

LOS INSTRUMENTOS DEL DERECHO ANTISUBORDINACION: LA DISCRIMINACION INVERSA Y LA ACCION POSITIVA

Juana María GIL RUIZ
Universidad de Granada (España).

BARRÈRE UNZUETA, M.^a Angeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1997, 123 p.

“En los últimos años, la política europea en favor de la igualdad de las mujeres (o, simplemente, acción positiva) parecía haber cobrado carta de legitimidad jurídica; sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de octubre de 1995, relativa al denominado *caso Kalanke*, ha venido a demostrar que esta política sigue resultando un tema polémico y necesitado de clarificación” (p. 15). Con estas palabras se inicia la obra referida de M.^a Angeles Barrère Unzueta y anuncia la enorme actualidad y oportunidad de esta reflexión sobre el tema de la Política de Igualdad de las mujeres y sobre la legitimidad jurídica de la llamada discriminación inversa o discriminación positiva, tal y como se conoce en Europa, que tanto ríos de tinta ha venido derramando en los últimos tiempos.

No obstante, y tal y como la autora apunta, buena parte de la polémica resulta estéril y a la postre perjudicial, en atención a varias razones.

La primera de ellas descansa en que se parte de presupuestos conceptuales que no han sido debidamente teorizados. Se ha trasladado la tradición jurídico-política norteamericana a los ordenamientos europeos; y esto ha provocado confusión e importantes errores conceptuales.

La segunda responde a meras posturas ideológicas que se presentan como conceptuales, y que distorsionan y esconden los auténticos problemas de fondo.

El confusionismo de estos dos aspectos dificulta la teoría y la práctica de la acción positiva en favor de las mujeres, pero, además, en muchos casos —injusta e injustificadamente— las contamina generando un proceso “involucionista”, no por la puesta en cuestión de sus objetivos —considerados legítimos y enunciados programáticamente en los Planes de Acción Positiva— sino por el rechazo de algunos instrumentos o medidas para llevarlas a cabo.

Por estos motivos, la autora ha considerado obligado empezar por el principio, y detenerse en conceptos como discriminación, derecho antidiscriminatorio, acción positiva..., con el fin de romper con prejuicios y crasos errores conceptuales que determinan a priori pronunciamientos precipitados.

Tras una breve introducción (p. 15), la autora dedicará un segundo capítulo al concepto de “La discriminación” (p. 19) en sus distintas dimensiones: social, jurídica, política y a los distintos tipos de discriminaciones; a saber: discriminación directa, indirecta; deliberada, inconsciente; individual, grupal; concreta, socio-estructural o institucional; discriminación inversa...

El tercer capítulo se detendrá en el “Derecho antidiscriminatorio” (p. 33) estadounidense (pp. 34-55) y el referente al ámbito europeo (pp. 56-80), con especial mención al caso español, debido a la extrapolación de conceptos jurídico-políticos norteamericanos al ámbito continental. El problema se plantea cuando se opera una aparente reducción de la complejidad de las figuras del derecho estadounidense, limitándose a una simple distinción entre discriminación directa y discriminación indirecta.

En palabras de T. Campbell en su artículo “Sex Discrimination: Mistaking the Relevance of Gender”, sabiamente recogidas por la autora, “La discriminación es directa si los tratamientos (allocations) que irrazonablemente desfavorecen se efectúan explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada. ‘Ningún/a gigante se bañará en esta playa’ puede ser una discriminación directa contra l@s gigantes. La discriminación indirecta puede darse cuando se usa un criterio no definitorio que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión. Así, ‘ninguna persona que ingiera más de 6.000 calorías al día se bañará en esta playa’ puede discriminar indirectamente a los gigantes, que son, en general, grandes comedor@s y que, por lo tanto, resultan desproporcionadamente afectados por la prohibición” (p. 24).

Sin embargo, la existencia de otros tipos de discriminación sugiere la necesidad de elaboraciones conceptuales más precisas y más objetivamente fundadas, al margen de toda intencionalidad encubierta; y la teorización y aceptación fáctica del concepto de discriminación grupal, discriminación distinta y con connotaciones propias a la sí reconocida discriminación individual. Y esto es así, por varias razones: En primer lugar, la discriminación grupal posee entidad propia, diferenciándose de la individual básicamente, pero no sólo, por el número de personas afectadas. En segundo lugar, no se trata de un apósito que se pueda añadir a un derecho que se encuentra pensado desde el origen para y por el individuo.

