

TRABAJO SOBRE EL CURSO DE 'EQUIDAD DE GÉNERO' IMPARTIDO POR LA UNIVERSIDAD DE POMPEU FABRA, EN BARCELONA, ESPAÑA.

ALUMNA: MARTHA ELBA HURTADO FERRER.

ADSCRIPCIÓN: SEGUNDA SALA. PONENCIA DEL
MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO
GONZÁLEZ SALAS.

ENERO DE 2009.

I. RELATORÍA DEL CURSO REALIZADO.

La Universidad de Pompeu Fabra en Barcelona impartió en el mes de enero de dos mil nueve un curso sobre 'Equidad de Género', diseñado especialmente para funcionarios del Poder Judicial Federal, el cual fue impartido por especialistas en la materia, quienes brindaron a los que tuvimos la fortuna de asistir, un panorama general de la problemática a la que se ha enfrentado la comunidad europea y en particular España, para lograr ubicar a la mujer en un plano de igualdad frente al hombre.

El curso, que fue de gran interés y extensión, estuvo dividido en cinco módulos, siendo éstos los siguientes:

1. Género e igualdad (orígenes de la desigualdad; lugares de la desigualdad; mercados, sexo y desigualdad; derecho y género; igualdad, reconocimiento y representación política).

2. La igualdad de género: protección constitucional, internacional y supranacional (protección constitucional, internacional y supranacional: la igualdad de género en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas).

3. Derecho Penal y criminología (aproximación criminológica a la violencia de género; la regulación de la violencia doméstica en el ordenamiento jurídico español: evolución legislativa y jurisprudencial; el tratamiento penal y la violencia de género: problemas de constitucionalidad y análisis desde la Teoría de la legislación).

4. Igualdad de género y relaciones laborales (igualdad, derechos humanos y género; políticas de igualdad y no discriminación en la Unión Europea; mercado de trabajo y género, estrategia de Lisboa y atención a los dependientes y racionalidad horaria y género).

5. Igualdad y no discriminación en derecho privado: la relevancia del estado civil, el sexo, la edad y la orientación sexual en el marco español y europeo (relaciones matrimoniales y de convivencia; autonomía y protección de los menores y de personas con capacidad disminuida; discriminación por razón de matrimonio, de filiación, de sexo o de otras circunstancias personales en las relaciones privadas y potestad parental y guarda y custodia sobre los hijos: los criterios de atribución de la potestad o de la guarda en casos de inexistencia o ruptura de la convivencia).

En este trabajo haré una breve exposición sobre los antecedentes remotos de la equidad de género, la evolución de esta figura en la comunidad europea, las medidas que se han adoptado para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, y me referiré también a un caso concreto –el caso Kalanke- en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó una sentencia en la que aplicó el criterio de discriminación positiva para favorecer a una mujer en una competencia

para acceder a puesto de un sector en el que el género femenino se encontraba infrarrepresentado.

II. ANTECEDENTES REMOTOS DE LA IGUALDAD DE GÉNERO

Hasta bien entrada la segunda mitad del siglo pasado se tuvo la creencia de que las mujeres eran poco aptas para desempeñar tareas ajenas a las labores domésticas, lo que se basaba en que el hombre 'es más fuerte y capaz'.

Sobre la igualdad sexual, los liberales clásicos se contradicen al señalar, por una parte, que existe un 'Fundamento en la Naturaleza' que establece la superioridad del marido y por otra, que todos los seres humanos son iguales por naturaleza, y que la naturaleza, como tal, no fundamenta una desigualdad de derechos.

Esa visión de desigualdad física y mental entre hombres y mujeres, que situaba a estas últimas en un plano inferior, justificó que por muchos años existiera una marcada división de los roles que a unos y otros correspondía desempeñar. Mientras las mujeres debían encargarse de la educación y del cuidado de los hijos, de las labores domésticas, y eventualmente desempeñar trabajos fuera de casa, que se reducían a labores consideradas propias del sector femenino y mal remuneradas; a los hombres, en cambio, les tocaba desempeñar las actividades y profesiones más valoradas por la sociedad, y mejor remuneradas, así como el acceso a los cargos públicos. En aquellos supuestos de actividades

desempeñadas por ambos géneros, la remuneración de la mujer siempre era inferior (y sigue siendo en muchos casos), por mucho, a la del hombre.

