

de lo que se entiende por discriminación y Derecho antidiscriminatorio, así como de algunas de las nociones utilizadas (confusamente) en el desarrollo de la política en favor de la igualdad de las mujeres. Al hilo de esto último, se mencionará la particularidad de la acción positiva referida a un ámbito de especial relieve, como es el Derecho electoral (y, más detalladamente, el caso italiano). Por fin, en el último epígrafe (V), antes de las conclusiones (VI), se hará alusión a la Sentencia del caso *Kalanke* y a cierto comentario teórico-doctrinal sobre la misma a partir del cual se intentará poner de relieve cómo el sexismo sesga también las interpretaciones de textos jurídicos relativos a la acción positiva aunque se presenten amparadas bajo el manto «desapasionado» de la razón.

II. LA DISCRIMINACION

«Discriminar» es un verbo con dos sentidos diversos. Por un lado, en su sentido originario, significa simplemente *distinguir* o *diferenciar*; en este caso el empleo del término es *neutro*, debido a que, en principio, efectuar distinciones o diferenciaciones (también entre personas) no tiene por qué llevar aparejadas connotaciones positivas o negativas. Sin embargo, «discriminar» también ha adquirido en la actualidad, y especialmente en el discurso jurídico del siglo XX, connotaciones peyorativas que acercan su significado al de palabras como «parcialidad», «prejuicio», «favoritismo», «fanatismo» o «intolerancia»⁵. En esta última acepción, «discriminar» significará, sí, distinguir o diferenciar, pero —dicho rápidamente— para mal o *negativamente*⁶.

⁵ Vid. WESTEN, Peter: *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of «Equality» in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, N. J., 1990, p. 132, en nota.

⁶ Huelga decir que, en el contexto en el que nos situamos, el uso de los términos discriminar y discriminación adquiere este sentido peyorativo,

Desde una perspectiva amplia, la discriminación es un fenómeno *social*. Por de pronto, esto significa que su explicación excede al Derecho y a las disciplinas jurídicas tradicionalmente consideradas y que su conceptualización no se reduce a lo que I@s⁷ juristas entiendan por tal. Desde una perspectiva más estricta, la discriminación es una *cuilificación* normativa negativa de dicho fenómeno social. Además, el ámbito de lo discriminatorio resulta *elástico*, en el sentido de que varía no sólo según el tiempo y el lugar sino que, incluso, lo que en un mismo contexto puede resultar para una persona discriminatorio, para otra puede no ser así. En esta misma línea conviene precisar que, como valoración *comparativa*, la discriminación admite

lo cual no quiere decir que, como se observará más adelante, en ocasiones su uso no esté exento de ambigüedad.

⁷ Utilizo en este trabajo el signo «@» para indicar el uso paralelo de los géneros gramaticales, pues considero que el uso abusivo (no paralelo) del género gramatical masculino frente al femenino constituye una manifestación más del uso sexista del lenguaje. Quede claro sin embargo que, a pesar de mostrar así mi preocupación, me adhiero a la tesis de Aguas Vivas CATALA y Enriqueta GARCÍA PASCUAL de que, ni «el problema fundamental del sexismo lingüístico es la ocultación de la mujer», ni «esta ocultación se debe al abuso del género gramatical masculino y su no paralelismo con el femenino». Por el contrario —y como se encargan de demostrar ambas autoras— «en primer lugar (...), el problema no es tanto la ocultación de la mujer como las formas de emerger en los discursos. Más que en la ausencia, la ideología sexista se pone de manifiesto en las formas de la presencia. Y, en segundo lugar (...), los fenómenos lingüísticos sexistas no se pueden observar en el plano del sistema, en unidades aisladas de un contexto: son fenómenos discursivos. En muchos casos se dan al margen de la categoría gramatical del género, y en los que esta categoría se encuentra presente no es el factor determinante del sexismo» («Ideología sexista y lenguaje», en el volumen compilado por Neus CAMPILLO y Ester BARBERÀ, *Reflexión multidisciplinaria sobre la discriminación sexual*, NAU llibres, Valencia, 1993, p. 140).

grados. Y, por último, que nada resulta discriminatorio «por lógica» o «por naturaleza».

