

## 2. SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA: ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO EUROPEO

por RAFAEL DE ASÍS ROIG  
Catedrático de Filosofía del Derecho.  
Universidad de Jaén

En este trabajo me referiré brevemente al significado y justificación de la discriminación positiva con especial atención a su desarrollo en el ámbito del Derecho europeo. La tesis básica que defenderé se resume en la idea de que un Derecho coherente con los derechos, entendidos de forma integral, debe ser permeable a medidas de discriminación positiva.

Para ello, partiré de ciertas aclaraciones de índole conceptual referidas al papel de la igualdad en el Derecho de los derechos, estableciendo finalmente una doble proyección que denominaré como «igualdad en la distribución» e «igualdad en la relación intercultural». A partir de ahí, trataré ambas proyecciones de forma separada centrándome en su desarrollo en el ámbito del Derecho europeo, y planteando los problemas que en éste se han suscitado referidos a estas cuestiones. En cualquier caso, mi reflexión girará básicamente sobre la primera de las proyecciones.

### **2.1. LA IGUALDAD EN EL DERECHO DE LOS DERECHOS**

El papel de la igualdad en el Derecho suele ser representado a través de tres posibles referentes: como valor, como derecho y como principio. No obstante, el significado de los dos primeros está en función del tercero. En efecto, lo sustancial de la igualdad como va-

lor<sup>1</sup> se traduce en su constitución como criterio inspirador de la normativa jurídica, si bien su operatividad y alcance va a depender, ciertamente, de los otros dos referentes. Por su parte, la consideración de la igualdad como derecho puede resultar en ocasiones problemática. Así por ejemplo, si nos fijamos en los ordenamientos jurídicos europeos, no cabe duda que es posible defender la existencia del derecho fundamental a la igualdad formal'. Sin embargo, puede resultar más dudoso hablar de un derecho a la igualdad material. En todo caso, para ello es necesario analizar la idea de la igualdad como criterio de distribución, esto es, la idea de la igualdad como principio.

Referirse a la igualdad como principio jurídico supone, en el ámbito de los derechos, considerarla como criterio de distribución de los contenidos de libertad. En este sentido, suelen destacarse tres grandes sentidos de la igualdad como criterio de distribución: generalidad, equiparación o diferenciación negativa y diferenciación positiva<sup>3</sup>.

La igualdad como generalidad es la igualdad ante el Derecho que no tiene en cuenta circunstancias de los sujetos. Se relaciona con los requisitos de generalidad y abstracción de las normas, y supone un idéntico status jurídico en la aplicación y legislación. En relación con los derechos implica que todos son iguales en su titularidad y ejercicio. Esta dimensión de la igualdad se constituye en presupuesto de

---

Sobre la igualdad como valor se han expresado, entre nosotros, G. Peces-Barba y A. Pérez-Lurio. Para el primero se trata de criterios materiales para llevar a cabo el valor solidaridad, que sirven de base para crear condiciones materiales para una libertad de todos y contribuir a la seguridad en la satisfacción de las necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo (*vid.* Peces-Barba, G. y otros, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid 1995, pp. 283); según el segundo, se trata del contexto axiológico básico para la interpretación de todo Ordenamiento (*vid.* Pérez-Luño, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 19987, pp. 140 y ss).

<sup>2</sup> Así, en el ámbito español, el Tribunal Constitucional ha recalcado desde sus primeros pronunciamientos la existencia de tal derecho. Sirva de ejemplo su sentencia 49/82 de 14 de julio, donde afirma: «El artículo 14 de la Constitución española, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual».

<sup>3</sup> Estos sentidos se encuentran en la célebre fórmula aristotélica: «la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales». Aristóteles, *Política*, ed. de J. Marías y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, p. 83.

todo Derecho' y está presente, por otro lado, en la idea de sujeto moral que presupone el discurso justificatorio de los derechos, aunque lógicamente se ve condicionada también por otros caracteres del Derecho (como es por ejemplo la idea de soberanía estatal que se traduce, en lo que a los derechos se refiere en la exaltación de la ciudadanía y con ella en la distinción entre nacionales y extranjeros en lo referido a la titularidad y ejercicio de los derechos).

Desde este presupuesto, el Derecho y sus normas, tendrán como finalidad establecer diferencias'. Así, a partir de él, la igualdad en el Derecho se relaciona con la idea de diferenciación, ya sea negativa o positiva. El principio de igualdad en el Derecho trataría así de establecer cuando está justificado crear diferencias normativas y cuando no

Ahora bien, en este punto conviene distinguir, con A. Ruiz Miguel, entre diferenciación para la igualdad y diferenciación como igualdad. La primera plantea el problema de los fines de una sociedad más igualitaria, en el sentido de si es exigible o no la existencia de políticas que traten desigualmente a quienes son desiguales con objeto de aminorar las distancias entre ellos, ayudar a los más desfavorecidos, etc. La segunda plantea el problema de la justificación de un determinado modelo de sociedad igualitaria en el que las relaciones sociales se caracterizan por una diversidad entre grupos que no implica dominación'. Tomando en cuenta esta distinción abordaré el problema de la igualdad en la distribución de los derechos dentro de la primera perspectiva, dejando para la segunda el análisis de la cuestión sobre la interculturalidad.

---

Un Derecho que no asume esta dimensión de la igualdad difícilmente puede ser considerado como tal. Se trata, como ha señalado A. Ruiz Miguel («La igualdad en la jurisprudencia del T.C.», en *Doxa*, n. 19, 1996, p. 41) de un mínimo negativo e indeclinable, o como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional (216/91 de 14 de noviembre), de un principio inherente al Estado de Derecho y, por tanto, añadiría yo, a nuestra forma de entender el Derecho.

<sup>5</sup> *Vid.* Rubio Llorente, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, p. 16.

<sup>6</sup> «...el contenido del principio de igualdad no es otro que obligar a que la desigualdad tenga fundamento». De Otto, I., «El principio de igualdad en la Constitución española», en *Igualdad, desigualdad y equidad en España y México*, Colegio de México, 1985, p. 351.

<sup>7</sup> *Vid.* Ruiz Miguel, A., «La igualdad como diferenciación», en AA.VV., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid 1994, p. 286.

## 2.2. LA IGUALDAD EN LA DISTRIBUCIÓN

El problema de la igualdad como criterio de distribución de derechos presenta dos proyecciones, a saber, la igualdad como diferenciación negativa y la igualdad como diferenciación positiva. Estas dos proyecciones se mezclan con otros tipos de clasificación de la igualdad que conviene también mencionar.

Así por ejemplo, es habitual diferenciar entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultados'. La igualdad de oportunidades, como ha señalado N. Bobbio, apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales»<sup>9</sup>. Por su parte, la igualdad de resultados se corresponde con aquellas medidas que pretenden de manera directa satisfacer aspectos de la competición o conquistas vitalmente significativas. De esta manera, la distinción puede ser descrita tomando también como referente la diferenciación entre igualdad en el punto de partida e igualdad en el punto de llegada. En todo caso, como veremos, esta distinción tradicional no puede ser trazada de forma tajante y resulta poco útil en el examen de ciertos supuestos".

Otra clasificación en cierta forma relacionada con la anterior, si bien, con mayor especificación de los referentes a tener en cuenta, es la que consiste en diferenciar entre igualdad de recursos e igualdad de bienestar. La primera implica igualdad de oportunidades, y toma en cuenta tanto recursos personales (cualidades y habilidades naturales tales como la salud física y mental o el talento) como impersonales (bienes materiales, derechos, etc.). La segunda hace referencia a la igualdad en los resultados'.

---

<sup>9</sup> Vid. entre otros Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, trad. de P. Aragón, Paidós, Barcelona 1993; Alarcón Cabrera, C., «Reflexiones sobre la igualdad material», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, pp. 35 y ss.

Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, cit., 78.

<sup>10</sup> Como ha puesto de manifiesto D. Giménez Gluck, la clasificación de medidas de igualdad bajo estos criterios no es clara. Así por ejemplo, puede ocurrir que una misma medida sea para una mujer concreta igualdad de resultados pero para el colectivo de mujeres igualdad de oportunidades. Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, p. 46.

<sup>11</sup> Vid. Dworkin, R., *Ética privada e igualitarismo político*, trad. de A. Doménech, Paidós, Barcelona 1993, pp. 88 y ss. La igualdad de recursos suele presentarse con mu-

Entrando ya en la igualdad como diferenciación, conviene subrayar como, la diferenciación negativa supone un trato igual de circunstancias o situaciones diferentes que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de las normas. Es lo que podríamos denominar como el trato igual de situaciones no idénticas o también la igualdad como no discriminación. En relación con los derechos implica la no diferenciación en lo referido a su titularidad, ejercicio y garantías. En todo caso, esta proyección no se entiende sin la siguiente. La igualdad como diferenciación positiva, supone un trato diferente de circunstancias y situaciones que se consideran relevantes. Se trata de medidas que de alguna manera se relacionan con un determinado tipo de organización jurídico-política como es el Estado Social de Derecho, y se presentan al hilo de dos de las principales funciones que en ese ámbito corresponden al Derecho, esto es, la función promocional y la función redistributiva.

Ciertamente no existe una gran claridad en el ámbito doctrinal para delimitar los distintos tipos de medidas susceptibles de ser incluidas en el ámbito de la igualdad como diferenciación positiva. No obstante, y siguiendo a Giménez Gluck es posible distinguir dos grandes grupos de medidas. Por un lado, las medidas de igualdad positiva, que son «tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad ente ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia en el trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individualmente la determinan». Por otro, las acciones positivas, que van dirigidas a co-

---

cha mayor justificación que la de resultados, y ello es consecuencia, como ha señalado W. Kymlicka de la creencia en que «el destino de las personas está determinado por sus elecciones, y no por sus circunstancias». Kymlicka, W., *Filosofía política contemporánea*, trad. de R. Gargarella, Ariel, Barcelona 1995, p. 69. Ahora bien, esta visión tradicional tiene un primer límite derivado de la existencia de diferencias en lo relativo a las cualidades naturales, es decir, la existencia de seres con diferente talento o con discapacidades (Ciertamente, este primer límite ha intentado ser solucionado por diferentes caminos, entre los que destaca el sistema de subastas y seguros», propuesto por Dworkin, R., «What is Equality?», en *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981. Vid. la crítica de Kymlicka, W., *La filosofía política contemporánea, cit.*, pp. 63 y ss.), límite este que puede ser extendido también al producido por la existencia de condiciones sociales diferentes.

<sup>12</sup> Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa, cit.*, p. 58.

lectivos con independencia de circunstancias personales y que tienen un carácter temporal". Dentro de las acciones positivas es posible a su vez diferenciar entre acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa". Las primeras tratan de apartar obstáculos que impiden que ciertos colectivos estén en situación de igualdad y por lo tanto, consisten en un trato desigual que tiene como objetivo proporcionar el ejercicio de determinados derechos a ciertos sujetos o grupos, pero sin que ello suponga eliminar la titularidad de los mismos al resto<sup>15</sup>. La discriminación inversa se caracteriza, siguiendo a A. Ruiz Miguel, por consistir en la atribución de «privilegios» por determinados rasgos 'sospechosos» (raza, sexo, religión) en ámbitos de particular escasez (acceso a puestos de trabajo, cargos políticos, educación, etc.)<sup>16</sup>. A través de estas medidas se atribuyen ciertos derechos a miembros de grupos tradicionalmente discriminados apartando de tal posibilidad al resto.

Un aspecto problemático de la igualdad como diferenciación negativa es el de la llamada discriminación indirecta, que se produce cuando tratos formalmente neutrales inciden negativamente sobre un grupo o una clase de sujetos'. Por su parte, lo problemático de la igualdad como diferenciación positiva radica en que, tanto la acción

---

<sup>13</sup> Así por ejemplo, como señala L. Millán Moro, para la Comisión Europea son acciones positivas, «...todas las medidas destinadas a contrarrestar los efectos de discriminación en el pasado, a eliminar las discriminaciones existentes y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en relación con tipos o niveles de empleo donde los miembros de un sexo están infrarrepresentados». Millán Moro, L., «Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 3, 1998, p. 184.

<sup>14</sup> Vid. Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., p. 59.

<sup>15</sup> Existen así determinados matices de estas medidas que permiten individualizarlas. La discriminación inversa puede entenderse como un trato privilegiado y las acciones positivas como un trato preferente. Por su parte, la primera suele expresarse a través de una política de cuotas mientras que la segunda no, o en el caso de que lo haga se trataría de cuotas por decisión y no de cuotas por resultado. Vid. esta distinción en Barrere Unzueta, M., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid 1997, pp. 87 y ss.

<sup>16</sup> Ruiz Miguel, A., «La discriminación inversa y el caso Kalenke», en *Doxa n. 19*, 1996, pp. 126 y 127.

<sup>17</sup> La discriminación indirecta está relacionada con lo que en el ámbito norteamericano se denomina *disparate impact* (impacto o efecto adverso), que son medidas aparentemente neutrales pero que tienen un efecto negativo en determinados colectivos. El Tribunal Constitucional español se ha referido a ella en su sentencia 145/91.

positiva como la discriminación inversa, se presentan como discriminaciones directas'. En cualquier caso, no cabe duda de que la justificación de la diferenciación positiva es diferente según estemos ante un tipo u otro de medidas antes apuntadas. Así, parece que el problema mayor lo presenta la discriminación inversa. Como nuestro trabajo toma como referente el Derecho europeo, se centrará en la posible justificación de este tipo de medidas, y en concreto de una de sus manifestaciones específicas como es la política de cuotas, que es la que mayor problemática ha generado en ese ámbito<sup>19</sup>, siendo así posible extender a fortiori sus conclusiones al resto de medidas.

En todo caso, teniendo en cuenta el papel de la igualdad dentro del propio concepto del Derecho, podríamos afirmar con F. Laporta que, «la diferenciación basada en rasgos distintivos relevantes procede sólo cuando la no discriminación por rasgos irrelevantes está satisfecha». Así, y en palabras de este autor, «una institución satisface el principio de igualdad si y solo si su funcionamiento está abierto a todos en virtud del principio de no discriminación, y una vez satisfecha esta prioridad, adjudica sus beneficios o cargas diferentemente en virtud de rasgos distintivos relevantes»'. Ahora bien, como veremos, esta afirmación cobra sentido si separamos lo que podríamos considerar como los criterios de distribución, de las condiciones previas de la distribución.