Kate Millet, en su obra 'Sexual Politics (Virago, Londres, 1969), utiliza el concepto 'género' al rechazar la explicación exclusivamente biologicista o esencialista de la dominación masculina y defender el carácter cultural de género, definido como la estructura de la personalidad conforme a la categoría sexual. Dicha autora no cree que el patriarcado tenga raíces biológicas y se inclina, en cambio, por una definición social y cultural del fenómeno de dominación masculina; se trata, según ella, de comportamientos aprendidos a través de la educación recibida desde la infancia, mediante estereotipos y roles que toman como norma de corrección todo aquello vinculado a lo masculino; así por ejemplo, si estos esterotipos presentan al varón como una persona activa o dinámica y a la mujer como pasiva y menos emprendedora, siendo lo bueno o deseable lo activo.

Así Millet se aparta de las teorías que apelan a los inexorables designios de la naturaleza para justificar la estructura patriarcal, inclinándose por la herencia cultural. Señala también que a la dominación patriarcal se suma la dependencia económica de las mujeres, que sirve para reforzar su sumisión y opresión.

A fines de la época de los sesenta comenzó en los Estados Unidos, junto con el surgimiento de los grupos de protesta más importantes de esa época el 'Student Nonviolent Coordinating Committee (SNCC) comprometido con la lucha por los derechos de los negros y el 'Students for a Democratic Society (SDD), que formaban lo que se conoció como 'El Movimiento'. En estas organizaciones las

mujeres pertenecientes a esos grupos aprendieron a moverse en el terreno de la política, saliendo del tradicional rol doméstico.

En ese contexto empezó, en el año de 1968, el llamado movimiento de 'Liberación Femenina'.

En España el movimiento feminista fue más tardío debido a la represión de la dictadura franquista. Fue en el año de 1975 cuando tuvieron lugar en Madrid las Jornadas Nacionales de la Liberación de la Mujer y en 1976 en Barcelona, las llamadas Jornadas Catalanas de la Donna, a las que asistieron alrededor de cuatro mil mujeres, pero el primer movimiento más importante en ese país fueron las Jornadas Feministas celebradas en Granada en 1979, en la que se debatieron temas que estaban presentes en el feminismo de otros países como la 'doble militancia', la colaboración con las instituciones, etcétera.

Lo anterior no quiere decir que antes de esos movimientos no existieran mujeres defensoras de la mujer, ni mujeres emancipadas, pero no era un planteamiento frecuente. En México es conocido por todos, el caso de Sor Juana Inés de la Cruz, nacida en el año de 1651 en la alquería de San Miguel de Nepantla, cercana a Amecameca, Estado de México, que es una de las figuras más representativas de las letras hispana, quien logró escapar de los roles que, como mujer, le correspondía desempeñar de acuerdo con la época que le tocó vivir, optando por ingresar a la orden religiosa de las Carmelitas Descalzas y luego al convento de San Jerónimo, donde pudo desarrollar su extensa obra literaria, entre otras sus redondillas en defensa de la mujer.

A finales de la década de los sesentas se consideró necesario impulsar cambios en las normas constitucionales de los países e implantar políticas de acción afirmativa que aseguren la igualdad de oportunidades. Con ese motivo, el Tribunal Supremo estadounidense estableció la doctrina de la 'clasificación razonable', según la cual las leyes han de tratar de modo similar a aquellas personas que estén situadas en posiciones similares y no ha de tratar de modo igual lo que sea diferente de hecho.

En la jurisprudencia estadounidense de principios de los años setenta se hace referencia a ciertas clasificaciones en relación con las mujeres que son denominadas discriminaciones o preferencias benignas o protectoras y que pretenden una cierta compensación por las mayores dificultades que se supone encuentran principalmente en relación con ciertos trabajos o retribuciones económicas.

III. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA DE IGUALDAD EN LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

Una de las primeras referencias en materia de igualdad, en la Unión Europea, se encuentra en el Tratado de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957, enmarcadas en el ámbito de la Política Social, para asegurar la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en el ámbito del empleo. Así, en el artículo 119 de ese tratado se establece la obligación de los Estados Miembros de garantizar y mantener 'la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo',

entendiendo que la igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo, incluye que la retribución establecida por unidad de tiempo sea igual para un mismo puesto de trabajo.

