

LAS POLÍTICAS DE ACCIÓN POSITIVA EN EL MERCADO LABORAL

Superación de la perspectiva de igualdad de oportunidades*

Capitolina DÍAZ MARTÍNEZ
Sandra DEMA MORENO

Las medidas previstas con el objetivo de paliar la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral han ido evolucionando a lo largo del tiempo, tanto en la intensidad con que han sido aplicadas como en su carácter. Desde un primer momento, en el que la discriminación de las mujeres estaba jurídicamente justificada, se pasó a legislaciones protectoras, que tratan de garantizar la seguridad y la salud de la mujer, sobre todo en relación con la maternidad. Con el establecimiento del principio de igualdad en los ordenamientos jurídicos, las mujeres trabajadoras aparecieron como titulares de los derechos laborales en igual medida que los hombres. Sin embargo, la igualdad formal, en aquellos países en los que se ha introducido, no produjo los efectos deseados, ya que las mujeres continúan siendo discriminadas en la práctica diaria, tanto a la hora de su contratación como en las condiciones de trabajo. Para paliar esta persistente discriminación laboral de las mujeres, a partir de la década de los setenta, la mayor parte de Estados desarrollados empezó a introducir políticas de igualdad de oportunidades para las mujeres como parte de sus políticas de bienestar¹.

Esta evolución en las condiciones laborales de las mujeres no es fortuita sino el fruto del esfuerzo de los movimientos

* Este artículo es la continuación del publicado por Capitolina Díaz en 1996, "Las razones sociales de la acción positiva", en *Documentación Social*, Nro. 105, Madrid, y forma parte de una investigación más amplia que, junto a Sandra Dema Moreno, está realizando sobre las políticas de acción positiva.

de mujeres y de las propias trabajadoras individuales. Llama la atención que los agentes sociales, especialmente los sindicatos, no han tomado un papel decidido a favor de las mujeres trabajadoras hasta fechas muy recientes². Los Estados, por su parte, van adoptando las políticas de igualdad más bien como una exigencia derivada de sus propias necesidades económicas que por convicción política³ y afán de justicia social. De tal manera que no le prestan una atención especial ni un presupuesto apropiado. Basta con ver la normativa de las Comunidades Autónomas⁴ y aún la estatal respecto a los planes parciales de igualdad de oportunidades para la mujer en las distintas áreas. En la mayor parte de los casos son una mera traducción de las propuestas realizadas por la Unión Europea, a las que únicamente se añade el nombre de la Comunidad Autónoma en cuestión.

En vista de que la política de igualdad de oportunidades sólo era capaz de generar, como mucho, una igualdad de entrada pero no una equivalencia de resultados de los grupos más desfavorecidos, se empezó a pensar en medidas que pudieran compensar la desigualdad histórica de ciertos grupos sociales. En esta dirección, los Estados Unidos fueron pioneros al introducir la Ley de Derechos Civiles de 1964⁵, con el objetivo fundamental de eliminar la discriminación que sufría el colectivo de población negra. En desarrollo sobre todo de los títulos VI y VII de dicha Ley se adoptaron una serie de medidas dirigidas especialmente a los ámbitos laboral y educativo. En el primer caso se establecía que todas aquellas empresas que quisieran contratar con el gobierno estadounidense deberían poner en práctica una serie de medidas destinadas a favorecer la contratación y a mejorar las condiciones de trabajo de los integrantes de minorías étnicas, así como a igualar la proporción de hombres y mujeres en el conjunto del personal de la empresa⁶. En el segundo caso, se establecía que las universidades deberían reservar una cuota de acceso para facilitar que los estudiantes integrantes de etnias diferentes a la blanca pudieran incorporarse a la universidad⁷.

Las políticas de acción positiva se empezaron a introducir en Europa en los años setenta y ochenta, con el fin de paliar la discriminación que sufrían las mujeres en el ámbito laboral. Los países que introdujeron en un primer momento estas medidas y que las desarrollaron con mayor vigor fueron los países escandinavos. Posteriormente, con la creación de la Comunidad Económica Europea, tales medidas se han ido extendiendo al resto de países comunitarios de tal manera que, en la década de los noventa, gran parte cuenta con leyes sobre acción positiva. De hecho, el conjunto de los Estados miembros, a excepción de Alemania y de España, dispone de leyes en materia de igualdad de trato que incluyen medidas de acción positiva.

Las medidas de acción positiva desarrolladas por la Comunidad Económica Europea, posteriormente Unión Europea, no han surgido, como en Estados Unidos, de la constatación de la necesidad de establecer programas autónomos de acciones positivas, sino que han sido adoptadas en el marco de programas más amplios de igualdad de oportunidades. Esto explica parte de la dispersión normativa existente, la pluralidad de definiciones que aparecen en los textos y la falta de evaluación de los resultados producidos -por señalar alguna de las carencias más evidentes-. En las páginas que siguen trataremos de aclarar y sistematizar, en lo posible, esta confusa situación.

Normativa y práctica comunitaria en igualdad de oportunidades: El paso que va desde "a igual trabajo igual salario" hasta los permisos de paternidad

La Comunidad Europea, desde su creación, se ha centrado en implementar políticas de orden económico, dejando en un segundo plano las cuestiones relacionadas con política social. De hecho, los objetivos de la Comunidad en un primer momento eran exclusivamente económicos⁸.

En el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, el único artículo que se refiere a la igualdad es el artículo 119 que, en su primera redacción, establecía la igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo. El reciente Tratado de Amsterdam (1997) se refiere a la igualdad entre hombres y mujeres en algunos artículos; sin em-

bargo, estas menciones son débiles y dispersas, sin llegar a establecer en ningún caso una base legal firme que garantice la igualdad en todos los ámbitos de la vida social. En este sentido, cabría preguntarse hasta qué punto el Tratado de Amsterdam cumple con su objetivo central de equiparar la dimensión humana de la Unión Europea a los aspectos económicos y financieros⁹.