Sólo si entendemos la importancia y relevancia de este concepto de discriminación grupal, podremos colocar en su justo plano, el sentido de las medidas de discriminación positiva que tanta polémica están generando, sobre todo a raíz de sentencias como la Kalanke o como la reciente sentencia Marschall.

Pues bien, en el discurso jurídico moderno, se puede entender la discriminación en un doble sentido: en sentido amplio y en sentido estricto. El primero de ellos hace referencia a toda infracción al principio general de igualdad (individuo), mientras que el segundo implica la vulneración de la igualdad cuando concurren algunos de los criterios de diferenciación prohibidos: raza, sexo, religión..., afectando, en consecuencia, a determinados grupos o colectivos. Pero, ¿cómo se define un grupo social?

María Angeles Barrère da respuesta a esta pregunta citando a Iris Marion Young en *Justice and the Politics of Difference*, en los siguientes términos:

“Un grupo social es un colectivo de personas diferenciadas de al menos otro grupo por formas culturales, prácticas, o modo de vida. Los miembros de un grupo poseen entre ellos una afinidad específica a causa de su similar experiencia o modo de vida, que les lleva a asociarse entre ellos más que con quienes no se encuentran identificados con el grupo o de diferente manera” (pp. 26-27).

El problema se plantea además en el modo de manifestarse o percibirse las discriminaciones grupales, y es que éstas suelen percibirse como individuales. El hecho de que en un círculo familiar, se haya decidido otorgar la posibilidad de estudios universitarios a un hijo frente a una hija quizás sea percibido como una discriminación individual de ésta frente al varón, cuando presumiblemente la base de esta distinción haya sido de carácter grupal.

En cualquier caso, y como muy bien indica la autora, “la discriminación que afecta a las mujeres o al sexo femenino, en cuanto grupal, presenta características propias y específicas” (p. 28). Se trata de un “plus” frente a los hombres, que pueden padecer todo tipo de discriminación grupal excepto la de género. En segundo lugar, las mujeres, aun cuando puedan ser discriminadas como grupo, no constituyen una minoría. Y por último, la discriminación de las mujeres está rodeada de un carácter “benigno” que dificulta sobremanera su detección y exterminación.

Llegados a este punto, y una vez aclarados ciertos aspectos, es cierto que las Constituciones más modernas, así como las Declaraciones de derechos incluyen la prohibición de la discriminación. Sin embargo, esto no significa que los ordenamientos anulen todas las normas y actitudes discriminatorias pasadas, presentes, e incluso futuras. Esto significaría creerse y perecer ante la ilusión óptica creada por la neutralidad del lenguaje jurídico. El derecho puede discriminar, y de hecho lo hace, por comisión y por omisión. El derecho constituye una *instancia discriminatoria* (productora de discriminación), y en la medida en que no reconozca y actúe contra las discriminaciones sociales se convierte en una *instancia reproductora y consolidadora de la discriminación*.

Precisamente por esta razón se pone en marcha un derecho antidiscriminatorio o antisubordinación —como así lo denomina Owen Fiss— que recoge no sólo una lucha contra las discriminaciones, sino también acciones positivas para impulsar la auténtica igualdad de oportunidades. Sin embargo, el problema se plantea por la mala fama que tienen ciertas medidas adoptadas para combatir la discriminación histórica y actual que siguen soportando determinados colectivos; mala fama que se ha hecho eco en la famosa sentencia Kalanke.

Precisamente por esta razón, la autora cree justificado dedicar un cuarto capítulo a la “Acción positiva a favor de las mujeres” (p. 81), y un quinto a una reflexión específica sobre la “Acción positiva, discriminación inversa y sexismo interpretativo: sobre el caso Kalanke” (p. 105).

La acción positiva constituye, en palabras de Barrère, “un instrumento jurídico contra la desigualdad de los grupos, pero entendida ésta más como dominación o subordinación que como discriminación *stricto sensu*” (p. 121). El concepto de discriminación inversa —ya tratado por R. Dworkin en el capítulo IX de su libro *Los derechos en serio*— se refiere a actuaciones normativas “de favor” de carácter tèmporal o transitorio encaminadas a eliminar la discriminación-subordinación de origen histórico de determinados grupos o colectivos. Hay que distinguir, por lo tanto, entre discriminación inversa y acción positiva, aun cuando la frontera conceptual entre ambas no esté tan clara. Y es precisamente esta discriminación

inversa, conocida en Europa bajo el nombre de discriminación positiva la que ha ocasionado cierto revuelo socio-político por sus especiales características. Véamoslas.

La primera de ellas descansa en la supeditación del criterio del mérito y de la preparación, al modo de selección del candidato/a en cuestión. La segunda destaca por afectar la distinción —de no favorecer— a un individuo que no pertenece a tales grupos y que entabla una protesta individual —también por discriminación— al no sentirse con el deber de pagar con su caso la discriminación grupal.

Estas características son la que han teñido de mala fama a las medidas de discriminación inversa, viniendo a contagiar —en muchos momentos— a las medidas de acción positiva.

Sin embargo —y en lo que a la polémica sentencia se refiere— ni siquiera tales rasgos se manifiestan en los hechos probados del caso Kalanke, ni en la ulterior sentencia Marschall de 11 de noviembre de 1997, no recogida en el texto de Barrère por fallarse con posterioridad a su publicación. En ambos casos, además, tanto el artículo 4 de la ley de Bremen sobre igualdad de trato en la función pública de 20 de noviembre de 1990, como el artículo 25 de la Ley de Función Pública del Land de Renania del Norte de 1981, modificado por el artículo 1 de la Séptima Ley de modificación de determinadas normas de la Función Pública, de 7 de febrero de 1995 requieren dos condiciones exhaustivas para optar por la candidata frente al candidato: la primera incide en la *misma capacitación* de los candidatos, la segunda, en la existencia de *infrarrepresentación* de mujeres en determinados sectores, que coinciden con los de alta dirección y responsabilidad.

En cualquier caso, no es este el momento ni el lugar para entrar de lleno en la polémica, polémica que en el ámbito filosófico-científico-jurídico se ha visto alimentada y recogida por distintos autores, como es el caso de Atienza y su artículo “Un comentario al caso Kalanke”, *Cuadernos jurídicos*, nº 39, 1996, pp. 5 y ss., especialmente referido por Barrère Unzueta y rebatido en la mayoría de sus argumentos (pp. 105-118).

Sí decir, a modo de “Conclusiones” (p. 119) —tal y como así lo hace la autora— que se necesita una revisión urgente conceptual y terminológica de la discriminación. Que tachar de ilegítimas las medidas de discriminación positiva y las famosas cuotas resulta perverso, falaz, así como perjudicial para las medidas de acción positiva. Ciertamente, si estas últimas persiguen la igualdad y se demuestra, a través de datos objetivos, que sirven a la misma, no tienen por qué presumirse ilegítimas, sino todo lo contrario. Igualmente, “las prácticas a las que dan cobertura tales denominaciones, dependiendo de la manera (condiciones y requisitos) en la que estén planteadas, pueden ser tan variopintas que no resulta de recibo pronunciarse sobre su ilegitimidad al margen de un análisis concreto y detallado de las mismas” (p. 122).

Y es que sentencias como las anteriormente referidas están produciendo un fenómeno, cuanto menos preocupante. Algunos de los Estados, dentro de la Unión Europea, que tenían desarrollada una política de igualdad de oportunidades cualitativamente mayor que ésta, están cayendo en la decepción y en la desconfianza. ¿Cómo interpretar, entonces, el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/

CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo? Algunos lo han tachado de excepción al principio de igualdad (apartado 1 del artículo 2), otros, como es el caso de Barrère Unzueta y de la que suscribe estas líneas, juzgan tal apartado como condición de garantía al principio de igualdad.

En cualquier caso, y para cerrar estas líneas, creo necesario señalar que en una sociedad democrática, la representación debe darse en un doble nivel: por una parte, con mayor presencia de miembros de determinados grupos en las instancias de decisión; y por otra, introduciendo y considerando, en serio, los intereses de estos grupos o colectivos. Es cierto que actualmente existe un debate teórico sobre cuál de estos dos niveles debe primar, provocando incluso desacuerdos en el seno del movimiento feminista. Pero, si en la teoría la controversia bulle, en la práctica estos dos niveles se suelen manifestar y presentar consecutivamente. Ejemplos como los de Noruega y sus listas abiertas en los Consejos de Comunidad; o el caso español a partir de que a finales de los 80 algunos partidos adoptaran la famosa cuota de mujeres, viene a demostrar que ambos planos se superponen, pues determinadas reivindicaciones de género empezaron a cobrar, desde entonces, presencia y cierto reconocimiento.

En definitiva, hoy, el tema de la no presencia es incuestionable; así como que en una sociedad democrática se exigen los dos niveles en los procesos e instancias de decisión. Solo una última pregunta: ¿acaso podríamos plantearnos la "ilegitimidad" de un órgano y consecuentemente de sus decisiones, como es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas compuesto por 11 (en el fallo del caso Kalanke) y 13 hombres (en el fallo de la sentencia Marschall)? El debate continúa estando abierto.