A partir de entonces fueron promulgándose de manera sucesiva nuevas directrices orientadas a alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

Entre las Directivas o lineamientos¹, destacan las relativas a la igualdad de retribuciones (75/117/CEE); a la igualdad de trato respecto al acceso al trabajo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo (76/207/CEE, que amplió el objeto de la anterior, para impedir toda discriminación por razones de sexo respecto al acceso al empleo, a la formación a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo); la Directiva sobre igualdad en materia de seguridad social y sobre igualdad en la actividad autónoma (79/7/CEE), que incluye las actividades agrarias y la protección de la maternidad.

Atendiendo a lo establecido en la Directiva 76/207/CEE, sobre igualdad de trato respecto al acceso al trabajo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo, y en la Recomendación de 13 de diciembre de 1984, el Consejo de la Unión Europea aprobó la Resolución de 29 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, que considera los comportamientos y conductas de naturaleza sexual en el trabajo respecto del hombre y la mujer como una violación intolerable a la dignidad de

¹ Referidas por Justo Reguero Celada y Ascensión García Trascasas, en su obra 'Hacia la igualdad entre hombres y mujeres', Editorial Comares, Granada 2006.

unos y otros, haciendo un llamamiento a los Estados Miembros para elaborar campañas de información y mentalización de empresarios y de trabajadores, para fomentar la idea de que tales conductas son contrarias a la directiva citada y que no deben existir en el entorno laboral.

Uno de los temas más importantes sobre los avances del principio de igualdad es el contenido en las Resoluciones y Recomendación sobre participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones (1995 y 1996), y en la actividad profesional y en la vida familiar (2000).

En la resolución de 1995 se afirma que la participación de los hombres y mujeres en la toma de decisiones es una condición importante en la igualdad de unos y otras, debiendo realizarse cambios de estructuras y actitudes para alcanzar una verdadera igualdad, para lo cual se invita a los Estados Miembros para incluir en sus programas de gobierno una estrategia para fomentar dicha participación; a intensificar sus esfuerzos de información, sensibilización, investigación y puesta en práctica de acciones pilotos en la materia y que las Instituciones y organismos de las Comunidades Europeas, en su calidad de empleadores y basándose en un balance, adopten medidas para favorecer la contratación equilibrada de mujeres y hombres que permitan, entre otras cosas, una participación equilibrada en las funciones relacionadas con la toma de decisiones y que evalúen periódicamente los resultados y sean publicados.

En la Recomendación de 1996, relativa a la participación equilibrada de mujeres y hombres en los procesos de toma de decisiones, se recomienda, entre otras cosas, sensibilizar a los niveles educativos y de formación a la participación

de jóvenes y mujeres en la sociedad; sensibilizar a la opinión pública sobre la imagen de las mujeres y de los hombres; sensibilizar para que se emprendan iniciativas para alcanzar una participación equilibrada de hombres y mujeres en los puestos públicos electivos y no electivos a todos los niveles; establecer medidas que favorezcan la igualdad en la función pública; estimular al sector privado para que aumente la presencia de mujeres en todos los niveles de toma de decisiones.

En la Resolución del Consejo del año 2000, sobre la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, se alienta a los Estados Miembros a reforzar esta participación en los programas de sus Gobiernos y a elaborar estrategias globales e integradas (incluyendo medidas relativas al permiso de paternidad; al reconocimiento a los hombres de derechos que permitan apoyar la vida sustancial; procurar un reparto equilibrado de las cargas familiares respecto al cuidado de los hijos, de personas mayores dependientes; proteger las familias monoparentales; estudiar la armonización de horarios escolares y laborales; reflejar en los programas escolares la conciliación de la vida familiar y de la actividad profesional; recopilar datos e informaciones; alentar a las empresas, en particular a las pequeñas y medianas, prácticas de gestión que tengan en cuenta la vida familiar de sus trabajadores y trabajadoras).

Destacan también las Resoluciones sobre la mujer y la ciencia, de 20 de mayo de 1999, que reconocen el problema de la infrarrepresentación de la mujer en el ámbito de investigación científica y técnica, y la necesidad que la investigación responda a la comprensión de las cuestiones de la igualdad de los hombres y mujeres, e invita a los Estados Miembros a facilitar información respecto al personal dedicado a la investigación, con la finalidad de calibrar la

participación de la mujer en el desarrollo de la ciencia y la tecnología en la Comunidad y a tomar las medidas necesarias a favor de tal igualdad.