### **2.2.1. Dos sentencias problemáticas**

En el ámbito del Derecho europeo es a partir de los años setenta cuando comienzan a aparecer ciertas directivas que desarrollan algunos aspectos del principio de igualdad básicamente referidos al ámbito laboral y en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres'. Ello no significa que con anterioridad este principio no estuviera

---

<sup>18</sup> Vid. De Lucas, J., «La igualdad ante la ley», en AA.VV., *El Derecho y la justicia*, ed. de E. Garzón Valdés y F. Laporta, Trotta, Madrid 1996, p. 497.

<sup>19</sup> En España es significativa en esta materia la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la representación del colectivo de discapacitados en la Administración canaria (Sentencia 269/94 de 3 de octubre).

<sup>20</sup> Laporta, F., «El principio de igualdad: introducción a su análisis», en *Sistema*, 67, 1985, pp. 26 y 27.

<sup>21</sup> Sobre el tema vid. entre otros, Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid 1986, pp. 135 y ss.; Alarcón Caracuel, M. R.,

presente. En efecto, en el Tratado de Roma (1957) tanto el artículo 117 cuanto el 119, se referían a esta idea. En el primer caso se aludía a la necesidad de promover la mejora en las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores a fin de conseguir su equiparación, y en el segundo se hacía referencia específica al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres trabajadores.

Por otro lado, y además, hay que ser conscientes de que la igualdad como generalidad, principio que está presente en la misma concepción moderna del Derecho, está también en el Derecho europeo, o si se prefiere, es uno de sus presupuestos. El especial origen de este Derecho hará que esa sea una idea presupuesta y que, a partir de ella, el Derecho se encargue de especificar formas de hacerla efectiva'.

En cualquier caso, como he señalado, a partir de los años setenta comienzan a aparecer directivas y decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas que se desenvuelven en el ámbito de la igualdad como diferenciación'. Así, en relación con la igualdad como no discriminación (diferenciación negativa), es significativa la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 1978 sobre el caso De-frenne, y en relación con la igualdad como diferenciación positiva, lo es la sentencia del llamado caso Kalanke (1995) relacionado con la Directiva 76/207 de 9 de febrero de 1976.

El caso Kalanke tiene su origen en la Ley del Land de Bremen de 20 de noviembre sobre igualdad de trato entre hombre y mujeres en la función pública. En esta ley se señalaba que las mujeres con igual capacitación que los hombres tendrían prioridad en el acceso, traslado y promoción, siempre que estuvieran infrarrepresentadas en dicho sector profesional. Pues bien, el señor Kalanke y la Sra. Glissman

---

«El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea», en *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral*, coord. de J. Cruz Villalón, Aranzadi 1997, pp. 19 y ss. En general, puede consultarse la normativa reflejada en el volumen *Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, Textos comunitarios*, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Relaciones laborales y Asuntos sociales, 1998.

<sup>22</sup> No debe ser pasado por alto que este Derecho básicamente se constituye en un conjunto normativo que pretende regular ámbitos específicos y que, de esta forma, puede ser presentado como especificación de las regulaciones normativas de los Estados que forman la Comunidad europea. Y esto último hace que con carácter general, y tal y como vimos con anterioridad, el análisis del principio de igualdad en sede europea, deba hacerse desde el examen de la igualdad como no discriminación y de la igualdad como diferenciación.

<sup>23</sup> Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo *vid.* Barrere Unzueta, M. A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, *cit.*, pp. 58 y ss.

compitieron para el acceso a un puesto de trabajo (Jefe de la Sección de Jardines de Bremen), obteniendo la misma calificación. Sin embargo, y en virtud de la citada Ley, el puesto fue concedido a la Sra. Glissman. En vista de ello, el Sr. Kalanke recurrió en varias instancias y un juez de apelación, aun considerando que la ley no era contradictoria con la Constitución alemana ni con las Leyes federales entendió que podría serlo con la Directiva comunitaria 76/207 elevando una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. En concreto, la posible controversia estaba en relación con los artículos 2,1 y 2,4 de la Directiva. En el primero se afirma que el principio de igualdad de trato implica la ausencia de toda discriminación basada en el sexo, ya sea directamente, ya indirectamente...»; en el segundo se permite a los Estados miembros adoptar y/o mantener en vigor medidas dirigidas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, remediando las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en materias como el acceso al empleo, promoción, formación profesional, condiciones de trabajo, etc.

El Tribunal de Justicia resolvió afirmando la existencia de esa contradicción. En su sentencia, el Tribunal señala que la normativa comunitaria autoriza medidas que, aun siendo discriminatorias, se dirigen a eliminar desigualdades de hecho, pero que sin embargo, la Ley de Bremen va más allá, al sustituir la promoción de iguales oportunidades por el resultado. Es decir, según el Tribunal, la «preferencia automática» es un supuesto de igualación en resultados que no debe admitirse.

Este polémico fallo" dio lugar a una Comunicación de la Comisión europea en donde se afirmaba que lo que hacía el Tribunal es excluir el sistema automático de cuotas disminuyendo la importancia de la distinción entre igualdad de oportunidades y de resultados'.

---

<sup>24</sup> Así, en el ámbito de la filosofía del Derecho española puede consultarse los trabajos de Ruiz Miguel, A., «La discriminación inversa y el caso Kalanke», en *Doxa*, 19, 1996; Atienza, M., «Un comentario al caso Kalanke», en *Doxa*, 19, 1996; Barrere Unzueta, M.A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, cit., pp. 105 y ss. Sobre el caso, existe una buena recopilación bibliográfica en Millán Moro, L., *Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial*, cit., p. 174.

<sup>25</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, COM (96) 88 final. Bruselas 27 de marzo de 1996.

Dos años más tarde, el Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre un asunto similar, en el llamado caso Marschall". En este caso, se trataba de la promoción a un puesto de trabajo resuelto en favor de una mujer, en virtud de la Ley de la Función Pública del Land de Renania-Westfalia que venía a decir lo mismo que la Ley de Bremen, si bien se matizaba que la preferencia no tendrá lugar cuando concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor. H. Marschall, que no había podido acceder al puesto en cuestión recurrió también la decisión y, al igual que en el caso Kalanke, el juez nacional planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

En este caso, en sentencia de 11 de noviembre de 1997, el Tribunal decidió que no existía la contradicción. En su sentencia, el Tribunal subraya que en este caso no hay preferencia automática, debido al matiz existente en la disposición relativo a la posible existencia de motivos que inclinen la balanza en favor de un candidato (cláusula de apertura). En este sentido, el Tribunal admite esta normativa ya que no se trata de igualdad de resultados sino de oportunidades.

### **2.2.2. El problema de la justificación de la diferenciación**

Aunque normalmente se tiende a justificar sólo la diferencia y no el trato uniforme', a lo que contribuye la presencia de la idea de igualdad formal en el propio concepto de Derecho, tanto la diferenciación negativa cuanto la positiva presuponen un juicio de relevancia y de razonabilidad, y esto es precisamente lo esencial en su justificación'. En efecto, el juicio de relevancia y razonabilidad no es

---

<sup>26</sup> Vid. sobre este caso Millán Moro, L., «Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: Igualdad formal versus igualdad sustancial», *cit.*, pp. 173 y ss.; González Giménez, J., «La discriminación positiva hacia la mujer respecto al acceso al empleo. La sentencia Marschall del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de noviembre de 1997.», en *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, 133, 1998, pp. 19 y ss.

<sup>27</sup> Vid. Prieto Sanchís, L., «Los derechos sociales y el principio de igualdad», en Prieto Sanchís, L., *Ley, Principios, Derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n.7, Dykinson, Madrid 1998, p. 85.

<sup>28</sup> En todo caso, la justificación de la diferencia, como ha apuntado E. Alonso García, exige superar tres test. Por un lado el de la diferencia de la consecuencia jurídica (su existencia o no); por otro el de la relevancia o irrelevancia de la desigualdad; y, por último, el de la razonabilidad. Vid. Alonso García, E., «El principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución española.», en *Revista de Administración Pública*, 1, 1983.

otra cosa que el intento de presentar razones que permitan apoyar una u otra medida. Y, en este sentido, es importante advertir como la justificación de este tipo de medidas, y principalmente la que tiene que ver con la diferenciación positiva, puede seguir dos caminos. El primero de ellos es aquel que pretende analizar una decisión concreta caracterizándola como excepción al principio de no diferenciación; el segundo pretende analizar la decisión dentro de una política concreta movida por determinados intereses igualitarios. Así, en el primer camino, la justificación se mueve en torno a un conflicto de principios, esto es entre no discriminación y diferenciación<sup>29</sup>. En esta línea, la justificación vale para el caso concreto y se exige ponderación y razonabilidad. En el segundo camino, de lo que se trata es de justificar por un lado los principios igualitarios que apoyan la medida y por otro la adecuación de esta a dichos principios, apareciendo también la cuestión sobre la razonabilidad<sup>30</sup>. Ciertamente un examen del problema de la diferenciación positiva exige tomar en cuenta ambos caminos.

En todo caso, la justificación de la diferencia debe estar apoyada en criterios objetivos y razonables'. Ahora bien, el problema está precisamente en el alcance de esa expresión y, en concreto, en las ideas de relevancia y razonabilidad.

En esta problemática aparecen cuestiones de indudable contenido valorativo<sup>32</sup> y que pueden ser analizadas desde el Derecho, pero también fuera de él. Pero en todo caso, en la determinación de lo relevante y de lo irrelevante podemos desechar dos planteamientos. Se trata de lo que F. Laporta ha denominado como igualitarismo radical (ningún rasgo distintivo de ningún ser humano es relevante para operar en su atención una diferenciación) y antiigualitarismo total (cualquier rasgo distintivo es base suficiente para la diferenciación)".

---

<sup>29</sup> Vid. Prieto Sanchís, L., «Los derechos sociales y el principio de igualdad», *cit.*, p. 90.

<sup>30</sup> De forma similar puede afirmarse que el problema de la igualdad no es idéntico si se plantea en relación con una medida que afecta a un individuo o a un colectivo.

<sup>31</sup> Tal y como se expresa en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968 y luego es reiterado por la jurisprudencia constitucional europea.

<sup>32</sup> Vid. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, p. 395.

<sup>33</sup> Vid. Laporta, F., «El principio de igualdad: introducción a su análisis», *cit.*, p. 15.

A partir de aquí, como he señalado, se trata de apuntar razones que justifiquen uno u otro tipo de igualdad, si bien, hay que ser conscientes de que la discusión en el Derecho aparece de forma mínimamente acotada'. No obstante, interesa más en este trabajo llevar a cabo una reflexión que trascienda los límites de un Ordenamiento jurídico concreto. Y en este punto normalmente la razonabilidad se mueve en términos de imparcialidad. Sin embargo, es también posible hablar de parcialidad razonable en el ámbito de la relevancia y este es el camino que seguiré", con el objetivo de defender y justificar la diferenciación positiva.

La idea de razonabilidad, en el ámbito de la decisión, no debe ser identificada con la de racionalidad. Esta última expresa la exigencia de que las decisiones puedan ser justificadas desde reglas y en conformidad con ellas. Por su parte la exigencia de razonabilidad se proyecta precisamente en la justificación de esas reglas y en las consecuencias de su utilización". Razonabilidad significa así aceptabilidad y su examen, y el del problema de la igualdad, se lleva a cabo dentro de una teoría moral, en el sentido de que sólo es comprensible dentro de una determinada manera de entender como deben ser concebidos los seres humanos y cual es su papel en la sociedad.

Ciertamente, no es posible en este breve trabajo adentrarnos en la exposición de una teoría moral de este tipo y en sus implicaciones. Sin embargo, aludiré a algunas de las notas que, desde mi punto de vista deben ser tenidas en cuenta, siempre y cuando queramos situar nuestra reflexión dentro del discurso sobre los derechos. Dichas notas permitirán señalar los límites de lo razonable y, en definitiva determinar con carácter general el significado que debe adquirir este principio en el ámbito de una teoría integral de los derechos, entendiendo por tal aquella que opera con las tres categorías básicas de los mismos, a saber, los derechos individuales y civiles, los políticos y los sociales. Se trata en definitiva de apuntar ciertos rasgos que deben ser

---

<sup>34</sup> En efecto, con carácter general cabe afirmar que es arbitrario y no razonable establecer diferencias negativas que tomen como base rasgos relevantes para el Derecho o establecer diferencias positivas que tomen como base rasgos irrelevantes para el Derecho. Se trata ciertamente de un planteamiento general pero que sirve para situar el problema y para subrayar como toda utilización de estas proyecciones debe poseer un referente normativo.

Tomo el término, aunque con un sentido algo distinto, de Nagel, Th., *Igualdad y parcialidad*, trad. de J. F. Alvarez Alvarez, Paidós, Barcelona 1996, p. 44.

<sup>36</sup> Y en este sentido entra en juego la proporcionalidad. Vid. Rodríguez-Piñero, M., «Discriminación y acción positiva en la Unión Europea», en *Mujeres*, 21, 1996, p. 6.

tenidos en cuenta a la hora de operar con la idea de razonabilidad en lo referente a medidas de igualdad'.

Partiré así de una serie de presupuestos que entiendo sirven para justificar los derechos y definen también una forma de entender lo moral. Estos presupuestos parten de una determinada idea de los individuos como agentes relevantes en la discusión moral, que se resume en su consideración como sujetos morales dotados de dignidad. Pues bien, entiendo que hay una manera mínima de definir esta idea. Para ello me apoyaré básicamente en G. Peces-Barba<sup>38</sup>.

Considerar a los individuos como sujetos morales dotados de dignidad supone:

- a) Afirmar y defender que todos los individuos entendidos como agentes morales se caracterizan por poseer libertad de elección, esto es, por estar dotados de capacidad para elegir.
- b) Afirmar y defender que todos los individuos orientan su existencia hacia la consecución de determinados planes o proyectos de vida (libertad moral). Planes y proyectos que varían en la vida del sujeto pero que orientan en cualquier caso y definen su vida moral.

Este planteamiento de la idea de individuo como sujeto moral dotado de dignidad es formal, aunque conlleva un contenido material que se traduce en la defensa de aquellos condicionantes que permiten la misma existencia de los individuos y que se presentan como presupuestos de la moralidad. En definitiva se trata de no impedir y garantizar la libre elección sobre la vida y la satisfacción de necesidades básicas.

En cualquier caso, este presupuesto es igual para todos, sin que pueda justificarse el establecimiento de diferencia alguna. Se trata, como ya señalé, de un presupuesto normativo que debe estar presente en toda justificación de los derechos, y que dota a la igualdad de un contenido también normativo.

A partir de este presupuesto, el logro de la libertad moral necesita de una serie de instrumentos que pueden tener una proyección úni-

---

<sup>1</sup> Conviene ser conscientes de que lo que sigue, se circunscribe, como no podía ser de otra forma, a una determinada manera de entender lo moral y la teoría de los derechos. En efecto, la discusión sobre la igualdad puede llegar a conclusiones diferentes dependiendo de la opción moral, política y jurídica desde la que se aborde.

<sup>39</sup> Vid. Peces-Barba, G. y otros, *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 207 y ss.

camente individual o también social. En todo caso, en la medida en que los planes de vida pueden entrar en colisión, la proyección social es enormemente relevante. Y es precisamente en ella en donde se puede encontrar en la historia la discusión sobre los derechos.

Así, a lo largo de la historia han ido surgiendo una serie de instrumentos a través de los cuales se protegen bienes considerados como fundamentales en el camino social de los individuos hacia el logro de su libertad moral. Los derechos van a suponer el reconocimiento y la protección de una serie de bienes que, partiendo de esa idea igual de sujeto moral, favorecen en un determinado momento espacial y temporal, el logro de la libertad moral (dándose el caso de que obviamente, también restringen y delimitan planes posibles de vida, esto es tipos de libertad moral). Los bienes se consideran importantes y fundamentales para todo sujeto moral, pero el Derecho sólo va a ser necesario para intervenir en aquellos casos en los que los bienes no son satisfechos, bien por actuación de terceros bien por cualquier otro motivo. Esta idea de igualdad y este papel del Derecho es común a los tres tipos tradicionales de derechos susceptibles de ser definidos mediante tres proyecciones de la idea de libertad'.

Siendo coherentes con esta idea de sujeto moral, parece que el examen de lo razonable tiene una serie de límites que son abstractos e históricos. Los límites abstractos se deducen de las exigencias de carácter material que consideramos como presupuestos de la moralidad; los históricos, por su parte, obligan a atender las circunstancias contextuales de los sujetos y a los contenidos morales que expresan en la actualidad los derechos. En este sentido, lo aceptable y por tanto razonable es aquello que puede ser justificado desde estos límites. A partir de ellos, la cuestión sobre la razonabilidad debe moverse en términos de aceptación real, y por tanto, una vez superados esos límites la medida se justifica cuando sea capaz de contar con el apoyo de la mayoría de los sujetos morales implicados.

En este sentido, la discusión sobre la igualdad debe tener en cuenta la situación real de los seres humanos. Ciertamente, en la literatura sobre la igualdad, se admite con cierta generalidad, a excepción tal vez de los planteamientos libertarios, como se trata de una discusión que no puede partir de la creencia en la existencia de una idéntica situación social, económica y cultural de los sujetos. Los seres humanos estamos en situaciones diferentes y esto condiciona el discurso

---

<sup>SV</sup> Vid. Peces-Barba, G. y otros., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 221 y ss.

sobre la igualdad. Thomas Nagel se ha referido a cuatro fuentes de desigualdad, la de discriminación, la de clase, la de talento y la de esfuerzo<sup>40</sup>, que coinciden con los aspectos que tradicionalmente entran en la discusión sobre la razonabilidad y la relevancia. La desigualdad «de discriminación» tiene que ver con esos rasgos sospechosos a los que antes aludíamos, esto es, con la raza, el sexo, la religión. La desigualdad «de clase» tiene que ver con la existencia de ventajas heredadas por la posesión de recursos o de medios necesarios para acceder a posiciones. La desigualdad «de talento» tiene que ver con habilidades o cualidades naturales. Por último, la desigualdad «de esfuerzo» tiene que ver con la actuación individual de los diferentes sujetos. En este sentido, puede ser añadido otro tipo de desigualdad, la «de elección», que también suele manejarse en la reflexión sobre la igualdad, y que hace referencia a situaciones producto de la elección de los individuos.

Que duda cabe que el examen del principio de igualdad obliga a tener en cuenta todos y cada uno de estos posible tipos de desigualdad y que la atención a uno en detrimento de los otros condiciona la reflexión y la hace vulnerable. Ahora bien, entre esos diferentes tipos de desigualdad hay algunos que se originan por la pertenencia a un determinado colectivo (sexo, raza, religión, clase) y otros que se originan por determinadas características individuales. Seguiré utilizando para referirme a lo primero el término «sospechoso».

Dentro de esta categoría es posible diferenciar cuando la pertenencia al colectivo es fruto del ejercicio de la capacidad de elección (religión) de cuando no lo es. Además en el tratamiento de estos colectivos resulta relevante analizar si la causa de la desigualdad está también en el ejercicio de la libertad de elección y, en ocasiones, prestar atención al componente numérico del colectivo en cuestión.

En relación con los segundos tipos de desigualdad es posible diferenciar lo que podríamos denominar como «naturales» (habilidades naturales) de los que podríamos denominar como «construidas» (esfuerzo y elección). Las naturales coinciden con las sospechosas si bien se diferencian de ellas por la nota de la individualidad; las construidas se distinguen de todas las anteriores por ser fruto del ejercicio de la capacidad de elección.

Por otro lado, es importante advertir también como la discusión sobre la igualdad debe atender al contexto sobre el que se dirige su

---

<sup>40</sup> Vid. Nagel, Th., *Igualdad y parcialidad*, cit., pp. 108 y 109.

examen, y puede verse alterado por éste. Es decir, es posible afirmar con M. Walzer, que la idea de igualdad es una idea compleja, en el sentido de que los diferentes bienes sociales pueden tener también diferentes criterios de distribución'.

Ahora bien, en todo caso, la discusión sobre la igualdad, en conexión con la perspectiva de justificación moral llevada a cabo antes, debe utilizar al menos dos criterios guía, que se presentan como condiciones previas de la distribución. Desde esa perspectiva el juicio de la relevancia y razonabilidad en el ámbito de los derechos, está presidido, en primer lugar, por la exigencia de atención al problema de la capacidad de elección y de las necesidades básicas o dicho de otra forma, el principal criterio de relevancia es el del respeto a la capacidad de elección y la satisfacción de necesidades básicas. Se trata de un presupuesto de la discusión moral y por lo tanto de un requisito previo de toda medida de igualdad.

Pero además, existe otro criterio guía que se deduce de nuestra perspectiva originaria y, en definitiva del igual valor que se concede a la capacidad de elección de los sujetos morales. En virtud de ello, el juicio de relevancia y de razonabilidad está limitado por la necesidad de contemplar y en su caso situar, en el presupuesto de toda discusión moral, a los sujetos morales en igual situación de poder para la determinación de aquello que puede ser considerado como correcto'.

Ambos criterios son previos a la cuestión sobre la distribución de los derechos, en el sentido de presentarse como condición de cualquier tipo de reconocimiento real de los mismos. Es decir, el discurso de los derechos, coherente con su significado actual, exige tomar en consideración esta idea de sujeto moral, que a su vez implica la satisfacción de necesidades básicas y la atribución de idéntico poder en la discusión".

---

<sup>41</sup> Vid. Walzer, M., *Las esferas de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1993, pp. 32 y 33. Ahora bien, como veremos, la igualdad compleja de la que habla Walzer, y en la que cobra gran relevancia la participación, presenta unos condicionantes previos, o dicho de otro modo vale siempre y cuando están satisfechas una serie de requisitos de igualdad.

<sup>42</sup> Ciertamente este criterio puede contemplarse desde la perspectiva de poder (vid. Kymlicka, W., *Filosofía política contemporánea*, cit., p. 267) o desde la no exclusión (vid. De Lucas, J., «La igualdad ante la ley», cit., p. 498).

" Pues bien, tomando en cuenta estas notas cabe afirmar que desde una visión integral de los derechos, es posible defender con carácter general la virtualidad de la igualdad de resultados, o si se prefiere, de la igualdad en el punto de llegada (Vid. Bailestero, M. V., «Acciones positivas. Punto y aparte», trad. de M. Atienza y J. A. Pérez

Más allá de estos dos criterios guía, y también en coherencia con las reflexiones expuestas, parece que la justificación de la diferenciación positiva exige atender a las razones que originan dicha medida, siendo necesario prestar atención a la posible presencia de los diferentes tipos de desigualdad antes aludidos. Es decir, cuando no se trata de satisfacer necesidades básicas o de situar en idéntica situación de poder a los sujetos morales, el problema de la justificación de la diferenciación positiva debe atender y operar desde los distintos tipos de igualdad y desde las circunstancias que están en juego. Y en este punto, con carácter general, está justificado llevar a cabo medidas de diferenciación positiva (tanto en el sentido de igualdad de oportunidades como de resultados), siempre y cuando estas sean aceptadas por aquellos colectivos o personas a los que van dirigidas.

En resumen, lo anterior se traduce en la defensa de dos postulados dentro de una teoría integral de los derechos":

- a) Una teoría integral de los derechos justifica la diferenciación positiva que pretenda satisfacer necesidades básicas de los individuos.
- b) Una teoría integral de los derechos justifica la diferenciación positiva que pretenda situar a los individuos en idénticas condiciones en el ámbito de la discusión moral.

A partir de aquí la teoría de los derechos maneja otro principio que se presenta como criterio de distribución, y que sigue condicionando la idea de razonabilidad, siempre bajo el presupuesto de los anteriores:

- c) El disfrute de los derechos debe estar abierto a todos si bien pueden establecerse diferencias que, en virtud de los diferentes tipos de desigualdad, atendiendo al contexto en el que estos se desenvuelven, y teniendo en cuenta diferentes criterios

---

Lledó, en *Doxa*, 19, 1996, p. 100), siempre y cuando se trate de la satisfacción de necesidades básicas o de situar en idéntica situación de poder en el ámbito de la discusión moral.

Estos dos postulados a favor de la diferenciación positiva se presentan como argumentos morales, o mejor como argumentos dentro de una teoría moral. Tradicionalmente, los argumentos en favor de la discriminación inversa se plantean como argumentos de compensación, de redistribución o de diversidad (*vid.* Gómez Gluck, D., *Una sentencia polémica del principio de igualdad*, *cit.*, pp. 167 y ss.). Sin embargo, estos postulados van más allá.

de distribución en ellos presentes, sean aceptados por la mayoría de sujetos racionales implicados'.

El examen de la razonabilidad debe ajustarse a estos límites, lo que significa que siempre será razonable aquella medida que aun diferenciando pretenda satisfacer una necesidad básica y mantener la capacidad de elección, o que pretenda situar en igual situación de poder a unos determinados individuos que no lo están. Y a partir de aquí, también será razonable aquella medida que, atendiendo a circunstancias que provocan desigualdad y al contexto en el que estas se desenvuelven, sean aceptadas por los sujetos implicados.

Ciertamente, estos principios, además de polémicos, dejan abierto el problema de cuando estamos en presencia de las circunstancias a las que aluden, y del peso que estas tienen a la hora de decidir. Este es precisamente el problema de la relevancia. Sin embargo, como veremos pueden ayudar a resolver en cierta medida la justificación de medidas de diferenciación positiva. En todo caso, incluso dentro de esta forma de entender la igualdad, el problema más relevante se produce en relación con la forma de operar a través del tercer principio, máxime cuando se trata de cuestiones en donde dada su especial naturaleza puede y debe operarse con otros criterios de distribución tales como el mérito o la capacidad. Se trata, sin duda de criterios relevantes, que pueden ser asumidos y defendidos en conexión con la idea de razonabilidad que venimos manejando. En cualquier caso, conviene ser conscientes de que dichos criterios están presentes en los tipos de desigualdad examinados y que del tercer criterio se deduce la exigencia de ampliar al máximo el discurso justificatorio.

Pues bien, las dos sentencias que hemos tomado como referencia plantean un supuesto de diferenciación positiva, referido a uno de esos colectivos que con anterioridad denominábamos como «sospechoso»<sup>46</sup>. Conviene advertir desde el principio que se trata además de un colectivo específico dentro de esa categoría tanto si atendemos a las causas posibles de su discriminación (que afectan no a motivos derivados de sus elecciones sino más bien a posibles prejuicios históricos sobre su capacidad de elección), como a su configuración como

---

<sup>45</sup> Y es precisamente a partir de aquí desde donde es posible operar con la idea de igualdad compleja, y con los diferentes argumentos de compensación, de redistribución o de diversidad, antes anunciados.

<sup>46</sup> Sobre este tema *vid.* Rodríguez-Piñero, M., «Igualdad y no discriminación en el empleo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 13, 1998, pp. 70 y ss.

colectivo (que obedece a circunstancias no necesariamente ideológicas sino «naturales»), datos estos que necesariamente condicionan su tratamiento y la operatividad de los criterios antes expuestos.

En la sentencia del «caso Kalanke», la argumentación del tribunal incide en la distinción entre igualdad de oportunidades y de resultados, si bien como hemos señalado, la Comunicación de la Comisión reconduce el problema hacia la asignación automática de cuotas, estimando que se trata de una práctica contraria al principio de igualdad. Y es precisamente la negación de esa asignación automática, la que lleva, en el «caso Marschall» a declarar la ausencia de contradicción de la decisión adoptada con el principio de igualdad.

En ambos casos, las sentencias parecen tomar partido por una determinada forma de entender la idea de razonabilidad, estimando que esta es incompatible con la «preferencia automática». Ahora bien, conviene detenerse en el significado y alcance de esta cláusula. En efecto, en principio podemos pensar que la llamada preferencia automática supone atribuir ventaja o privilegio a un determinado colectivo por el simple hecho de tratarse de ese colectivo y sin ulteriores consideraciones. En este supuesto, el trato diferente se produce única y exclusivamente por tratarse de un colectivo «sospechoso».

Sin embargo, esta forma de entender la «preferencia automática» no nos sirve para identificar el caso Kalanke<sup>47</sup>, ya que en el mismo concurren al menos dos datos que no deben ser pasados por alto. El primero de ellos tiene que ver con el marco en el que se desenvuelve el problema, que no es otro que el acceso a un puesto de trabajo, o lo que es lo mismo, el disfrute de un derecho. El segundo de ellos, tiene que ver con la existencia de ciertos condicionantes para la adopción de esa preferencia automática como son, además de tratarse de un colectivo sospechoso, su infrarrepresentación y, lo que es más importante, la exigencia de una equiparación en capacitación. A tenor de estos dos condicionantes, no está claro que se trate de un supuesto de preferencia automática, y si se quiere entender así, habrá que considerar que ella tiene lugar una vez que se cumplen una serie de requisitos. Así, la discusión sobre la razonabilidad de esa medida tendrá que pasar por la justificación de los requisitos, esto es, por la consideración de si está justificado en el ámbito de los derechos tratar igual a los igual capacitados, y a partir de ahí tratar diferentemente a los colectivos sospechosos infrarrepresentados.

---

<sup>47</sup> Vid. Freixes, T., «La sentencia del caso Kalanke», en *Mujeres*, 21, 1996, p. 10.

Si nos fijamos ahora en el caso Marschall, tendremos que concluir que no existe una gran diferencia con el supuesto anterior. En efecto, en este caso, también nos encontramos con un colectivo sospechoso en el ámbito de los derechos, y lo único que se añade es la posibilidad de acudir a otros requisitos que concurran en el supuesto para la adopción de la medida. Es decir, la cláusula de apertura, lo que vendría a decir es que el tratarse de un colectivo igual de capacitado, «sospechoso» e infrarrepresentado, no tiene porqué significar que esté justificado de forma «automática» un trato diferente, ya que pueden existir otras circunstancias que incidan en el problema. En este sentido, lo que añade este supuesto es el margen de consideraciones que deben estar presentes en el estudio de la razonabilidad, lo que, sin duda, está en mayor conformidad con la reflexión llevada a cabo antes.

La problemática suscitada en ambos casos no se resuelve desde la distinción entre igualdad de oportunidades y de resultados. Las dos medidas pueden ser contempladas en ambos sentidos, lo que ocurre es que la segunda amplía el margen de resultados posibles. Y tampoco la diferenciación entre igualdad en el punto de partida y en el de llegada de luz al problema, ya que en ambos casos las medidas pueden ser contempladas desde ambas ideas. La variación estará en todo caso, en la ampliación o no de razones que llevan a tomar la medida, y que condicionan en su caso, la misma idea de igualdad que la sirve de fundamento. En definitiva, en ambos supuestos además de entenderse como justificada la diferenciación negativa, también se admite la diferenciación positiva, y con ello la igualdad como resultado y la igualdad como punto de llegada.

En este sentido, lo que se deduce del caso Marschall es la exigencia de apertura del discurso justificatorio, y es importante advertir como esta exigencia puede llevar al mismo resultado. En efecto, lo que viene a exigir la cláusula de apertura es que se tengan en cuenta circunstancias que vayan más allá de la igual capacitación y de tratarse de un colectivo «sospechoso», lo que sin lugar a dudas enriquece el abanico de razones con las que apoyar una decisión. Ahora bien, no se alude a cuales son esas otras circunstancias, y además conviene retener que todas deben ser enmarcadas en una determinada idea de razonabilidad y de sus límites. Y aquí cobra especial relieve el movernos en el ámbito de los derechos.

Qué duda cabe que, tal y como exige el tercer criterio que expresamos antes, cuanto más amplio sea el discurso justificatorio mejor,

pero como venimos señalando, la idea de razonabilidad tiene sus límites, o dicho de otra forma, el tercer criterio opera desde los dos primeros. En este sentido, destacábamos como el discurso de los derechos justificaba la diferenciación positiva cuando se trataba de satisfacer los presupuestos de la discusión moral (capacidad de elección y necesidades básicas) o cuando a través de ella se permitía situar a los sujetos moral en idéntica situación de poder para determinar aquello que puede ser considerado como correcto. Ciertamente, en estos supuestos no estamos ante un problema que afecte a los presupuestos de la discusión moral, pero otra cosa sucede con el segundo principio, al tratarse de un colectivo «sospechoso». Es precisamente en este aspecto donde la idea de relevancia cobra sentido, y nos obliga a plantear si este tipo de medidas permite situar a estos colectivos en idéntica situación de poder en la discusión moral.

Ciertamente, esto nos traslada a una cuestión no menos problemática que, aún consciente de que debería ser tratada con mucha mayor profundidad, resolveré en sentido positivo. La infrarrepresentación de las mujeres en el ámbito laboral, como sucede en otros, no es producto de rasgos naturales de este colectivo ni del ejercicio de su capacidad de elección, sino que es consecuencia de su situación desventajosa, en la historia pero sobre todo en la actualidad, en la discusión moral, y que duda cabe que una de las formas de solventar esa situación se produce desde su acceso a situaciones de poder que en las sociedades modernas permitan que sus voces sean oídas'.

Pues bien, desde esta perspectiva tanto la preferencia automática como la cláusula de apertura encuentran justificación. La única diferencia es que esta última parece ampliar el margen de discusión, y por lo tanto está también en mayor conformidad con el tercer criterio, pero siempre siendo conscientes de que a su vez, ese margen está delimitado por los principios que hemos señalado.

En este sentido, si retomamos los dos caminos que señalamos como posibles a la hora de justificar la diferenciación positiva, podemos afirmar sin mayores reparos que tanto la decisión que origina el caso Kalanke cuanto la del caso Marschall, se justifican como

---

Precisamente es en relación con el colectivo de las mujeres cuando la aplicación del segundo criterio resulta menos problemática, al tratarse de un colectivo discriminado con independencia de ámbitos geográficos e incluso temporales, y no por razón de sus demandas, y además al tratarse de un colectivo numeroso.

parte de una política igualitaria tendente a situar en idéntica situación de poder a un colectivo «sospechoso». Ahora bien, los reparos pueden aparecer cuando se examinan las decisiones concretas de forma aislada. Sin embargo, en este punto la conclusión debe ser la misma. En efecto, nótese que la distribución de los derechos que opera en estas decisiones no toma en cuenta un único criterio, o mejor, parte de un criterio que afecta e incide sobre el problema como es el de la capacitación. En efecto, ambas medidas distribuyen el derecho partiendo del principio del mérito y la capacidad, para a partir de ahí, y una vez utilizado este, operar con otro criterio como es el de la desigualdad social. Mucho más problemático sería, por ejemplo (algo que estaría justificado en el caso de tratarse de un aspecto relevante para la atribución de igual poder en la discusión moral), el examen y justificación de la decisión concreta, cuando esta no hubiera tenido en cuenta los principios del mérito y la capacidad.

Conviene advertir en todo caso, que la línea de razonamiento que hemos seguido aquí, parece coincidir con la que presenta el Tratado de Amsterdam. Así el artículo 141,4 señala: «Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombre y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

En este sentido es posible afirmar que resulta compatible con el Derecho europeo el establecimiento de diferencias positivas siempre y cuando estas se dirijan a colectivos que se encuentran en una situación desigual tanto en la satisfacción de necesidades básicas como en lo referente a su situación de poder en la discusión moral y política, y con mucha más justificación cuando esa situación no es fruto del ejercicio de su capacidad de elección y cuando además se trata de un colectivo numeroso. A partir de ahí, la diferenciación también está justificada, cuando tratándose de colectivos que están en situación de desventaja, y atendiendo al contexto en el que la medida se desarrolla y a los diferentes criterios de distribución en él presentes, la diferenciación es aceptada por los sujetos implicados.

### 2.3. LA IGUALDAD EN LA RELACIÓN INTERCULTURAL

En este punto, la tensión igualdad-diferencia, o si se prefiere, la tensión entre discriminación negativa y discriminación positiva, se sitúa en el plano de la no menos controvertida discusión sobre la universalidad y, en definitiva, sobre el pluralismo y la interculturalidad<sup>49</sup>.

En lo que a nosotros nos interesa, esta discusión se proyecta en la elaboración de políticas que reflejan una distinta utilización del principio de igualdad. Estas políticas pueden ser reconducidas a tres modelos básicos: asimilación, integración e inserción<sup>50</sup>. Ahora bien, como veremos dichos modelos se mueven en una idea de igualdad que no es capaz de abrirse a la diferenciación positiva. Sólo el último de los modelos parece acoger esta idea, pero se trata en realidad más de un modelo teórico-social que de un modelo político-jurídico.

El modelo de asimilación, cuyo ejemplo tipo está constituido por la práctica colonialista del siglo xix, supone o expresa el intento de homogeneizar la sociedad, entendiendo a ésta como un todo que se perpetua en el tiempo. En este sentido, utiliza una idea de igualdad como no diferenciación. Sin embargo, puede ser objeto de las mismas críticas que se suelen proyectar sobre esta idea, y que básicamente se traducen en la inexistencia de una situación real de igualdad.

El modelo de integración, que ha tenido una favorable acogida en el contexto europeo actual, supone o expresa el intento de adaptación mutua de culturas diferentes. En lo que se refiere a la igualdad, admite la existencia de diferencias, si bien pretende lograr un mismo trato final, con lo que podríamos relacionarla con la diferenciación negativa. Por otro lado, parece importante advertir como este modelo normalmente ha sido acusado de encubrir verdaderas políticas asimilacionistas.

El modelo de inserción, que básicamente es de tipo teórico, supone o expresa el intento de respeto máximo de las diferentes culturas. Esta así apoyado en el pluralismo cultural, y en lo que se refiere a la igualdad, admite también la existencia de diferencias e incluso se abre a la defensa de la diferenciación positiva. Sin embargo, esta apertura no es total, en el sentido de que, además de tratarse de un

---

<sup>49</sup> Vid. recientemente, Velasco Arroyo, J.C., «Luces y sombras de la discriminación positiva», en *Claves*, 90, 1999, pp. 69 y ss.

<sup>50</sup> Vid. Costa-Lascoux, J., *De l'immigré au citoyen*, La Documentation Française, París 1989, pp. 10 y ss.

modelo más social que jurídico-político, lo que le separa de la integración no es tanto el reconocimiento de la diversidad, cuanto la posibilidad de rechazo por parte de la cultura dominante». Es decir, en realidad, el modelo de inserción no recoge la posibilidad de la diferenciación positiva real ya que no se presenta como un modelo de política jurídica real.

En este sentido, parece necesario, para poder utilizar la perspectiva de la diferenciación positiva, un cuarto modelo que ha sido denominado como de la interculturalidad y que pretende superar el multiculturalismo (al entender que este camino se limita a la aceptación de las diferentes culturas y no a su potenciación', dicho de otro modo y en los términos de nuestro análisis, al entender que con ese término no se justifica la diferenciación positiva). Este modelo pretende superar dos ideas que suelen ser mantenidas y estar presupuestas en los anteriores. En primer lugar la idea de que la diversidad cultural es un valor negativo o positivo más y no un hecho social. En segundo lugar, la consideración como universal de un determinado modelo cultural (que se corresponde normalmente con el occidental) <sup>52</sup>.

Ciertamente, el modelo intercultural es lo suficientemente complejo para que no pueda ser abordado aquí en su totalidad". Sin embargo, y en lo que al tema de nuestro estudio se refiere, este modelo justifica la diferenciación negativa y positiva, y respecto a esa última, proclama la necesidad de un trato diferente a determinados colectivos tanto en lo referente a la satisfacción de derechos, cuanto en lo que atañe al respeto a su cultura".

Ahora bien, en este punto, vuelve a aparecer el problema de la existencia o no de límites en ese modelo intercultural, que, bien entendido, no es otra cosa que otra de las facetas de la discusión sobre la razonabilidad. En efecto, la asunción de la diferenciación positiva exige plantearnos su justificación. Y en este punto es posible deslindar de forma relativa dos cuestiones. Por un lado la relativa a la sa-

---

<sup>51</sup> Vid. Malgenesi, G. y Giménez, C., *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, La Cueva del Oso, Madrid 1997, pp. 234 y ss.

<sup>52</sup> Vid. De Lucas, J., «Elogio de Babel? Sobre las dificultades del derecho frente al proyecto intercultural», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 31, 1994, pp. 21 y ss.

<sup>53</sup> Vid. Solanes, A., «Una respuesta al rechazo racista de la inmigración: la interculturalidad», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XV, 1998, pp. 131 y ss.

<sup>54</sup> Vid. De Lucas, J., *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona 1996, pp. 101 y ss.

tisfacción de derechos que, en realidad, puede ser tratada de forma conjunta con la reflexión anterior. Por otro, la del respeto y en su caso promoción de la cultura. En este sentido, esta última problemática, debe ser abordada con nuevos argumentos. Pero sin embargo, no es una cuestión independiente de la reflexión genérica, ya que lo razonable en este punto debe tener en cuenta la reflexión moral básica efectuada. Esta se presenta como un requisito de la argumentación, y en este sentido establece un límite al respeto intercultural, que precisamente viene de la mano de la exigencia del respeto al discurso moral. A partir de aquí, parece que la atención a la cultura permite englobarse en el ámbito de la libertad moral. No obstante, es importante ser consciente de que ese respeto no tiene porqué significar promoción y máxime cuando lo que está en juego pueden ser prácticas restrictivas de los derechos. En definitiva, y de forma muy resumida, la interculturalidad debe significar en este ámbito: a) prohibición de acabar con los presupuestos del discurso moral; b) igual atribución de derechos; c) respeto de los planes de vida no enfrentados a los derechos; d) justificación de la diferenciación positiva cuando ello suponga satisfacer bienes y necesidades fundamentales; e) justificación de la diferenciación positiva cuando ello suponga atribuir poder a otras culturas, y con el objetivo tanto de aumentar su consideración moral, cuanto de promocionar el pluralismo cultural, el diálogo intercultural y el cuestionamiento, en su caso, de algunas de las formas comunes de entender los derechos.

Ciertamente, la justificación de lo anterior obligaría a llevar a cabo otro trabajo al menos como éste. Ahora bien, si volcamos nuestra reflexión en el ámbito europeo, así como en el punto anterior nos mostrábamos optimistas, en lo que se refiere al problema de la interculturalidad existen indicios para ser pesimistas. En efecto, no parece que la normativa europea sea receptiva a la interculturalidad. Más bien se mueve en todo caso en el modelo de integración y ello, con el reconocimiento como mucho de la realidad intercultural y por tanto del multiculturalismo.