Afortunadamente, tomando como punto de partida un marco jurídico tan limitado en materia de igualdad entre hombres y mujeres como era el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, se observa que se ha producido un desarrollo muy importante desde el momento de su redacción hasta ahora, tanto en la normativa como en la práctica comunitaria. Se ha superado el enfoque restringido de "igual salario por igual trabajo", para incorporar una normativa y una política de igualdad de oportunidades, que cada vez abarca un mayor número de manifestaciones de la actividad laboral de mujeres y hombres.

El Consejo ha adoptado hasta el momento siete directivas, dos recomendaciones y diez resoluciones en el ámbito de la igualdad de trato y de la igualdad de oportunidades. Aunque las decisiones que puede adoptar el Consejo varían tanto en su obligatoriedad como en su ámbito de aplicación¹⁰, cualquier iniciativa en este sentido supone una referencia inmediata para los Estados miembros.

El Consejo no es el único órgano comunitario que se ha ocupado de la igualdad: merecen una mención especial la acción del Parlamento y fundamentalmente la actividad de la Comisión en materia de igualdad. La Comisión es, sin duda alguna, la institución comunitaria que más ha tratado este asunto.

Este marco jurídico ha sido completado mediante una serie de "Programas de Acción" que son la base de la política comunitaria en materia de igualdad. En concreto se han implementado tres de los cuatro Programas de Acción a Medio Plazo para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres. Aunque desde el primer programa se hace mención a las medidas de acción positiva, no es hasta el tercer programa de acción (1991-1995) cuando se plantea, en cierto sentido, una superación de la estrategia de igualdad de oportunidades. Dentro de este tercer programa de acción comunitaria, se ha puesto

en marcha la iniciativa comunitaria NOW (New Opportunities for Women), que promueve la igualdad de oportunidades en el empleo y la formación de las mujeres. Como parte de esta iniciativa se creó el Programa OPTIMA, que se encarga de introducir medidas de acción positiva en el mundo laboral. La asignación de un mayor presupuesto al programa NOW que a otros anteriores está haciendo que sus efectos sean más notables, al menos en el ámbito español.

En la actualidad se encuentra en desarrollo el Cuarto Programa, ideado para el período 1996-2000. Este programa ha planteado el principio de "mainstreaming"¹¹, como base de su actuación.

Los cambios producidos, no sólo en el diseño y aplicación de los programas de igualdad de oportunidades sino en el conjunto de la normativa y en la política comunitaria, nos permiten observar cómo se han ido modificando los objetivos en materia de igualdad. Superada la primera fase de igualdad formal, nos encontramos en una etapa en la que se pretende alcanzar la igualdad sustancial o real. En concreto, en el ámbito de las relaciones laborales se ha producido una evolución desde la invocación de derechos generales (igualdad de trato, reconocimiento de la discriminación) a la aparición de políticas operativas que tratan de promover la actuación tanto de los poderes públicos como de los agentes sociales, con el objetivo de eliminar las causas de la discriminación laboral y/o paliar sus efectos.

Estas políticas de igualdad, centradas básicamente en el ámbito laboral, han sido, por el momento, escasas. Sin embargo, a pesar de su escasez y limitaciones, se han convertido en el referente inmediato para todos los países europeos a la hora de establecer sus propias políticas de igualdad.

En el Estado español, siguiendo el ejemplo comunitario se han elaborado tres Planes de Igualdad de Oportunidades para Hombres y Mujeres. Cada Comunidad Autónoma ha creado, con distinto nivel de entusiasmo y compromiso, sus propios planes de igualdad. En el caso del País Vasco se ha adoptado desde el principio una estrategia de acción positiva y, hasta el presente, se han desarrollado dos Planes de Acción Positiva y se ha realizado la evaluación del primero de ellos¹². Asimismo, están

en proceso de desarrollo, en toda España, la mayoría de programas puestos en marcha a nivel comunitario en materia de igualdad de oportunidades en el mundo laboral (Iniciativa de empleo NOW, Programa OPTIMA de medidas de acción positiva, Programas Iris, etc.). Pero, aunque se ha puesto de manifiesto la necesidad de actuar en el ámbito local y provincial, no existen más que escasas experiencias de este tipo. Algunos municipios han desarrollado sus propios Planes de Igualdad que, en general, suelen ser una adaptación del plan de la respectiva Comunidad Autónoma al espacio municipal. En algunas provincias se están implantando los/as agentes de igualdad de oportunidades¹³, así como otras experiencias puntuales que forman parte de planes más amplios.

Las medidas de acción positiva en el derecho comunitario

El 13 de diciembre de 1984 el Consejo Europeo adoptó la primera Recomendación relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer (D. O. L 331 del 19-2-84). El artículo 1 de la recomendación plantea dos objetivos. Por una parte, que se eliminen o compensen los efectos perjudiciales que resultan para las mujeres en el ámbito laboral, consecuencia de actitudes, comportamientos y estructuras sexistas. Por otra parte, el Consejo pretende que los Estados miembros estimulen la participación de la mujer en las distintas actividades profesionales en las que está infrarrepresentada. Tal Recomendación insta a los Estados miembros a establecer medidas compensatorias y/o promocionales¹⁴ en el ámbito de las relaciones laborales, tanto en los sectores público como privado. El Consejo esperaba que el sector público realizara esfuerzos especiales en este sentido, que pudieran servir de ejemplo para la posterior actuación del sector privado. Asimismo, se promueve la participación de los interlocutores sociales en el proceso.

Las medidas recomendadas van dirigidas a cumplir con múltiples objetivos. Trataremos de sistematizar el artículo 4 de la Recomendación en el que se pueden observar varios grupos de medidas de acción positiva que el Consejo trata de impulsar:

1. Medidas que tienden a mejorar y a diversificar las cualificaciones profesionales de las mujeres.

2. Actuaciones que favorecen la contratación de mujeres en sectores, profesiones y niveles en los que están infrarrepresentadas.

3. Propuestas que inciden en la mejora de las condiciones de trabajo de las mujeres.

4. Acciones dirigidas a impulsar la presencia de mujeres en puestos de decisión.

5. Medidas destinadas a reorganizar el tiempo de trabajo, así como a favorecer una mejor distribución de las responsabilidades profesionales y sociales o domésticas entre ambos sexos.

