinan la constitucionalidad de la discriminación inversa racionalizada responden al **escrutinio estricto**:

- ?? finalidad constitucionalmente deseable (en EE.UU. hablan más de *compelling interest*), y
- ?? proporcionalidad entre la finalidad y las consecuencias jurídicas de la diferenciación (*narrowly tailored*).

1- La finalidad *constitucionalmente deseable* de la medida

La utilización de un trato desigual y la lesión directa de los intereses de determinados ciudadanos que supone toda medida de discriminación inversa, exige de dicha medida que tenga como finalidad un **objetivo prioritario del Estado**. La determinación de esta finalidad es una decisión preponderantemente política, basada en argumentos más de índole filosófica y sociológica que jurídica.

Ej. La igualdad material entre los grupos del art. 9.2 CE es argumento suficiente para justificar acciones positivas moderadas que no lesionan directamente los intereses de nadie, pero puede resultar demasiado abstracto cuando se trata de justificar el trato desigual que supone la discriminación inversa.

Giménez Gluck recoge los **3 argumentos** que la doctrina norteamericana ha considerado más relevantes en su **defensa de la constitucionalidad de los planes de discriminación inversa** y los hace extensibles a todos los países que apliquen discriminación inversa:

- ?? **El argumento compensatorio**

Según este argumento, la discriminación inversa tiene por objeto dotar a determinados colectivos de los instrumentos temporales necesarios para su integración en igualdad de condiciones en la sociedad que hasta ese momento los ha discriminado. En definitiva, "se trata de compensar la situación de discriminación con la **finalidad** de que **todos los ciudadanos ostenten las mismas oportunidades en la línea de salida**".

Pese a ser el argumento más utilizado por la doctrina, presenta un **problema**: al situar la igualdad formal en el presente y la desigualdad material a compensar en el pasado, sus efectos alcanzan a terceros que poco o nada han tenido que ver con el colectivo cuyas prácticas provocaron la desigualdad. "No se puede cargar sobre una generación los pecados de sus antepasados".

En consecuencia, la doctrina ha procedido al abandono progresivo de este argumento justificativo para reemplazarlo por otro más centrado en **compensar los desequilibrios presentes**.

Ej. La finalidad de la discriminación inversa no debe ser compensar que hace treinta años los afroamericanos no pudieran acceder a las universidades de elite; la finalidad debe ser compensar el desequilibrio actual entre las razas, provocado por circunstancias tales como los *ghettos*, la brutalidad policial, el estigma fruto del racismo o el hecho de que los hijos de aquellos universitarios tienen hoy día mayores probabilidades de éxito que el adolescente negro a cuyo padre le negaron los estudios.

?? **El argumento redistributivo**

La finalidad que justifica constitucionalmente la adopción de medidas de discriminación inversa es la **redistribución de los bienes sociales** (el poder, el trabajo, etc...).

Es preciso demostrar, mediante comprobación estadística periódica, la existencia de un desequilibrio real y actual que afecta sistemáticamente a un determinado colectivo por razón de su sexo u origen étnico. Los medios de prueba abarcarán desde la estadística del paro a la revisión de la posición que los miembros de estos colectivos ocupan en los órganos de poder político o económico.

?? **El argumento de la diversidad**

Según este argumento, la finalidad de la discriminación inversa debe ser lograr un **orden social que refleje la diversidad racial y de sexos que existe en la sociedad**. Esta diversidad beneficia a la mayoría, cuya convivencia se ve enriquecida; a la minoría, que ve aumentadas sus posibilidades de integración; y a la sociedad en general, que atiende, a través de órganos que reflejan esa diversidad, las demandas de una población heterogénea.

El Tribunal Supremo Americano ha esgrimido el argumento de la diversidad en varias ocasiones (ej. asunto *Regents of University of California v. Bakke* (1978)), pero en las últimas sentencias ha reconsiderado su postura (*Adarand Constructors v. Peña* (1995), *City of Richmond v. Crosson* (1989)).

La razón es que el argumento de la diversidad **excede la finalidad redistributiva** que debe perseguir la discriminación inversa. "Exige" que cada sector refleje con exactitud matemática la plural composición de la sociedad, se salta los criterios de mérito y capacidad, supedita la libertad individual al

dirigismo estatal y hace que los criterios de raza y sexo adquieran una relevancia injustificada, en un sentido y en otro, favoreciéndose la segregación.

Ej. Su aplicación llevada al extremo conduciría a situaciones absurdas como que, respetando la proporcionalidad estadística, en los equipos de baloncesto la presencia de blancos tuviera que ascender al 70%, o a otras más dramáticas, como que los abogados de color fueran contratados para atender aquellos casos en los que estuvieran implicados miembros de su raza porque ello favorece la confianza entre abogado y cliente, con lo que los "casos de blancos" irían a parar a manos de sus colegas blancos, dando lugar a una mayor segregación racial.

Giménez Gluck concluye que, **de los tres argumentos arriba expuestos, el único que justifica la constitucionalidad de la discriminación inversa es el que defiende la finalidad redistributiva de los bienes sociales.** Redistribución que debe ser natural, teniendo en cuenta la libertad de elección y el esfuerzo de los individuos, favoreciendo el desarrollo personal y profesional de todas las personas independientemente de su rasgo diferencial. La discriminación inversa, además, debe ser temporal, con el objetivo de superar una discriminación que probadamente existe en la sociedad.

2- La proporcionalidad de la medida

Giménez Gluck afirma que debe existir un **equilibrio entre la finalidad de la medida** (la redistribución de los bienes) **y las consecuencias jurídicas del trato desigual** (que el daño a los intereses de terceros no sea excesivo).

Hay autores que afirman que, siendo la pertenencia al grupo (mujeres, minorías étnicas) la base del trato diferenciado, tal proporcionalidad es inalcanzable, ya sea por exceso (*overinclusive*) o por defecto (*underinclusive*), pues al ignorar las circunstancias individuales de cada quien, "se beneficia a personas que no lo necesitan y se perjudica a otras que no lo merecen". Giménez Gluck niega este extremo y argumenta que un tratamiento preferente caso por caso perpetuaría la distribución desigual de los bienes sociales por la imposibilidad material de aplicar ningún plan de acción positiva.

Giménez Gluck, por tanto, parte de la premisa de que **el trato desigual por razón de pertenencia al grupo de mujeres o de minorías étnicas no es desproporcionado**, puesto que **la redistribución de los bienes sociales que con él se consigue compensa, la mayoría de las veces, los posibles daños infligidos a terceros.** No obstante, el autor se apresura a recordar que no todos los daños son admisibles y que la constitucionalidad de la discriminación inversa dependerá en gran medida de la magnitud del daño, esto es, de su proporcionalidad.

El Caso del Mérito

Entre los **daños ocasionables** por la adopción de medidas de discriminación inversa se encuentra la violación del criterio de mérito. Esta violación puede suponer:

- ?? un daño directo para quienes, reuniendo mejores condiciones, ven frustradas sus aspiraciones en favor de un miembro del colectivo beneficiado, y
- ?? un perjuicio indirecto para los beneficiarios potenciales de estas medida que van aver infravalorados sus méritos y cuestionado su derecho a ocupar el puesto que ocupan, se hayan beneficiado o no de las cuotas.

Algunos autores consideran que la subversión del criterio de mérito hace **injustificable** la adopción de medidas de discriminación inversa, al romperse el principio de proporcionalidad. Los partidarios de la discriminación inversa, por el contrario, argumentan que se respeta la proporcionalidad:

- ?? La mayor inteligencia no da derecho a los mejores puestos (Dworkin, 84). Todo dependerá del fin que la sociedad quiera perseguir (la igualdad real, la redistribución de bienes sociales, etc.).
- ?? El *curriculum* no siempre es reflejo de mayor capacidad de trabajo e inteligencia (Hardy Jones, 77). Ej.: Hay quien ha podido tener menos oportunidades de trabajo por racismo o por sexismo.
- ?? El criterio de selección carece de objetividad, y el mérito no es sino la justificación de una decisión subjetiva.

Giménez Gluck nos recuerda que vivimos en una **sociedad** marcadamente **meritocrática**, en la que el mérito individual abre a cualquier persona la vía de acceso a cualquier bien escaso de la sociedad. Considera que el hecho de que existan disfunciones, de que en ocasiones el criterio de selección oculte actitudes racistas o sexistas, o que sea impreciso a la hora de medir el mérito, no significa que no sea un **criterio válido**, pero tampoco lo considera inviolable en cualquier situación. Hay ocasiones de discriminación real que justifican un plan de discriminación inversa aunque este afecte al criterio de mérito.

Conclusión

La discriminación inversa racionalizada superará el **escrutinio de constitucionalidad** en la medida en que:

1. La **diferencia de mérito** entre los candidatos y candidatas sea **mínima**.
2. Exista una **situación real y actual de discriminación**.
3. Los **objetivos porcentuales reflejen la verdadera capacidad de los colectivos afectados de alcanzar los bienes en disputa**, es decir, que sean objetivos flexibles, ajustados a las reales expectativas de no-discriminación.

Referencia:

Giménez Gluck, David (1999): *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Tipo de investigación:

El trabajo que da lugar a este libro es la última investigación dirigida por Joaquín García Morillo, uno de los máximos exponentes del constitucionalismo español. Este libro propone, a diferencia de los hasta el momento desarrollados, un enfoque jurídico de la acción positiva, centrado básicamente en el juicio de constitucionalidad de los tratos formalmente designados orientados hacia la igualdad material que se engloban bajo el concepto de acción positiva.

23. Consecuencias de la Solución Marschall

Amparo Ballester Pastor, profesora titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Valencia, analiza las consecuencias que la solución dada por el TJCE en el caso Marschall ha tenido en la normativa legal y convencional española sobre acción afirmativa, tanto con relación al colectivo de mujeres como a otros colectivos en situación de marginación laboral.

La Solución Marschall y el Panorama Legislativo Español

Ballester Pastor recuerda que tanto la Constitución española, en los artículos 14 y 9.2, como la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, reconocen la legitimidad de las medidas de acción positiva (no así las medidas protectoras injustificadas) como instrumento idóneo para lograr la igualdad real de todas las personas.

La autora se hace eco de la interpretación del TJCE y considera que lo determinante a la hora de que una medida constituya una acción afirmativa "*legal*", o una discriminación inversa "*ilegal*", es el grado, no el modo de la acción. Con este planteamiento, analiza la legitimidad de las medidas de acción positiva vigentes en el ordenamiento jurídico español, para lo que distingue entre aquellas medidas -de objetivos- que inciden en la igualdad de oportunidades y las que van dirigidas a lograr un resultado:

A) Medidas de Objetivos: Las Ayudas a la Contratación y la Preferencia Formativa

¿Son legales?	Características	Ejemplos
<p>No presentan ningún problema de legalidad en tanto en cuanto se cumplan los requisitos establecidos por los arts. 17.1 y 17.2 ET:</p> <p>?? Tener rango de ley.</p> <p>?? No establecer "discriminaciones favorables o adversas".</p>	<p>Se trata de medidas:</p> <p>?? Constitutivas de acciones positivas de objetivos.</p> <p>?? No imponen una determinada actuación en el momento de la contratación.</p> <p>?? Carácter promocional.</p> <p>?? Dirigidas a integrar determinados colectivos.</p> <p>?? Establecen incentivos a la contratación que benefician directamente a colectivos concretos o, indirectamente, a sujetos no contratados.</p>	<p>Algunas de estas medidas son:</p> <p>?? Incentivos establecidos en las leyes 63 y 64/1997 (Promueven la contratación de desempleados y la contratación de carácter indefinido).</p> <p>?? Incentivos para la contratación de minusválidos (RD 1451/1983; L66/97; Disp. Ad. 2ª ET; art.11 ET).</p> <p>?? Incentivos establecidos en la disposición adicional 14 ET (promueve la contratación de trabajadores interinos para cubrir trabajadores en excedencia por cuidado de hijos).</p> <p>?? Otras normas</p>

		(formación, ayuda a la creación de empresas, etc.).
<p>¿Qué ocurre cuando las medidas son adoptadas por los convenios colectivos? Ballester Pastor considera que, en la medida en que lo que el texto de la ley prohíbe son las "discriminaciones favorables o adversas", la acción afirmativa recogida en convenio colectivo constitutiva de objetivos a la contratación no plantea problemas de legalidad.</p>		

B) Medidas de Acción Positiva de Resultado

La autora diferencia dos tipos de acción positiva de resultado: las cuotas a la contratación de minusválidos y las cuotas negociables.

Cuotas a la Contratación de Minusválidos	
Regulación	¿Son legales?
<p>Art. 4 RD 1451/1983, que dice que toda empresa que tenga una plantilla de más de 50 trabajadores, ya sea pública o privada, tiene la obligación de contratar a un número de trabajadores con minusvalías no inferior al 2%. (Este artículo recoge la única cuota con carácter legislativo). Disposiciones posteriores han sembrado la confusión al desarrollar contradictoriamente el contenido del artículo.</p> <p>?? Por una parte, parece endurecerse la aplicación de la cuota (se establecen sanciones económicas para aquellos casos en que exista causa que justifique su no aplicación).</p> <p>?? Por otra parte, se establece la posibilidad de que las empresas opten por un sistema alternativo a la misma sin necesidad de aducir razón alguna (Ej. Contratos de suministros o servicios con centros especiales de empleo).</p> <p>El desarrollo reglamentario de tales medidas está por llegar.</p>	<p>En opinión de la autora, la cuota es a todas luces absoluta y traspasa los límites establecidos por la doctrina del TJCE, pues el único elemento relevante para su aplicación es la existencia declarada de minusvalía sin referencia a otro factor. Está más cerca de la discriminación inversa ilegal que de la acción positiva. Ballester Pastor afirma que el desarrollo reglamentario de las medidas alternativas podría ser la única vía apertura y, por tanto, de legalización (siempre de acuerdo con la doctrina del TJCE) de las cuotas. Aunque duda de que, incluso cuando ese desarrollo se produzca, sea fácil determinar si las cuotas permiten considerar otros factores no discriminatorios o serán absolutas.</p> <p>Considera que esto es consecuencia de que la doctrina Marschall haya optado "<i>por delimitar la frontera entre la acción afirmativa legal y la discriminación inversa en atención al grado</i>" (absoluto o relativo), descartando la exclusión automática de toda medida que afecte a los resultados.</p>

Cuotas Negociables	
Regulación	¿Son legales?
<p>El art. 17.2 ET parece limitar la regulación de la autonomía colectiva en esta materia al hacer una reserva de ley para el establecimiento de exclusiones, reservas y preferencias en el acceso al empleo: <i>"Podrán establecerse por ley las</i></p>	<p>A juicio de la autora, dicha reserva no implica la prohibición absoluta del establecimiento vía convenio colectivo de cuotas a la contratación, sino sólo de aquellas que no resulten justificadas por el colectivo -privilegiado por el art. 14 CE- a</p>

<p><i>exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente".</i></p>	<p>que se refieren (ej. no lo estarían las preferencias por razón de parentesco), o que excedan los límites que delimitan la frontera entre acción afirmativa y discriminación inversa tal y como se configura en las sentencias del TJCE. La autora estima que la reserva del art. 17.2 ET encuentra su fundamento en la necesidad de:</p> <ul style="list-style-type: none"> ?? Evitar regulaciones que dañen las oportunidades de empleo de terceros. ?? Garantizar una regulación uniforme en materia de empleo. <p>Así, esta reserva no limita las posibilidades de regulación vía convenio colectivo, sino sólo las reglamentarias.</p>
---	---

Referencia:

Ballester Pastor, Amparo (1998): "Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia Marschall)", *Revista de Relaciones Laborales* 18, p.725-751.

Tipo de investigación:

Artículo incluido en el apartado de Comentarios de Jurisprudencia de la Revista de Relaciones Laborales, en el que se hace una revisión del concepto y legalidad de la acción positiva tras las sentencias más significativas dictadas por el TJCE en la materia.

24. El Ordenamiento Jurídico Español: Un toque de Distinción

Javier Balza Aguilera, abogado y actual Consejero de Interior del Gobierno Vasco, repasa los antecedentes de la acción positiva en la tradición jurídica española y el tratamiento que ésta recibe en el seno de la Constitución Española de 1978. Así mismo, realiza una breve referencia al ordenamiento vasco.

Los Antecedentes: La Teoría del Uso Alternativo del Derecho

La idea de discriminación positiva no es extraña en la tradición jurídica española.

Balza sitúa los antecedentes de la acción positiva en España en la adopción por parte de alguna doctrina de la construcción jurisprudencial de origen italiano conocida como el *"uso alternativo del Derecho"*. Adopción que tomaba base en el artículo 3.1 del Título Preliminar del Código Civil. De igual modo se argumentó en favor de otra teoría, la del *"uso interpretativo del Derecho"*, de alcance más limitado que la anterior, pero con la misma finalidad: permitía al intérprete del Derecho, al órgano jurisdiccional correspondiente, favorecer, en su interpretación de la norma para resolver un caso concreto, a la parte más débil de la relación, incluso en aquellos casos en los que aparentemente existiera igualdad *formal* entre las partes. La repercusión de esta avanzada teoría fue más bien escasa, limitando su alcance al ámbito laboral.

La Constitución Española

Balza afirma que la aprobación de la Constitución Española de 1978 supone un gran avance con relación a la teoría del uso alternativo del Derecho. El texto constitucional contiene dos **mandatos** (a más de plasmar el principio formal de igualdad -art. 9.2- y la prohibición de la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión... -art.14-) que son **de especial relevancia en materia de acción positiva**:

?? El **Art.149.1.1** que atribuye **al legislador** estatal *"la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles y españolas"*.

??

Este artículo **adelanta la garantía de las condiciones de igualdad a la fase de la producción normativa** (no a la interpretación), de manera que el principio de igualdad sustantiva (real) y los medios positivos para su garantía quedan directamente recogidos en el propio ordenamiento.

Balza se lamenta de que la excesiva profusión con que éste instrumento ha sido empleado por parte del Estado para ampliar sus competencias en detrimento de las autonomías, ha provocado la escasa operatividad o influencia de este precepto en materia de acción positiva.

?? El **Art.9.2** que **encomienda a todos los poderes públicos la promoción de las condiciones para la igualdad real**. Del texto del artículo pueden extraerse los elementos constitutivos de la acción positiva:

1. Promoción de condiciones de igualdad.
2. Igualdad individual y colectiva.
3. Igualdad real y efectiva (no formal).
4. Remoción positiva de los obstáculos que impidan o dificulten esa igualdad.

La amplísima Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia, ha contribuido a terminar de matizar estos criterios, sentando dos **principios generales de interpretación** del derecho de igualdad:

1. El **tratamiento desigual de realidades desiguales** como requisito de igualdad real. (*Vide* STC 3/93 y STC 16/95, entre otras).
2. Aplicación de los criterios de **razonabilidad y proporción** de dicho tratamiento desigual tanto en la fase de diseño normativo, como en la de aplicación y ejecución.

Balza concluye que tanto **la Constitución como la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional no sólo toleran, sino que exigen** la adopción de medidas de acción positiva que garanticen las condiciones básicas de igualdad real. "*La no incompatibilidad con el Tratado (de Ámsterdam) se convierte en exigencia constitucional*".