Aunque algunas de estas consideraciones resultan bastante obvias, quizá no esté de más ilustrarlas con un ejemplo. No hace muchos años todavía (y puede que en determinados ámbitos se tenga que hablar aún en presente) se consideraba «lógico» o «natural» que a la hora de tener que optar por dar estudios universitarios a un hijo o a una hija, se eligiera al primero. Hoy en día hay datos para pensar que una práctica de este tipo (social y no estrictamente jurídica) podría ser mayoritariamente tachada (valorada) como *discriminatoria*.

Por poner otro ejemplo menos doméstico. Hasta no hace mucho (y de nuevo puede que en buena medida se tuviera que hablar aún en presente) también parecía «evidente» que en la esfera de «lo privado» no cabía el concepto de discriminación, que una persona era libre para hacer en lo suyo, con lo suyo o de lo suyo lo que quisiera. Sin embargo, hoy ya no parece tan evidente que, por ejemplo, el propietario de una empresa se pueda negar a contratar a personas de cierto color o a mujeres, o que un club privado no admita como socias a personas de una determinada religión, sin que tales prácticas sean tachadas de discriminatorias⁸.

⁸ Como señala Tom CAMPBELL, «it may be that in the private sphere there are reasons for not legislating against discriminatory practices, but this does not mean that they are not discriminatory and morally wrong» («Sex Discrimination: Mistaking the Relevance of Gender», en Sheila MACLEAN y Noreen BURROWS (eds.): *The Legal Relevance of Gender*, Macmillan Press, London, 1988, p. 20).

1. CONCEPCIONES

El fenómeno de la discriminación se define en términos distintos según el enfoque. Así, por ejemplo, en el discurso *político* moderno por discriminar se entiende «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»⁹.

El discurso *jurídico* moderno, por el contrario, considera imprescindible «distinguir entre un sentido amplio de discriminación, como equivalente a toda infracción del principio general de igualdad, y un significado estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando concurren algunos de los criterios de diferenciación prohibidos (raza, sexo, etc.)»¹⁰. De esta manera, se puede entender que en el discurso jurídico van a tener cabida dos concepciones de la discriminación: una (el «sentido amplio»), en la que por discriminación se entiende la desigualdad —se puede decir— *tout court*, y otra (el «significado estricto»), que incorpora la idea de que la desigualdad es consecuencia

⁹ *Ibidem*, p. 16.

¹⁰ REY MARTÍNEZ, F.: «La discriminación positiva de mujeres...», cit., p. 319, en nota. Quede claro, sin embargo, que esto no ha sido siempre así y que en la doctrina jurídica durante un tiempo el único sentido era el primero, en el que la discriminación se entendía como violación de la igualdad considerada como paridad. En lo que atañe al ámbito jurídico español y a la discriminación por razón de sexo es apreciable a este respecto el cambio que se produce en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puesto de manifiesto, por ejemplo, por MIGUEL RODRÍGUEZ-PINERO en «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre discriminación laboral por razón de sexo», en AA.VV., *Perspectiva jurídica y social de la discriminación laboral por razón de sexo*, Etnakunde/Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1993, p. 27 y ss.

del mal (llámese prejuicio, intolerancia o fanatismo) que preside unas diferenciaciones o clasificaciones *grupales* entre las personas que, no por casualidad, entre los mismos juristas se suelen calificar de «odiosas».

Sin embargo, no se puede olvidar que, por un lado, lo que se denomina «sentido amplio» de la discriminación coincide con la infracción de la concepción *originaria* de la igualdad jurídica —que, como es sabido, no se basa en los grupos o colectivos, sino en el *individuo* (más precisamente, de sexo masculino, de raza blanca y propietario)—, y, por otro, que, si en algo se caracteriza el uso de la palabra «discriminación» en la actualidad, es por su proximidad temporal o, dicho de otro modo, por designar un fenómeno que afecta a determinados grupos o colectivos, pero sobre el que se ha tomado conciencia después de la segunda guerra mundial¹¹.