La Comisión ha elaborado dos informes¹⁵ sobre la aplicación de la Recomendación del Consejo en los Estados miembros. En ambos informes se presentan tanto los aciertos como las dificultades y limitaciones que han surgido en la práctica al tratar de implementar las políticas de acción positiva recomendadas por el Consejo.

En el reciente Tratado de Amsterdam (1997), se admiten expresamente las medidas de acción positiva. Se autoriza a los Estados miembros la posibilidad de introducir ventajas específicas dentro del ámbito laboral, con una función promocional y/o compensatoria. Esta cláusula, recogida en el artículo 141.4 del Tratado, ayuda a aclarar la confusión normativa anterior, que había dado lugar a sentencias muy polémicas como la conocida sentencia Kalanke -que más adelante se comentará-. Sin embargo, la regulación que el Tratado hace de la acción positiva plantea al menos dos problemas. Por una parte, se restringe la acción positiva al ámbito laboral, cuando lo razonable sería extenderla a todos los ámbitos sociales. Si constatamos la existencia de una desigualdad de partida entre hombres y mujeres, en todos los espacios sociales, no sólo en el mundo del trabajo, se hace necesaria una actuación global, dirigida a todas las esferas de la actividad humana, tanto públicas como privadas. Por otra parte, se establece que las medidas de acción positiva pueden tomarse a favor del "sexo infrarrepresentado". Esta cláusula, aparentemente igualatoria, encierra un efecto perverso, ya que

las que están discriminadas son las mujeres y no los hombres; pero conforme al Tratado pueden acabar siendo ellos los beneficiarios de las medidas. Efectivamente, pueden darse casos de plantillas compuestas casi exclusivamente por mujeres, donde los responsables y mandos intermedios son hombres, los cuales, paradójicamente, utilizando un criterio numérico, constituirían el sexo sub-representado y por tanto podrían verse favorecidos por medidas de acción positiva.

Jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha contribuido a desarrollar la normativa comunitaria a través de sus decisiones progresistas en materia de igualdad. Aunque el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no es un órgano político, que se encargue de diseñar políticas comunitarias, su actividad es tomada como base por los demás órganos de la Unión Europea y por los Estados miembros, a la hora de aplicar y/o modificar la normativa en materia de igualdad y de diseñar sus políticas de igualdad de oportunidades. Su labor se centra en interpretar la normativa comunitaria clarificando conceptos y homogeneizando las legislaciones de los Estados miembros¹⁶.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictado, por el momento, dos polémicas Sentencias en materia de acción positiva. La Sentencia Kalanke del 17 de octubre de 1995 y la Sentencia Marschall del 11 de noviembre de 1997. La Sentencia Kalanke planteó por primera vez en la jurisprudencia comunitaria la cuestión de la legitimidad de las medidas de acción positiva. El supuesto de hecho de ambas sentencias es similar: se refiere a la promoción laboral en la administración de dos Estados alemanes federados. A la promoción concurren dos candidatos de distinto sexo y con los mismos méritos. La controversia aparece en la forma de resolver el empate. En el primer caso, estamos ante un procedimiento de selección destinado a cubrir un puesto de jefe de sección del Servicio de parques y jardines del Ayuntamiento de Bremen. En el segundo caso, se plantea un litigio sobre la candidatura a un puesto de promoción en un centro escolar en Renania del Norte-Westfalia.

La normativa de los Estados federados alemanes establece la preferencia de las mujeres en la promoción cuando éstas tengan igualdad de méritos y se encuentren en una situación de infrarrepresentación en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción.

La Sentencia Kalanke declara que una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en la Directiva comunitaria sobre igualdad de trato. Esta sentencia ha sido contestada por numerosos/as autores/as¹⁷ y por la propia Comisión Europea, cuya política de contratación de personal se vio afectada por la decisión¹⁸.

Las críticas que se le han hecho a la Sentencia Kalanke se refieren, sobre todo, a su escasa fundamentación jurídica. Se cuestiona que la normativa del Estado de Bremen suponga realmente una preferencia absoluta e incondicional para el colectivo de mujeres, puesto que dicha preferencia sólo estaba prevista en supuestos de empate y en el caso de que existiera una infrarrepresentación de mujeres en el nivel del correspondiente puesto de carrera¹⁹.

El 11 de noviembre de 1997, el Tribunal de Justicia adoptó la Sentencia Marschall que tiene en cuenta, a la hora de establecer su decisión final, algunas de las puntualizaciones hechas a la Sentencia Kalanke, tanto por parte de la doctrina como por parte de las instituciones comunitarias. En la Sentencia Marschall, a diferencia de la Sentencia Kalanke, el fallo del tribunal admite la posibilidad de que las legislaciones nacionales adopten normas que concedan preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores en que éstas se encuentren infrarrepresentadas. Sin embargo, la admisión de la acción positiva se hace con recelos, ya que el Tribunal inserta una cláusula final que deja una puerta abierta al arbitrio en la contratación²⁰.

Estas reacciones, en parte contradictorias, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reflejan, en cierta medida, la ambivalencia de los Estados comunitarios y de sus sociedades respecto a la discriminación, laboral y de otro tipo,

que sufren las mujeres. Si bien la consigna liberal de "igualdad de oportunidades" ha calado hondo en nuestras sociedades, las medidas que harían posible tal igualdad, es decir, las medidas de acción positiva, son todavía rechazadas por amplios sectores sociales, desde la ciudadanía de a pie a los magistrados del alto tribunal.