Unas Notas sobre el Caso Vasco

Balza señala que el Estatuto de Gernika, norma fundamental de la Comunidad Autónoma Vasca, reproduce el mandato constitucional del artículo 9.2 CE en su **artículo 9.2.d**, y que es el "**II Plan de Acción Positiva para las Mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi**" (PAPME II), en estos momentos, el llamado a llevarlo a efecto.

Dicho Plan va dirigido a coordinar los esfuerzos de las distintas administraciones en su camino hacia la remoción definitiva de los obstáculos que impiden a las mujeres participar en la sociedad en condiciones de igualdad real: define medidas concretas, fija responsables, plazos y elementos de coordinación. Porque "*no basta sólo con garantizar la igualdad de oportunidades, son necesarias otras formas de intervención*".

Referencia:

Balza Aguilera, Javier (1999): "Marco Jurídico: Procedimientos de aplicabilidad en relación con la acción positiva", *II Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva*, Tomo I, Vitoria-Gasteiz: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.

Tipo de investigación:

Ponencia presentada en el II Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva organizado por Emakunde/ Instituto Vasco de la Mujer que tuvo lugar en el Palacio de Miramar, San Sebastián, los días 10, 11 y 12 de Junio de 1998.

C.4. **Ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi**

25. Evaluación de los Planes de Acción Positiva en el País Vasco

Ana Alberdi, Responsable de Estudios, Planificación y Documentación de Emakunde, y Maite Erro, del Departamento de Psicología Social de la Universidad del País Vasco, describen los Planes de Acción Positiva que se han llevado a cabo en el País Vasco, así como la metodología utilizada para la evaluación de dichos planes.

Los Planes de Acción Positiva en el País Vasco son impulsados y coordinados por Emakunde, Organismo Autónomo dependiente de la Presidencia del Gobierno Vasco, creado por Ley el 5/II/88. Emakunde orienta su trabajo principalmente hacia el Gobierno Vasco, la Diputación y los Ayuntamientos, al tiempo que realiza campañas de sensibilización, formación y mentalización en favor de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, concededora de que agentes de cambio como asociaciones de mujeres, partidos políticos, ONGs, etc. tienen influencia directa en la sociedad.

En la Comunidad Autónoma Vasca se han llevado a cabo varios Planes de Acción Positiva (programas marco de las políticas de igualdad de oportunidades a ejecutar por la Administración Vasca en todos sus niveles):

- ?? **1989-1990:** Medidas de Acción Positiva para la Igualdad de Oportunidades y Trato de las Mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi.
- ?? **1991-1994:** I Plan de Acción Positiva para las Mujeres en Euskadi (I PAPME).
- ?? **1995-1998:** II Plan de Acción Positiva para las Mujeres en Euskadi (II PAPME).

Según Ana Alberdi y Maite Erro, para la elaboración de los Planes de Acción Positiva en Euskadi ha sido necesario tener en cuenta factores como:

1. La participación de la propia Administración y de profesionales cualificados de distintos ámbitos para estudiar las medidas a adoptar.
2. La situación específica de las mujeres en Euskadi.
3. El nivel de competencias de autogobierno de la CAV.
4. El análisis de otros planes de igualdad de oportunidades, tanto en el Estado español como en el resto de Europa.

Una vez elaborado el Plan, es aprobado por el Gobierno y después presentado al Parlamento Vasco.

EI PAPME

Los principios que sustentan el PAPME

Según Ana Alberdi y Maite Erro, el Plan de Acción Positiva para las Mujeres en Euskadi (PAPME) se rige por **3 principios básicos**:

- a. Ser un instrumento eficaz para la Administración a la hora de desarrollar políticas y medidas para acabar con la discriminación de las mujeres.
- b. Conseguir no sólo la igualdad de oportunidades sino la igualdad de resultados (igualdad real) mediante medidas de acción positiva.
- c. Trabajar conjuntamente con la sociedad vasca para transformar valores, conductas, instituciones, etc. tanto en el sector público como en el privado.

Se trata de un "plan global con objetivos generales y propuestas de acciones específicas, sin determinar cuáles son los resultados concretos que se espera conseguir". Debido a ésto, en una primera etapa se establecieron objetivos generales sin un calendario exacto de ejecución.

La estructura

La estructura básica del PAPME es:

- a) Propone objetivos y acciones (propuestas a desarrollar por los poderes públicos) divididos en áreas y subáreas de actuación:

	I PAPME	II PAPME
ÁREAS	<ul style="list-style-type: none"> - Ordenamiento jurídico. - Cultura. - Educación. - Empleo, Formación, Relaciones laborales y Seguridad Social. - Salud. - Servicios Sociocomunitarios. - Cooperación. 	<ul style="list-style-type: none"> - Medidas normativas y de adecuación de la Administración. - Cultura y Medios de Comunicación. - Participación Sociopolítica de las mujeres. - Educación. - Empleo, Formación y Relaciones laborales. - Conciliación entre las responsabilidades familiares y profesionales. - Salud. - Recursos para la integración social. - Cooperación.
OBJETIVOS Y ACCIONES	<ul style="list-style-type: none"> - Subáreas: 34 - Objetivos: 84 - Acciones: 324 	<ul style="list-style-type: none"> - Subáreas: 34 - Objetivos: 93 - Acciones: 396

Las acciones constituyen una amplia propuesta de opciones a desarrollar desde los poderes públicos.

- b) Indica qué organismos de la Administración Vasca deben desarrollar las medidas.
 c) Indica qué colectivos se beneficiarán de las medidas.

En qué consiste la Evaluación

Las autoras sostienen que sólo a partir de la evaluación pueden obtenerse futuras líneas de actuación para conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres. Pero **esta evaluación** (también en el resto de España y en el conjunto de países comunitarios) **no está exenta de problemas**, tal y como se afirma en el "Informe sobre la Evaluación del III Programa de Acción Comunitaria":

- ?? **Faltan criterios precisos** para evaluar el "éxito" o "fracaso" de los programas.
- ?? **Indicadores inapropiados o inexistentes** para medir los efectos de las políticas de acción positiva dados los múltiples ámbitos de actuación y la gran cantidad de agentes.

En cualquier evaluación de Política Pública pueden observarse **2 ejes fundamentales**:

1. **La evaluación del impacto de la política**: resultados conseguidos en función de los objetivos iniciales.
2. **La evaluación de la propia política pública**: ventajas e inconvenientes de las estrategias y acciones llevadas a cabo así como el análisis de las instituciones que ejecutan las políticas.

La Evaluación del I PAPME

Las autoras señalan que la evaluación del I PAPME se hizo conjuntamente entre Emakunde (Instituto Vasco de la Mujer) y personas expertas de la Universidad de Barcelona y de la Universidad del País Vasco a fin de mantener una visión lo más objetiva posible.

Como en el resto de las políticas públicas, se siguieron los ejes básicos a evaluar:

A) En cuanto a la evaluación del impacto de la política, se hizo patente la dificultad existente a la hora de valorar el impacto que las medidas habían tenido en la situación de las mujeres vascas. Una evaluación de las transformaciones sociales requiere de nuevos indicadores cuantitativos y cualitativos y de una ampliación de la muestra, que elevan en gran medida el coste del Plan. Además, aún utilizando estos indicadores, no queda claro si los cambios se han producido por las políticas utilizadas o por otros factores externos.

Por eso se decidió restringir la evaluación al 2º eje:

B) En cuanto a la evaluación de la propia política pública, se decidió evaluar las políticas propuestas en el PAPME, tanto en sí mismas como relacionadas con la Administración Pública Vasca (institución encargada de llevarlas a cabo).

Se llevaron a cabo seminarios y se analizaron otros Planes de Igualdad de Oportunidades llevados a cabo a nivel estatal. Se hizo necesaria la distinción entre:

- ?? una memoria de actividades (análisis del grado de cumplimiento del plan: qué propuestas del plan se han realizado y quién las ha realizado), y
- ?? una evaluación de las políticas y acciones.

Desde el primer momento se pretendió que la evaluación del PAPME fuera más allá de una simple memoria de actividades: se quería saber "*el contenido y la naturaleza de las actuaciones*", contrastar si lo realizado se correspondía con lo propuesto. El PAPME es un Plan de objetivos generales a concretar por cada Administración.

Con este objetivo, se ampliaron los cuestionarios o fichas de recogida de información y se decidió que había **3 aspectos fundamentales que recopilar** y después cruzar para conocer las interrelaciones con las categorías analíticas creadas al efecto:

1. Saber qué acciones habían sido ejecutadas y cómo. También a qué tipo, clase o estrategia pertenecían.
2. Saber quiénes habían sido los grupos sociales beneficiarios de las acciones.
3. Saber en qué medida se habían incorporado este tipo de políticas a la agenda cotidiana de la Administración Pública Vasca.

Esta información se obtuvo a partir de 2 herramientas:

1. *Un cuestionario sobre actividades anuales*: se preguntaba sobre las acciones desarrolladas, sus objetivos, instrumentos y aplicación, el personal y los organismos que participaban, los recursos asignados, los sistemas de evaluación utilizados y las características de los grupos beneficiarios.
Aunque según las autoras, se considera que el volumen de datos obtenidos es suficiente para conocer el grado de ejecución del plan, hay que reconocer que, al igual que en otros países de la UE, existieron problemas en la obtención de información ya que los cuestionarios no se contestaban ni completaban adecuadamente.
2. *Una encuesta específica enviada a toda la Administración Vasca*: se trataba de saber de qué manera se sentía comprometida con las políticas de igualdad de oportunidades y en qué medida las había incorporado en su agenda.

La evaluación del II PAPME: Aportaciones

Tal y como afirman las autoras, la evaluación del II PAPME **introdujo nuevos objetivos** a la evaluación:

1. Aumentar el nivel de compromiso de la Administración Pública Vasca en la Evaluación del II PAPME:

- ?? Incrementar la implicación y la participación de los Organismos Públicos en la evaluación.
- ?? Mejorar y aumentar la información dada por los Organismos Públicos para la evaluación.

2. Evaluar el II PAPME:

- ?? Obtener información cuantitativa y cualitativa sobre el tipo de actuaciones de las Administraciones (Departamentos de Gobierno y Organismos Autónomos, Diputaciones Forales y Ayuntamientos y Mancomunidades).
- ?? Conocer los grupos destinatarios de las actuaciones.
- ?? Conocer el grado de ejecución del II PAPME.
- ?? Evaluar las actuaciones en conjunto para orientar de mejor manera su ejecución.

También se elaboraron **nuevos instrumentos de evaluación** gracias a que:

- ?? se definieron **indicadores** para cada una de las 396 acciones propuestas a fin de conocer la evolución de las políticas públicas de igualdad de oportunidades, y
- ?? se **categorizaron las acciones** propuestas en el II PAPME según el tipo de intervención, lo cual permitió saber si las actuaciones llevadas a cabo correspondían a un nivel muy básico (primer nivel) o si iban dirigidas a modificar situaciones de discriminación (último nivel). Las categorías eran 7:

1. Sensibilización, Información y Divulgación.
2. Orientación, Asesoramiento, Apoyo.
3. Formación.
4. Realización de Estudios, Investigaciones, Evaluación.
5. Ampliación, Adaptación de Recursos.
6. Coordinación, Colaboración, Intercambio.
7. Intervención sobre las Normas Jurídicas y Sociales.

Por último, las autoras señalan que **estos nuevos instrumentos consistieron en 7 cuestionarios cerrados** (con lo que se disminuye el "*posible sesgo introducido por la persona responsable de codificar las respuestas*"), que permiten estudiar la actuación de la Administración Pública en mayor profundidad y de forma más cualitativa.

Estos cuestionarios permiten estructurar la información en 4 apartados diferenciados:

1. Actuación de los 3 niveles de la Administración Pública Vasca.
2. Colectivos destinatarios.
3. Grado de ejecución del II PAPME (sus avances anuales).
4. Resultados específicos -cualitativos y cuantitativos- de cada una de las 7 categorías de acción anteriores.

Conclusiones

Según Ana Alberdi y Maite Erro, en la evaluación del II PAPME se ha notado:

- ?? un **mayor acercamiento al conocimiento** de las actuaciones reales y a la evolución de las políticas públicas;

- ?? un **aumento de la participación de los Organismos Públicos** (se han respondido más cuestionarios);
- ?? el método de evaluación utilizado sirve como **referente para la evaluación de otros planes** (territoriales y municipales).

Pero, a pesar de estos avances, siguen existiendo **dificultades**:

- ?? para "*lograr que todos los organismos de la Administración informen sobre las actuaciones que están llevando a cabo*". Para subsanar esta dificultad sería necesario diseñar estrategias de intervención;
- ?? este método de evaluación no permite evaluar el "éxito" o "fracaso" de los planes: "*no permite conocer si los cambios producidos en la situación de las mujeres se han debido a la ejecución de los mismos*". Ana Alberdi y Maite Erro plantean como solución (poco factible a día de hoy debido al coste económico) el diseño de "*programas específicos que contemplen evaluaciones con diseños cuasiexperimentales*";
- ?? la inexistencia de un marco teórico adecuado para encuadrar este tipo de evaluaciones: parece que no existe un modelo de evaluación que responda a las exigencias del método científico y que al mismo tiempo sea lo suficientemente flexible para abarcar "*toda la complejidad de un Plan de estas características*".

Referencia:

Alberdi Zubia, Ana y Erro Jauregi, Maite (1999): "Evaluación", *II Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva*, Tomo I, Vitoria - Gasteiz: Emakunde / Instituto Vasco de la Mujer.

Tipo de investigación:

Este texto forma parte de las Conferencias que se dieron en la última jornada del II Congreso coordinada por Pilar Pérez-Fuentes. La experiencia en evaluación de la Comunidad Autónoma de Euskadi vino de la mano de Ana Alberdi, Responsable de Estudios, Planificación y Documentación de Emakunde, y de Maite Erro, del Departamento de Psicología Social de la Universidad del País Vasco, quien a través de un convenio entre las dos Instituciones participa de modo cualificado en la evaluación del II Plan.

Alberdi planteó las estrategias que se vienen utilizando en la evaluación de los Planes de Acción Positiva ya que en su ejecución esta implicada toda la Administración Vasca. Por su parte, Maite Erro expuso los pormenores y criterios en los que se basa su trabajo en la evaluación del II Plan de Acción Positiva. Precisamente la relación entre lo académico y las instituciones fue uno de los elementos que destacaron las participantes como una de las posibilidades de trabajo más interesantes en este tema.

ENFOQUES

26. Contra las Políticas de Acción Positiva: ¿Seguro?

Fernando Rey Martínez, Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid, expone los argumentos más comunes que se dan en contra de las políticas de acción positiva y, en especial, de los sistemas de cuotas. El autor también señala los puntos débiles de tales argumentos llegando a la conclusión de que dichas políticas son legítimas desde el punto de vista del Derecho Constitucional.

Según Rey Martínez, **los 9 argumentos más comunes en contra de las políticas de acción positiva son:**

1. Las acciones positivas, como instrumento de un "derecho desigual", violan el propio principio de igualdad de derechos.

Este es un argumento favorable a la "indiferencia hacia el sexo" (*sex-blind*).

Frente a él se opone el art. 14 CE, que recoge la igualdad como un derecho fundamental que prohíbe cualquier tipo de discriminación. El autor reconoce que en el núcleo de este pensamiento en pro de la acción positiva se encuentra el miedo, tantas veces confirmado en la historia, de que la igualdad jurídica estricta (identidad de trato *jurídico* entre hombres y mujeres) actúa más como un método de mantenimiento del *statu quo*, de fijación de los roles socialmente atribuidos, que como punto de salida hacia la igualdad real.

Como sostiene el autor, el Derecho no puede ser neutral (el mismo para ambos sexos) mientras haya desequilibrio social entre ellos. Sólo podrá serlo cuando se eliminen las desigualdades. Se pone ahí de manifiesto el carácter transitorio de las medidas de acción positiva.

Como dice **Maidowski**, se trata de "interrumpir la igualdad como medio de realización de la igualdad". El art. 14 CE, concebido para lograr la igualdad no puede interpretarse precisamente como obstáculo para este fin. Y argumentar que las acciones positivas lesionan el derecho de los hombres supone interpretarlo en este sentido.

También autores como **A. Ruiz-Miguel** y **M. Rosenfeld** piensan que las medidas de acción positiva, y las de discriminación inversa siempre que reunan las condiciones que avalan su legitimidad, no sólo "no lesionan la igualdad" sino que "la realizan", a pesar de que "una mejora de la posición de las mujeres sin un empeoramiento relativo del estatuto de los varones no es realista", como afirma Maidowski. Es decir, las medidas de acción positiva y discriminación inversa en favor de las mujeres se diferencian de las discriminaciones directas contrarias a la Constitución:

- ?? por su finalidad: superación de la desigualdad de hecho,
- ?? y porque carecen de los matices excluyentes y negativos (menosprecio, estigmatización, etc.) de las discriminaciones tradicionales que han sufrido las mujeres a los largo de la historia.

2. Las discriminaciones inversas y las acciones positivas son medidas de diferenciación normativa poco razonables ya que son al mismo tiempo *underinclusive* y *overinclusive*.

Es decir, ni todas las mujeres son víctimas de la discriminación, ni todas las discriminaciones son hacia las mujeres.

Rey Martínez no está de acuerdo con el argumento *underinclusive* porque, como sabemos, las mujeres no forman el único grupo social excluido y discriminado (también lo están grupos raciales, de minusválidos, etc.), pero no enmendar las desigualdades de este grupo no protege mejor a los otros. Es más, una política antidiscriminatoria en favor de las mujeres fomentaría su extensión también a otros sectores.

En cuanto al razonamiento *overinclusive* (no todas las mujeres son víctimas de discriminación) **M. Aínis**, por ejemplo, se pregunta: "¿Qué criterio redistributivo podría justificar la atribución de un puesto de trabajo a una **mujer** culta y rica, a expensas de un pobre, hijo de pobres, que tiene además el infortunio de haber nacido **hombre**?". Es decir, la crítica consiste en que no se toman en cuenta más variables que ser hombre o mujer cuando hay también otras importantes (tener mucho poder adquisitivo o ser pobre, la historia personal de cada individuo, etc.).

A pesar de que esta cuestión puede resultar un razonamiento interesante, a Rey Martínez no le convence. Para el autor, las acciones positivas tienen su justificación en desigualdades de hecho, concretas y objetivas. Además, citando a A. Ruiz-Miguel, dado que la discriminación afecta a las mujeres por su pertenencia al colectivo femenino, no ve por qué las injusticias que han sufrido las mujeres no puedan ser reparadas desde "una óptica de grupos". En la Constitución española también aparecen otros *grupos* que, como tales, son dignos de tutela a través de un derecho desigual (jóvenes, ancianos, discapacitados, etc.).

3.	Las medidas de acción positiva y las discriminaciones inversas se oponen al principio de mérito y capacidad.
----	--

El principio del mérito y capacidad se encuentra recogido para la función pública en el art. 103.3 CE. Rey Martínez se refiere a **V. Scarpelli**. Este autor no está de acuerdo en que "por un noble principio de justicia" se otorgue a cualquier individuo, sea hombre o mujer, un puesto que quizá no le corresponde por sus méritos. Y pone un ejemplo: Él quiere que cuando tengan que operarle lo haga el mejor cirujano, sea hombre o mujer.