2. TIPOS DE DISCRIMINACIÓN: DIRECTA/INDIRECTA; DELIBERADA/INCONSCIENTE; INDIVIDUAL/GRUPAL

Según se ponga el énfasis en uno u otro de sus elementos o en la forma de manifestarse, se habla de «tipos» de discriminación y es bastante normal hacer referencia a algunos de ellos de manera binómica. Así, en el discurso de la teoría política (no estrictamente jurídico) se suele hablar de discriminación: a) *directa* o *indirecta*; b) *deliberada* o *inconsciente*; y c) *individual* o *grupal*¹². A continuación nos detendremos en su exposición y, seguida pero separadamente, en su distinción.

¹¹ *Vid. infra*, apartado III.

¹² Aunque, como se ha visto en parte (en relación al tercer binomio) y se comprobará más adelante (en relación a los otros dos), en la cultura jurídica la distinción no está clara.

radamente, nos referiremos a la denominada «discriminación inversa».

A) El primer binomio lo plantea CAMPBELL como sigue: «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 definitivo 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»¹³.

En este caso más que en otros es importante insistir en la idea de que la discriminación *directa* y la *indirecta* son sólo maneras de manifestarse y, en consecuencia, de poder detectar la discriminación. Así, se puede decir que, en principio, mientras la discriminación *directa* se detecta o advierte en una única instancia (siguiendo el tenor de los ejemplos recogidos, *lingüística*) en el caso de la *indirecta* la detección necesita dos (siguiendo también los ejemplos, una *lingüística* y otra *extralingüística*). Por otro lado, la teorización de la discriminación indirecta basada en la vinculación de unos datos a comportamientos (lingüísticos) *concretos* y explícitamente no diferenciadores o «neutros» es importante para distinguir esta figura de la discriminación socio-estructural o institucional, constatable socioló-

¹³ CAMPBELL, T.: «Sex Discrimination...», cit., pp. 16-17.

gicamente (por ejemplo, en el caso de las mujeres, la menor presencia de éstas en el mercado laboral, o en puestos de responsabilidad, o en los puestos de representación política, etc.) pero inimputable a actuaciones o prácticas *concretas*.

B) Sobre la discriminación *deliberada* o, alternativamente, *inconsciente*, poco cabe añadir al significado lexical de los términos. En el primer caso, se tratará de un *disfavour* pretendido o *intencionado*, mientras que en el segundo será *casual* o aleatorio. Únicamente, quizá, proceda subrayar algo que, por lo demás, resulta bastante obvio, y es que la intencionalidad sólo se puede «probar» a través de la objetivación proveniente del uso de presunciones.

C) Ahora bien, la discriminación directa y la indirecta pueden ser tanto deliberadas como inconscientes. Conviene precisar esta cuestión porque muchas veces se presupone que la discriminación directa es deliberada mientras que la indirecta es inconsciente. Esta identificación, debida en buena parte a la influencia del Derecho estadounidense (como veremos más adelante), desde una perspectiva teórica resulta, sin embargo, reductiva. Para mostrar esta reducción podemos acudir a un ejemplo sencillo.

Imaginemos que en la normativa de la escuela de un pueblo hay una cláusula que dice que, para su admisión en la misma, l@s niñ@s deberán pasar una especie de prueba de buenos modales o «test de urbanidad». Imaginemos, asimismo, que en el susodicho pueblo se asienta un alto porcentaje de población gitana que no se rige por el concepto de buenos modales o urbanidad que se exige en la escuela. Bien, el caso es que, en principio, a *consecuencia* de la citada normativa, l@s niñ@s de etnia gitana

son *de facto* preteridos o excluidos de la admisión a la escuela. Nos podríamos encontrar, así, con un caso de discriminación *indirecta*. Podría ocurrir que no hubiera sido intención de la dirección de la escuela al elaborar la normativa impedir la entrada de [@s niñ@s gitan@s en la misma, pero también podría ocurrir que, sin utilizar la fórmula de la discriminación directa (esto es, sin efectuar una mención expresa a las características étnicas de [@s niñ@s]), la intención hubiera sido, precisamente, la de lograr los efectos obtenidos (esto es, la preterición o exclusión *de facto*).