Acción positiva e igualdad de oportunidades: objetivos, estrategias y resultados

Cuando dentro de la Unión Europea se discute sobre políticas de acción positiva no se hace tanto desde una óptica de defensa de la igualdad de oportunidades o desde una perspectiva de justicia entre los sexos en el reparto del trabajo, como desde un punto de vista económico. Efectivamente, uno de los argumentos principales que se utiliza para justificar las políticas de igualdad, y en concreto las políticas de acción positiva, es que Europa no puede desaprovechar la mano de obra femenina. En la Guía de desarrollo de acciones positivas, elaborada por el Instituto de la Mujer como material de apoyo del Programa OPTIMA en España, se señalan como razones a favor de la acción positiva las siguientes. En primer lugar, el cumplimiento de la Ley. En segundo lugar, se considera a las mujeres como clave del desarrollo empresarial, debido al descenso de la natalidad y al aumento de la tasa de actividad femenina. En tercer lugar, se plantea que la acción positiva es una cuestión de imagen. Por último, se constata la necesidad de optimizar los recursos humanos para incrementar la eficiencia y la competitividad de la empresa; en este sentido, se menciona que no se pueden desaprovechar las aptitudes de una persona por cuestiones ajenas a las necesidades propias del trabajo. Como puede verse, exceptuando el primer motivo, los demás son de carácter económico.

Este tipo de argumentación puede estar influido por el hecho de que las escasas experiencias de acción positiva desarrolladas en el ámbito europeo han ido dirigidas sobre todo a regular las relaciones laborales en empresas pertenecientes al sector privado. En el sector público se han adoptado algunas

medidas aisladas de acción positiva, como las políticas de personal de la Comisión Europea; pero no se han realizado programas coordinados.

Así pues, y casi sin que nos diéramos cuenta, hemos pasado del enfoque tradicional, que consideraba a la igualdad de oportunidades o a la acción positiva desde la perspectiva de los Derechos humanos, a un nuevo enfoque en el que las políticas de género dirigidas al ámbito laboral están íntimamente relacionadas con la idea de Recursos humanos -como bien apunta Charpentier en su tesis doctoral-²¹.

El tratar de abolir la discriminación laboral de la mujer desde una perspectiva liberal de recursos humanos favorece, sin duda, la integración de la mujer en el mundo del empleo; pero no aborda el tema de la igualdad real.

El problema de la igualdad real o sustancial tiene, al menos, dos escollos que salvar. Por una parte, la desigualdad de partida que sufren las mujeres y, por otra parte, la rémora de la ideología patriarcal, que es mucho más difícil de erradicar que el atraso legal. Ambos obstáculos exigen políticas de otro tipo que superen los límites de las políticas de igualdad de oportunidades. Con el objeto de hacer posible la igualdad sustancial ha aparecido la acción positiva, que constituye la primera modificación de la estrategia de igualdad de oportunidades establecida en las políticas públicas destinadas a favorecer la situación de las mujeres.

El interés de las políticas de acción positiva, frente a las demás políticas favorecedoras de la igualdad, se manifiesta en primer lugar en su finalidad promocional o compensatoria. Las políticas de acción positiva tienen en cuenta la desigualdad de partida entre el colectivo discriminado y el colectivo privilegiado, y por tanto centran su acción en eliminar esa desigualdad de partida, si es posible, y, además, en actuar a lo largo del proceso para conseguir una igualdad de resultados entre ambos colectivos. El resto de políticas de igualdad no considera que esa desigualdad previa sea relevante, más que para justificar la necesidad de intervenir, y, por tanto, no utiliza la estrategia compensatoria adecuada: En el caso de la igualdad legal o formal, se trataba de igualar una situación de desventaja social,

mantenida durante siglos, con una simple modificación normativa. La igualdad de oportunidades, aunque va más allá de la igualdad formal, tampoco percibe que, aunque a las mujeres se les permita desarrollarse en igualdad de oportunidades respecto de los hombres, éstas no llegarán a alcanzar la igualdad real, mientras no se establezcan mecanismos que eliminen la desigual posición de partida del grupo privilegiado o que compensen la desigualdad del colectivo discriminado²². Una muestra de lo que sucede con la aplicación exclusiva de medidas de igualdad de oportunidades la tenemos en el campo educativo. Las primeras medidas de igualdad de oportunidades de nuestro país se llevaron a cabo en la enseñanza. Desde 1970 puede decirse que están universalmente implantadas dichas medidas. Pero también, desde entonces, el índice de fracaso escolar apenas ha variado (en torno al 30%). No sorprende demasiado el conocer que la mayoría de los jóvenes con fracaso escolar pertenece a las clases sociales más desfavorecidas; esto es, la igualdad de oportunidades no ha hecho iguales a los originariamente desiguales.

Por otra parte, hasta el momento no se han desarrollado políticas de igualdad de oportunidades de forma transversal en todas las esferas de la vida. Por lo que las actuaciones antidiscriminatorias hasta ahora han estado referidas a aspectos limitados de la realidad, desconexos unos de otros. Los campos más importantes en los que se han desarrollado medidas de igualdad de oportunidades han sido el normativo, la educación, el ámbito laboral, entre otros. El desarrollo de las políticas antidiscriminatorias, junto con la profundización democrática general de nuestro país, ha favorecido la creciente incorporación de las mujeres al ámbito público. Pero la parcelación de dichas políticas y la dificultad de eliminar los prejuicios patriarcales en el ámbito privado hacen que las mujeres que participan de la vida pública -laboral, política, sindical, intelectual, etc.- no lo hagan en igualdad de condiciones sino desde una posición subordinada respecto al grupo de hombres, sin librarse de sus tradicionales roles de género. En este sentido, los datos apuntados por la Unión Europea son una muestra evidente de cómo se reduce progresivamente la participación de la mujer en el mundo laboral según el número de hijos que tengan. La dife-

rencia entre las tasas de actividad de las mujeres de 20 a 39 años sin niños/as a su cargo y de las mujeres con un/a hijo/a, en la Unión Europea, es de 17 puntos. Las mujeres que tienen tres o más hijos/as son un 40% menos activas que las que no tienen ninguno. Si bien hay que tener en cuenta que la repercusión de los/as hijos/as en el empleo de las madres no es la misma en todos los países²³.