Aún así, Rey Martínez rebate este pensamiento recordando que las acciones positivas y las discriminaciones inversas sólo benefician a mujeres "similarmente situadas en términos de mérito y capacidad" respecto de los hombres. (Ej.: Aunque referido a minusválidos, la STC 269/94, en la que se recoge que si no superas la oposición no te beneficias de la cuota).

4.	Las medidas de acción positiva y las discriminaciones inversas son criticadas desde la óptica liberal.
----	--

Desde esta óptica se opina que ambas medidas:

- ?? Son ineficaces e inadecuadas para lograr la igualdad.
- ?? Son contraproducentes ya que los resultados que se obtienen mediante su aplicación son los contrarios a los deseados.
- ?? Refuerzan la desigualdad.
- ?? Toman en cuenta el sexo como un factor diferenciador de trato cuando precisamente queremos excluir la diferenciación.
- ?? Reintroducen los problemas de paternalismo:
 - o aumentan el sentimiento de inferioridad,
 - o provocan resentimiento en el individuo excluido, y marginación,
 - o ocasionan un efecto *boomerang* sobre el grupo a proteger.

Rey Martínez piensa que todos estos argumentos socio-psicológicos son muy discutibles y muy difíciles de cuantificar. Afirma que lo mismo que puede pensarse que las acciones positivas afectan negativamente a las mujeres en vez de ayudarlas, también puede considerarse que son una pequeña compensación por siglos de discriminaciones históricas, aunque él,

personalmente, prefiere considerarlas como medidas de "integración social". Y en cuanto a eficacia, la evaluación de las políticas de países donde se han adoptado este tipo de medidas parecen indicar precisamente lo contrario (su incuestionable eficacia).

5. Las medidas de acción positiva son injustas. Causan discriminación punitiva respecto a los hombres inocentes.

El autor afirma que no puede decirse que este impacto negativo sea una consecuencia necesaria de todas las acciones positivas sino sólo de algunas de ellas (las discriminaciones inversas). No toda acción positiva provoca "víctimas" masculinas. E incluso las discriminaciones inversas son muy diferentes que las discriminaciones directas prohibidas: la igualdad formal de trato debe ceder a veces ante otro bien jurídico esencial, la igualdad real e integración social de hombres y mujeres.

6. Mediante las medidas de acción positiva se corre el peligro de que se reivindique una "ola expansiva de cuotas" para otros grupos sociales desfavorecidos que se encuentran en situación similar a la de las mujeres.

Además, según este argumento, dada la escasez de puestos y plazas a las que acceder, una política en favor de las mujeres puede ser negativa para las posibilidades de los miembros de estos otros grupos.

El autor responde diciendo que la Constitución destaca particularmente en su art. 14 al grupo de mujeres frente a otros grupos porque, encontrándose en una situación social de minoría constituyen, sin embargo, la mayoría de la población.

7. Las acciones positivas son discutibles desde la teoría del proceso político.

Esta teoría está excelentemente formulada por **J. H. Ely** en su obra *Democracy and Distrust* (1980). El autor coincide con Ely en que el caso de las mujeres es difícil de aplicar esta teoría ya que, aunque sí que están claramente estereotipadas, no puede hablarse de que haya prejuicios de primer grado contra ellas (al contrario de lo que pasa a veces con las razas). Ely observa que las mujeres no son una minoría aislada y sin voz que exija un mayor control judicial porque no tienen participación en los procesos de toma de decisiones. Sin embargo, a pesar de ello han sido marginadas en el proceso político permitiéndolo. No han actuado como mayoría y lo han aceptado. Para Ely, la explicación a esta situación podría encontrarse en el "dominio persuasivo" que los hombres han ejercido sobre ellas que han interiorizado ese papel. Ahora la situación es distinta. Las mujeres están en posición de poder defenderse por ellas mismas.

Rey Martínez opina que los argumentos de Ely son bastante convincentes y ponen de manifiesto el carácter temporal de las medidas de acción positiva, pero afirma que, todavía hoy, las mujeres están infrarrepresentadas en numerosos sectores (laboral, social y político) -donde podrían adoptarse esas medidas-, y, por otro lado, que es ilusorio concebir que la voluntad de las mujeres es única y monolítica frente a la de los hombres.

8. Las acciones positivas para la igualdad de las razas minoritarias pueden ser más necesarias que para la igualdad de las mujeres.

L. H. Tribe observa que la historia procesal contra la discriminación por sexo revela "una calle de doble dirección" mientras que aquella contra la discriminación racial es de una sola dirección. Es decir, las mujeres han querido ser tratadas como hombres (en los ámbitos laboral y comercial) y los hombres como mujeres (en el ámbito familiar).

Rey Martínez, lejos de ver un problema en las puntualizaciones de este autor, opina que aportan una perspectiva muy interesante: las medidas de acción positiva no sólo benefician a

las mujeres sino también a los hombres, ya que liberan a ambos de los roles tradicionales atribuidos a cada sexo y abren el camino hacia *"la libertad, las oportunidades, y el desarrollo personal en dos direcciones"* para todos.

9.

La inconsistencia de la idea de tener que compensar la discriminación histórica de las mujeres mediante la acción positiva.

Rey Martínez coincide con esta tesis apoyada por **K. M. Sullivan** que opina que no es constitucionalmente adecuado utilizar la acción positiva como paradigma de compensación. El enfoque de la compensación mira sobre todo al pasado. Surgen una serie de problemas:

- ?? *"¿Cuánta pasada discriminación sería bastante para justificar una medida de acción positiva?"*
- ?? *La generación perjudicada y la favorecida no coinciden. Los "no pecadores" no deberían pagar por "pecados" ajenos.*
- ?? *¿Debe reducirse a una discriminación en el sentido de una violación del derecho o sería suficiente una subrepresentación femenina constatable?"*
- ?? *¿Por qué los estándares actuales de igualdad y de nivel aceptable de derechos deben ser el parámetro de comparación de si una discriminación ha existido en el pasado?"*

Con Sullivan, el autor piensa que las acciones positivas deben fundamentarse más que en la compensación en la consecución de una serie de objetivos para aspirar a un *futuro* de plena integración racial y sexual :

1. Eliminar la tensión social.
2. Incrementar la diversidad de la fuerza de trabajo.
3. Eliminar los sistemas de castas, etc.

Conclusiones

Fernando Rey Martínez observa que a pesar de la abundancia y consistencia de muchos de los argumentos esgrimidos en contra de las medidas de acción positiva, ello no conlleva que tales medidas sean ilegítimas desde el punto de vista del Derecho Constitucional, ni que sean políticamente inconvenientes. Afirma que es necesario reconocer que todos estos argumentos *"introducen matizaciones y fijan límites a las políticas antidiscriminatorias y enfatizan el carácter problemático y polémico que es propio de tales políticas"*. Pero recuerda el autor que las medidas de acción positiva en favor de las mujeres constituyen la vertiente objetiva del derecho a no sufrir discriminación del art. 14 CE.

Para finalizar, se hace eco de la respuesta dada por **Dworkin** a la pregunta más punzante en esta cuestión:

"¿Por qué una medida que favorece a los hombres frente a las mujeres es ilegítima constitucionalmente y, sin embargo, otra que favorece a las mujeres respecto de los hombres no sólo es lícita, sino exigida por la Constitución?"
Pues bien, *"bajo ciertas circunstancias, las políticas que favorecen a las mujeres y perjudican a ciertos hombres se justifican, sin embargo, porque mejoran la situación de toda la comunidad"*.

Es decir, existen razones tanto de **utilidad** (promedio de bienestar colectivo) como de **justicia**.

Referencia:

Rey Martínez, Fernando (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid: McGraw - Hill.

Tipo de investigación:

Después de examinar la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el autor propone en el presente estudio una nueva interpretación de la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 de la Constitución Española. Las bases de esta interpretación están constituidas por:

- ?? La prohibición tanto de la discriminación directa como indirecta y,
- ?? El principio de licitud constitucional de las acciones positivas para el fomento de la igualdad de las mujeres, incluidas las cuotas femeninas bajo ciertas condiciones.

27. ¿Discriminación o Subordinación?

M^a Ángeles Barrère, Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, propone el reconocimiento por el Derecho del principio de no subordinación, al entender que, de este modo, la denuncia y capacidad correctora, a través de la acción positiva, de situaciones discriminatorias difusas, no imputables a comportamientos concretos, sería más eficaz.

Algunos autores afirman que la discriminación que hoy en día sufren las mujeres es de naturaleza "indirecta", circunstancia que no sólo obliga a la detección del comportamiento, en apariencia no lesivo, sino a la difícil tarea de demostrar que dicho comportamiento tiene un efecto negativo, sociológicamente comprobable, en el colectivo.

Barrère discrepa de esta identificación, y se pregunta si no será un ejemplo más del uso confuso y abusivo que de esta figura se está llevando a cabo, de manera que muchas veces es empleado el concepto de "discriminación indirecta" para calificar supuestos de *subordinación social* (ej. menor presencia en el mercado de trabajo y mayor en el hogar, etc.) que muchas veces resultan inimputables a un comportamiento o práctica concretos que puedan tacharse de discriminatorios.

La autora, en aras a evitar las consecuencias derivadas de la confusión terminológica reinante, propone **acotar los conceptos** de *discriminación* y *subordinación*:

La **discriminación** es el resultado de una actividad, práctica o comportamiento concreto.

La **subordinación** de las mujeres en la sociedad no es siempre imputable a una conducta o comportamiento concretos. Su manifestación no es detectable a través de actuaciones concretas de discriminación, resulta "estructural" y, en consecuencia, la lucha en aras a su superación requiere vías específicas distintas de las seguidas en el caso de la discriminación directa e indirecta.

Barrère considera que el Derecho por la Igualdad de los Grupos debería articularse en torno al **principio de no subordinación**, requisito previo incluso del que actualmente ocupa un lugar preeminente en los ordenamientos jurídicos modernos: **el principio de no discriminación**.

En el mismo sentido, defiende la **reubicación de la acción positiva como instrumento esencial del Derecho antisubordinación**, lo que permitiría hacer frente a realidades de hecho negativas, no imputables a conductas concretas que en el marco del derecho antidiscriminatorio -más orientado a luchar contra las discriminaciones directas e indirectas- quedan sin cobertura.

En resumen, puede decirse que el reconocimiento del principio antisubordinación es importante en tanto en cuanto:

- ?? Salva alguna de las dificultades que las políticas de acción positiva, núcleo del Derecho antidiscriminatorio actual, deben encarar a la hora de abordar *"la modificación de las estructuras jurídico-sociales que afectan a grupos que han sufrido y sufren una historia de subordinación"*. Y les proporciona un mejor fundamento jurídico: En lo que al ordenamiento jurídico español respecta, Barrère sostiene que si el artículo 14 de la Constitución Española albergara dicho principio de antisubordinación, se añadiría impulso normativo al 9.2 CE.
- ?? Implica, a su vez, el reconocimiento de situaciones de subordinación social.

La autora encuentra ineludible el deber de los legisladores de introducir una garantía en contra de la subordinación, en la creencia de que *"el Derecho que no combate la subordinación,*

contribuye a su reproducción, y que **reproducir la subordinación equivale a discriminar por omisión**".

Referencia:

Barrère Unzueta, M^a Ángeles (1996): "*Formas Sociales y Jurídicas de Discriminación: Discriminación Inversa y Subordinación Social*".

Tipo de investigación:

Comunicación presentada por M^a Ángeles Barrère Unzueta a las Jornadas sobre las formas sociales del Derecho contemporáneo (Universidad Autónoma de Barcelona 22 y 23 de noviembre de 1996).

28. La Trampa de la Igualdad

Eliane Vogel-Polsky, experta del Consejo de Europa y de la Comisión Europea y profesora en la Universidad Libre de Bruselas, advierte acerca de la incorrecta fundamentación jurídica de las acciones positivas y propone un doble enfoque del principio de igualdad, que combine el derecho individual de la persona con la dimensión colectiva de género, permitiendo, de esta manera, superar el círculo vicioso en el que, a su juicio, se hallan inmersas estas políticas.

Derecho, ¿A qué Igualdad?

Eliane Vogel-Polsky entiende que la controvertida naturaleza de las medidas de acción positiva tiene su origen en la incorrecta construcción del principio de igualdad, construcción imprecisa, más sociológica que jurídica, y excesivamente centrada en el enfoque antidiscriminatorio.

Debe pasarse de la "igualdad entre hombres y mujeres" a la igualdad neutra y abstracta. Según la autora, "debemos dotar al contenido de la igualdad de oportunidades de un significado que no se limite a procedimientos de igualación de las condiciones iniciales (...). Este enfoque dominante centra el camino hacia la igualdad en la libre competencia entre las personas".

Vogel-Polsky analiza el **concepto de igualdad** de sexos que las distintas Constituciones democráticas occidentales consagran en sus respectivos articulados, y llega a la conclusión de que existe una amplia variedad de concepciones:

Bélgica e Irlanda	Concepto neutro y abstracto de la igualdad (de "los ciudadanos" ante la Ley), sin referencia al sexo.
Alemania	Consagra el principio de igualdad ante la ley y hace referencia expresa "a los hombres y las mujeres".
Escandinavia y Suiza	?? Garantiza la igualdad entre hombres y mujeres. ?? Combina la obligación de eliminar las discriminaciones por razón de sexo, con el compromiso activo de leyes y autoridades públicas en favor de la igualdad de los derechos de los hombres y las mujeres.
Suecia	Prohíbe la discriminación, salvo aquella que tiene por objeto promover la igualdad entre los hombres y las mujeres.
Italia	Consagra la igualdad ante la ley "sin distinción" de ningún tipo. Sobre esta base, el Tribunal Constitucional italiano constituye junto con el francés ejemplo de la interpretación más restrictiva.
España	Consagra el deber de promover la igualdad y la libertad, garantizando a las personas y a los grupos el pleno ejercicio de sus derechos a nivel individual y social. El desarrollo Jurisprudencial que ha dado el Tribunal Constitucional a los arts. 9, 10, 11 y 14 es el más dinámico y avanzado de toda Europa, sobre todo en las áreas de Trabajo y Seguridad Social.

La autora otorga una especial atención al tratamiento que el principio de igualdad recibe en el seno del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa (1950), referente básico a la hora de interpretar jurisprudencialmente los derechos contenidos en las distintas Constituciones europeas. Vogel-Polsky señala que el artículo 14 de dicho Convenio, en el que se recoge el principio de no discriminación por razón de sexo, carece de eficacia autónoma. No existe la posibilidad de invocar este derecho con independencia del ejercicio de otro derecho fundamental recogido en la Carta, esto es, **no se reconoce categoría de derecho**

fundamental al derecho de los hombres y las mujeres a la igualdad y se limita a garantizar que en el ejercicio de determinados derechos civiles y políticos no se discrimine a nadie.

Lamentablemente, el artículo 13 del recientemente ratificado Tratado de Amsterdam (1998) reproduce este mismo esquema: ausencia de carácter autónomo y efectos indirectos.

Por su parte, la solución jurisprudencial adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), encarnada en las Sentencias Kalanke y Marschall, no deja lugar a la esperanza. Al apostar por el carácter **individual** del derecho formal y por el carácter **excepcional** de las medidas que, en aras a promover la igualdad efectiva de personas o grupos desfavorecidos, vulneren dicho derecho, reduce la igualdad de oportunidades a una lenta y progresiva estrategia de igualamiento, de comparación de la situación *entre* hombres y mujeres, considerando a los derechos de los hombres como referente implícito.

En conclusión, la adopción de tales bases por parte de las legislaciones y la jurisprudencia ha provocado que las medidas de acción positiva abandonen la obtención inmediata de igualdad como objetivo prioritario y se orienten más a *promover* la igualdad.

La Reforma Necesaria

La autora percibe con claridad la necesidad de un **cambio de enfoque**. Recuerda que la *doble dimensión* de la igualdad constituye el centro del debate actual. Es preciso determinar si el derecho a la igualdad de sexos es un derecho individual de la persona, o un derecho de naturaleza colectiva que sirve para eliminar las desventajas y diferencias de trato negativas que sufren sistemáticamente las mujeres por razón de sexo.

La autora defiende el doble enfoque, la **igualdad sustancial** (o igualdad de hecho), y encuentra que **la acción positiva no es sino la plasmación individualizada de un derecho fundamental colectivo** a realizar la igualdad de estatuto de hombres y mujeres. (Ej. Elección de una candidata frente a un candidato, en caso de calificaciones iguales o comparables, y una vez constatada la infrarrepresentación de las mujeres en el sector de que se trate).

Vogel-Polsky califica de ineludible la necesidad de abordar la renovación de los fundamentos del principio de igualdad de sexos. Aboga por definir un **derecho fundamental de carácter autónomo** que incorpore la **perspectiva de género** y supere la trampa que constituye plantear la igualdad desde el punto de vista masculino ("*entre los hombres y mujeres*"):

- ?? El modelo masculino se constituye jerárquica e implícitamente como modelo deseable.
- ?? La mujer es integrada en la condición masculina, haciendo caso omiso a su especificidad.

Propone **abandonar la formulación de las medidas de acción positiva sobre una base derogatoria** y temporal, base que las convierte en **excepción** al principio de igualdad, cuando su objetivo es, precisamente, la consecución de la igualdad efectiva. Es preciso reconocer en estas medidas de acción positiva el instrumento idóneo para acabar con la segregación vertical y horizontal derivada de las relaciones de género y a la que las formulaciones formalistas del principio de igualdad (que lo conciben como un derecho individual) no parecen afectar.

En opinión de la autora, mientras no exista un **reconocimiento al derecho fundamental a la igualdad de los hombres y las mujeres** por parte de convenios internacionales y Constituciones nacionales (con su corolario de **obligación** a los Poderes Públicos y a los y las particulares en cuanto a la adopción de medidas positivas de realización concreta de la igualdad), la acción positiva seguirá siendo puesta en cuestión, sometida a la buena voluntad de quienes emprenden medidas de dicha naturaleza.

Vogel-Polsky afirma que la **legitimidad** de la acción positiva debe fundarse en la legitimidad de la igualdad de sexos, en su significado, contenido y finalidad colectiva e individual.

Finalmente, la autora abre una puerta a la esperanza al recordar que la Jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo ha acuñado la noción de la *"obligación positiva"* para los Estados de garantizar el disfrute del derecho fundamental que dichos Estados se han comprometido a garantizar. La autora propone avanzar por esta vía de *"interpretación dinámica de los derechos"* que contribuya a hacer efectivo el sueño de la igualdad, y recuerda, asimismo, el dinamismo de la Jurisprudencia desarrollada por el TC Español, *"gracias a los esfuerzos del profesor Rodríguez Piñero"*.

Referencia:

Vogel-Polsky, Eliane (1999) "Marco Jurídico: Procedimientos de aplicabilidad en relación con la acción positiva", *II Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva*, Tomo I, Vitoria-Gasteiz: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.

Tipo de investigación:

Ponencia presentada en el II Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva que de la mano de Emakunde tuvo lugar los días 10,11 y 12 de junio de 1998 en el incomparable marco del Palacio Miramar de San Sebastián.