D) A los dos binomios de discriminación que se han mencionado ya (directa/indirecta; deliberada/inconsciente) se puede añadir ahora un tercero que parte de la distinción entre la discriminación *individual* y la *grupal*. Se habla de esta última cuando los discriminados son determinados grupos respecto a otros (por ejemplo, negros respecto a blancos, judíos respecto a cristianos, mujeres respecto a varones, etc.).

Un problema que se ha señalado en relación a este tipo de discriminación es que el concepto de grupo social no resulta preciso o determinado en su teorización¹⁴. Así, es cierto que normalmente se consideran grupos sociales a las mujeres por un lado y a los hombres por otro, también se habla usualmente de grupos raciales, étnicos, religiosos, etc., pero ¿cómo se define un grupo social? Un intento de respuesta a este interrogante lo ofrece YOUNG en los términos siguientes: «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

¹⁴ Iris Marion YOUNG: *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, N. J., 1990, p. 42 y ss.

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»¹⁵.

Otro problema de identificación de las discriminaciones grupales es que generalmente se *manifiestan* o *perciben* como individuales. Para ilustrar esta cuestión vamos a recurrir a dos ejemplos también sencillos.

Imaginemos, en primer lugar, que en una familia con dos hijos varones se posibilita la enseñanza universitaria a uno y al otro no. Si en la decisión no intervienen otros factores (como aprovechamiento en el estudio, merma de recursos económicos, etc.) o no se acude a fórmulas aleatorias (como el echarlo a suertes) el que no ha tenido posibilidad de acceso puede considerarse discriminado respecto al que la ha tenido. La discriminación en este caso será, en principio, *individual* o, lo que es lo mismo, no tendrá base grupal ya que ambos son *varones* y pertenecen al mismo grupo o colectivo.

Recordemos, sin embargo, este otro ejemplo ya conocido: en la familia hay un hijo y una hija y es a ésta a la que no se posibilita la enseñanza universitaria. En este caso, la discriminación se *percibe* o se *manifiesta* individualmente, pero la base de la misma sería presumiblemente grupal. Dicho con otras palabras, si a la hija no se le permite estudiar por lo que significa e implica socialmente pertenecer al «grupo mujeres» —resumidamente, por tener asignado exclusiva o prioritariamente el rol de dedicación y cuidado de la familia— estaríamos ante una discriminación grupal.

¹⁵ *Ibidem*, p. 43.

Este tipo de discriminación afecta hoy en día tanto a las mujeres como a otros grupos (de razas, religiones, opiniones, etc.) *concretos*. Por eso es necesario poner de relieve que el hacer referencia a la discriminación (como se suele hacer y, característicamente, en el Derecho) en términos genéricos de sexo, raza, religión, etc., implica, de alguna manera, «ocultar» que la discriminación no afecta al sexo, a la raza, a la religión, etc., en abstracto (o a todos los sexos, todas las razas, todas las religiones, etc.), sino al sexo femenino, a la raza negra, a la etnia gitana, a la religión judía, etc.

Por último, conviene precisar que la discriminación que afecta a las mujeres o al sexo femenino¹⁶, en cuanto grupal, presenta características propias y específicas. La discriminación por «ser mujer» es siempre un añadido, un *plus* al resto de las otras posibles discriminaciones. Así, en un hombre pueden concitarse distintos motivos de discrimi-