Problemas socio-jurídicos planteados por la acción positiva

Las políticas de acción positiva plantean numerosos problemas socio-jurídicos, a los que no podemos referirnos con detenimiento debido a la brevedad de este artículo²⁴. Estos problemas están relacionados con las diferentes concepciones de justicia e igualdad existentes. Señalamos algunos de los más importantes:

La acción positiva supone la utilización de medidas desiguales para conseguir la igualdad entre colectivos diferentes. La primera duda que surge de inmediato es saber si esta desigualdad de trato es discriminatoria. En el derecho español, una desigualdad de trato que sea razonable, que esté objetivamente justificada en relación con la finalidad y los efectos de la medida considerada y siempre que exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios establecidos y la finalidad perseguida, no es discriminatoria²⁵.

Tanto las medidas que van destinadas al colectivo de mujeres como las que se dirigen a toda la población provocan efectos diferenciados en el colectivo de mujeres y en el de hombres. Mientras que para las primeras se concreta en la posibilidad de incorporación plena al mercado de trabajo y en un mayor y más fácil acceso a la participación en la vida pública como ciudadanas de pleno derecho, para los segundos implica renunciar a los privilegios históricos de los que venían beneficiándose. Estos efectos diferenciados dan lugar al debate de, al menos, dos cuestiones relacionadas con la filosofía del derecho. Primero, la existencia o no de derechos colectivos, ya que las medidas de acción positiva conceden una diferencia de trato por la pertenencia a un determinado grupo. Segundo, y como consecuen-

cia de esta diferencia de trato entre hombres y mujeres, puede aparecer lo que Rosenfeld llama el problema del "innocent white man". Esto es, aquel conjunto de hombres que personalmente no han cometido acciones discriminatorias pero que pueden verse afectados individualmente de forma negativa por las políticas de acción positiva. Este conflicto de intereses individuales planteado por las medidas de acción positiva con finalidad compensatoria sólo puede ser resuelto teniendo en cuenta el interés social general²⁶, por encima del interés particular de algún "inocente hombre blanco".

Muchos de estos conflictos son derivados de que se suelen analizar las medidas de acción positiva de forma abstracta y descontextualizada. Por ejemplo, en muchas ocasiones, no se tiene en cuenta que las medidas de acción positiva no conllevan una aplicación ilimitada, sino que tienen que reunir una serie de presupuestos y características. Capitolina Díaz, en otro lugar²⁷, ha destacado las siguientes:

a. Talante dinámico y progresivo: Las propuestas de acción positiva van cambiando a medida que alcanzan sus objetivos.

b. Validez temporal: Estas propuestas dejan de promoverse una vez que se han corregido las discriminaciones contra las que actúan.

c. Espectro global: Las propuestas en cuestión afectan todos los ámbitos de la actividad humana.

d. Carácter paradójico: Con la consecución de sus propios objetivos desaparecería la razón de ser de la acción positiva.

En otras ocasiones, se produce una verdadera colisión entre intereses sociales enfrentados. Así ocurre, por ejemplo, cuando se plantea si las relaciones laborales deben estar organizadas en torno al mérito o a la justicia social, o si el acceso a ciertos niveles educativos debe basarse en el mérito o, por el contrario, deben reservarse cuotas para grupos infra-representados. Estas cuestiones muestran cómo la tarea de eliminar la discriminación por razón de género exige no sólo la reestructuración de nuestras relaciones sociales, sino también la de algunos de los principios éticos que las sustentan.

Conclusiones

Acción positiva o igualdad de oportunidades

En el ámbito jurídico es preciso establecer una normativa homogénea que aclare lo que son y qué alcance tienen las medidas de acción positiva, ya que en la mayor parte de los países existe una regulación dispersa que da lugar a confusión. Una vez analizada la naturaleza jurídica de las medidas de acción positiva, no parece adecuado considerarlas una derogación concreta del principio de igualdad²⁸ sino más bien lo contrario, una exigencia de su observancia.

Asimismo, se observa una carencia respecto a su cumplimiento, ya que no existen mecanismos eficaces que garanticen la aplicación de las medidas de acción positiva en la práctica. Falta un desarrollo normativo adecuado de las mismas.

Las medidas de acción positiva están prácticamente limitadas al ámbito laboral mientras que la discriminación persiste en todos los ámbitos de la vida social.

En el ámbito de las políticas públicas, las políticas de género suelen generar con frecuencia dudas sobre cuál es el objetivo de estas políticas: la igualdad con los varones o mantener la diferencia. Se plantea si la igualdad de derechos o de oportunidades que se pretende conseguir supone una igualdad de oportunidades para participar en la vida pública desde nuestra condición social de mujeres o es más bien una identidad de derechos, donde a las mujeres se les ofrecen los mismos derechos que ya disfrutaban los hombres, para disfrutarlos como hombres, obviando de esa forma los intereses, las necesidades y los deseos que las propias mujeres pueden tener.

Las respuestas a estas cuestiones teóricas son casi siempre múltiples y controvertidas; sin embargo, cabría afirmar que, en todo caso, partidarios/as tanto de la igualdad como de la diferencia podrían coincidir en la virtualidad de las políticas de acción positiva en tanto que ofrecen una oportunidad de acceso de las mujeres a todos los niveles sociales. Hasta ahora, no parece que el hecho de que las mujeres hayan alcanzado cuotas más elevadas de participación pública haya frenado sus exigencias reivindicativas, sino más bien todo lo contrario. Desde este

punto de vista, los argumentos de algunos/as partidarios/as del feminismo de la diferencia, que sostienen que la oferta de igualdad de oportunidades para las mujeres es negativa porque frena esas expectativas de lucha por un mundo diferente, no parecen avalados por la experiencia histórica.

Sostienen algunos grupos, desde feministas de la diferencia a la derecha conservadora, que tal vez no forme parte de los intereses de muchas mujeres participar en la misma medida que los hombres en el mercado laboral, ocupando puestos directivos, por ejemplo. Pero no podemos ignorar que las condiciones sociales constriñen los deseos y los intereses del grupo discriminado, limitando su capacidad de elección y de participación a esferas muy restringidas. La acción positiva en cualquiera de sus formas -tanto cuando el objetivo es cuantitativo: más puestos de trabajo para las mujeres, o cualitativo: más mujeres en puestos de responsabilidad- facilita la incorporación de las mujeres a la vida pública y al mercado de trabajo, a la vez que mejora sus condiciones laborales. La actividad laboral extradoméstica de las mujeres amplía su capacidad de elección y participación y varía su autopercepción así como el modo en que son percibidas en el espacio público (laboral, político, educativo, etc.).

Las políticas de acción positiva no son la solución al problema de la discriminación de la mujer en el mundo laboral ni en el conjunto de la sociedad. Sin embargo, son un mecanismo válido que, introducido de forma adecuada y combinado con otro tipo de políticas favorecedoras de la igualdad, acelera la integración del grupo discriminado, al tiempo que dota a sus intereses específicos de valor e importancia. Las medidas de acción positiva no están reñidas con la igualdad de oportunidades sino que en la mayor parte de los casos son complementarias y forman parte de un mismo programa de actuación. Las medidas de acción positiva tienen en consideración la desigualdad de partida que sufren las mujeres, en el ámbito laboral y en el de la participación pública, y, por su eficacia, ayudan a hacer realidad la igualdad de oportunidades. En este sentido, suponen una superación de las políticas de igualdad de oportunidades, cuya implantación ha mostrado ciertas carencias y limitaciones.

Respecto a la cuestión de la justicia de la acción positiva, podríamos citar al filósofo norteamericano Rosenfeld, que lleva años dedicado a investigar la naturaleza filosófica de las medidas de acción positiva en el marco de las teorías de la Justicia. Rosenfeld defiende, en una de sus obras más conocidas, que las medidas de acción positiva no son buenas o malas en sí mismas, ni deseables o no. Que una cuota determinada sea justa o injusta, buena o mala, depende de la naturaleza de la cuota y del contexto histórico y conceptual en el que se produce²⁹. El interés de la idea de Rosenfeld no está tanto en su originalidad como en servirnos de recordatorio de una cuestión fundamental, frecuentemente olvidada en otras investigaciones científicas, como es la necesidad de analizar el objeto de estudio contextualizado en su marco social e histórico de referencia. Un planteamiento adecuado de esta cuestión condiciona, sin lugar a dudas, las conclusiones de cualquier investigación social, especialmente de las referidas a los estudios de género. En nuestro caso, esperamos que esta pequeña aproximación contribuya a aclarar el estado actual de las políticas de acción positiva en la Unión Europea y ayude a entender la capacidad que tienen estas medidas como estrategias orientadas a acabar con las múltiples discriminaciones que aún persisten en los mercados laborales actuales.

NOTAS

1. Para un análisis histórico más detallado ver entre otras/os a HERNES, H., M., (1987), *Welfare State and Women Power. Essays in State Feminism*, Oslo, Norwegian University Press.

GIL RUIZ, J. M^º, (1996), *Las políticas de igualdad en España: avances y retrocesos*, Granada, Universidad de Granada.

ORLOFF, A. S., (1996), "Gender and Welfare State", en *Estudio para el Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales del Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones*, Madrid, Ediciones Peninsular.

LEWIS, J. (ed.), (1993), *Women and Social Policies in Europe*, Aldershot, Edward Elgar.

2. En una obra muy reciente, elaborada por expertas en Derecho del Trabajo, se analiza la discriminación que aún persiste en los Convenios colectivos en España. La negociación colectiva es un instrumento muy importante con el que cuentan los actores sociales para modificar, en cierta medida, las relaciones laborales. Sin embargo, este instrumento no ha sido utiliza-

do, salvo excepciones, para transformar la situación de la mujer trabajadora. Afortunadamente, las investigadoras han constatado que existe una tendencia a eliminar las cláusulas discriminatorias que en la actualidad persisten en la negociación colectiva, e incluso se constata un cambio en la postura de los agentes sociales a la hora de introducir medidas de acción positiva a favor de las mujeres. PÉREZ DEL RÍO, T., (1997), (coord.), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Serie estudios nº 50, Madrid, Instituto de la Mujer.

3. En la introducción al I Plan de Igualdad de Oportunidades elaborado en España, a nivel estatal, encontramos afirmaciones como la siguiente: "El desarrollo de una política de igualdad de oportunidades de las mujeres, que son la mayoría de la población, no sólo favorece la profundización y consolidación de la democracia, sino que contribuye a una utilización racional de los recursos humanos". Este tipo de argumentación se repite en los planes de las respectivas Comunidades autónomas españolas.

4. España es un Estado con cierto nivel de descentralización no sólo administrativa sino también política. En la actualidad existen 17 Comunidades Autónomas que asumen competencias que originariamente correspondían al Estado central. La competencia en materia de políticas de igualdad entre hombres y mujeres es compartida por el Estado y las Comunidades Autónomas. El Instituto de la Mujer, que depende del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, es el organismo estatal especializado en cuestiones de género. Asimismo, cada Comunidad Autónoma cuenta con organismos especializados propios. Estos organismos han sido los encargados de elaborar, poner en marcha y evaluar los Planes de Igualdad de Oportunidades, que han sido adoptados en el ámbito estatal y autónomo.

5. La Civil Rights Act recoge en su título VII la prohibición de discriminación en el mercado laboral, considerando como tal negarse a contratar o despedir a una persona, o bien, discriminarla respecto a su salario, privilegios y otras condiciones de trabajo, a causa de su raza, color, religión, sexo o nacionalidad. Se consideran igualmente discriminatorias las limitaciones, segregaciones y clasificaciones de trabajadores que de alguna forma limiten oportunidades de empleo o afecten su estatus de trabajador/a.

6. Esta medida fue adoptada a través de la Executive Order 11246 de 1965, conocida como *Equal Employment Opportunity*. En un primer momento, esta disposición normativa contemplaba la adopción de medidas de acción positiva en la contratación de funcionarios públicos (sección 101 y 102), así como en las políticas de personal de las empresas que contrataban con el gobierno estadounidense (sección 202), con el objeto de eliminar la discriminación por razón de raza, creencia, color y nacionalidad. Esta orden fue modificada en 1967 por la Executive Order 11375, que incluyó a las mujeres como beneficiarias de las medidas de acción positiva.

7. En el título VI de la Civil Rights Act se declara la prohibición de discriminación a la hora de participar y beneficiarse de programas o actividades financiadas por el Gobierno Federal. En este sentido, el Departamento de Salud, Educación y Bienestar Social en sus Regulaciones recoge la necesi-

dad de establecer programas de acción positiva allí donde fueran necesarios. Las medidas introducidas en las Universidades para facilitar el ingreso de etnias diferentes a la blanca causaron gran impacto social y fueron objeto de numerosas Sentencias del Tribunal Supremo, del Tribunal Federal y de los Tribunales Superiores de los Estados. Para más detalle ver GREENAWALT, K., (1983), *Discrimination and Reverse Discrimination*, Nueva York, Editorial Alfred A-Knopf; ROSENFELD, M., (1991), *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Londres, New Haven, Yale University Press.

8. En los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas no aparece la Política Social como uno de los objetivos fundamentales a desarrollar, salvando invocaciones tan generales como la contenida en el preámbulo del Tratado de Roma referida al "progreso económico y social". Las medidas sociales eran concebidas como una serie de medidas encaminadas a permitir un correcto funcionamiento de las demás políticas sociales -ver texto del Tratado de Roma 1957 y sus modificaciones posteriores-. Afortunadamente, se ha producido una evolución muy notable tanto en los textos normativos, Tratado de Maastricht y Tratado de Amsterdam, como en las políticas comunitarias en materia social; sin embargo, a pesar de esta evolución, las políticas sociales siguen sin formar parte de los objetivos prioritarios de la Unión Europea. Ver "Política Social Comunitaria" de Francisco J. Casas, Cap. XXXVIII del *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dirigido por García de Enterría, Madrid, Editorial Civitas, 1986, vol. III, pág. 387-425.

9. El Tratado de Amsterdam tiene cuatro grandes objetivos: el primero de ellos es hacer del empleo y de los derechos de los ciudadanos el eje de la Unión. En los artículos 2 y 3 del Tratado se ha incluido la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de las relaciones laborales. Sin embargo, existen voces críticas que cuestionan el cumplimiento de los objetivos sociales.

Según Gertrud Wartenberg, presidenta del Lobby de Mujeres, era esencial la inclusión del principio de igualdad, referido a todos los ámbitos de la vida, entre los principios rectores del ordenamiento comunitario. COMISIÓN EUROPEA, (1997), *Mujeres de Europa*, Nº 73, Bruselas, Dirección General X, pág. 3.

10. Según el artículo 189 del Tratado Constitutivo de la Comunidad, el Consejo puede adoptar cuatro tipos de decisiones. Los Reglamentos obligan a todos los Estados miembros y son aplicables en su totalidad. Las Directivas obligan a todos los Estados miembros en su contenido, dejando libertad a las autoridades nacionales para que adapten sus legislaciones al contenido de la norma comunitaria en la forma que consideren más adecuada. En este sentido obligan en los resultados a alcanzar, pero no en los medios para conseguirlos. Las Decisiones tienen un alcance limitado en tanto que obligan a destinatarios específicos (empresas, sectores, Estados); estos destinatarios están obligados a cumplir las decisiones en todos sus términos. Por último, las Recomendaciones, Resoluciones y Dictámenes no son jurí-

dicamente vinculantes, sin embargo tienen un valor de referencia inmediata para los Estados y suelen ser un paso previo a futuras acciones legislativas.

11. El "mainstreaming" (podría traducirse como transversalidad) consiste en elaborar y promover en los Estados miembros, métodos, estrategias y modelos que integren el principio de igualdad de oportunidades en todas las políticas públicas y actuaciones socio-políticas.

12. *Evaluación del Plan de Acción Positiva para las mujeres en la Comunidad autónoma de Euskadi 1991-1994*, Emakunde, Vitoria, 1996.

13. La figura de los/as agentes de igualdad se implantó en España a mediados de los años ochenta y desde entonces se ha extendido a un gran número de municipios y diputaciones de todo el territorio nacional. Esta figura no es específica del Estado español, existen iniciativas paralelas en países como Dinamarca, Bélgica o Italia. Sin embargo, las funciones de estos agentes varían en los diferentes países. En España, el papel que han adoptado es el de coordinar, animar e implementar iniciativas privadas y públicas dirigidas a mujeres en el ámbito municipal y provincial. De tal forma que los/as agentes de igualdad actúan como intermediarios entre la administración, los colectivos de mujeres y los/as agentes sociales, en aquellos asuntos referidos a la igualdad de oportunidades dentro de la comunidad. Más información en VVAA, (1993), *I Encuentro de Agentes de Igualdad de Oportunidades para las Mujeres*, Madrid, Fundación Dolores Ibarruri.

14. Las medidas compensatorias tratan de reparar un perjuicio causado, mientras que las medidas promocionales se limitan a impulsar a un colectivo determinado para que alcance la igualdad de oportunidades.

15. COM (88) 370 final y COM (95) 247 final.

16. En el estudio de Barbara Hobson titulado "Theorizing Gender Disadvantage: Reflecting the European Court of Justice through the Swedish Policy Mirror", presentado en el Encuentro de la European Social Association, Gender and Citizenship Theme, celebrado en Essex en agosto de 1997, se analiza con detalle la labor del TJCE en materia de igualdad.

17. SCARPONI, S., (1995), "Pari opportunità e frauenquoten davanti alla Corte di giustizia", en *Rivista di Diritto Europeo*, Roma, Istituto Poligrafico e zecca dello Stato. RUANO, L., (1995), "Comentario a la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo a propósito de un supuesto de discriminación positiva (Asunto Kalanke C-450/1993, Sentencia de 17 de octubre de 1995)", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid. MOORE, S., (1996), "Nothing positive from the Court of Justice", en *European Law Review*, Londres, Sweet and Maxwell. CHARPENTIER, L., (1996), "L'arret Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité", en *Revue trimestrielle de Droit Européen*, Paris, SIREY.

18. La Comisión había puesto en marcha hasta el momento en el que se dictó la sentencia Kalanke dos programas de acción positiva para sus propias trabajadoras: el primero fue adoptado a través de una Decisión del 8 de marzo de 1988 y desarrollado entre los años 1988-1990; el segundo se desarrolló entre 1991-1995. Estos dos programas estaban dirigidos a in-

crementar el número de trabajadoras de la Comisión en todas las categorías en las que estuvieran infrarrepresentadas, haciendo especial hincapié en la contratación de mujeres en puestos de responsabilidad y en trabajos científicos y técnicos; por otro lado, se pretendía mejorar las posibilidades de formación de las mujeres. Asimismo, se adoptaron medidas para combinar las responsabilidades laborales y familiares.

La Comisión presentó una propuesta de modificación del artículo 2.4 de la Directiva sobre igualdad de trato, admitiendo expresamente la acción positiva, aun cuando ésta implicara un trato preferente, en lo que se refiere al acceso al empleo o a la promoción de los miembros del sexo infrarrepresentado.

19. En caso de empate y con igualdad de méritos, en el ánimo de la norma aparece como más justa la selección de la mujer. La razón es que existe un interés general de promocionar a la mujer en aquellos ámbitos en los que está infrarrepresentada; por tanto, se antepone este criterio de selección a otros que pudieran estar basados en otro tipo de características de la persona -como la edad-, o bien realizar un sorteo u otros, utilizados con frecuencia en el mundo laboral y que jamás han sido considerados injustos o controvertidos. La sentencia Kalanke no tiene en cuenta este tipo de argumentación en el fallo.

20. El Tribunal puntualiza: "salvo que concurran en el candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor" y siempre que tales motivos no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas. La Sentencia no aclara qué clase de motivos son esos, que no han sido tomados en consideración en la fase de selección del personal, inclinando la balanza a favor de uno u otro candidato, y que sin embargo pueden aparecer en la decisión final, solucionando el empate en favor del candidato masculino. Tampoco se da una justificación razonable para la introducción de una cláusula de este tipo. Si el motivo fuera proteger a los candidatos masculinos frente a la incorrecta aplicación de medidas de acción positiva, esta "cláusula de apertura" estaría injustificada ya que cualquiera que alegue una discriminación puede acudir ante los tribunales invocando una violación del principio de igualdad. Sin embargo, una cláusula como la prevista puede vaciar de contenido la acción positiva, puesto que el empleador podría alegarla en todo caso para priorizar la contratación de candidatos masculinos.

21. CHARPENTIER, L., (1996), *Les metamorphoses de l'action positive: des human rights aux ressources humaines*, Florencia, Instituto Universitario Europeo.

22. Lester Thurow explica la necesidad de actuaciones promocionales o compensatorias de forma muy ilustrativa: "Imaginemos una carrera en la que a algunos corredores se les ha asignado una pesada carga porque pertenecen a un determinado grupo. A causa de este hándicap el corredor medio con carga quedará rezagado del corredor medio sin carga, aunque algunos corredores con carga adelantarán a algunos corredores sin carga. Ahora supongamos que alguien agita una varita mágica y que las cargas

desaparecen de las espaldas de todos los corredores. Si los dos grupos de corredores son iguales en capacidad, la principal diferencia entre los grupos con carga y sin carga deja de aumentar, pero aquellos que sufrían por la discriminación previa nunca se equiparán. Si se pudiera pasar el relevo a sus hijos, no habría igualdad de la carrera ni siquiera a través de generaciones. La carrera sólo podría volverse limpia si cada uno fuera obligado a parar y comenzar de nuevo en la misma línea de salida, si todos los que no llevaban carga fueran obligados a cargar peso hasta que las diferencias en el promedio de ejecución de grupos desaparecieran o si quienes habían sufrido desventajas en el pasado recibieran privilegios especiales hasta que se equiparasen." Citado en la *Guía de desarrollo de acciones positivas*, Barcelona, Instituto de la Mujer, 1995, pág. 17.

23. EUROSTAT, (1995), *Les femmes et les hommes dans l' Union européenne*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, pág. 132.

24. Estos temas están tratados en detalle en algunos libros y artículos como: ROSENFELD, M., (1991), *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven/Londres, Yale University Press. RUIZ MIGUEL, A., (1994), "Discriminación inversa e igualdad", en *El Concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, pág. 77-93. CAHN, S., (1996), *The Affirmative Action Debate*, Londres, Routledge.

25. Así se establece en la Sentencia 22/1981 del 2 de julio, a la que se remite la jurisprudencia posterior. Cit. en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., (1986) (coaut.), *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, pág. 53.

26. "La dificultad surge cuando se ha de resolver en el plano individual el conflicto jurídico provocado por la colisión de dos derechos igualmente protegibles: el de los aspirantes de distinto sexo que se estiman igualmente capacitados (...) La cuestión que se plantea es cuál sería el criterio decisivo entre dos aspirantes con igual capacitación si se invalida el de la discriminación positiva. Habrán de buscarse criterios objetivos lo suficientemente neutros como para impedir que, al mismo tiempo que se evita que se produzca una discriminación positiva que, en última instancia encuentra su justificación en razones sociales -compensar las desigualdades que afectan al colectivo femenino-, se acabe produciendo una discriminación indirecta". RUANO RODRÍGUEZ, L., y PÉREZ DEL RÍO, M^a T., (1995), "La difícil instrumentación de la igualdad", *Diario El País*, 2 de noviembre de 1995.

27. DÍAZ, C., (1996), "Las razones sociales de la acción positiva", en *Documentación Social*, N^o 105, pág. 98.

28. Esta consideración se repite en la normativa comunitaria sobre acciones positivas (artículo 142.4 del Tratado de Amsterdam, artículo 4.2 de la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato) y en las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Asuntos Kalanke y Marschall.

29. ROSENFELD, (1991), *op. cit.*, pág. 46.