29. Injusticia de Género: Más Allá de la Discriminación

Iris Marion Young, Profesora de Ciencias Políticas de la Universidad de Chicago, expone las limitaciones del término discriminación para referirse a la injusticia racial o sexual. Considera que la justificación de las políticas de acción afirmativa se halla en su poder para socavar la opresión que viene determinada por el legado cultural, los prejuicios, hábitos y conductas que privilegian a los hombres blancos heterosexuales y excluyen a otros grupos sociales. La autora señala que el debate actual sobre la acción afirmativa se limita al marco distributivo de justicia sin examinar los presupuestos de la organización institucional actual: (1) la justicia de la división jerárquica del trabajo y (2) el principio del mérito.

Iris Marion Young defiende el uso de los términos **opresión y dominación**, frente al de **discriminación**, para referirse a la injusticia racial o sexual.

A juicio de la autora, el concepto de injusticia sexual o racial va mucho más allá de la pura discriminación. De hecho, sugiere restringir el uso del mismo a *"la exclusión o preferencia explícita de los miembros de ciertos grupos sociales en la concesión de beneficios, el tratamiento que reciben o la posición que ocupan, en razón a su pertenencia a un grupo social"*. La injusticia racial o sexual incluiría, entonces, una gama más amplia de acciones, comportamientos, estructuras o prácticas.



Por otra parte, y como se verá posteriormente, Iris Marion Young analiza y cuestiona los presupuestos de la organización institucional subyacentes a las discusiones sobre acción positiva e igualdad de oportunidades. Se da por sentado, a su juicio, la justicia de la actual división jerárquica del trabajo y la distribución de posiciones en base al mérito.

¿Es el "Principio de No Discriminación" un principio supremo de justicia?

La justificación a las políticas de acción afirmativa se ha basado en el concepto de **compensación**, bien sobre quienes sufrieron directamente la discriminación, bien apelando a una discriminación histórica general contra las mujeres. Young prefiere los argumentos que defienden los programas de acción afirmativa como un **medio para combatir los prejuicios inconscientes y la visión sesgada** de quienes toman decisiones perpetuando a las mujeres en la exclusión y la desventaja.

Estos argumentos que aporta Young a favor de la acción afirmativa no están exentos de debate, como bien expresa el dilema planteado por Robert Fullinwider: "si no usamos la contratación preferencial, permitimos que exista discriminación. Pero la contratación preferencial es también discriminación".



Para Young el concepto "discriminación" empleado de igual forma en ambos casos es equívoco:

- ?? contratación preferencial: es un ejercicio de discriminación "*consciente*";
- ?? contratación no preferencial: discriminación "*inconsciente*".

Young señala que el dilema se produce porque tanto las personas defensoras como las detractoras de las políticas de acción afirmativa comparten la defensa del **principio de no discriminación** (igualdad de trato a todas las personas, de forma individual y no por su pertenencia a un grupo). Según esto, es fácil argumentar que los programas de acción afirmativa violan estos principios y por tanto son incorrectos.

Young sugiere que "*quienes apoyan las políticas de acción afirmativa estarían menos a la defensiva si reconocieran positivamente que estas políticas discriminan*". De modo que propone a los defensores de la acción afirmativa

- ?? que abandonen la presunción de que el principio de no discriminación es el principio supremo de justicia a considerar,
- ?? que reconozcan que es la opresión, y no la discriminación, el concepto base para denominar tanto la injusticia sexual como racial.

Desde ese punto de vista, la justicia de las políticas de acción afirmativa residiría en la idea de que el **trato diferencial** es necesario para lograr la igualdad. Young define tal igualdad como "*la participación e inclusión de todos los grupos en instituciones y posiciones*". Así entendida, la acción afirmativa sería una política de conciencia de grupo para mitigar la opresión, y no una excepción al principio de no discriminación.

¿Es "Discriminación" un concepto suficiente para explicar la injusticia?

El concepto de discriminación centra su atención en quienes realizan prácticas discriminatorias y en las acciones en sí mismas, en lugar de en las víctimas que sufren dicha discriminación. De ello se derivan, a juicio de I.M. Young, una serie de consecuencias:

- ?? Son las víctimas quienes tienen que demostrar que han sido discriminadas.
- ?? La discriminación aparece como un concepto anómalo o excepcional, considerándose "normal" la ausencia de discriminación.

- ?? La disminución de la discriminación explícita, sexual o racial, se identifica con desaparición de la injusticia hacia determinados colectivos.
- ?? Al ser socialmente inaceptable, la discriminación se oculta bajo preferencias basadas en conductas o características personales y no de grupo.

Young destaca que la discriminación es más visible al evaluar **los resultados y no los propósitos de la discriminación**. Es decir, independientemente del propósito de quienes la ponen en práctica, podría considerarse discriminatoria una práctica cuyos resultados muestran una exclusión desproporcionada de mujeres. Esta teoría legal ha sido defendida en el pasado por los tribunales bajo el llamado "**impacto dispar**" (caso Griggs, US, Corte Suprema, 1971). Sin embargo, Young encuentra erróneo calificar tales resultados como discriminación, y no como opresión, por dos motivos:

1. Centrarse en las personas individuales que ejecutan la discriminación impide ver los factores institucionales y estructurales de la opresión, su carácter "**mundano y sistemático**".
2. Prestar atención solamente a los fenómenos de discriminación como único mal que sufren las mujeres, permite ignorar los prejuicios, los hábitos, las conductas que reproducen las condiciones que favorecen a los hombres blancos heterosexuales, estableciendo sus posiciones de privilegio y "**la prioridad de su punto de vista**".

De la Discriminación a la Opresión

El concepto de opresión permite a I.M. Young afirmar la justicia de las políticas de acción positiva a favor de las mujeres, al tiempo que reconocer abiertamente su carácter discriminatorio. De este modo, la discriminación aparece como **correcta**, e incluso "**moralmente exigible**" cuando sirve a propósitos de lucha contra la opresión, e **incorrecta** cuando refuerza estereotipos perniciosos o aumenta los privilegios de aquellos colectivos que ya gozan de ellos. Una asociación de *empresarias* para contrarrestar el aislamiento de las mujeres es un ejemplo del primer caso; a diferencia de un club *sólo masculino* de empresarios para reforzar las redes de privilegio ya existentes, como ejemplo de discriminación incorrecta. Así, las políticas de acción afirmativa se justifican en base a su papel en la lucha contra la opresión existente. Young explica cómo las políticas de acción afirmativa contribuyen a socavar la opresión en tres niveles:

1. Las instituciones y las políticas muestran **aceptación** hacia grupos antes excluidos.
2. Contrarrestan los **prejuicios** presentes en las instituciones y entre quienes ostentan el poder en la toma de decisiones.
3. Incorporan los **puntos de vista** de colectivos antes en desventaja.

El propósito de los programas de acción afirmativa es "**mitigar la influencia de los actuales prejuicios y la ceguera de las instituciones y las personas que toman las decisiones**".

Acción afirmativa y Justicia distributiva: una relación insuficiente

Young afirma que el debate en torno a la acción afirmativa se basa en la aplicación de un **modelo distributivo de justicia**. Según este modelo, la justicia se define de acuerdo con la correcta distribución de posiciones de poder y privilegio entre los miembros de los distintos grupos sociales.

La autora cita a Wassertrom (1980) para fundamentar la idea de que un trato preferencial hacia determinados colectivos puede ser legítimo si su fin es lograr una mayor justicia. Sin embargo, limitar la justicia sexual y racial a un concepto de justicia basado en la distribución de posiciones de poder, deja sin examinar otros factores menos visibles y más sutiles que componen la injusticia de género u opresión. La doctora Young señala que incluso programas de "acción afirmativa fuerte" apenas alteran la estructura de privilegio y opresión de grupo. Un

ejemplo ilustra este punto: mientras que, por un lado, tales programas exigen personas candidatas altamente cualificadas; por otro, no hacen nada para facilitar tal cualificación, a menudo difícil para los miembros de tales grupos.

Particularmente, Young examina dos presupuestos básicos de la organización social e institucional actual:

1. Justicia de la División Jerárquica y Piramidal del Trabajo

La división jerárquica y piramidal del trabajo supone un reparto de pocas posiciones de poder, prestigio y altos ingresos frente a otras de escasa recompensa y privilegio. Young se opone en particular a una división de tareas y funciones que separa **el diseño de la ejecución** de las mismas, perpetuando "la división de clases sociales entre trabajos profesionales y no profesionales".

La principal razón que apunta para ello es que tal división permite que sólo unos pocos individuos se desarrollen plenamente y sume a otros en la explotación, la sumisión y la falta de poder.



2. Principio del Mérito

El principio del mérito significa que el reparto de posiciones se efectúa en base a una "mayor cualificación". I.M. Young destaca que la falta de cuestionamiento de este principio conduce a la aceptación de la situación estructural actual.

El principio del mérito presupone, para Iris Young, que es posible fijar criterios neutrales para definir, medir y comparar las aptitudes de las personas. Dado que esto es discutible en numerosas ocasiones, la autora defiende que una cuestión central de la justicia debe ser "quién decide cuáles" son esas aptitudes.



Referencia:

Young, Iris Marion (2000): "La acción afirmativa y el mito del mérito", *La justicia y la política de la diferencia*, Feminismos, 59, Universidad de Valencia: Editorial Cátedra.

Tipo de investigación:

El presente texto es un capítulo del libro de Iris Marion Young titulado *La justicia y la política de la diferencia* (2000). Los argumentos centrales del libro están inspirados por las "estimulantes" discusiones sobre género, raza y clase mantenidas en los encuentros de la *Radical Philosophers Association* entre los años 1985 y 1987.

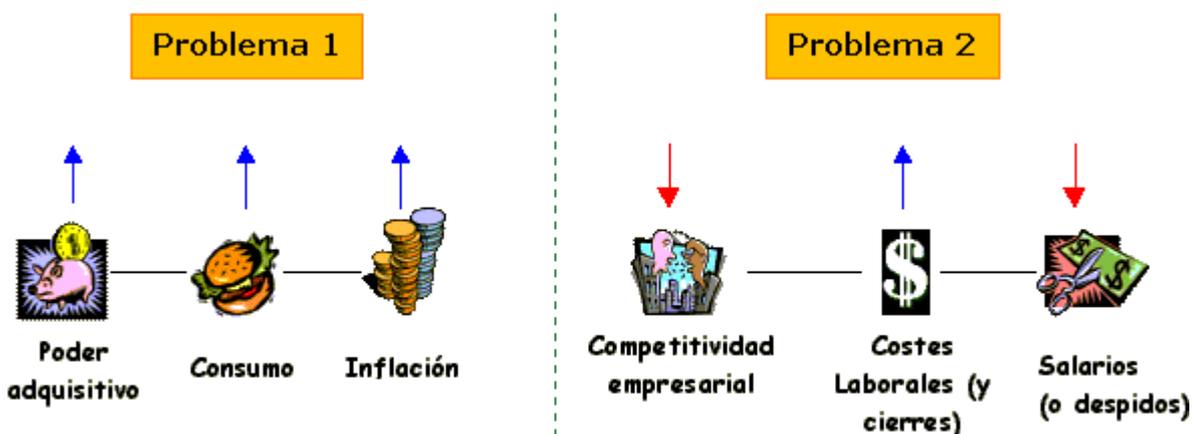
30. Las Mujeres después de Maastrich y Ámsterdam

M^a José Aubet, miembro de la Asociación de Mujeres Divergentes, plantea los problemas que acarrea la convergencia económica de los países de la UE para las mujeres. También señala algunos aspectos negativos de las medidas de acción positiva así como del sistema capitalista actual.

Contexto general

Según María José Aubet, el empleo y las cuestiones sociales ocupan un lugar secundario en la construcción europea, más centrada en el logro de una convergencia monetaria y económica (como se deduce del texto de los Tratados de Maastrich y Amsterdam). Sólo es posible lograr la convergencia monetaria, en la que se ha puesto todo el empeño, si se mantienen los salarios y precios, es decir, las diferencias económicas previamente existentes entre países, sexos y clases, bloqueando, en consecuencia, la convergencia económica.

Para la autora, si se igualaran los salarios femeninos con los masculinos ésto se traduciría en 2 problemas:



¿Qué preferimos: despido / desempleo o precariedad / subsalarios?

El bloqueo de la convergencia real (es decir, en materia de salarios, pensiones y precios) se traduce en "un progresivo desmantelamiento del Estado de Bienestar europeo" cuyas repercusiones son mucho mayores para países como España, Italia, Portugal o Grecia -que están de los últimos en materia de derechos, servicios y transferencias sociales-, y para las mujeres que para otros colectivos:

Si...	...Entonces
?? Hay recortes en la esfera pública y social y la mayoría de empleos los ocupan mujeres...	...son las mujeres las que pierden sus empleos.
?? Hay recortes en el sector social y en las áreas de salud, educación	...aumenta el trabajo doméstico no remunerado e invisible de las mujeres.

y cuidados...	
?? Se desmantela el Estado de Bienestar europeo...	...se reducen los servicios e infraestructuras destinadas a las mujeres, así como los empleos dignos y remunerados fuera de casa.

Situación de las Mujeres Españolas después de Maastrich y Amsterdam

M^a José Aubet apunta algunos datos reveladores sobre la situación de las mujeres españolas, y de España en general, después del Tratado de Maastrich y de las modificaciones del Tratado de Ámsterdam.



Algunas críticas a las medidas de acción positiva

Según la autora, no se han producido grandes avances en cuanto a la eliminación de las desigualdades entre hombres y mujeres a pesar de la puesta en práctica de medidas como las de acción positiva, las cuotas, o la propia transversalidad (*mainstreaming*), ya que, tal y como afirma, "sólo son efectivas coyunturalmente, tienen resultados muy desiguales según países, regiones y culturas y, en todo caso, son útiles sólo a una minoría". En definitiva: **no afectan a la verdadera causa de la desigualdad y se presentan como sustitutas o únicas, y no como complementarias de otras estrategias.**

María José Aubet opina que de todas formas no hay que dejarlas a un lado sin más, pueden ayudar a producir "buenas prácticas". Para ella el principal fallo de este tipo de medidas (a diferencia de los movimientos neo-feministas de los 60 y 70) es que:

?? No alteran el nivel de dependencia económica de las mujeres.

- ?? No alteran la estructuración del tiempo (responsable de la perpetuación de la desigualdad al no reconocer la economía doméstica ni universalizar la economía de servicios sociales).
- ?? No frenan la desigualdad de oportunidades.
- ?? No ofrecen una alternativa a la feminización de la pobreza ni a la precariedad de las mujeres.

La Ley del más fuerte

Aunque en la economía real funciona la Ley del más fuerte no puede pensarse que no sea compatible con una "*alta representación cuantitativa*" de las mujeres en las instituciones y organismo públicos. La incompatibilidad aparece frente a las políticas igualitarias, ya que confrontan con las características del sistema capitalista vigente hoy en día. En opinión de Aubet, **este sistema capitalista:**

- ?? Obvia las necesidades e intereses de las mujeres.
- ?? Necesita del trabajo doméstico no remunerado de las mujeres.
- ?? Necesita mano de obra disponible a bajo costo.
- ?? Necesita la colaboración de un sector del colectivo femenino que lo legitime.

Por ello, considera la autora que las políticas de género de la UE son de "*poco calado*" y no influyen en el sistema económico. Es más, sostiene que los acuerdos firmados en las Conferencias Internacionales de El Cairo y Pekín son incompatibles con los Tratados de Maastrich y Ámsterdam.

M^a José Aubet, en definitiva, reclama una "*estrategia más global y a largo plazo que contemple una crítica radical y un cambio en profundidad de la realidad socioeconómica, ideológica y cultural de este fin de siglo*".

Referencia:

Aubet Semmler, M^a José (1999): "Marco económico: Unión Europea, Tratado de Maastrich, Modificaciones del Tratado", en *II Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva*, Jornadas 14, Tomo I, Emakunde / Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria - Gasteiz.

Tipo de investigación:

Este texto forma parte de las Conferencias que se dieron en la primera sesión del II Congreso coordinado por Itziar Fernández Mendizabal, Secretaria General de Emakunde.

El debate tuvo lugar en torno a dos cuestiones: la igualdad de oportunidades en los nuevos espacios económicos y ante la evolución de los valores en la sociedad. Ambas sesiones fueron moderadas por M^a Jesús Conde Zabala, Directora de Derechos Humanos y Cooperación con la Justicia del Gobierno Vasco.

En la primera de estas mesas de trabajo, el referido al marco económico, se hizo un repaso de los recientes acuerdos en torno a la construcción europea -Tratado de Maastricht, modificación del Tratado de Amsterdam.- y su repercusión en relación a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades. Además de M^a José Aubet intervino también M^a Carmen Gallastegi, Catedrática de Análisis Económico de la Universidad del País Vasco, quien por su parte, comenzó su intervención subrayando la necesidad de seguir trabajando en Europa para erradicar las discriminaciones de género existentes.

Ambas intervenciones, como queda dicho, dieron pie a un interesante y vivo debate en el que de forma reiterada se planteó la necesidad de incluir la perspectiva de género en los análisis económicos.

APROXIMACIÓN DE DERECHO COMPARADO

31. Italia: La Acción Positiva y los Derechos Fundamentales

María Vittoria Ballestrero, Profesora de Derecho del Trabajo en la Universidad de Génova, analiza el ámbito de la acción positiva y su relación con los Derechos Humanos al hilo de la reciente sentencia (nº 422/1995) del Tribunal Constitucional italiano, que declara la ilegitimidad de las cuotas por razón de sexo en las listas electorales.

La sentencia que Maria Vittoria Ballestrero somete a análisis en este artículo, nace a la sombra de la controvertida y reduccionista Sentencia Kalanke (C-450/93) dictada por el TJCE y de la regresiva interpretación que el Tribunal Supremo de EE.UU. ha venido realizando en los últimos tiempos de la acción positiva.

Igualdad a la Italiana

Con objeto de garantizar a las mujeres, en clara situación de desventaja en el acceso a los cargos públicos electos, la consecución de una paridad no sólo formal sino sustancial con respecto a los hombres, el legislativo italiano recurrió a la adopción de medidas de acción positiva que aseguraran a los candidatos de cada sexo una cuota mínima de 1/3 (en los municipios más grandes) o de 1/4 en las listas electorales de cara a las elecciones municipales (ley nº 81/1993).

Obligado a pronunciarse acerca de la legitimidad de esta provisión normativa, el Tribunal Constitucional italiano, en sentencia 422/1995, argumentó que las cuotas electorales, si bien *"pueden adoptarse para compensar y remover desigualdades materiales entre los individuos - como presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales- (...) no pueden incidir directamente en el contenido propio de esos mismos derechos"*. De esta manera, al tiempo que declaraba la ilegitimidad del artículo donde se recogía esta cuota, invalidaba todas las disposiciones legislativas que, al prever cuotas de similar naturaleza, reducían para algunos ciudadanos el contenido concreto del derecho fundamental de absoluta paridad para el sufragio pasivo, en favor de las mujeres.

Resumiendo, los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional italiano son:

- ?? **En materia de Derechos Fundamentales** (rigurosamente garantizados en igual medida para todos los ciudadanos y ciudadanas) **no cabe adoptar acciones positivas en favor de grupos desaventajados.**
- ?? **Toda diferenciación en razón del sexo hace que disminuya para algunos ciudadanos en favor de otros el contenido concreto del derecho fundamental.**

El Tribunal extiende su crítica al objetivo perseguido por las acciones positivas. Considera que mediante la adopción de este tipo de medidas, que atribuyen directamente un resultado, no se persigue la efectiva remoción de los obstáculos que impiden la igualdad real de hombres y mujeres.