¹⁶ Al hablar de «sexo femenino» se está omitiendo una importante distinción conceptual que, en las últimas décadas, ha tenido un enorme arraigo en las ciencias sociales. Se trata de la distinción entre *sexo* y *género*: mientras el sexo hace referencia a las características biológicas o físicas, el género designa las condiciones sociales o psíquicas. Atendiendo a esta distinción los seres humanos se dividen en dos sexos (machos y hembras) mientras, a tenor de los condicionamientos sociales o psíquicos, en torno a ambos sexos se construyen dos géneros (masculino y femenino). En principio, la distinción sexo/género podría servir para diferenciar ulteriores tipos de discriminación de las mujeres (por hembras y por femeninas) en torno a los cuales construir técnicas antidiscriminatorias *ad hoc* pero, con todo, teniendo en cuenta el carácter más crítico que el alternativo de este trabajo y, sobre todo, teniendo en cuenta que el debate sobre la distinción sexo/género sigue hoy por hoy abierto y, en este sentido, la propia distinción cuestionada (*vid.* a este respecto Catherine HAKIM: *Key Issues in Women's Work. Female heterogeneity and the polarisation of women's employment*, Athlone, London/ Atlantic Highlands, N. J., 1996, especialmente p. 205), no se tomará en consideración.

minación grupal, pero, por muchos que concurran, siempre habrá uno menos que, añadidamente, concurre en las mujeres que se encuentran en su misma circunstancia. Las mujeres como grupo discriminado presentan asimismo otro rasgo específico y es que, aun siendo discriminadas como grupo, socialmente no constituyen ninguna minoría sino que son, al menos, el mismo número que el «grupo discriminador». Finalmente, hay por lo menos otra diferencia entre la discriminación de las mujeres y la de otros grupos discriminados, y es que el prejuicio en el que se basa la misma está revestido de un carácter «benigno»; con otros términos, se trata de una discriminación que, para ser considerada tal, necesita romper con roles y estereotipos asignados a las mujeres con un pretendido afán protector y deferente hacia su especial naturaleza¹⁷.

3. LA DISCRIMINACIÓN INVERSA

En el apartado relativo a los «tipos» de discriminación merece atención destacada la llamada «discriminación inversa» (*reverse discrimination*), a la que en Europa también se le da el nombre de «discriminación positiva». Para introducir el concepto partiremos de una pequeña historia real narrada por Ronald DWORKIN al comienzo del capítulo noveno de su conocido libro *Los derechos en serio* (en el capítulo titulado, precisamente, «La discriminación inversa»):

«En 1945, un negro apellidado Sweatt se presentó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, pero

¹⁷ Una «naturaleza» que, como ha sido ampliamente «razonada» en la historia del pensamiento filosófico, político y jurídico (también moderno), convertiría a las mujeres en seres física y emocionalmente incapaces, entre otras cosas, de insertarse en el mundo profesional.

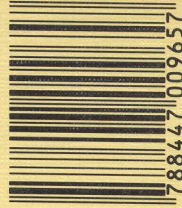
M.^a Angeles Barrère Unzueta

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho de Donostia-San Sebastián
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

**DISCRIMINACION,
DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO
Y ACCION POSITIVA
EN FAVOR DE LAS MUJERES**

El Derecho antidiscriminatorio europeo, basado en el estadounidense, necesita una profunda revisión teórica y doctrinal. Esta necesidad se hace particularmente evidente a la hora de afrontar la tipificación de las discriminaciones, así como en esa parte del Derecho antidiscriminatorio constituido por la llamada acción positiva. En el ámbito de esta última, la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, relativa al conocido caso *Kalanke*, ha generado en Europa una fuerte polémica en torno a la llamada discriminación inversa o positiva y, más concretamente, a las *cuotas*. Lamentablemente, buena parte de la polémica relativa a esta categoría resulta estéril por tener su origen bien en presupuestos conceptuales que no han sido debidamente teorizados, bien en posturas ideológicas que se presentan como conceptuales. El confusiónismo en 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. Un útil banco de prueba a este respecto se encuentra en el tema de las cuotas de mujeres en materia electoral, en donde quiebran los principales argumentos que llevan a identificar este tipo de acción positiva con la discriminación inversa y, en este sentido, a condenarla.

ISBN: 84-470-0965-3



9 788447 009657

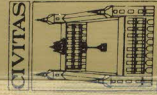
M.^a Angeles Barrère Unzueta

Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres

MAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Organismo Autónomo del Gobierno Vasco



Cuadernos
Civitas

M.^a A. BARRERE: Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres