

IGUALDAD Y ACCIONES POSITIVAS. PROBLEMAS Y ARGUMENTOS DE UNA DISCUSIÓN INFINITA

Maria Vittoria Ballestrero

Universidad de Génova, Italia

RESUMEN. El artículo plantea el problema de la legitimidad de las “acciones positivas”, sobre todo en lo que se refiere a los dos sectores donde dichas acciones han sido puestas a prueba: la discriminación sexual y racial. Para ello analiza críticamente la forma de razonamiento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (sobre la legitimidad de las acciones positivas en favor de minorías étnicas o raciales) y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sobre la legitimidad de las acciones positivas en favor de las mujeres). Finalmente, la autora plantea qué tipo de igualdad es el que exigen las Constituciones de los países democráticos (¿una igualdad formal, de dimensión individual y conscientemente ciego frente a las diferencias, o una igualdad consciente precisamente de las diferencias que el primer principio desconoce?) y cuál es el objetivo de las acciones positivas (¿una igualdad en el punto de partida o una igualdad en el resultado?).

Palabras clave: Igualdad, acciones positivas.

ABSTRACT. This article raises the question of the legitimacy of “positive actions”, specifically those concerning two fields where they have been improved and therefore tested: gender and racial discrimination. The author pursues a critical approach to the U.S. Supreme Court legal reasoning (on the legitimacy of positive actions in favour of ethnic and racial minorities) and to the European Union Court of Justice (on the legitimacy of positive actions in favour of women). After this former analyses, the author reflects on the kind of equality that is requested by the Constitution of the democratic countries (is it a formal, individual and consciously difference-blind kind of equality or is it an equality aware of differences?) and on the aim that should be reached by this kind of policies (is it an equality at the starting point or an equality concerning the result?).

Keywords: Equality, affirmative action.

INTRODUCCIÓN

He elegido como tema de esta ponencia la discusión infinita sobre la legitimidad de las “acciones positivas”, sobre todo en lo que se refiere a los dos sectores donde dichas acciones han sido puestas a prueba: la discriminación sexual y la racial. Una “acción positiva” consiste en atribuir ventajas específicas a algún grupo, colectividad o clase de personas. Se trata, pues, de disposiciones de “Derecho desigual” que, como tales, pueden ser sospechosas —y siempre son sospechosas, en efecto— de sobrepasar los límites establecidos por el principio de igualdad.

Mi experiencia de jurista en el ámbito del Derecho laboral ha hecho que, desde hace muchos años, tenga que ocuparme de problemas de igualdad (sobre todo de igualdad entre trabajadores de diferente sexo), de igualdad de trato y de Derecho desigual (de acciones positivas en particular). Son problemas que pueden ser discutidos prescindiendo (al menos parcialmente) del Derecho positivo de tal o cual ordenamiento. Sin embargo, no es habitual para mí reconstruir argumentos sin referencia al Derecho positivo como voy hacer en esta ocasión. Por tanto, pido vuestra indulgencia.

Quiero comparar y analizar críticamente la forma de razonamiento del Tribunal Supremo de Estados Unidos (sobre la legitimidad de las acciones positivas en favor de minorías étnicas o raciales) y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sobre la legitimidad de las acciones positivas a favor de las mujeres). Al final, haré algunas observaciones personales.

Dos premisas me parecen necesarias.

La primera es que, desde siempre, estoy convencida de que el principio de igualdad sustantiva tiene, al mismo tiempo, una función de reparación de discriminaciones anteriores y de promoción de iguales oportunidades, y por eso constituye el fundamento de la legitimidad de las acciones positivas. No voy repetir lo que ya he publicado hace algunos años en castellano¹, pero, en las observaciones conclusivas de esta ponencia, voy a tomar en cuenta las conclusiones de ese viejo artículo.

La segunda premisa es una puntualización (terminológica y conceptual) para explicar por qué hablaré de acciones positivas (*affirmative action*) y no de discriminación inversa (*reverse discrimination*). La costumbre (creada, creo, por un artículo de Ronald DWORKIN) de usar estas dos expresiones —*affirmative action* y *reverse discrimination*— como si fueran sinónimas me parece la consecuencia de una confusión teórica o de una mala intención (como la intención, no confusa sin embargo, del juez Scalia, magistrado del Tribunal Supremo de Estados Unidos, de la cual diré algo). *Reverse discrimination* es una discriminación directa de alguna clase de individuos. Pero el fin de una acción positiva (legítima), en favor de las mujeres o de una minoría étnica o racial, no es discriminar a los hombres o a los blancos, sino promover, mediante tratos preferenciales, la igualdad sustantiva de las mujeres o bien de los que pertenecen a una minoría. La discriminación inversa puede ser el efecto de una acción positiva, pero de una acción positiva ilegítima, es decir, de un trato preferencial no justificado a la luz del principio de igualdad que debería constituir su fundamento (y su límite). Por supuesto, sí —como piensa *Justice* Scalia— ninguna acción positiva es legítima, enton-

¹ BALLESTRERO, 1996.

ces cualquier acción positiva es una discriminación inversa. Pero, si no aceptamos dicha premisa, esta conclusión no se sigue.

1. IGUALDAD Y ACCIONES POSITIVAS EN FAVOR DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y RACIALES. EL ENFOQUE DEL TRIBUNAL SUPREMO NORTEAMERICANO

Después de estas premisas, vamos a ver ahora el enfoque del Tribunal Supremo norteamericano.

Como se sabe, el Tribunal Supremo norteamericano, aunque habiendo abandonado la interpretación “originalista” de la *Equal Protection Clause* (es decir, según la “intención originaria” de los constituyentes), permanece fiel todavía a una interpretación individualista (o formal) del principio de igualdad. La fidelidad a una concepción de la igualdad como derecho individual hace muy complicada la estrategia argumentativa que el Tribunal se ve obligado a “inventar” para encontrar un equilibrio satisfactorio (o al menos aceptable) entre la protección de los intereses individuales y la protección de los intereses de una minoría o de un grupo. Éste, en efecto, es el problema fundamental que el Tribunal tiene que resolver cuando se enfrenta con la cuestión, muy complicada, de la justificación constitucional de tratos preferenciales, puestos en obra para luchar contra la discriminación racial o étnica (más raramente contra la discriminación sexual).

Las sentencias que quiero exponer y comentar son los casos *Grutter v. Bollinger et al.* y *Gratz v. Bollinger et al.* Ambos emitidos el 23 de junio de 2003, ambos decididos por cinco magistrados contra cuatro, pero no con la misma mayoría: los tres magistrados progresistas forman parte de la mayoría en el primer caso, pero forman parte de la minoría discrepante (*dissenting*) en el segundo. Este hecho no es casual y confiere un sentido político diferente a las dos sentencias.

Ambos casos tienen el mismo objeto: ciertos *race-conscious admission programs* (programas de admisión de estudiantes que tienen en cuenta su raza); en particular, ciertos métodos de valoración de los candidatos a la admisión a la Universidad de Michigan (la *Law School* en el primer caso; el *LSA, College of Literature, Science and the Arts* en el segundo); métodos que tienen en cuenta (como un *plus factor*) la infrarrepresentación, entre los estudiantes, de los afroamericanos, los hispanos y los nativos americanos (*African-American, Hispanic y Native-American*).

Antes de reconstruir brevemente los argumentos empleados en los dos casos, hace falta decir algunas palabras sobre el precedente invocado, en ambos casos, por el Tribunal. Es decir, la motivación del juez Powell en el caso *Bakke* (de 1978), considerado como precedente relevante y vinculante, en el cual se discutía de programas *race-conscious* de admisión a la *Medical School* de la Universidad de California.

En el caso *Bakke*², el Tribunal no logró producir una fundamentación de la mayoría. Sin embargo, el voto del juez Powell hizo prevalecer la opinión contraria a la cons-

² Sobre el caso *Regents of University of California v. Bakke* (1978), y sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de *affirmative action*, *cf.* D'ALOJA, 2002: pp. 127 y ss., y sus

titucionalidad de la *affirmative action*. Al mismo tiempo, sin embargo, el juez Powell, compartiendo parcialmente la opinión de los cuatro jueces favorables a admitir la constitucionalidad de la *affirmative action*, formuló la tesis según la cual los tratos preferenciales basados en la consideración de la raza (*racial classifications*) no son contrarios a la *Equal Protection Clause* a condición de que dichos tratos respondan “estrictamente” a un *compelling state interest* (es decir, «un interés estatal impelente», identificado por el juez Powell, en el caso *Bakke*, en la *student body diversity*, la diversidad entre los estudiantes), y por lo tanto dichos tratos estén en condiciones de superar (o satisfacer) el *strict scrutiny test*; el test que, según la opinión del Tribunal, cualquier *racial classification* (“clasificación racial”) tiene que superar para no estar en contradicción con el principio de igualdad³.

Aceptando la “diversidad” entre los estudiantes como *compelling state interest*, el juez Powell favorecía el nacimiento de una nueva concepción de la función de las acciones positivas, según la cual las acciones positivas tienen la función no sólo de resarcir una discriminación pasada sino también de redistribuir oportunidades (*forward-looking justification*)⁴. Esta concepción será consagrada en el caso *Johnson* (1987)⁵, cuyo ponente fue el juez progresista Brennan⁶: en esta sentencia, la mayoría del Tribunal aprobó una acción positiva cuya finalidad era la obtención de una mejora gradual en la representación de las mujeres (en este programa se había comprometido voluntariamente un empresario no *wrongdoer*, es decir, alguien que nunca había discriminado en el pasado)⁷.

Sin embargo esta orientación del Tribunal (en aquella época mayoritaria), favorable a tratos preferenciales *racial* o *gender conscious*, no ha durado mucho tiempo. En 1995, con el caso *Adarand Constructors, Inc. v. Pe-a*, la suerte de las acciones positivas ya parece desesperada. El Tribunal —con una mayoría que incluye al juez Scalia, el defensor más puro y directo de una interpretación constitucional *colour blind* (es decir, indiferente al color de la piel)— afirma ahora que cualquier trato preferencial basado en la raza, cualquiera que sea su finalidad, o bien es inconstitucional sin más,

referencias bibliográficas; respecto, en particular, a la diferencia entre la actitud del juez Powell en el caso *Bakke* y la actitud del juez O'Connor en el caso *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* (1989), *cf.* ROSENFELD, 1991: pp. 204 y ss.

³ «*Strict in theory, but fatal in fact*»: así considera el *strict scrutiny test* el juez Marshall (*dissenting opinion* en *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 1989), a pesar de que comparte con la mayoría del Tribunal la idea de que «*the ultimate fulfilment of constitutional equality lies in the establishment of a truly color-blind society*».

⁴ La *forward-looking justification* de las acciones positivas, conectada con los beneficios de la integración y de la cohesión social, fue teorizada por Ronald DWORKIN en el muy conocido ensayo *Reverse discrimination* (1976); sobre el *utilitarian argument* de DWORKIN, *cf.* las reflexiones críticas de ROSENFELD, 1991: pp. 104 y ss.

⁵ *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, California* (1987). Sobre el caso *Jonson, cf.* BALLESTRERO, M. V., y TREU, T., 1988.

⁶ En la sentencia *United Steelworkers v. Weber* (1979), redactada por el juez Brennan, ya el Tribunal había juzgado legítimo un programa de acción positiva cuya finalidad era la realización del reequilibrio de la presencia de trabajadores afroamericanos en la empresa, de forma que el evidente desequilibrio en la composición de la fuerza de trabajo en la empresa fuese corregido.

⁷ El Tribunal afirma que la acción positiva no se vuelve ilegítima por el hecho de que el empleador asuma voluntariamente el *burden* de remediar los efectos actuales de una discriminación de las mujeres en el pasado, a pesar de que el empleador no es culpable de haber discriminado a las mujeres. Esto constituye un progreso frente a la concepción de la *affirmative action* legítima como estrictamente dirigida a resarcir una discriminación pasada realizada sólo por el *wrongdoer*.

o al menos es “sospechoso”, y entonces debe estar “estrictamente ligado” a un interés público (estatal o federal) impelente, que en todo caso el Tribunal debe someter a *strict scrutiny*. Este interés impelente puede legitimar tratos preferenciales basados en la raza sólo si no puede ser realizado de otra forma, y sólo si está probada de forma indiscutible la conexión causal entre la discriminación pasada y la desventaja efectiva de la raza en cuestión. Lo que quiere decir que una acción positiva legítima es prácticamente imposible.

1.1. Tras este largo preámbulo, vamos a ver ahora el caso *Grutter*, porque el Tribunal Supremo —a pesar de que en su composición actual los jueces progresistas son una pequeña minoría y a pesar de las presiones políticas del gobierno Bush— ha vuelto a abrir cautelosamente la puerta por la cual pueden pasar acciones positivas legítimas.

El caso se refiere a la admisión a la *Law School*. Para la admisión los candidatos son valorados sobre la base de varios elementos, que incluyen la «diversidad étnica o racial», que puede constituir un «*potential plus factor*», es decir, un elemento preferencial potencial, a fin de admitir ciudadanos afroamericanos, hispanos y nativos americanos: ciudadanos que, sobre la base de un método de admisión *racial blind*, indiferente a la raza, podrían no estar representados significativamente entre los estudiantes. El programa de la *Law School* prevé en efecto favorecer la admisión de una *critical mass* de *minority students*, siendo la *student body diversity* un elemento esencial para las relaciones interculturales, que la *Law School* considera altamente formativo para ejercer la profesión jurídica.

La cuestión es si la diversidad es un interés tan impelente como para justificar la consideración de la raza de los candidatos (*whether diversity is a compelling interest that can justify the narrowly tailored use of race in selecting applicants for admission to public universities*). La respuesta del Tribunal —en la fundamentación de la mayoría, redactada por la jueza O’Connor— es afirmativa y confirma la opinión del juez Powell en el caso *Bakke*.

En primer lugar, el Tribunal establece que una acción positiva basada en la raza puede ser admitida no sólo cuando su finalidad es remediar discriminaciones pasadas, sino también cuando tiene la finalidad de satisfacer un *state compelling interest*, un interés estatal impelente, y que éste es el caso de la diversidad en la educación, es decir, la representación de las minorías entre los estudiantes. Confirmando la opinión del juez Powell, y respetando las reglas del *strict scrutiny*, el Tribunal reconoce entonces que la diversidad en la educación constituye el fundamento de la buena ciudadanía e implica reales beneficios sustanciales en el ejercicio de la profesión.

En segundo lugar, el Tribunal establece que un *race-conscious admission program*, un programa de admisión que tiene en cuenta la raza, no viola la *Equal Protection Clause* (que sin embargo, según el Tribunal, protege a individuos, no a grupos) cuando elige un sistema de cuotas, cierto es, pero con un sistema de valoración dúctil e individualizado en relación con cada candidato, que tiene en cuenta su raza o su etnia con la única finalidad de promover la diversidad de los estudiantes, mediante una representación adecuada de las minorías raciales y étnicas. (El sistema de cuotas había sido juzgado inconstitucional en el caso *Bakke*, porque este sistema reservaba tratos pre-

ferenciales distintos directamente a los grupos étnicos y raciales: tratos, entonces, basados directamente sobre la consideración de la raza o de la etnia.)

1.2. Esta puerta abierta a las acciones positivas —abierta en el caso *Grutter*— el Tribunal vuelve a cerrarla en el caso *Gratz*. Aquí, el Tribunal (siendo ponente el presidente Rehnquist), con una mayoría distinta, establece que el uso de criterios de preferencia basados en la raza, para la admisión al *College LSA*, viola el principio de igualdad. Según la mayoría del Tribunal, el fundamento de esta decisión —que parece contradecir al caso *Grutter*, pero que se basa ella también en la opinión del juez Powell— radica en la rigidez del sistema elegido por el *College LSA*: un sistema que prevé la atribución automática de una ventaja de veinte puntos a los candidatos afro-americanos, hispanos y nativos americanos. En este caso, según le parece al Tribunal, el elemento étnico o racial es decisivo para la admisión del candidato. Y por eso la mayoría del Tribunal lo considera como un sistema de cuotas, que contradice los principios del caso *Grutter* (e igualmente del caso *Bakke*).

1.3. De este breve resumen de los dos casos se saca la impresión de que toda la cuestión de la legitimidad de las acciones positivas se disuelve en la discusión sobre la admisibilidad de las “cuotas”, es decir, de tratos preferenciales basados directamente sobre la consideración de la raza o de la etnia. Sin embargo, el sentido más profundo de la cuestión es otro.

En mi opinión, el caso *Gratz* pone de relieve la imposibilidad de conciliar una concepción estrictamente individualista y formalista de la igualdad (es decir, la idea según la cual los individuos son iguales *sin distinción* de raza, o dicho de otro modo, en palabras del juez Scalia, la raza americana es solo una) con ventajas basadas en la consideración de elementos (como la raza o la etnia) que hacen referencia a una identidad o pertenencia colectiva.

El caso *Grutter*, más complejo y más problemático, en cambio, muestra de forma evidente, en mi opinión, cómo los jueces del Tribunal Supremo están obligados a argumentar como equilibristas para permanecer fieles a una interpretación individualista de la *Equal Protection Clause*, mientras están afirmando —aunque con gran cautela— la legitimidad de una acción positiva. En efecto, esta acción positiva supone, sin discusión, el hecho de tener en cuenta una dimensión colectiva de pertenencia a una minoría, aunque esta consideración está debilitada por la “individualización” de dicha pertenencia, referida al conjunto de las características de cada individuo. En otras palabras, para no admitir que la Constitución es (también) *colour conscious*, los jueces se ven obligados a inventar un “valor” *ad hoc* (la diversidad en la educación como *compelling state interest*), que justifica una excepción al principio de igualdad en sentido formal.

Personalmente (como diré en las conclusiones) estoy de acuerdo con la jueza Ginsburg, según la cual (en la *dissenting opinion* del caso *Gratz*), la Constitución norteamericana es, al mismo tiempo, *colour blind* y *colour conscious*. El principio de igualdad tiene dos caras, y la igualdad consciente de los factores de diferenciación (o de discriminación) justifica las acciones positivas. La igualdad sustantiva es consciente de estos factores, y su contenido no puede ser reducido a la mera igualdad de oportunidades, entendida como garantía de la libertad individual de competir correctamente en el mercado. El sentido del principio de igualdad es mucho más amplio y complejo.

2. IGUALDAD Y ACCIONES POSITIVAS A FAVOR DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y RACIALES. EL ENFOQUE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Vamos ahora a cruzar el océano y a ver cuál es la actitud del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al principio de igualdad (lo que en el lenguaje comunitario se llama más bien principio de no discriminación: en efecto, antes de la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 20, en ninguna disposición comunitaria estaba expresamente formulado el principio de igualdad).

En los últimos diez años el Tribunal de Justicia europeo ha afrontado en muchas ocasiones la cuestión de la legitimidad de las acciones positivas. Una vez más, se trata de acciones positivas que consisten (más o menos, como vamos a ver) en cuotas. Pero el objeto de los juicios del Tribunal son leyes (tres leyes alemanas, una ley sueca) que garantizan un trato preferencial —en el acceso al empleo, en la carrera, en la formación profesional— a las mujeres en cuanto sexo infrarrepresentado en el ámbito profesional o en un determinado sector.

El enfoque elegido por el Tribunal Europeo se ha modificado en el tiempo, y su camino no ha sido lineal (como el Tribunal quiere hacer creer). Los lectores habituales de las sentencias del Tribunal Europeo saben que el Tribunal, para reducir el gravoso trabajo de traducción (a más de veinte idiomas), reproduce a menudo extensos apartados de casos precedentes y circunscribe los argumentos nuevos en algunos breves apartados. Esta técnica de redacción, por un lado, genera la impresión falaz de que el Tribunal es siempre fiel a sí mismo y, por otro lado, hace difícil comprender el recorrido argumentativo que, en muchas ocasiones, ha llevado al Tribunal a cambiar su orientación interpretativa.

Hay que decir que, en el momento actual, la evolución en la orientación interpretativa del Tribunal está conformada (y confirmada) por las fuentes del Derecho comunitario. No quiero internarme, en este contexto, en cuestiones de Derecho comunitario positivo. Sin embargo, hay que mencionar que el Derecho comunitario antidiscriminatorio “de segunda generación” (como suele decirse) —me refiero a las Directivas 2000/43 y 2000/78— tiene en cuenta diversos factores de discriminación: tanto factores estrictamente individuales como factores individuales y colectivos al mismo tiempo, pero en todo caso factores relevantes en su dimensión colectiva, como el sexo, la raza, el idioma y la religión. Además, hay que mencionar que, en la formulación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (ahora Parte Segunda del Tratado Constitucional) establece que dicho principio —el principio de “paridad”— no impide la promulgación de disposiciones que establezcan *ventajas específicas en favor del sexo infrarrepresentado*. Una formulación análoga, aunque específicamente dirigida al fin de garantizar la paridad efectiva y completa entre hombres y mujeres, se encuentra en el art. 141.4 del Tratado de la Comunidad Europea (tal como quedó reformulado en el Tratado de Amsterdam)⁸.

⁸ Sobre el nuevo Derecho comunitario, *cf.* DE SIMONE, 2004; BALLESTRERO, 2004.

Por otra parte, en el Derecho comunitario ya no se encuentra la expresión «iguales oportunidades» (que había sido utilizada, por ejemplo, en la Directiva 76/207, a la cual voy a referirme enseguida). Ahora, el Derecho comunitario habla de «ventajas específicas», es decir, no iguales oportunidades en los puntos de partida, sino acciones positivas. Por otro lado, la igualdad (no sólo en la vida profesional) entre hombres y mujeres parece ser entendida, en el Derecho comunitario, en el sentido de «igual representación». Así pues, el punto de vista no es individualista: es decir, la igualdad no concierne (o, mejor dicho, no concierne sólo) a individuos —esta mujer o este hombre particular— en situaciones comparables; la igualdad concierne la justa distribución, entre los dos sexos, de derechos, deberes, responsabilidades y oportunidades.

2.1. El caso *Kalanke*

El punto de partida de la evolución, que ha sido evidente e importante, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo es el caso *Kalanke* (17 de octubre 1995, C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*)⁹.

En este caso, el señor Kalanke y la señora Glissmann concurrían para un puesto de jefe del departamento en el servicio de zonas verdes del Ayuntamiento de Bremen. La dirección del servicio había propuesto al candidato de sexo masculino, pero la comisión de conciliación, habiendo considerado iguales las calificaciones de los dos candidatos, había dado en cambio la preferencia a la candidata de sexo femenino, en aplicación de las disposiciones de la ley del Land de Bremen). Según esa ley, las mujeres con una calificación igual a la de sus competidores de sexo masculino tenían una prioridad automática en caso de acceso, traslado de puesto o promoción, siempre que las mujeres estuvieran infrarrepresentadas (es decir, no fueran al menos la mitad de los empleados en activo) en los diversos grados de la categoría de personal de que se trata o en los niveles de funciones previstos en el organigrama.

La calificación se valoraba atendiendo exclusivamente a las exigencias del puesto (o de la profesión o de la carrera) de que se trate. Sin embargo, las aptitudes específicas adquiridas en la vida familiar, en la vida asociativa y en el voluntariado formaban parte de la calificación cuando fueran útiles para el ejercicio de la actividad considerada: este criterio, aparentemente neutral, estaba de forma evidente orientado a favorecer las candidaturas femeninas. Hay que decir que la ley no reservaba a las mujeres un porcentaje de los puestos vacantes, es decir, una cuota rígida. En cambio, establecía para las mujeres una prioridad (un trato preferencial) bajo dos condiciones: la infrarrepresentación y la igual calificación profesional.

La decisión del Tribunal se basa en los siguientes argumentos:

a) El art. 2, apartado 4, de la Directiva 76/207 (según el cual el principio de no discriminación por razón de sexo no es obstáculo para la adopción de medidas tendientes a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en parti-

⁹ Sobre el caso *Kalanke*, *cf.* los comentarios de ATIENZA, M., 1996; RUIZ MIGUEL, A., 1996, y BALLESTRERO, M. V., 1996.

cular poniendo remedio a las desigualdades de hecho que perjudican las oportunidades de las mujeres) tiene el fin preciso y limitado de autorizar medidas que, aun siendo discriminatorias en apariencia, se dirijan directamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pueden existir en la realidad social.

b) Dado que el art. 2, apartado 4, introduce una excepción a la norma de la Directiva que confiere un derecho individual, tal disposición es de «interpretación estricta».

c) La prioridad absoluta e incondicionada asegurada a las mujeres por la ley del Land de Bremen va más allá de la promoción de la igualdad de oportunidades y sobrepasa los límites de la excepción prevista por el art. 2, apartado 4, de la Directiva.

d) El sistema de prioridad establecido en la ley del Land de Bremen, en la medida en que procura realizar una representación igual entre hombres y mujeres en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la *promoción* de iguales oportunidades por el *resultado* al cual sólo la puesta en práctica de iguales oportunidades en los puntos de partida podría conducir.

En los dos primeros puntos, a) y b), el Tribunal reitera que, según el Derecho comunitario vigente en su momento, las acciones positivas son legítimas a condición de que se dirijan a promover iguales oportunidades. De esta forma, el Tribunal reitera (como en el caso *Stoeckel* sobre la interdicción del trabajo nocturno de las mujeres)¹⁰ su rígida concepción formal de la igualdad, como principio de contenido esencialmente negativo, que impone hacer abstracción del sexo en cuanto elemento de diferenciación entre individuos que está prohibido.

Las novedades de la sentencia *Kalanke* se contienen en las otras afirmaciones, c) y d), donde el Tribunal censura la medida preferencial prevista por la ley del Land de Bremen porque esta medida va más allá de la promoción de la igualdad de oportunidades (único objetivo legítimo de las acciones positivas según el art. 2.4 de la Directiva), sustituyendo la mera *promoción* de iguales oportunidades por el *resultado*. En otras palabras: según el Tribunal, la disposición de la ley del Land de Bremen no está dirigida a eliminar los obstáculos que de hecho producen el desequilibrio en la representación de los dos sexos, sino que elimina directamente dicho desequilibrio.

2.2. El caso Marschall

Después de poco tiempo, el Tribunal afronta la misma cuestión, con resultados muy distintos. Esto no es casual. En efecto, la sentencia *Kalanke* había suscitado reacciones negativas en el ámbito de la Comunidad. Entonces la Comisión había decidido reducir las consecuencias negativas de la sentencia, favoreciendo una interpretación restrictiva: «estrictamente literal», aunque, en realidad, tan literal no era. Según la Comisión, la sentencia sólo prohíbe —como discriminatorias— las «cuotas rígidas» en favor de la ocupación femenina, mientras que otros tipos de acciones positivas (que

¹⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 25 de julio 1991, C-345/89, *Stoeckel*; *cfr.* además los casos sucesivos TJCE 2 de agosto 1993, C-158/91, *Levy*, y TJCE 3 de febrero 1994, C-13/93, *Minne*. Sobre el conflicto entre la interdicción del trabajo nocturno de las mujeres y el principio de igualdad, *cfr.* BALLESTRERO, 1998.

no consistan en cuotas rígidas) quedan fuera de discusión: acciones positivas de este tipo están no sólo autorizadas, sino favorecidas, siendo no discriminatorias, sino dirigidas a eliminar discriminaciones preexistentes.

En el caso *Marschall* (11 de noviembre de 1997, C-409/95, *Helmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*), el Tribunal no acepta las conclusiones del abogado general (Jacobs), según el cual este nuevo caso era análogo al caso *Kalanke* y por tanto no podía ser resuelto de forma diferente¹¹. El Tribunal, en cambio, acepta la interpretación restrictiva del caso *Kalanke*, propuesta por la Comisión, y esto le permite llegar a una conclusión sustancialmente distinta, sin poner formalmente en discusión su propio precedente. Algunos comentaristas habían considerado «no tan clara» la motivación de *Kalanke* en el punto donde se afirma la ilegitimidad de las acciones positivas “de resultado” (aunque, en efecto, el punto era clarísimo). Entonces, el Tribunal aprovecha la ocasión para “esclarecer” la cuestión; en realidad, es un cambio de jurisprudencia. Pero, para comprender cómo este cambio ha sido posible, es necesario ilustrar un poco el caso.

El señor Marschall era un profesor de escuela que había propuesto su candidatura para una promoción, pero una candidata de sexo femenino con la misma calificación había presentado su candidatura y había sido preferida. Esto, por una disposición de una ley estatal (del Land Renania del Norte-Westfalia) que establecía que, si en una posición profesional determinada las mujeres están representadas en número inferior a los hombres, entonces —en caso de igualdad de calificación, de actitudes y de prestaciones profesionales— las mujeres tienen una prioridad en las promociones, excepto si dicha prioridad está superada por razones relativas a la persona de un candidato.

Esta ley, como por otra parte la ley discutida en el caso *Kalanke*, introducía como criterio preferencial la pertenencia a un sexo infrarrepresentado. Sin embargo, esta ley es diferente de la otra porque prevé expresamente la posibilidad de derogar la regla, y, de esta forma, deja a la Administración un poder discrecional amplio, para permitirle tener en cuenta los más variados factores personales.

Según el Tribunal esta disposición no contradice el art. 2.4 de la Directiva 76/207 por las razones siguientes:

a) Primer argumento. La disposición controvertida en el caso *Marschall* es distinta de la disposición discutida en el caso *Kalanke*, porque contiene una cláusula —la llamada “cláusula de reserva”— según la cual las mujeres no deben tener preferencia en las promociones cuando prevalecen motivos relativos a la persona de un candidato hombre. Una norma de este tipo, con esta cláusula, tiene el fin, preciso y limitado, de autorizar medidas que —aunque aparentemente discriminatorias— en efecto apuntan a eliminar o reducir las desigualdades que, de hecho, pueden existir en la realidad de la vida social. La norma autoriza, pues, medidas en materia de acceso al empleo (en sentido amplio, incluyendo las promociones) que, favoreciendo especialmente a las mujeres, tienen el fin de mejorar sus capacidades de competir en el mercado del trabajo y de progresar en la carrera en situación de igualdad con los hombres. Por tanto,

¹¹ Sobre las conclusiones del abogado general Jacobs, *cf.* BALLESTRERO, 1997.

la norma se dirige a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en conformidad con el art. 2.4 de la Directiva.

b) Segundo argumento. El hecho de que dos candidatos de sexo diferente tengan igual calificación no implica, en cuanto tal, que ellos tengan iguales oportunidades. En efecto, existe la tendencia a preferir, en las promociones, a los candidatos varones, aunque cuando la calificación profesional sea la misma. Y esto por causa de algunos prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de las mujeres en la vida laboral, e incluso, por ejemplo, por el temor a que las mujeres interrumpan sus carreras (lo que pasa a menudo), a que, por causa de sus tareas de esposas y madres, organicen su tiempo de trabajo de forma menos flexible, o a que dejen el trabajo por razones de embarazo, parto o lactancia. En consecuencia, una norma (con la cláusula de reserva antes mencionada) según la cual, en caso de promoción, las mujeres —en condiciones de igual calificación— gozan de un trato preferencial en sectores donde son minoría con respecto a los hombres no viola la Directiva, porque tal norma puede contribuir a contrarrestar los efectos dañinos, para los candidatos de sexo femenino, de las actitudes que hemos señalado, y de esta manera puede reducir las desigualdades de hecho que pueden existir en la realidad de la vida social.

c) Tercer argumento. Sin embargo, hace falta recordar que el art. 2.4 de la Directiva introduce una excepción a un derecho individual establecido por la misma Directiva. Por tanto, la ley nacional que favorece de una forma especial a los candidatos de sexo femenino no puede garantizar a las mujeres la precedencia absoluta y sin condiciones en las promociones sin sobrepasar los límites de dicha excepción. Estos límites no son sobrepasados si la ley garantiza —como en este caso (en virtud de la cláusula de reserva)— para los candidatos hombres con calificación igual a la de las candidatas, en cada caso individual, un examen objetivo de las candidaturas, que tenga en cuenta todos los criterios relativos a las personas de los candidatos y no tenga en cuenta la precedencia otorgada a las candidatas cuando alguno de estos criterios favorezca al candidato hombre (no obstante, y al mismo tiempo, dichos criterios no deben ser discriminatorios para las candidatas)¹².

2.3. El caso *Badeck*

El razonamiento del Tribunal se hace más claro (y más lejano aún del caso *Kalanke*) en el caso *Badeck*, donde ya se ven los cambios en las fuentes comunitarias: el Tratado, las Directivas 43 y 78 del año 2000 y el art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Estos cambios sin duda son el resultado también del caso *Kalanke*, considerado más o menos “un contratiempo”.

El caso *Badeck* (28 de marzo de 2000, C-158/97, *Georg Badeck et al. c. Land de Assia*)¹³ es muy complejo (el problema de legitimidad versa sobre cuatro disposiciones distintas). Me limito a exponer sólo la argumentación del Tribunal sobre la primera cuestión, para subrayar los puntos donde el Tribunal supera al caso *Marschall*.

¹² Sobre el caso *Marschall*, *cf.* MARTÍN VIDA, 1998.

¹³ *Cfr.* BERTOU, 2000.

Una ley estatal (no federal) alemana establece que, en los sectores del empleo público donde las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de calificaciones entre candidatos de sexo diferente, deben ser preferidas las candidatas cuando esto sea necesario para garantizar los objetivos vinculantes del plan de promoción y siempre que no existan obstáculos jurídicos importantes. Esto se llama un sistema de “cuotas finales flexibles”. El sistema consiste en esto: por un lado, en el hecho de que la ley no establece cuotas válidas para todos los sectores y servicios de que se trata, sino que considera las particularidades de cada sector o servicio a fin de determinar los objetivos vinculantes; por otro lado, en el hecho de que la ley no establece un resultado automático y necesario en favor de las candidatas.

Para la valoración de los candidatos —según el Tribunal— es posible decidir que la antigüedad, la edad y la fecha de la última promoción sólo deben ser consideradas si son influyentes sobre la aptitud, los títulos y las capacidades profesionales de los candidatos o de las candidatas. Además, la situación familiar o la renta del *partner* pueden ser consideradas no influyentes, mientras que los empleos a tiempo parcial, los permisos y los retrasos en conseguir diplomas —debidos a la necesidad de cuidar de los hijos o los padres— no pueden tener efectos negativos en la valoración. En efecto, dichos criterios apuntan evidentemente a obtener una igualdad no formal, sino sustantiva, reduciendo las desigualdades que, de hecho, pueden encontrarse en la vida social y, por tanto, apuntan a evitar o compensar las desventajas en la carrera profesional de las personas pertenecientes al sexo inarrepresentado (lo que está en conformidad con el art. 141.4 del Tratado).

Por tanto, en caso de iguales títulos de dos candidatos de sexo distinto, la decisión debe ser a favor de la candidata cuando ello sea necesario para realizar los objetivos del plan de promoción, a condición de que no existan motivos jurídicamente más importantes, como por ejemplo los que derivan del principio del Estado social o del principio de protección del matrimonio y de la familia (ambos principios establecidos por la Ley Fundamental alemana), y siempre que la ley garantice que las candidaturas sean valoradas de manera objetiva, teniendo en cuenta la situación personal particular de todos los candidatos.

Así pues, sobre la base del principio de no discriminación, el Tribunal admite —como ya había admitido en el caso *Marschall*— la legitimidad de las cuotas y, por tanto, de las acciones positivas *result oriented*, pero sólo bajo la condición de que sean “individualizadas”, es decir, lo bastante flexibles como para permitir que no se prefiera automática y necesariamente al candidato perteneciente al sexo inarrepresentado. Hay sin embargo una diferencia con el caso *Marschall*, y es que el Tribunal no fundamenta su razonamiento sobre la igualdad de oportunidades (y de la comparación entre individuos en competición en el mercado del trabajo), sino sobre la igualdad sustantiva entre dos sexos no iguales de hecho. Y sobre esta base el Tribunal construye la legitimidad de medidas aptas para reducir las desigualdades de hecho de dos formas a la vez: ya sea compensando (como requiere el art. 141.4 del Tratado) las desventajas en la carrera profesional de las personas pertenecientes al sexo inarrepresentado o evitando que dichas desigualdades continúen produciéndose.

El resultado de esta decisión me parece contradictorio, como por su parte lo era el resultado del caso *Gutter* del Tribunal Supremo norteamericano.

2.4. El caso *Abrahamsson*

A la solución positiva al problema de la legitimidad de las acciones positivas en el caso *Badeck* se opone la solución negativa en el caso *Abrahamsson* (6 de julio de 2000, C-407/98, *Katarina Abrahamsson, Leif Anderson y Elisabet Fogelqvist*): un caso en el cual, sin embargo, el Tribunal sigue más o menos el mismo trayecto argumentativo.

El caso, brevemente, es el siguiente. En 1996 la Universidad de Göteborg publica una convocatoria de oposición para una cátedra de profesor, precisando que la cátedra en cuestión tiene que ser considerada como parte del programa de la Universidad orientado a promover la igualdad de oportunidades en conformidad con un reglamento de 1995. Se presentan ocho candidatos; entre otros, Katarina Abrahamsson, Leif Anderson, Georgia Destouni y Elisabet Fogelqvist. El Tribunal selecciona los candidatos sobre la base de dos exámenes distintos. El primer examen versa únicamente sobre los méritos científicos, y sobre esta base el señor Anderson es clasificado primero (cinco votos contra tres en favor de la señora Destouni). El segundo examen, en cambio, toma en consideración los criterios orientados a garantizar la igualdad de oportunidades, y sobre esta base la señora Destouni es clasificada primera. Entonces, el Tribunal propone el nombramiento de esta candidata. Pero la señora Destouni renuncia a su candidatura. Entonces el rector remite la cuestión al Tribunal. El Tribunal declara que, según la mayoría de sus componentes, la diferencia de calificaciones entre el señor Anderson (segundo en la clasificación) y la señora Fogelqvist (tercera en la clasificación) es una diferencia importante, y que por tanto el Tribunal tiene dudas sobre la obligación de otorgar preferencia a la candidata. Sin embargo, el rector nombra a la señora Fogelqvist: en su opinión, la diferencia entre las calificaciones de esta señora y las del señor Anderson no es tan importante como para poner la acción positiva en conflicto con el criterio de objetividad en la selección de los candidatos.

Sin embargo, este trato preferencial al Tribunal Europeo no le gusta. El Tribunal nota que la ley sueca en materia de acciones positivas es distinta de las leyes alemanas discutidas en los casos precedentes, porque permite otorgar una preferencia a un candidato del sexo infrarrepresentado que, aunque con calificaciones suficientes, no tenga una calificación igual a la de otros candidatos del otro sexo. De esta manera, la ley sueca otorga automáticamente a los candidatos del sexo infrarrepresentado un trato preferencial, bajo la única condición de que la diferencia entre los méritos de los candidatos de cada sexo no sea tan importante como para violar el criterio de objetividad. Pero, puesto que el alcance de esta condición no puede ser determinado de manera precisa, la selección de un candidato (entre los que tienen calificaciones suficientes) se basa, en último análisis, sobre el simple hecho de pertenecer al sexo infrarrepresentado, y esto incluso en el caso de que los méritos del candidato elegido sean inferiores a los del candidato del otro sexo. Además, las candidaturas no son valoradas de forma objetiva, teniendo en cuenta la situación personal individual de cada candidato.

En consecuencia, este método de selección no puede ser legitimado por el art. 2.4 de la Directiva 76/207 y tampoco por el art. 141.4 del Tratado. Es verdad —dice el Tribunal— que este artículo autoriza a los Estados a tomar o conservar medidas que

prevén ventajas específicas orientadas a evitar o compensar desventajas en las carreras profesionales, a fin de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional. Pero de eso no se puede sacar como consecuencia que la norma en cuestión permite un método de selección como el previsto por la ley sueca, que es *desproporcionado* con respecto al fin perseguido. En cambio, sí es compatible con el Derecho comunitario una regla que prevé un trato preferencial para el candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado, a condición de que los candidatos tengan méritos equivalentes o casi equivalentes, y que las candidaturas sean objeto de un examen objetivo donde se tiene en cuenta la situación personal individual de cada candidato. En todo caso, la valoración de la legitimidad de leyes que introducen acciones positivas en el ámbito del sector de la enseñanza superior no puede depender del nivel de la plaza en cuestión.

Como he dicho, el razonamiento del Tribunal aquí no es tan distinto del razonamiento del caso *Badeck*. El añadido importante es la mención del criterio de proporcionalidad: una disposición de Derecho desigual, *result oriented*, no sólo debe ser flexible (es decir, la preferencia no debe ser otorgada de forma automática, sino que debe permitir también una excepción “individualizada” al criterio preferencial, como tal legítimo); además debe ser adecuada al objetivo (legítimo) que quiere realizar, es decir, la igualdad sustancial entre hombres y mujeres en la vida profesional.

3. Y AHORA MI ENFOQUE: IGUALDAD, ACCIONES POSITIVAS E IGUAL REPRESENTACIÓN

Exponer las argumentaciones de los dos Tribunales me ha parecido útil para poner de relieve los que considero dos nudos centrales en los argumentos a favor y en contra de la legitimidad de las acciones positivas, y para dedicar a ellos algunas consideraciones conclusivas. Estos nudos son: el principio de igualdad y el objetivo de las acciones positivas.

a) Principio de igualdad, está bien; pero ¿qué principio?

Como hemos visto, se puede hablar de igualdad en sentidos distintos, con referencia a principios distintos, aunque relacionados y no opuestos. En resumen, la cuestión es si el principio de igualdad tiene que ser necesariamente entendido en su dimensión clásica de igualdad entre individuos, prescindiendo de cualquier factor diferencial de su identidad personal (ésta es la igualdad en sentido formal), o bien si, en el Derecho constitucional de los países democráticos y comunitarios, la igualdad tiene un significado más amplio. ¿Se debe, o no, admitir —al lado del primer principio de dimensión individual y conscientemente ciego frente a las diferencias— otro principio de igualdad, consciente precisamente de las diferencias que el primer principio desconoce?

Si el primer principio (igualdad en sentido formal) tiene sólo una dimensión individual, el segundo principio —igualdad sustantiva, como se suele decir, aunque sería mejor hablar de igualdad tendencial y dinámica— tiene, en cambio, una dimensión “colectiva”, en el sentido de que tiene en cuenta factores de diferenciación que dependen de la “situación” de los individuos. Y esta situación está conectada con la iden-

tividad sexual (individual y colectiva al mismo tiempo), con la posición social, con la identidad cultural, con el hecho de pertenecer a grupos (minorías étnicas, lingüísticas y, si queremos usar esta palabra antropológicamente incorrecta, raciales).

La igualdad sustantiva legitima aquellas disposiciones de Derecho desigual que, tomando directamente en cuenta estos factores, tratan de forma distinta con el fin de tratar de forma igual¹⁴. A la luz del principio de igualdad sustantiva¹⁵, por tanto, es legítimo tomar en consideración los factores de diferencia o desventaja —que, según el principio de igualdad en sentido formal, estaría prohibido tomar en cuenta— a fin de otorgar un trato preferencial, cuya justificación se encuentra en la realización del objetivo de la igualdad. Lo que pasa necesariamente por la eliminación de todo obstáculo que se refiere específicamente al factor de diferencia o desventaja en cuestión y que impide la realización del objetivo.

b) Igualdad, está bien; pero ¿sólo en los puntos de partida o en los resultados también?

Como, hace tiempo, he intentado explicar comentando críticamente el caso *Kalanke* del Tribunal Europeo (en *Doxa* de 1996), esta cuestión no está planteada correctamente. A mí me parece evidente que una concepción meramente individualista de la igualdad no es compatible con la igualdad en los resultados, que, en cambio, es precisamente el objetivo de la igualdad sustantiva.

Por cierto, nadie niega que uno de los significados que se pueden atribuir —y que de hecho se atribuyen— a la expresión “iguales oportunidades” es la posibilidad, otorgada al sexo desfavorecido, de competir “con armas iguales” con el sexo favorecido, restableciendo condiciones de igualdad en los puntos de partida. Sin embargo, la igualdad en los puntos de partida, por sí sola, no garantiza iguales resultados. Lo admite expresamente el Tribunal Europeo en el caso *Marschall*, cuando afirma que el hecho de que dos candidatos de sexo distinto tengan iguales calificaciones no implica, por sí solo, que ellos tengan iguales oportunidades. E incluso el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso *Grutter*, llega (implícitamente) a la misma conclusión: es decir, una igualdad limitada a los puntos de partida oscurece totalmente el objetivo de la igualdad sustantiva. Ambos Tribunales identifican este objetivo en la realización de la igual representación de los dos sexos o de la representación equitativa de la minoría desfavorecida.

Para decirlo como el Tribunal Supremo norteamericano, entonces, la cuestión es si la diversidad —en el sentido de la representación igual o equitativa— sea un *compelling interest* para una “sociedad buena”, es decir, una sociedad realmente igual. Si es así —como piensan el Tribunal Supremo norteamericano y el Tribunal Europeo—, entonces la *consciousness* del factor “minoría” o del factor “sexo desfavorecido” (que no es una minoría en sentido cuantitativo, pero es una “minoría” porque, de hecho, está discriminado), como factores de diferencia o discriminación, esta *consciousness*, constituye una premisa necesaria para realizar el objetivo de la igualdad sustantiva. En términos banales: si la representación equitativa (*equitable representation*) de las

¹⁴ Ésta es una paráfrasis de una afirmación del juez Blakmun en el caso *Bakke*.

¹⁵ En otro lugar he llamado a la igualdad sustantiva *equiparación en el trato*, y esta denominación me parece todavía apropiada.

minorías es un objetivo digno (un *compelling interest*), este objetivo concierne no al individuo como tal, sino al individuo como perteneciente a una “minoría”.

El interés por una representación equitativa no es el mismo en el caso del sexo que en el de la raza. La representación equitativa de las mujeres, en efecto, no tiene el mismo alcance ni el mismo significado que el de la representación equitativa de las minorías étnicas o raciales. En el caso del sexo, la representación equitativa coincide con la igualdad, porque corresponde a un modelo de sociedad igual. En el caso de las minoría étnicas, representación equitativa quiere decir presencia proporcionada, porque corresponde a un modelo de sociedad inclusiva. Cabe decir: en el primer caso, igualdad sin más; en el segundo: integración de las diversidades.

Al uso del concepto de infrarrepresentación —y por tanto al objetivo de la representación igual o equitativa— se hacen muchas críticas, que aquí no tengo la posibilidad de analizar. Sin embargo, me parece necesario replicar a los que afirman que la infrarrepresentación es, sí, un índice de discriminación o desventaja, pero que la igual representación no puede ser el objetivo final de las acciones positivas. Bueno, a mí me parece claro que, si la infrarrepresentación (de las mujeres o de la minoría étnica o racial) es *un* índice (es más, *el* índice, según parece, en las fuentes comunitarias) de la discriminación, esto es así porque la infrarrepresentación es un efecto cierto de la discriminación, y por esto debe ser removido: incluso con el sistema de cuotas, si las cuotas constituyen una medida proporcionada a la desventaja que remediar.

Dejando de lado las minorías étnicas y raciales, y mirando sólo a las mujeres, quiero añadir que prever (como hacen las fuentes comunitarias) “ventajas específicas” para remediar la infrarrepresentación no tendría mucho sentido si el objetivo no fuera precisamente una representación (al menos tendencialmente) igual.

Igual representación no significa pretender el 50% (u otro porcentaje según la proporción de hombres y mujeres en el mercado en cuestión): los números son importantes (y deben serlo), pero la idea de representación resulta demasiado banalizada por los que la reducen a una mera cuestión cuantitativa. La idea de “representación” tiene raíces en el punto de vista “de sexo”, y concierne a la plena participación de los dos sexos en la distribución de derechos, deberes, responsabilidades, oportunidades y recursos.

Igual representación no significa que las mujeres deben ser hombres como los demás¹⁶: quiere decir, en cambio, que el sexo femenino debe tener igual dignidad que la que, *de hecho*, está reconocida a los hombres. En el fondo, la igual representación no es otra cosa que la idea de “efectiva participación” que está escrita en el art. 3.2 de la Constitución italiana: los dos sexos tienen que estar igualmente representados para obtener igualdad efectiva y concreta. Entonces no sólo hace falta eliminar todos los mecanismos que generan exclusión, sino también actuar sobre las consecuencias de la exclusión. Y, para hacer esto, es necesario mirar incluso a los números en que la exclusión se revela.

¹⁶ Hacer a las mujeres «hombres, como los demás»: esto sería, según SLAMA, 2004, el resultado deseable de la lucha contra las discriminaciones (negativas en oposición a las «discriminaciones positivas», mala traducción francesa de *affirmative action*, de la cual aclara bien el significado y las implicaciones, STASSE, 2004).

Esta conclusión puede encontrar otra objeción: hablar de representación igual significa tener una concepción *elitista* de las acciones positivas: es decir, las acciones positivas que apuntan a reducir la diferencia entre grupos desiguales consisten en crear alguna *élite* social, económica, política, pero los miembros pobres del grupo no se benefician de las acciones positivas (que no están destinadas a ellos), y además los grupos beneficiarios de las acciones positivas ven aumentar las desigualdades internas al propio grupo.

Por cierto, esta objeción tiene sentido si se mira a la cuota particular en el acceso a una posición profesional privilegiada o al acceso a universidades norteamericanas prestigiosas y muy caras (como pasa en las acciones positivas en Estados Unidos). De aquí se puede sacar la impresión falaz de que se trata de medidas excepcionales, *case by case*, y con un carácter esencialmente individual. Pero esta impresión, falaz, puede ser dejada de lado.

En primer lugar, hace falta tener en cuenta que las cuotas no son la única medida, sino sólo una de las medidas posibles en el ámbito de los tratos preferenciales legitimados por el principio de igualdad sustantiva. En segundo lugar, hace falta tener en cuenta que las cuotas se instituyen para remediar una situación de exclusión de los que pertenecen a una cierta categoría o a un cierto grupo. Por esto, la cuota tiene una dimensión no individual, sino colectiva, aun si el resultado es la inclusión de un individuo particular. En tercer lugar, hace falta tener en cuenta que cada cuota pertenece a una más amplia estrategia: encuentra su justificación en la infrarrepresentación o exclusión de los que pertenecen a la categoría o al grupo considerados, y su efecto es la inclusión o el aumento de la representación. El valor ejemplar, que sin duda tiene, no ofusca su efectivo alcance de remedio para la desventaja del grupo en su conjunto.

¿Pueden bastar estos argumentos para cerrar la discusión sobre la legitimidad de las acciones positivas? Me temo que no. De lo contrario, no sería una discusión infinita.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATIENZA, M., 1996: «Un comentario al caso Kalanke», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 19, 111.
- BALLESTRERO, M. V., 1996: «Acciones positivas. Punto y aparte», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 19, 91.
- 1997: «A proposito di azioni positive. II. L'eguaglianza del signor Marschall», en *Ragion pratica*, n. 8, 97.
- 1998: «Il diritto del lavoro e la differenza di genere», en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 287.
- BALLESTRERO, M. V., y TREU, T., 1988: «Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Una importante sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti», en *Lavoro e diritto*, 53.
- BERTOU, K., 2000: «Sur les discriminations positives», en *Droit social*, 901.
- D'ALOJA, A., 2002: *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova: Cedam.
- DE SIMONE, G., 2004: «Eguaglianza, differenze, discriminazioni. Recenti sviluppi del diritto comunitario», en CALIFANO, L. (ed.), *Donne, politica e processi decisionali*, Torino: Giapichelli.

- DWORKIN, R., 1976: «Reverse Discrimination», en DWORKIN, R., 1978: *Taking Rights seriously*, London: Duckworth, 223.
- MARTÍN VIDA, M. A., 1998: «Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia “Marschall”», en *Revista española de Derecho Constitucional*, 313.
- ROSENFELD, M., 1991, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven and London: Yale University Press.
- RUIZ MIGUEL, A., 1996: «La discriminacion inversa y el caso Kalanke», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 19, 123.
- SLAMA, A.-G., 2004: «Contre la discrimination positive. La liberté insupportable», en *Pouvoirs*, n. 111, *Discrimination positive*, 133.
- STASSE, F., 2004: «Pour les discriminations positives», en *Pouvoirs*, n. 111, *Discrimination positive*, 119.