Ante esta afirmación, Ballestrero aduce que la regla que reserva a los candidatos de cada sexo una cuota mínima en las listas electorales no implica garantía de consecución de los puestos a que se aspira en dichas listas, esto es, no implica la obtención de un resultado, limitándose a promover que hombres y mujeres tengan iguales oportunidades de acceso a cargos electivos (o sea, en el punto de partida).

Las Cuotas Electorales y el Derecho de Sufragio Pasivo

Más allá de consideraciones superfluas, la autora entiende que el objeto de la sentencia no es otro que determinar la compatibilidad de las cuotas electorales por razón de sexo con el mandato del art. 51 de la Constitución italiana que consagra la *"igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo"*.

Ballestrero, frente a la afirmación del Tribunal de que, en materia de Derechos Fundamentales, la adopción de medidas de preferencia en favor de un colectivo sustancialmente desaventajado disminuye el contenido del derecho para los miembros del colectivo aventajado, argumenta que **lo que realmente disminuye es la ventaja que permite a estos últimos un uso y disfrute privilegiado de dicho derecho.**

A su juicio, en la base del argumento empleado por el Tribunal se encuentran los siguientes aspectos criticables:

- ?? La **concepción neutra del individuo**. Un rígido principio de igualdad formal hace del sexo una circunstancia irrelevante, *"un accidente que no puede ni debe tener relevancia"*, con lo que cualquier ventaja atribuida en razón del mismo constituye una discriminación.
- ?? El **olvido de la situación de infrarrepresentación** en que se encuentran las mujeres en las asambleas electivas. La propia concepción neutra del individuo ostentada por el Tribunal hace que el sexo de los representantes políticos carezca aparentemente de relevancia, sin tener en cuenta que la ausencia de las mujeres puede hacer que sus exigencias, demandas y preferencias no sean atendidas debidamente.
- ?? La concepción de los **derechos políticos** (fundamentales) como **"derechos del ciudadano individuo neutro"**, sin tomar en consideración la pertenencia a ningún grupo desaventajado precisamente en el área de disfrute de los derechos políticos por parte de sus miembros.

Ej. Creer que si se reserva en favor de las candidatas mujeres una cuota de las candidaturas, se impide que una cuota igual de candidatos hombres ejerza su derecho a presentarse. Para la autora, en ese caso no se está disminuyendo el contenido del derecho de los candidatos hombres, sino su condición sustancial de ventaja.

- ?? La **prohibición de adoptar medidas de acción positiva que vulneren la igualdad formal en materia de Derechos Humanos**. Respecto a este último punto, Ballestrero ve en el razonamiento del Tribunal lo que ella considera un error de concepto. La sentencia confunde el derecho a ser elegido, derecho respecto del que rige la regla inderogable de absoluta igualdad entre los sexos (art. 51 de la Constitución italiana), con el derecho a ser candidato, presupuesto para el ejercicio del primero. Esta confusión hace que el Tribunal haga erróneamente extensible el principio irrenunciable de igualdad al derecho a ser candidato, y ponga injustamente en cuestión una norma cuya intención es la de remover los obstáculos que impiden a las mujeres gozar del derecho a ser candidatas. Por otra parte, y en aras a comprender la posición en que dicha prohibición deja a la acción positiva, enuncia el siguiente ejemplo:

Ej. El derecho al trabajo es un derecho fundamental que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos. Siguiendo el razonamiento del Tribunal, una medida que incentivara la contratación de mujeres, aunque desigual, sería legítima en la medida en que

contribuye a la remoción de los obstáculos que impiden a las mujeres disfrutar con plenitud del derecho al trabajo. Pero, en tanto derecho fundamental, si el empresario, en el concurso de candidatos, se inclinara por la candidata mujer, el hombre podría sostener que ha sido discriminado por razones de sexo y su derecho fundamental e igual al trabajo violentado.

Conclusión

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional italiano, en sentencia nº 422/1995, respecto de la constitucionalidad de las cuotas electorales, si bien permite, en teoría, la adopción de medidas de acción positiva, **en la práctica destruye "la posibilidad concreta de dar a las mismas un contenido en términos de efectiva igualdad entre hombres y mujeres"**.

La autora, reflexionando en el mismo sentido en que lo hace respecto a la conocida Sentencia Kalanke, sostiene que dar 'oportunidades' iguales significa, sobre todo, poner a quienes pertenecen a un grupo desaventajado en condiciones de obtener un resultado igual. *"La sola paridad en los puntos de partida, no garantiza por sí iguales resultados. La 'realización' de iguales oportunidades entre hombres y mujeres consiste siempre y en todo caso, en cualquier fase del recorrido, y no sólo en la inicial"*.

Referencia:

Ballestrero, Mª Vittoria (1996): "Acciones positivas. Punto y aparte", *Revista Doxa*, 19, p.91-109.

Tipo de investigación:

Se trata de un ensayo en el que se critica la interpretación regresiva que el Tribunal Constitucional italiano ha dado de las medidas de acción positiva a raíz del pronunciamiento del TJCE en el caso Kalanke (C-450/93).

32. La Acción Positiva en Europa

Teresa Pérez del Río, profesora de Derecho del Trabajo en la Universidad de Cádiz, realiza un breve análisis de los resultados del estudio sobre las reglamentaciones nacionales de los Estados miembros en materia de acción positiva que la Comisión Europea publicó en el año 95.

En noviembre de 1995, la Comisión Europea publicó un estudio comparado de las legislaciones nacionales de los distintos estados miembros en materia de acción positiva. Dicho estudio abarcaba el análisis de:

- ?? Las medidas de tipo promocional (programas de igualdad de oportunidades)
- ?? Las medidas de privilegio (ej. caso Kalanke C-450/1993).

La autora indica que las medidas de tipo promocional han sido adoptadas a todos los niveles (desde el comunitario hasta el foral) en casi los Estados miembros de la Unión Europea. En cuanto a las medidas que van más allá, las de preferencia en el acceso al empleo y promoción profesional, el estudio distingue entre tres tipos de países, en función de que exista o no reglamentación con relación a la materia, y caso de existir, ésta autorice u obligue a la adopción de medidas de acción positiva.

La siguiente tabla recoge las principales conclusiones a las que se llegó en el estudio:

EXISTE REGULACIÓN	AUTORIZA	<ul style="list-style-type: none"> ?? Dinamarca ?? Países Bajos ?? Suecia ?? Finlandia 	<p>Cuando concurren los requisitos siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> ?? Temporalidad. ?? Proporcionalidad. ?? Subrepresentación de uno de los sexos (motivación). ?? Igualdad o similitud de condiciones (en la mayoría de los casos). <p>Ej. Suecia ha adoptado, en el sector de profesorado e investigación, una medida de discriminación positiva para los años 95/96 que prevé la asignación de fondos especiales para promover la igualdad mediante la contratación preferente de candidatos cuyo sexo se haya infrarrepresentado, con independencia de su cualificación.</p>
------------------------------	-----------------	--	---

	OBLIGA (Especialmente en el sector público)	?? Austria (tanto a nivel federal como regional). ?? Alemania (sólo a nivel regional).	Cuando concurren los requisitos siguientes: ?? Idéntica cualificación. ?? Subrepresentación objetiva (por debajo de un determinado %). ?? Temporalidad.
NO EXISTE REGULACIÓN ?? Se reconoce la legitimidad de la acción positiva. ?? Existen medidas de tipo promocional: subvenciones, rebajas en las cotizaciones, etc. ?? No existe normativa que estipule explícitamente la posibilidad de adoptar sistemas de "preferencia en la contratación y promoción de las mujeres" en áreas en las que éstas se hallen infrarrepresentadas.		?? Italia ?? Bélgica ?? Francia	Caso de que se adoptaran este tipo de medidas, se muestran proclives a reconocer su compatibilidad con el mandato constitucional de no-discriminación.
		?? Reino Unido ?? Portugal ?? Luxemburgo ?? España ?? Irlanda	En opinión de la autora, para el caso español "tampoco serían descartables" atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y siempre que se respetaran los principios de: ?? Motivación suficiente. ?? Temporalidad. ?? Proporcionalidad.

El Caso Austriaco

Teresa Pérez del Río considera que la normativa austriaca es "la más completa e incisiva" de todas las que se han sometido a examen en este estudio. Esta normativa goza expresamente de carácter constitucional y es la propia Administración, en todos sus niveles, la depositaria de la obligación de asegurar que hombres y mujeres estén presentes en condiciones numéricas equilibradas (no menos del 40% - 50% en Alemania-) en todos los ámbitos.

Referencia:

Pérez del Río, Teresa (1997): "Principio de Igualdad y Derecho Positivo: Discriminación Directa, Indirecta y Acción Positiva" en Emakunde edtr., Emakunde, 10 años en la sociedad vasca, Vitoria: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.

Tipo de investigación:

Ponencia presentada en el seminario impartido en Emakunde el día 15 de octubre de 1997 que llevaba por título "Principio de igualdad, discriminación y acción positiva", coordinado por Javier Balza Aguilera, actual Consejero de Interior del Gobierno Vasco, entonces Viceconsejero en el Departamento de Hacienda.

32. Evaluación de las Medidas de Acción Positiva en los Planes Nacionales de Empleo de 11 Países Europeos

Evaluación, desde la perspectiva de las mujeres, de las medidas de acción positiva que se proponen en los Planes de Acción Nacionales de Empleo de 11 países europeos: Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, España, Suecia y Reino Unido.

LA ACCIÓN POSITIVA PROPUESTA EN LOS PLANES NACIONALES DE EMPLEO		
	PROPUESTAS DEL NAP (<i>National Action Plan</i>)	SITUACIÓN ACTUAL DE LAS MUJERES
AUSTRIA	<ul style="list-style-type: none"> - Puntos centrales: Juventud, desempleo de larga duración, reducción del paro y desarrollo del espíritu empresarial. - Acción Positiva: Reducción del desempleo entre hombres y mujeres. Programa especial para ayudar a las mujeres desempleadas de larga duración. 	
DINAMARCA	<ul style="list-style-type: none"> - Puntos centrales: "Activación" en el sentido de cambiar de medidas pasivas a medidas activas de empleo, reformar los impuestos y el sistema educativo. - Acción Positiva: No hay. 	
FINLANDIA	<ul style="list-style-type: none"> - Puntos centrales: Igualar las políticas en el mercado de trabajo para hombres y mujeres. Mejorar el estatus de los trabajadores y trabajadoras de más edad. - Acción Positiva: Formación para superar la segregación por sexo en el empleo, tanto para hombres como para mujeres. 	
FRANCIA	<ul style="list-style-type: none"> - Puntos centrales: Empleo y formación de la juventud. - Acción Positiva: Prevista para mejorar el acceso de las mujeres al empleo pero no se ha aconsejado a ningún sindicato para que aumente el número de mujeres en la toma de decisiones. 	<ul style="list-style-type: none"> - En la práctica, la Ley Roudy (1983) que promueve la acción positiva en las empresas ha tenido poco efecto. Sólo unas 30 empresas han proyectado planes de acción positiva bajo esta Ley.
ALEMANIA	<ul style="list-style-type: none"> - Puntos centrales: No se especifican. - Acción Positiva: No hay. 	<ul style="list-style-type: none"> - Medidas de acción positiva en el sector público de algunos de los <i>Länder</i>. - Se ha provisto de un sistema de cuotas en varias fases para el Parlamento y los organismos públicos: empezaron con un 25% en el 88, 1/3 en 1994 y el 40% en 1998.
IRLANDA	<ul style="list-style-type: none"> - Puntos centrales: Educación, formación y cuidado de la infancia. 	<ul style="list-style-type: none"> - El 49% de las personas que participan en los programas de

	- Acción Positiva: Previstas para las áreas de educación y formación para mejorar el acceso al empleo.	formación y empleo son mujeres.
LUXEMBURGO	- Puntos centrales: Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. - Acción Positiva: No hay medidas específicas para mejorar el acceso de las mujeres al empleo. Sólo ayudas especiales para las empresas que contraten mujeres jóvenes.	
PORTUGAL	- Puntos centrales: Estudiar las causas estructurales del desempleo. - Acción Positiva: Reforzar la acción positiva: aumentar las subvenciones para las mujeres, establecer las prioridades y proveer de incentivos, formación y educación. Dar prioridad en la contratación a las mujeres mayores desempleadas de larga duración o en aquellos sectores en los que se encuentren infrarrepresentadas.	
ESPAÑA	- Puntos centrales: Creación de pequeñas y medianas empresas. - Acción Positiva: Beneficios fiscales para las empresas que contratan mujeres en aquellos sectores en los que están infrarrepresentadas.	
SUECIA	- Puntos centrales: Creación de pequeñas y medianas empresas, educación. - Acción Positiva: Promoción de las mujeres empresarias.	
REINO UNIDO	- Puntos centrales: Desempleo masculino y familias monoparentales. - Acción Positiva: Aumento del empleo para madres y padres solteros.	

Referencia:

Lobby Europeo de Mujeres (1998): "Anexo 2: Evaluación de los Planes Nacionales de Empleo desde la Perspectiva de las Mujeres", *Cumbre del Empleo para las Mujeres*, (Cardiff).

Tipo de investigación:

La Cumbre del Empleo para las Mujeres, organizada por el Lobby Europeo de Mujeres con el apoyo de la Comisión Europea, tuvo lugar el 5 de Junio de 1998 en Cardiff. Su objetivo principal era asegurarse de que el género recibe la debida atención en todas las áreas del mercado laboral. Los temas que se abordaron en la Cumbre se referían a las políticas de empleo desde el punto de vista de las mujeres de Europa Central y Oriental, poniendo un énfasis especial en las cuestiones relativas a la protección social y el cuidado de las personas.

Los objetivos de la Cumbre eran:

- ?? *"Demostrar la necesidad de una mayor participación de la ciudadanía europea en la construcción de una Europa más justa y democrática.*
- ?? *Someter a los jefes de Estado de los países miembros las reivindicaciones de las organizaciones no gubernamentales de mujeres en los planes nacionales de empleo".*

33. El Compromiso de los Poderes Públicos con la Acción Positiva: EE.UU. y Europa

David Giménez Gluck, sitúa a los poderes públicos como actores principales en la elaboración y puesta en práctica de las políticas de acción positiva. Para ello, examina la repercusión y la promoción que han tenido este tipo de políticas en Estados Unidos y en Europa.

EE.UU.: La *Affirmative Action*

Aunque jamás ha existido en EE.UU. una ley federal que impusiera las medidas de acción positiva, desde su aparición se han visto impulsadas y apoyadas por los poderes públicos mediante políticas concretas:

- ?? Ofreciendo ventajas o subvenciones a las empresas que las adopten.
- ?? Incorporándolas a los programas de selección de personal.

Los Poderes Públicos

Según el autor, el éxito de la *affirmative action* se debe tanto a los **poderes públicos** (más de 150 programas en vigor) como a la **sociedad civil** (empresas, asociaciones, universidades...). Los antecedentes de estas medidas se sitúan en varias órdenes ejecutivas:

1965	Orden Ejecutiva nº 11.246 del presidente Johnson	- Primera medida federal de impulso a la acción positiva.- Las empresas con contratos con el Gobierno Federal por valor superior a 50.000\$ debían adoptar, previamente a la formalización del contrato, planes de acción positiva para favorecer a las minorías.
1967	Orden Ejecutiva nº 11.375 del presidente Johnson	- En el mismo sentido que la medida anterior pero extendida a las mujeres.
1969	Adopción del mecanismo de "goals and timetables" por el Departamento de Trabajo	- Objetivo: instar a los empresarios a que el % de empleados de minorías raciales sea similar a su porcentaje en el lugar donde la empresa está radicada.- Introducción del sistema de cuotas o discriminación inversa.
1972	Publicación de <i>The OFCC (Office of Federal Contract Compliance) Revised Order nº 4</i> del presidente Nixon	- Ratificó las medidas anteriores: ?? Seguir controlando el cumplimiento de los programas de acción positiva de las empresas bajo su jurisdicción. ?? Requería a las empresas la introducción de medidas de discriminación inversa. ?? Exigía que los planes de acción positiva fueran anuales.

El Poder Judicial

Según David Giménez Gluck, **la labor realizada por el Poder Judicial se puede dividir en dos:**

1. Remedies: acciones positivas que provienen directamente de los jueces que pueden imponer sus propias sanciones en determinados supuestos. Ej.: Un juez puede condenar en un caso de discriminación a una empresa a adoptar medidas de acción positiva.

2. Disparate Impact (impacto desigual): acciones positivas derivadas indirectamente de la acción judicial. Criterios para el acceso al empleo en apariencia neutrales pueden discriminar a miembros de determinados colectivos protegidos. Así, se trata de invertir la carga de prueba, siendo el empresario el que debe demostrar que no ha cometido discriminación.

Hay que comprobar si existe "*un desequilibrio estadístico*" entre el porcentaje de los miembros de grupos desfavorecidos que trabajan en un sector cualificado de una empresa y los que tendrían cualificación suficiente para ese trabajo de entre los que están en el mercado laboral del área geográfica de la empresa. En caso de que el o la juez decida que existe un *disparate impact*, el empresario deberá demostrar:

- ?? *Business necessity*: "cualquier buena razón de negocios" que justifique el desequilibrio y la inexistencia de otras alternativas para lograr los fines de la empresa. A partir de 1991 se pasó a exigir una "razón de negocios sustancial".
- ?? *Bona fide occupational qualifications*: es decir, que no hay mala voluntad en los criterios aparentemente neutrales de selección que utiliza el empresario aunque perjudiquen a ciertos grupos. Ej.: Las mujeres pueden verse perjudicadas por una exigencia injustificada de una determinada altura para desempeñar algunos trabajos.

Indirectamente, el *disparate impact* provoca que muchos empresarios lleven a cabo unilateralmente medidas de acción positiva con el fin de evitar posibles litigios por discriminación.

EUROPA: Las Mujeres por Encima de Todo

Giménez Gluck afirma que, en los estados de Europa, la acción positiva tiene varios **rasgos distintivos**:

a) **Los estados europeos han adoptado medidas de acción positiva dirigidas fundamentalmente hacia las mujeres.** En lo referente al sector laboral, las acciones positivas se han regulado mediante leyes sobre las relaciones laborales, en especial la negociación colectiva. Por ejemplo, en **Francia** se prevé que los convenios colectivos deben contener medidas que contrarresten las desigualdades (art. 1133.5 del Código del Trabajo).

b) **La acción positiva se permite, no se impone.** Por ejemplo, en **Irlanda** la ley sólo estipula que *no es ilegal* promocionar a personas de un sexo si están infrarrepresentadas (Sección 15 de la *Employment Equality Act* de 1977).

c) **Las acciones positivas carecen de límites específicos.** Si esto no ha provocado mayor conflictividad es porque la mayoría de medidas que se toman son "*acciones positivas moderadas*" dirigidas básicamente a:

- ?? Formación y reciclaje de mujeres con baja cualificación.
- ?? Establecimiento de facilidades horarias que permitan conciliar la esfera laboral con la familiar.

d) **La discriminación inversa en el acceso al empleo público no es una práctica habitual.** Sólo se práctica regularmente en **Alemania** y en los **países escandinavos**, pero bajo la fórmula de "*igualdad de mérito o capacidad*" con los hombres. Este tipo de medidas aplicadas al acceso a candidaturas a cargos públicos representativos (cuotas para mujeres en las listas electorales) conforman las acciones positivas estatales que han provocado más conflictos constitucionales en Francia, Italia y Bélgica, por ejemplo.

e) **Europa se ha mostrado cautelosa en sus políticas de acción positiva.** Hasta el Tratado de Amsterdam (que reconoce en el art. 119.4 la legitimidad de la acción positiva emprendida por los Estados miembros) prácticamente (salvo el art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE) sólo se habían adoptado recomendaciones y disposiciones atípicas en promoción de la acción positiva. En resumen, puede decirse que hasta el Tratado de Amsterdam las características de la política comunitaria con respecto a las medidas de acción positiva eran:

- ?? No son normas con carácter vinculante sino meras recomendaciones a los estados.
- ?? Se considera a las medidas de acción positiva como otro medio más para paliar la discriminación sufrida por las mujeres (junto a la protección de la maternidad, ayudas para el cuidado de niños y niñas, etc.)
- ?? La mayoría de las acciones positivas que se promueven en Europa son las "moderadas".

Para terminar, el autor señala que también se han llevado a cabo **programas de promoción económica** para acciones positivas en favor de las mujeres mediante los Programas de Igualdad de Oportunidades y de Iniciativas de Empleo.

Ej.: **NOW**: Iniciativa para la creación de oportunidades para las mujeres.

HORIZON: Iniciativa para la inserción laboral de discapacitados y desfavorecidos en general.

Referencia:

David Giménez Gluck (1999): *Una Manifestación Polémica del Principio de Igualdad: Acciones Positivas Moderadas y Medidas de Discriminación Inversa*, Valencia: Tiranc Lo Blanc.

Tipo de investigación:

El trabajo que da lugar a este libro es la última investigación dirigida por Joaquín García Morillo, uno de los máximos exponentes del constitucionalismo español. Este libro propone, a diferencia de los hasta el momento desarrollados, un enfoque jurídico de la acción positiva, centrado básicamente en el juicio de constitucionalidad de los tratos formalmente designados orientados hacia la igualdad material que se engloban bajo el concepto de acción positiva.

34. El Compromiso de los Poderes Públicos con la Acción Positiva: España

David Giménez Gluck, sitúa los Poderes Públicos como actores principales en la elaboración y puesta en práctica de las políticas de acción positiva. Para ello, examina las vías mediante las que los Poderes Públicos españoles han promovido este tipo de medidas.

Introducción

España es uno de los países de la UE que menos han desarrollado la acción positiva con origen público, que se caracteriza por ser escasa y poco incisiva. Según afirma David Giménez Gluck, "*no existen medidas de discriminación inversa, tan sólo acciones positivas moderadas*". Anteriormente a la Constitución española se promulgaron una serie de normas laborales protectoras de las mujeres, aunque el Tribunal Constitucional las consideró discriminatorias por basarse en un concepto minusvalorador de las mujeres (Decreto de 26-VII-1957; Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9-III-1971; Ley de Energía Nuclear de 28-IV-1964). Posteriormente, el TC reconoce que alguna de estas normas puede considerarse como acción positiva.

Hay **3 vías mediante las que los Poderes Públicos españoles promueven las acciones positivas** dirigidas al colectivo femenino:

1. La legislación laboral.
2. Los planes de igualdad de oportunidades.
3. La iniciativa comunitaria NOW (New opportunities for Women).

A continuación se explicará cada una de estas vías.

La Legislación Laboral

En España se ha pasado, a veces, de prevenir las desigualdades de las mujeres mediante la *legislación laboral* antidiscriminatoria a poner en práctica medidas de acción positiva. El autor pone como ejemplo los **Decretos de medidas de fomento del empleo**:

- ?? **La Ley 22/1992 de Medidas Urgentes sobre el Fomento del Empleo y Protección por Desempleo** establece (en su art. 2.1 c) subvenciones de 500.000 ptas. para aquellos empresarios que contraten a mujeres que se encuentren inscritas en el INEM al menos un año y cuyos contratos se extiendan también un año en una profesión en la que se encuentren infrarrepresentadas. El artículo también contempla a las desempleadas mayores de 25 años que, tras una interrupción en su actividad laboral durante 5 años, deseen volver a trabajar.
- ?? **Las Leyes 63/1997 y 64/1997** que recogen una bonificación del 60% en las cuotas empresariales durante los dos primeros años del contrato a mujeres desempleadas inscritas en el INEM y subrepresentadas en determinados sectores.

Los Planes de Igualdad de Oportunidades

Según Giménez Gluck, los planes de igualdad de oportunidades, más que detallar las medidas y actividades a poner en práctica, son una declaración de intenciones dentro de la cual la Administración se compromete a llevar a cabo políticas de igualdad. Estas políticas de igualdad, cuya financiación corre a cargo del Ministerio que, con arreglo a la materia,

corresponda, proponen siempre acciones positivas moderadas a favor de las mujeres en todas las áreas: educación, salud, empleo...

Los planes de igualdad de oportunidades no sólo existen a nivel estatal (aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros) sino que las Comunidades Autónomas también han creado sus propios planes en virtud de Acuerdos tomados por sus Consejos de Gobierno respectivos.

ESTADO	COMUNIDADES AUTÓNOMAS
?? Plan de Igualdad de Oportunidades de las Mujeres 1989-1990.	?? Plan de Actuación del Gobierno de la Generalitat Valenciana para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres 1997-2000.
?? II Plan de Igualdad de Oportunidades para las Mujeres 1993-1995.	?? Igualtat d'Oportunitats per a les Dones 1994-1996.
?? III Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres 1992-2000.	?? Plan Integral de Igualdad de Oportunidades para la Mujer en Castilla-León 1994-1996.
	?? II Plan de Igualdad de Oportunidades. Las Mujeres de Castilla-La Mancha hacia "el siglo XXI" 1995-1999.
	?? II Plan de Acción Positiva para las mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi 1995-1999.
	?? II Plan del Gobierno Balear, de Igualdad de Oportunidades para las mujeres 1996-1999.
	?? Plan de Acción Positiva para las Mujeres en Aragón 1994-1997.
	?? II Plan de Igualdad de Oportunidades "Las Mujeres en Andalucía: Estrategias para avanzar"(1995).

La Iniciativa Comunitaria NOW (*New Opportunities for Women*)

Aunque se trata de una iniciativa comunitaria, la estructura administrativa encargada de seleccionar los programas, así como los programas en sí mismos, pertenecen al Estado miembro, ya que es éste quien propone qué programas deben subvencionarse. Normalmente, las propuestas son ratificadas por la Comisión y los fondos son comunitarios.

Cómo funciona el programa NOW

El 1 de julio de 1994, el DOCE publicó una Comunicación de la Comisión (DO C 180, p. 36) referente a este programa. NOW se enmarca en la Iniciativa de Empleo para sectores sociales desfavorecidos. En su Comunicación, la Comisión insta a los Estados a escribir un programa operativo en el que se expongan las necesidades del mercado laboral femenino.

España concluyó la redacción de su programa en octubre de 1994 y solicitó ayudas económicas al Fondo Social Europeo y al Fondo Europeo de Desarrollo Regional. El programa operativo español abarcaba el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 1994 al 31 de diciembre de 1999 y **sus objetivos abarcaban desde la formación y asistencia para el cuidado de personas dependientes, hasta la creación de empresas e inserción profesional de las mujeres.**

Generalmente, la entidad promotora de cada uno de los proyectos es una institución pública, aunque también puede darse el caso de promotoras que sean asociaciones privadas que están, a su vez, avaladas por una entidad pública.

Los temas de los proyectos

Según el autor, hay 6 temas que abarcan prácticamente todos los proyectos:

1. **Promoción de acciones positivas en empresas:**
 - Programa OPTIMA. Consiste en asesorar sobre la implantación de los planes a las empresas del programa y hacer de las mismas "*un modelo a seguir para el resto de la sociedad*".
 - Programa IF DONA. Consiste en crear campañas de sensibilización para las empresas.
2. **Inserción laboral de las mujeres rurales de España:**
 - Hasta 30 proyectos seleccionados por la UE con este cometido: asesorar en la creación de empresas en el sector del turismo rural, cursos para formar formadoras para el autoempleo de las mujeres rurales, creación de cooperativas, formación de mujeres no cualificadas...
3. **Cursos de formación para las mujeres** (la acción positiva moderada más habitual en España):
 - Más de 50 proyectos: formación de altas directivas, en nuevas tecnologías de telecomunicación, asesoramiento en la búsqueda de empleo...
4. **Asesoramiento en la creación de empresas por parte de mujeres** (aunque ninguno de los proyectos ofrece ayudas económicas para la creación de empresas).
5. **Creación de agentes y expertos de igualdad de oportunidades.**
6. **Información y orientación laboral mediante la creación de centros especializados.**

Referencia:

David Giménez Gluck (1999): *Una Manifestación Polémica del Principio de Igualdad: Acciones Positivas Moderadas y Medidas de Discriminación Inversa*, Valencia: Tiranc Lo Blanc.

Tipo de investigación:

El trabajo que da lugar a este libro es la última investigación dirigida por Joaquín García Morillo, uno de los máximos exponentes del constitucionalismo español. Este libro propone, a diferencia de los hasta el momento desarrollados, un enfoque jurídico de la acción positiva, centrado básicamente en el juicio de constitucionalidad de los tratos formalmente designados orientados hacia la igualdad material que se engloban bajo el concepto de acción positiva.

35. La Acción Positiva de Origen Privado

David Giménez Gluck analiza la adopción de la acción positiva por parte de la esfera privada (partidos políticos y empresarios), tanto en Estados Unidos como en Europa, y, más concretamente, en España.

Según el autor, el crecimiento en la aplicación de acciones positivas por parte de particulares, entendidos éstos como partidos políticos y empresarios especialmente, ha sido "*constanté*", con la influencia decisiva que estos agentes ejercen sobre la *igualdad material* en la sociedad.

La Acción Positiva Procedente de la Esfera Privada en Estados Unidos

A partir de 1954, el Tribunal Supremo Americano extendió la "*cláusula de igual protección*" al Estado Federal (*Bolling v. Sharpe*), fecha hasta la que ésta era una obligación exclusiva de los Estados (por la Decimocuarta Enmienda). Aún así, los particulares (tanto personas físicas como jurídicas) siguen sin estar obligados a ninguna cláusula constitucional de igualdad. La prohibición de discriminación para los particulares emana más bien de las leyes de Derechos Civiles, principalmente de la **Civil Rights Act** de 1964. Esta ley establece en el Título VII que "*se situará fuera de la ley cualquier práctica empresarial que impida o dificulte el acceso al empleo o discrimine respecto a las condiciones de trabajo a algún individuo por su raza, color, religión, sexo u origen nacional*".

Aunque más concreta que la "cláusula de igual protección", la *Civil Rights Act* no ha permanecido exenta de problemas a la hora de interpretarla. De hecho, tal y como señala el autor, la controversia suscitada en torno a la *affirmative action* o la teoría del *disparate impact* (impacto desigual) no hacen más que corroborar dicha afirmación.

Pese a todo, según David Giménez Gluck, en Estados Unidos **la aplicación de la acción positiva por parte de particulares se hace forma masiva, debido fundamentalmente a razones empresariales**. Contar con trabajadores y trabajadoras de ambos sexos o de razas diferentes resulta beneficioso para las empresas privadas porque:

- ?? Evitan posibles demandas por discriminación.
- ?? Proporcionan una buena imagen de empresa ante la sociedad.
- ?? Facilitan la toma de decisiones acertadas debido a los diversos puntos de vista que aportan los diferentes colectivos.

La Acción Positiva Procedente de la Esfera Privada en Europa

El autor afirma que la acción positiva de origen privado **en Europa no se ha extendido de la misma manera que en otras partes del mundo**. La forma más común de acción positiva en la esfera privada es el establecimiento voluntario de cuotas de mujeres en numerosos partidos políticos (algunos las han establecido incluso para la elección de sus órganos dirigentes).

Concretamente en **España, la acción positiva por parte de particulares está muy poco extendida**. De hecho, es **el Estado** el que interviene, por medio del Ministerio de Asuntos Sociales, por ejemplo, para dar un **impulso** a la adopción de este tipo de medidas por parte de las empresas. Se han adoptado 2 tipos de medidas:

1. La creación por el citado Ministerio del título de "*Entidad Colaboradora en Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres*" (Orden de 25 de enero de 1996) que premia a las empresas que facilitan la incorporación de mujeres a sus plantillas y a puestos de responsabilidad.

2. La elaboración y publicación de guías que informan sobre la correcta implantación de medidas de acción positiva en las empresas.

Algo se ha hecho en **el sector sindical**, donde se ha aumentado el control de los comités de empresa sobre la discriminación en la contratación y la promoción de las mujeres. Pero, como propone Pérez del Río, "*la negociación colectiva debería adoptar acciones positivas más evidentes*".

Ejemplo: El autor cita el *Convenio Colectivo de REPSOL* (BOE 22-10-1990), único Convenio hasta 1993 con una cláusula referente a la adopción de acciones positivas.

En cuanto a **los partidos políticos**, David Giménez Gluck señala la adopción por parte de algunos de cuotas voluntarias para sus órganos dirigentes y para las listas electorales. El autor valida esta afirmación con dos ejemplos:

1. *El PSOE*: en el art. 9 k) de sus Estatutos Federales el Partido recoge una representación de no menos del 40% y no más del 60% para cualquiera de los dos sexos en los órganos de dirección, control o ejecutivo del Partido, haciéndose extensivo también a las candidaturas.
2. *Izquierda Unida*: establece en sus Estatutos el *Principio de equilibrio entre sexos*: no más del 65% de hombres o mujeres en la dirección del Partido o en las listas electorales.

Referencia:

David Giménez Gluck (1999): *Una Manifestación Polémica del Principio de Igualdad: Acciones Positivas Moderadas y Medidas de Discriminación Inversa*, Valencia: Tiranc Lo Blanc.

Tipo de investigación:

El trabajo que da lugar a este libro es la última investigación dirigida por Joaquín García Morillo, uno de los máximos exponentes del constitucionalismo español. Este libro propone, a diferencia de los hasta el momento desarrollados, un enfoque jurídico de la acción positiva, centrado básicamente en el juicio de constitucionalidad de los tratos formalmente designados orientados hacia la igualdad material que se engloban bajo el concepto de acción positiva.

B: ALGUNOS DATOS

36. Ranking de Países con Mayor Participación Femenina en el Parlamento

Datos de los 11 países que, en una clasificación mundial de 177, ocupan los primeros puestos en cuanto a presencia y participación femenina en el Congreso y el Senado, de acuerdo con la información facilitada por los Parlamentos nacionales respectivos.

CLASIFICACIÓN MUNDIAL

CONGRESO									SENADO		
	PAÍSES	ELECCIONES	ESCAÑOS	MUJERES	%	ESCAÑOS	MUJERES	%			
1	Suecia	09/1998	349	149	42.7						
2	Dinamarca	03/1998	179	67	37.4						
3	Finlandia	03/1999	200	73	36.5						
4	Noruega	09/1997	165	60	36.4						
5	Holanda	05/1998	150	54	36.0	75	20	26.7			
6	Islandia	05/1999	63	22	34.9						
7	Alemania	09/1998	669	207	30.9	69	17	24.6			
8	Nueva Zelanda	11/1999	120	37	30.8						
9	Mozambique	12/1999	250	75	30.0						
10	Sudáfrica	06/1999	399	119	29.8	89	17	32.1*			
11	España	03/2000	350	99	28.3	259	59	22.8			

*La distribución de escaños no incluye a 36 delegados especiales rotativos que son elegidos ad hoc, por lo que el porcentaje que figura está calculado sobre la base de 54 escaños permanentes.

Fuente: Inter-Parliamentary Union. Diciembre de 2000. <http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm>

Referencia:

Inter-Parliamentary Union (2000): *Women in regional parliamentary assemblies*. URL: <http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm>

Tipo de investigación:

Los datos han sido recopilados por la Unión Interparlamentaria según la información ofrecida por los Parlamentos nacionales de cada país. La información que se expone se refiere a la situación de las mujeres a diciembre de 2000.

37. La Representación de las Mujeres en el Parlamento Europeo

Clasificación de países europeos en orden descendente según el porcentaje de mujeres que ocupan escaños en el Parlamento Europeo, de acuerdo con los datos facilitados por el propio Parlamento Europeo tomando como referencia las elecciones de Junio de 1999.



Fuente: Inter-Parliamentary Union. <http://www.ipu.org/wmn-e/regions.htm>

Referencia:

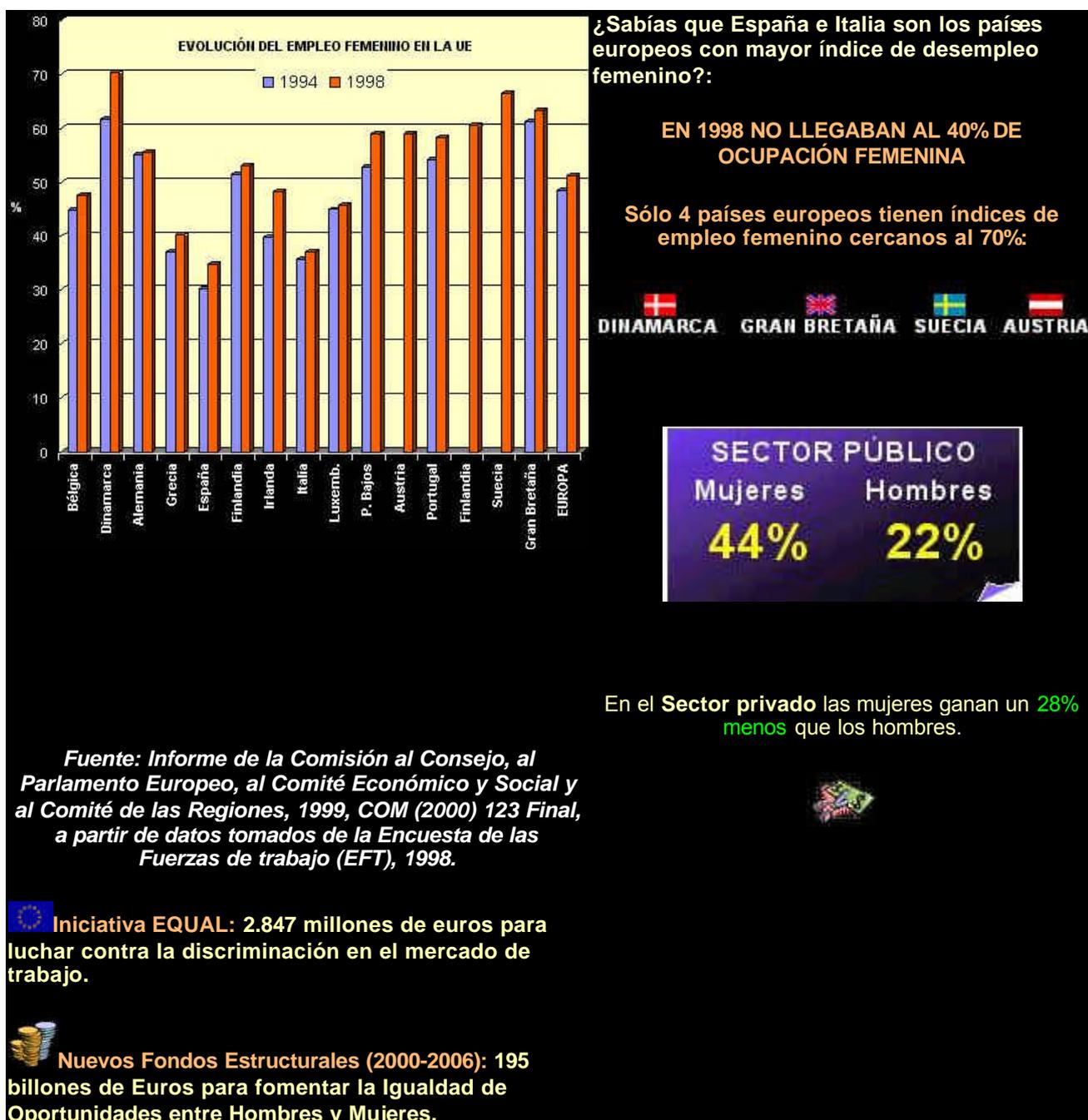
Inter-Parliamentary Union (1999): *Women in regional parliamentary assemblies*. URL: <http://www.ipu.org/wmn-e/regions.htm>

Tipo de investigación:

Los datos han sido recopilados por la Unión Interparlamentaria sobre la base de la información ofrecida por la Asamblea Parlamentaria Regional en cuestión.

38. Las Mujeres en la Estrategia Europea de Empleo

Datos sobre la evolución del empleo femenino en la Unión Europea.



Referencia:

Comisión Europea (1999): COM (2000) 123 Final: "Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en la Unión Europea", *Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones*, Bruselas.

Tipo de investigación:

Se trata del IV Informe anual sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea. Presenta un resumen de los principales progresos y logros en el terreno de la igualdad en 1999 subrayando las perspectivas para el año 2000.

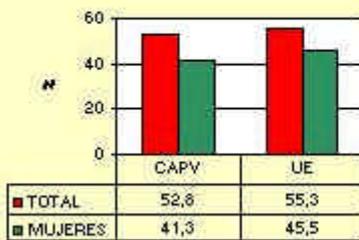
39. Las Mujeres en la CAE: Datos

Datos referentes a la situación de las mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi: tasas de actividad, de ocupación y de paro, así como representación femenina en el Parlamento Vasco.

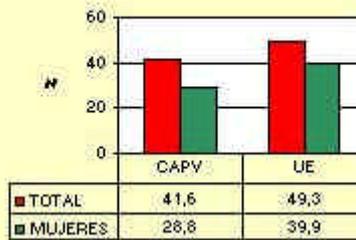
Las mujeres continúan siendo discriminadas en la Comunidad Autónoma de Euskadi

¿Sabías que la tasa de actividad femenina esta 11 puntos por debajo de la masculina y que el paro femenino en la CAE es 18 puntos superior que en la UE?

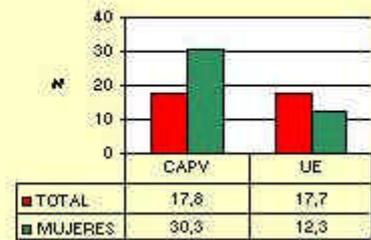
TASAS DE ACTIVIDAD (1997)



TASAS DE OCUPACIÓN (1997)

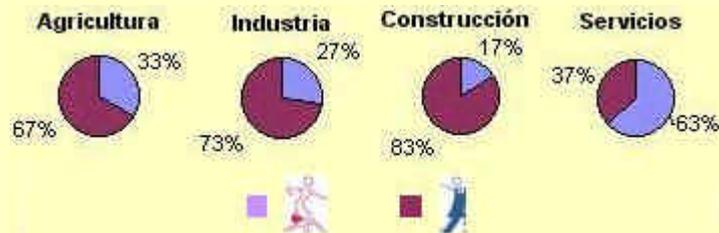


TASAS DE PARO (1997)



Fuente: Memoria Anual del CES Vasco (1998), a partir de datos tomados del Mº de Trabajo y Asuntos Sociales-Anuario-SEI08-1999.

La tasa de paro de las mujeres de cualquier edad duplica a la de los hombres. El grado de ocupación por sectores de actividad es*:



*Cifras aprox.

Fuente: Memoria Anual del CES Vasco (1998), a partir de datos tomados del Eustat, Encuesta de la Población en relación con la Actividad, 1998.

De cada 10 escaños en el Parlamento Vasco 3 los ocupan mujeres, aunque su presencia ha aumentado considerablemente en los últimos años.

	MUJERES %	HOMBRES %
ARABA	28	72
BIZKAIA	28	72
GIPUZKOA	32	68
TOTAL	29,3	70,7

17,3 % (1990) → 29,3% (1998)

Fuente: Memoria Anual del CES Vasco (1998), a partir de datos tomados de Emakunde, Cifras sobre la Situación de las Mujeres y los Hombres en Euskadi, 1998.

Referencia:

Consejo Económico y Social Vasco edtr (1998): *Situación Socioeconómica de la Comunidad Autónoma del País Vasco*, Memoria Anual.

Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer edtr (1999): *Cifras sobre la Situación de las Mujeres y los Hombres en Euskadi*, Bilbao.

Tipo de investigación:

Ambos documentos se configuran como una aproximación a la situación de las mujeres en la CAE en 1998, a partir de un análisis cuantitativo realizado desde la perspectiva sociológica a fin de presentar los rasgos más característicos de dicha situación.

**UN PASO MÁS HACIA LA IGUALDAD: LA
TRANSVERSALIDAD**

40. Mainstreaming (Transversalidad): Estrategia de Integración

Olöf Olafsdottir aclara el concepto de "normalización de géneros". Por su parte, Soledad Blanco Mangudo, Representante de la Dirección General V de la Comisión Europea, repasa la legislación comunitaria en materia de políticas de igualdad. Define también el concepto de "transversalidad" o *mainstreaming* y destaca la necesidad de una aplicación real de esta estrategia de integración, algo que ya ha empezado en las propias labores de la Comisión.

Introducción

Según Soledad Blanco Mangudo, con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht (1993) se inició el estudio de las posibilidades que ofrecía el Acuerdo sobre política social (anexo al Tratado) para la igualdad. La primera vez que se utilizó el **Protocolo Social** fue para adoptar la **Directiva 96/34/CE** de 3 de junio de 1996 sobre el permiso parental. Dicha Directiva regula el modo en que madres y padres pueden beneficiarse del citado permiso.

La **IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer** (Conferencia de Pekín, 1995) "*demonstró el consenso existente en torno a la universalidad y globalidad de los problemas de las mujeres*", así como la indudable importancia de la igualdad entre sexos para la construcción de una sociedad democrática y justa. Los compromisos que se adquirieron en la Conferencia por parte de los Estados miembros, dan forma a las políticas de igualdad que se llevarán a cabo en Europa durante el nuevo siglo.

Conceptos y definiciones

Olöf Olafsdottir, Secretaria General del Comité de Dirección para la Igualdad entre Mujeres y Hombres del Consejo de Europa, habla de la "*normalización de géneros*" como estrategia a seguir para promover la igualdad.

El Consejo de Europa la define como "*la organización o reorganización, mejora, desarrollo y evaluación de todas las políticas, de modo que se incorpore la perspectiva de una igualdad de géneros a todos los niveles y en todas las etapas por los agentes normalmente involucrados en la confección de políticas*".

Por su parte, Soledad Blanco Mangudo también nos habla del término "*mainstreaming*" para referirse a la estrategia de integración que consiste en "*no limitar los esfuerzos de promoción de la igualdad a la ejecución de medidas específicas en favor de las mujeres, sino de movilizar explícitamente -con vistas a la igualdad- todas las acciones y políticas generales, teniendo en cuenta activa y visiblemente en el diseño de las mismas sus posibles efectos sobre las situaciones respectivas de los hombres y de las mujeres*".

Este concepto fue una de las contribuciones más relevantes que la Comunidad Europea hizo en la Conferencia de Pekín (1995). La Comisión consagró este término en una Comunicación de 1996 sobre la integración de la igualdad de oportunidades en todas las políticas y acciones comunitarias.

La estrategia de integración

Soledad Blanco Mangudo afirma que la aplicación del *mainstreaming*, que es un proceso complejo y a largo plazo, necesita:

1. Un análisis de la situación actual para ver el impacto de las distintas políticas sobre hombres y mujeres.
2. Datos desagregados por sexo.
3. Una adecuada financiación.
4. Una representación igualada de ambos sexos en puestos de responsabilidad (toma de decisiones).

Para que esta estrategia tenga éxito, es fundamental el compromiso al más alto nivel que, según la citada autora, existe ya en la Comisión Europea. Defiende, asimismo, la doble estrategia puesta en práctica en el **Cuarto Programa para la Igualdad de Oportunidades** (1996-2000):

La integración de la igualdad entre los sexos en todas las políticas comunitarias (transversalidad).

La promoción de la igualdad mediante políticas específicas para ello.

Tal y como afirma la autora, el Cuarto Programa se propone:

- ?? **Fomentar la cooperación** en todos los niveles (regional, nacional y comunitario) de los agentes implicados en la consecución de la igualdad de oportunidades.
- ?? **Contribuir a los esfuerzos realizados por los Estados miembros y por las distintas estructuras regionales** para conseguir la igualdad de oportunidades y cumplir así los compromisos adquiridos en Pekín.
- ?? **Ofrecer "el valor añadido comunitario de identificar y estimular el intercambio de buenas prácticas en materia de igualdad"**.
- ?? **Promover prácticas innovadoras**.
- ?? **Contribuir a la aplicación de la legislación** en materia de igualdad de manera coherente en Europa.

La política comunitaria de igualdad

El **Tratado de Amsterdam** es el punto de partida de la política comunitaria de igualdad entre hombres y mujeres para el siglo XXI. Mediante este Tratado, la consecución de la igualdad de oportunidades y el empleo se constituyen como las tareas fundamentales de la Unión Europea. Según la autora, con el nuevo Tratado aparecen una serie de **ventajas**:

1. **Una base jurídica clara** para la igualdad de trato a hombres y mujeres.
2. **Mayor facilidad para modificar las leyes existentes y la nueva legislación** (las decisiones sobre el empleo se alcanzan por mayoría cualificada y no por unanimidad entre los Estados miembros).
3. **El conferimiento de nuevos poderes para combatir la discriminación** de todo tipo, incluida la debida al género.

La **cumbre Europea de Luxemburgo** (1997) destacó la integración de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres como una de sus líneas prioritarias de actuación, líneas que habían sido diseñadas para superar el paro en Europa (cuyas consecuencias se hacen sentir más sobre las mujeres). Según la autora, las **diferencias de género** no sólo se

hacen sentir en el modo en que el paro afecta a las mujeres (a pesar de que éste haya descendido en los últimos 20 años) sino también en:

- ?? La diferencia salarial entre hombres y mujeres.
- ?? El acceso al puesto de trabajo.
- ?? La calidad del puesto de trabajo.
- ?? Las condiciones de trabajo.
- ?? La jornada laboral.
- ?? El desarrollo de la carrera profesional.

El Primer Informe de la Comisión Europea (1999) sobre seguimiento de la política de *mainstreaming* señala los progresos realizados en la incorporación de la igualdad de oportunidades en todas las políticas y acciones comunitarias. También define los ámbitos políticos de intervención que se consideran prioritarios para la transversalidad además de la política de empleo:

- ?? **La reforma de los fondos estructurales.**
- ?? **La ampliación de la unión Europea**, que debe aumentar los niveles de igualdad en las respectivas sociedades de los países candidatos, y de transformar la igualdad *formal* en igualdad de *hecho*, entre otras cosas.

Ámbitos que se consideran prioritarios por tratarse de políticas estructurales, instrumentos poderosos para acabar con los desequilibrios y reforzar la cohesión.

Para finalizar, la autora insiste en la necesidad de mantener una estrategia dual, además de estos objetivos de primer orden. Así, en los próximos años la política de igualdad deberá centrarse también en eliminar la violencia contra las mujeres, en conseguir la igualdad en la toma de decisiones (empezando por las decisiones políticas) y en lograr un mejor reparto del trabajo remunerado y no remunerado entre las mujeres y los hombres.

Referencia:

Blanco Mangudo, Soledad (1999): "Las políticas de igualdad entre las mujeres y los hombres en Europa. Filosofía y objetivos", *II Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva*, Jornadas 14, Tomo I, Vitoria - Gasteiz: Emakunde / Instituto Vasco de la Mujer.

Olafsdottir, Olöf (1999): "Las políticas de igualdad entre las mujeres y los hombres en Europa. Filosofía y objetivos", *II Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva*, Jornadas 14, Tomo I, Vitoria - Gasteiz: Emakunde / Instituto Vasco de la Mujer.

Tipo de investigación:

Este texto forma parte de las Conferencias que se dieron en la primera sesión del II Congreso coordinada por Itziar Fernández Mendizabal, Secretaria General de Emakunde. Esta primera sesión estuvo centrada en establecer una visión general de cómo están trabajando en el marco internacional las diferentes Instituciones en la aplicación de políticas públicas de acción positiva. Este empeño se materializó en la intervención de tres mujeres que expusieron las líneas de trabajo de otros tantos Organismos Internacionales: las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Comisión Europea. La mesa resultante, ofreció la posibilidad de arrancar la sesión con un completo marco de referencia: por un lado se expuso el trabajo institucional que se está desarrollando en la aplicación de políticas de igualdad y, por otro, se pudieron escuchar interesantes aportaciones de contenido.

Olöf Olafsdottir, Secretaria General del Comité de Dirección para la Igualdad entre mujeres y hombres del Consejo de Europa, expuso los avances que ha experimentado la implicación de este Organismo en el logro de una igualdad de oportunidades real, especialmente desde hace una década, cuando el tema empezaba a adquirir una dimensión política.

En representación de la Dirección General V de la Comisión Europea, es decir, de la Comisión a quien compete impulsar las políticas de igualdad en la U.E. acudió al Congreso Soledad Blanco. Realizó un repaso de la legislación comunitaria en esta materia pero además puntualizó que estos programas han tenido un factor catalizador, de impulso de las políticas regionales y locales.

41. La Estrategia de Transversalidad: Definiciones

La Universidad de Edimburgo (Escocia) elaboró un informe en 1998 sobre la transversalidad de la igualdad de oportunidades o *mainstreaming*. En la primera parte de este informe se recogen las principales definiciones y características de la transversalidad así como los requisitos previos que deben darse para facilitar la integración de esta estrategia.

Introducción

La transversalidad de la igualdad de oportunidades o *mainstreaming* se encuentra en una **fase relativamente temprana de desarrollo**. Aunque es un concepto cada vez más conocido y utilizado, choca el hecho de que aún no está demasiado extendido en instituciones de tanta importancia como los Parlamentos. Los informes existentes sobre iniciativas de implantación de la transversalidad pertenecen más bien a instancias gubernamentales.

La transversalidad aparece por primera vez como concepto en la 3ª Conferencia Internacional sobre las Mujeres (Nairobi, 1985). Tras la 4ª Conferencia (Beijing, 1995), la Plataforma de Acción que allí se aprobó la asume explícitamente como estrategia a adoptar, a la vez que señala la importancia de producir datos desagregados por sexos para su planificación y posterior evaluación.

A partir de ese momento, muchos países han adoptado planes nacionales de transversalidad, y el concepto ha sido promovido, asimismo, por iniciativas intergubernamentales (Ej. Agenda 21, sobre Desarrollo Sostenible) ya que, como reconoce el informe, la transversalidad puede aplicarse a otros ámbitos de la igualdad además de al género: raza, etnia, orientación sexual, discapacidades, etc.

En los 90 el concepto se va afianzando progresivamente, debido, en gran medida, a la asunción de sus principios por parte de la propia Comisión Europea al elaborar sus políticas y programas. La transversalidad de género es, sobre todo desde el Tratado de Amsterdam, un tema central en la UE.

El informe llevado a cabo por la Universidad de Edimburgo ofrece varias definiciones de transversalidad de la igualdad en las que queda patente que se trata de una estrategia a largo plazo cuyos **objetivos principales** son:

- ?? **Integrar la igualdad de oportunidades** en las políticas y prácticas cotidianas de los gobiernos y otros cuerpos públicos.
- ?? **Evitar los desequilibrios y desigualdades existentes** en la sociedad, involucrando tanto a mujeres como a hombres.
- ?? **Acabar con cualquier tipo de discriminación** por sexo, etnia, discapacidad, etc.

Según el informe, el interés en la noción y compromiso público para integrar la estrategia de transversalidad queda patente desde el principio aunque en la práctica todavía queda mucho camino por recorrer.

Definiciones

Hay varios organismos que han abordado la tarea de **definir** la transversalidad:

COMISIÓN EUROPEA (1996)	<i>La transversalidad implica la movilización de todas las políticas generales y medidas con el propósito específico de lograr la igualdad, teniendo en cuenta, activa y abiertamente, en la fase de planificación, sus posibles efectos sobre las situaciones respectivas de hombres y mujeres.</i>
EOC (Gran Bretaña, 1997)	<i>La transversalidad es la integración de la igualdad de oportunidades en el desarrollo, aplicación, evaluación y revisión de todas las políticas (...) Implica hacer que la igualdad de oportunidades sea responsabilidad de una amplia gama de actores, incluyendo a políticos y colaboradores externos.</i>
CONSEJO DE EUROPA (1998)	<i>Transversalidad de género es la (re)organización, mejora, desarrollo y evaluación de los procesos políticos para incorporar, por parte de los actores involucrados normalmente en dichos procesos, una perspectiva de igualdad de género en todos los niveles y fases de todas las políticas.</i>

El Consejo de Europa ha identificado una serie de **requisitos previos** que deben darse para facilitar la integración de la transversalidad:

1. Políticas específicas para la igualdad de género:
 - ?? Legislación sobre igualdad de oportunidades y leyes antidiscriminación.
 - ?? Mecanismos como comisiones, consejos u *ombudsmen* para la protección contra la discriminación.
 - ?? Fuerte maquinaria nacional para la igualdad, con herramientas y recursos suficientes como para influir en la política a todos los niveles.
 - ?? Políticas específicas de igualdad que tomen en cuenta los intereses de hombres y mujeres.
 - ?? Existencia de delegaciones o comisiones de igualdad en cada ministerio.
 - ?? Investigación y especialización en temas de igualdad de género.
 - ?? Mayor concienciación sobre la necesidad de la igualdad de género.
2. Estadísticas de género.
3. Conocimiento de las relaciones de género.
4. Conocimiento de la administración.
5. Fondos y recursos humanos necesarios.
6. Participación de las mujeres en la esfera pública y política y en los procesos de toma de decisión.

Y todo ello teniendo claro que la transversalidad no es un mero instrumento de gestión u organización, sino una estrategia cuyo éxito depende en gran medida de la **voluntad política** existente para su implantación.

Conclusiones

Según el informe, tal y como ha señalado el Consejo de Europa, son necesarias **agencias y personal especializado** para poder integrar la estrategia de transversalidad, ya que es poco probable que el *mainstreaming* tenga éxito en sociedades en las que apenas se han aplicado políticas tradicionales de igualdad.

Además, es necesario **equilibrar** las esferas política, social y económica. Una participación igualitaria de las mujeres en los procesos de toma de decisión favorece la integración de las

necesidades e intereses de las mujeres y los hombres en todas las políticas, programas y acciones de los estados, y revitaliza la democracia. La correcta integración de la transversalidad también requiere la mayor **participación** posible de todos los ciudadanos y ciudadanas.

Referencia:

University of Edinburgh (1998): *Mainstreaming Equal Opportunities*, The Scottish Office, publisher. URL: [\[http://www.scotland.gov.uk/government/devolution/meo-00.asp\]](http://www.scotland.gov.uk/government/devolution/meo-00.asp)

Tipo de investigación:

Este dossier se llevó a cabo en base al informe emitido por el *Consultative Steering Group* del Parlamento Escocés. El proyecto abarcó cinco semanas entre los meses de julio y agosto de 1998. En él se pretende investigar sobre los mecanismos de transversalidad de la igualdad de oportunidades en el trabajo de los Parlamentos a través de la experiencia en otros sistemas parlamentarios, para ver cómo puede ésta operar en el Parlamento Escocés.

Según los autores, este informe reúne todo el material que estaba disponible en el tiempo limitado de duración del proyecto, y toma como base principal las siguientes fuentes:

- ?? Informe Final del Grupo de Especialistas sobre Transversalidad, del Consejo de Europa (1998).
- ?? El Informe que recoge la síntesis de la reciente investigación sobre transversalidad llevada a cabo por el EOC.
- ?? Informe financiado por la Comisión Europea *Overview State of the Art Study of Research on Women in Political, Economic and Social Decision Making in Europe* (Lovenduski y Stephenson, 1998, a publicar), junto con materiales pertenecientes a informes de distintos países facilitados por diversos colaboradores expertos.
- ?? *Comparative State Feminism* (D. Stetson y A. Mazur, (eds.)).

El informe está dividido en **3 secciones**:

1. **Describe los antecedentes y las características principales del *mainstreaming*** así como el contexto político en que se lleva a cabo. Además, proporciona una apreciación global de la maquinaria política y de las estructuras de igualdad existentes en varios países.
2. **Se centra en varias experiencias parlamentarias** de promoción de la igualdad de oportunidades. Ofrece una lista de comités parlamentarios de Europa que desarrollan sus funciones en este sentido.
3. **Se centra en la transversalidad gubernamental** a nivel local, regional/provincial y nacional.

El informe concluye con estudios de caso y una exposición de las principales ventajas y desventajas de la transversalidad como estrategia y los factores que favorecen su éxito.

B: ¿SUSTITUTO O COMPLEMENTO DE LA ACCIÓN POSITIVA?: DOBLE ESTRATEGIA

42. El Enfoque Dual de las Políticas Comunitarias

Miguel Rodríguez Piñero, Presidente Emérito del Tribunal Constitucional, señala el nuevo enfoque "constitucional" que se ha dado al tema de la igualdad durante los últimos treinta años, dibujando el marco general de este principio. Además, explica en qué consiste la transversalidad de la igualdad de género así como las áreas críticas de interés de este instrumento, áreas cuyo núcleo se aprecia en las políticas de la Unión Europea.

El Nuevo Enfoque "Constitucional" de la Igualdad

Miguel Rodríguez Piñero comienza su exposición señalando la finalidad limitada y meramente económica que tenía el artículo 119 del Tratado de Roma ya que se refería únicamente a la igualdad salarial y, además, para un mismo trabajo. Según el autor, durante muchos años su operatividad fue escasa, pero gracias a los esfuerzos de la doctrina y a la jurisprudencia comunitarias se ha acabado dando un **nuevo enfoque constitucional** al tema de la igualdad de sexo.

Cronológicamente:

- a. Reconocimiento por parte del TJCE (años 70) de eficacia directa al art. 119 (hoy art. 141) pero que tuvo que **completarse con** una serie de **directivas**, entre las que hay que destacar la Directiva 75/117 y la 76/207 que:
 - ?? aseguran con amplitud la igualdad de trato en materia laboral y seguridad social;
 - ?? no sólo hablan de igualdad de trato sino también de igualdad de oportunidades, es decir, de la promoción de la situación laboral y social más equilibrada entre sexos (especialmente la Directiva 76/207);
 - ?? la Jurisprudencia las ha tratado como protectoras de los derechos de la persona (no como circunscritas al ámbito económico solamente).
- b. Recomendación 84/635/CEE de 13 de diciembre de 1984 relativa a la **promoción de acciones positivas** a favor de las mujeres, incorporando así elementos de igualdad sustantiva. Ej. Programas cuatrienales de acción comunitaria sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
- c. El Tratado de Amsterdam no reconoce formal o directamente un derecho a la igualdad y a la no discriminación pero impulsa la protección de la igualdad de género en la Unión Europea, impone la adopción de las acciones comunitarias y autoriza medidas de acción positiva a los Estados miembros. El Tratado de Amsterdam, pues, **"da una sólida base constitucional a las medidas de acción positiva y disipa dudas que la Jurisprudencia comunitaria había formulado sobre la legitimidad de las medidas de acción positiva"**:
 - ?? Protege la igualdad salarial, pero en relación a un trabajo de igual valor (no al mismo trabajo).
 - ?? Se impone al Consejo la adopción de medidas para garantizar el principio de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres.

- ?? Permite medidas estatales que favorezcan al sexo infrarrepresentado.
- ?? La protección de la igualdad se convierte en tarea prioritaria de la UE y de los Estados miembros.
- ?? Pero, además, dicho Tratado incorpora un **enfoque dual**. Repercute en las políticas y acciones comunitarias integrando en todas ellas (*mainstreaming*) el enfoque y objetivo de género con el fin de conseguir dicho objetivo de igualdad entre hombres y mujeres. Es decir, no basta con la sola realización de acciones específicas por la igualdad. De algún modo *"todas las políticas comunitarias devienen para la igualdad en su adopción y puesta en práctica"*.

Mainstreaming o Transversalidad de la Igualdad de Género

Antecedentes

Aceptado universalmente en la Conferencia de Pekín (1995), el concepto de transversalidad ya había sido considerado por el Programa Comunitario de acciones para la igualdad de oportunidades del Consejo Europeo en ese mismo año. Asimismo, la Comisión Europea, dedicó la Comunicación (COM (96) 67), de 21 de febrero de 1996 a este tema. En la misma línea, el Parlamento Europeo adoptó el concepto de transversalidad en su Resolución A4-0251/97.

Según el autor, el Tratado de Amsterdam confiere a la transversalidad el carácter de **principio vinculante** que *"impone a los países comunitarios un "doble enfoque" de las políticas, incorporar en todas ellas la dimensión de la igualdad"*. Se trata de tener en cuenta el impacto sobre hombres y mujeres de las políticas y acciones comunitarias tanto en la preparación, aplicación y control de las mismas.

La integración de esta dimensión de igualdad requerirá, por tanto, de una **nueva manera de elaboración de decisiones**, así como de **instrumentos de análisis adecuados**. Necesita, asimismo, de **medidas específicas de sensibilización** de los poderes públicos y de los agentes de la vida política y social:

- ?? Cuestionamiento de prejuicios y estereotipos discriminatorios.
- ?? Cambios en las mentalidades, comportamientos, actitudes...
- ?? Integración de la dimensión de igualdad en los medios de comunicación...

Objetivo

Conseguir, *"más allá de una paridad estadística"*, una mejor distribución de roles y equilibrar las responsabilidades entre hombres y mujeres, movilizandolos instrumentos jurídicos y financieros necesarios, y las capacidades de la Comunidad.

Áreas críticas de interés

Como afirma Miguel Rodríguez Piñero, **la mayor parte** de las áreas de la política comunitaria tendrán relevancia para la transversalidad, ya que todas ellas producen, directa o indirectamente, un impacto sobre los hombres y mujeres.

Así, aunque la transversalidad pueda tener una serie de áreas críticas de interés (economía, poder, toma de decisiones, derechos humanos, medio ambiente, política familiar, etc.), cualquier política que afecta a la vida de los ciudadanos y ciudadanas (transporte, urbanismo, política social, etc.) tiene influencia en la igualdad de género.

En definitiva, la transversalidad requiere de la complementariedad de las distintas intervenciones comunitarias.

Dicha complementariedad ya ha sido tenida en cuenta en los **Fondos estructurales para el fomento de la igualdad**. El nuevo Reglamento de los Fondos (2000-2006) prevé en su art. 1 la eliminación de las desigualdades entre hombres y mujeres como uno de sus objetivos generales:

Ejemplo: **El Fondo Social Europeo** se centrará en la promoción de la incorporación de las mujeres al mercado laboral.

El Fondo Europeo de Desarrollo Regional se centrará en la creación de empresas y proyectos que ayuden a compaginar la vida profesional y familiar.

El FEOGA apoyará los proyectos de desarrollo rural llevados a cabo por mujeres.

El empleo: un sector clave

Rodríguez Piñero sitúa el empleo como uno de los sectores clave para la emancipación de las mujeres y en el que la igualdad de oportunidades es esencial.

El autor recuerda la importancia del fomento de un entorno propicio para **la iniciativa y desarrollo empresarial de las mujeres** (especialmente PYMES) a través de:

- ?? La cualificación profesional.
- ?? Mejor acceso al crédito.
- ?? Mayor acceso a la información y al asesoramiento.
- ?? Desarrollo de infraestructuras y de servicios de cuidado a personas dependientes.
- ?? Ayudas a las empresas que fomenten la creación de empleo compatible con la vida familiar.

Formación y educación profesional

Son instrumentos necesarios pero no suficientes. Rodríguez Piñero los reconoce como indispensables para la emancipación de las mujeres, pero insuficientes porque los esfuerzos realizados en este campo no han venido acompañados aún por una mejora proporcional en los niveles de empleo.

La acción comunitaria debe incorporar, por tanto, el objetivo de igualdad.

Derechos Humanos y políticas de desarrollo

Por último, el autor resalta la importancia de la incorporación de la igualdad de género, no la mera igualdad de derechos.

Igualmente hace referencia a la presencia del principio de transversalidad en los Programas de Cooperación para el Desarrollo en los que se intenta garantizar el mismo nivel de participación de ambos sexos y se presta atención a las necesidades y prioridades de mujeres y hombres (especialmente en sanidad y educación).

Conclusiones

Según afirma Rodríguez Piñero, la perspectiva de género afecta a la vida pública y política y pone en tela de juicio la escasa representación femenina en los procesos de toma de decisiones, lo que hace más difícil acabar con la desigualdad entre hombres y mujeres.

Aún así, la integración de esta perspectiva de género mediante el principio de transversalidad en las políticas europeas, junto con la voluntad política expresada en el Tratado de Amsterdam, ha posibilitado la incorporación de medidas e instrumentos positivos en esta búsqueda de la igualdad de oportunidades.

Con todo, las medidas tradicionales para lograr la igualdad deben continuar, sirviendo de soporte a esta nueva estrategia (enfoque dual). La estrategia de transversalidad debe ser puesta en práctica **progresivamente**, con **voluntad decidida**, **teniendo en cuenta las necesidades de hombres y mujeres** e impulsando una de **responsabilidad compartida** entre ellos para acabar con las desigualdades.

Tal y como señala el autor, las experiencias nacionales llevadas a cabo en este sentido han sido muy limitadas: a diferencia de los países nórdicos donde se han puesto en práctica a nivel local, regional o central, en los países del sur de Europa se mantiene aún el reparto desigual de papeles entre hombres y mujeres.

Es la estrategia de transversalidad, tanto en las políticas de la UE como en las de los Estados miembros, la que debe asegurar la *igualdad efectiva* entre ambos sexos.

Referencia:

Rodríguez Piñero, Miguel (2000): "Igualdad de género y políticas comunitarias", *Rev. Relaciones Laborales* 6. (Editorial).

Tipo de investigación:

El presente texto se trata de una Editorial escrita en el mes de marzo del 2000 por el ex Presidente del Tribunal Constitucional Miguel Rodríguez Piñero. Bajo el título "Igualdad de género y políticas comunitarias", aborda el principio de transversalidad de género o *mainstreaming* así como su integración en las políticas comunitarias.

43. Maquinaria Política de Igualdad y Transversalidad de Género

La Universidad de Edimburgo (Escocia) recoge en su informe sobre la transversalidad (mainstreaming) las diferencias existentes entre esta estrategia y las políticas específicas de igualdad. También señala los argumentos más comunes que se esgrimen a la hora de apoyar la transversalidad de género y los mecanismos políticos que la complementan.

El *Mainstreaming* y las Políticas Específicas de Igualdad

En las últimas dos décadas, las políticas de igualdad han consistido en medidas para promover cambios en actitudes e iniciativas para promocionar a las mujeres. Se han basado, como recoge el informe, en la concepción liberal de la igualdad de trato, que asume que tratando igual a hombres y mujeres ya está garantizada la igualdad de oportunidades.

Ha habido progresos, pero la realidad demuestra que las desigualdades siguen existiendo y que la posición de muchas mujeres sigue siendo desventajosa.

Las políticas de acción positiva pretenden atajar algunas de las desigualdades existentes y buscan asegurar que hombres y mujeres "jueguen en el mismo plano", pero la persistencia de la discriminación pone de manifiesto la complejidad del tema y la necesidad de nuevas estrategias, métodos o planteamientos, como es el caso de la transversalidad.

El informe de la Universidad de Edimburgo señala que se ha establecido un debate sobre si la estrategia de transversalidad entendida como tal, niega la necesidad de mantener la maquinaria política para la igualdad debido a que, en algunos casos, su puesta en práctica se ha visto acompañada por la disolución de unidades y comités para la igualdad de oportunidades.

De todas maneras, pese a esta polémica, la mayoría de los organismos que han desarrollado el marco y las guías de la transversalidad (Consejo de Europa, Comisión Europea, Comisión para la Igualdad de Oportunidades -EOC, Gran Bretaña-) creen necesario que **la transversalidad se lleve a cabo conjuntamente con las políticas tradicionales utilizadas para promover la igualdad**: la transversalidad de género no puede reemplazar las políticas y mecanismos específicos de igualdad sino sólo complementarlos.

El *mainstreaming* y las políticas específicas de igualdad son 2 estrategias distintas, paralelas, que buscan un objetivo común y deben caminar juntas hasta que exista una cultura real de igualdad de género en toda la sociedad. Tienen diferentes puntos de partida, implican a actores diferentes y distintos tipos de política:

	POLÍTICAS TRADICIONALES	TRANSVERSALIDAD
PUNTO DE PARTIDA	- Un problema específico resultante de una situación de desigualdad.	- Una política ya existente.
ACTORES	- Desarrollo de una política específica para ese problema mediante la maquinaria específica existente para trabajar por la igualdad.	- Reorganización del proceso político logrando que los "actores ordinarios" tengan en cuenta la perspectiva de género (para lograr la igualdad como objetivo).
TIPO DE POLÍTICA	- A corto/medio plazo. - Problema: se limita a áreas políticas específicas y no afecta al proceso político como un todo.	- A largo plazo (busca una transformación).- Afecta al proceso político en conjunto.

En el informe se identifican una serie de **roles que la maquinaria política para la igualdad puede desempeñar para complementar y apoyar la estrategia de transversalidad**:

- ?? Enfrentarse a los problemas específicos de desigualdad mediante iniciativas y políticas especializadas.
- ?? Actuar como un gabinete de estrategia para desarrollar el análisis de la desigualdad.
- ?? Desarrollar técnicas y herramientas para la transversalidad.
- ?? Proveer de expertos y conocimiento especializado.
- ?? Hacer público el compromiso gubernamental para la consecución de la igualdad y sus logros.
- ?? Aumentar el nivel de conocimiento o información sobre el tema.
- ?? Actuar como un grupo de presión interno.
- ?? Actuar como coordinador de las iniciativas de transversalidad y como punto de contacto.
- ?? Supervisar todas las actuaciones gubernamentales para lograr la igualdad.

La complejidad y persistencia del problema hace necesarias estrategias que funcionen tanto horizontalmente (implicando a la sociedad en conjunto), como verticalmente (políticas específicas de igualdad).

Argumentos que Apoyan la Transversalidad

Según la Universidad de Edimburgo hay numerosos argumentos en favor de integrar la perspectiva de género en todos los ámbitos de la política:

1. Se trata de una herramienta básica para cumplir con los objetivos políticos públicos sobre promoción de la igualdad y la efectiva distribución de los servicios públicos.
2. Sitúa a las personas y a sus necesidades e intereses específicos en el centro del proceso político.
3. Conduce hacia un mejor gobierno a través de una mayor transparencia del proceso político.
4. Utiliza plenamente los recursos humanos, implicando tanto a hombres como mujeres en la batalla por la igualdad.
5. Ayuda a enfrentarse al déficit democrático promoviendo una participación más amplia en el proceso político y el uso de mecanismos de consulta.
6. Hace visibles e importantes los temas de igualdad en la sociedad, con consecuencias para todos y todas.
7. Se enfrenta a las estructuras sociales que contribuyen a la discriminación o a la segregación de género.
8. Ayuda a evitar la adopción de políticas y programas que sean discriminatorios o que incrementen las desigualdades existentes.

Referencia:

University of Edinburgh (1998): *Mainstreaming Equal Opportunities*, The Scottish Office, publisher. URL: [\[http://www.scotland.gov.uk/government/devolution/meo-00.asp\]](http://www.scotland.gov.uk/government/devolution/meo-00.asp)

Tipo de investigación:

Este dossier se llevó a cabo en base al informe emitido por el *Consultative Steering Group* del Parlamento Escocés. El proyecto abarcó cinco semanas entre los meses de julio y agosto de 1998. En él se pretende investigar sobre los mecanismos de transversalidad de la igualdad de

oportunidades en el trabajo de los Parlamentos a través de la experiencia en otros sistemas parlamentarios, para ver cómo puede ésta operar en el Parlamento Escocés. Según los autores, este informe reúne todo el material que estaba disponible en el tiempo limitado de duración del proyecto, y toma como base principal las siguientes fuentes:

- ?? Informe Final del Grupo de Especialistas sobre Transversalidad del Consejo de Europa (1998).
- ?? El Informe que recoge la síntesis de la reciente investigación sobre transversalidad llevada a cabo por el EOC.
- ?? Informe financiado por la Comisión Europea *Overview State of the Art Study of Research on Women in Political, Economic and Social Decision Making in Europe* (Lovenduski y Stephenson, 1998, a publicar), junto con materiales pertenecientes a informes de distintos países facilitados por diversos colaboradores expertos.
- ?? *Comparative State Feminism* (D. Stetson y A. Mazur, (eds.)).

El informe está dividido en **3 secciones**:

1. **Describe los antecedentes y las características principales del *mainstreaming*** así como el contexto político en que se lleva a cabo. Además, proporciona una apreciación global de la maquinaria política y de las estructuras de igualdad existentes en varios países.
2. **Se centra en varias experiencias parlamentarias** de promoción de la igualdad de oportunidades. Ofrece una lista de comités parlamentarios de Europa que desarrollan sus funciones en este sentido.
3. **Se centra en la transversalidad gubernamental** a nivel local, regional/provincial y nacional.

El informe concluye con estudios de caso y una exposición de las principales ventajas y desventajas de la transversalidad como estrategia y los factores que favorecen su éxito.