Para lograr el cometido de igualdad de género, la Comisión adoptó la Comunicación intitulada 'Plan de Trabajo para la Igualdad entre las Mujeres y los Hombres -2006-2010-' que está estructurado en dos partes, una dedicada a las áreas prioritarias y otra a la mejora de la reglamentación en la materia.

La primera parte abarca seis ámbitos:

Conseguir la misma independencia económica para mujeres y hombres. Sus objetivos son: pasar del 55.7% de tasa de empleo femenino al 60% en 2010; eliminar las diferencias retributivas entre hombres y mujeres que es de un 15% en perjuicio de estas últimas; aumentar la creación de empresas por mujeres, sobre la base de que el empresariado femenino constituye un 30% de media en la Unión Europea, e introducir el principio de igualdad de género en la protección social y en la lucha contra la pobreza.

Conciliación de la vida laboral y la vida privada familiar. Tiene como objetivos alcanzar acuerdos laborales flexibles para hombres y mujeres, aumentar los servicios de asistencia, en materia de natalidad y de envejecimiento de la población europea y animar a los hombres a asumir responsabilidades familiares.

Promover la representación paritaria de mujeres y hombres en la toma de decisiones. Sus objetivos son fomentar la participación política de las mujeres y en los altos niveles de las Administraciones Públicas, así como en la toma de

decisiones, lo cual exige la transparencia en los procedimientos de promoción, los acuerdos laborales flexibles y tener guarderías suficientes.

Erradicar la violencia de género y la trata de seres humanos, para lo cual se prevé la presentación de una Comunicación de la Comisión en 2006, con la finalidad de crear un sistema de estadísticas comparables en la materia, la formación y el intercambio de buenas prácticas en la materia, el seguimiento de los planes comunitarios en la materia y utilizar el Fondo Social Europeo para ayudar a las víctimas.

Eliminar los estereotipos sexistas de la sociedad, principalmente en la educación, la formación y la cultura, así como en el mercado laboral y principalmente en los medios de comunicación, difundiendo, por el contrario, una imagen realista de la mujer en la sociedad actual, eliminando las imágenes degradantes de las mujeres.

Promover la igualdad de género fuera de la Unión Europea, aplicando la legislación comunitaria a los Estados adherentes, a los candidatos y a los potenciales, así como en la política europea de vecindad, en la exterior y en la cooperación al desarrollo.

La segunda parte del Plan de trabajo mencionado, se dedica a mejorar la regulación en esa materia, estableciéndose los objetivos de alcanzar un compromiso al más alto nivel político, respecto a la igualdad de género y crear un órgano europeo específico en la materia, previéndose la creación del Instituto

Europeo de Igualdad de Género², controlar el avance de la igualdad en la política de recursos humanos de la Comisión, reforzando estructuras, crear una red de Organismos de la Unión Europea en la materia, cooperar con organizaciones no gubernamentales y asociaciones, apoyar a los interlocutores sociales, respaldar la evaluación del impacto de género en las políticas y de la legislación, en la elaboración del presupuesto comunitario, etcétera.

Merece destacar que en relación con el polémico debate sobre las cuotas femeninas, el Dictamen de Comité Económico y Social Europeo de 14 de febrero de 2006, sobre 'Representación de la mujer en los órganos decisorios de los grupos de interés económico y social de la Unión Europea', se rechazó proponer el estudio de la implantación del sistema de cuotas.

Sobre el mismo tema, el Dictamen del Comité de las Regiones de 6 de diciembre de 2006 señaló que 'las cuotas por sí solas no pueden resolver el problema de desigualdad y la discriminación, pero puede ser un componente de una estrategia integrada más amplia para acabar con las estructuras existentes que excluyen a las mujeres de los procesos decisorios', solicitando asimismo la paridad entre hombres y mujeres en la composición de las delegaciones de los Estados Miembros en el Comité de las Regiones y que se refleje dicha paridad en los dictámenes del mismo.

La segunda etapa de la evolución de la política comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres se inicia con el Tratado de Amsterdam, en el

² Mediante el Reglamento (CE) número 1922/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, se creó el Instituto Europeo de la Igualdad de Género.

que la promoción en general de la igualdad entre el hombre y la mujer se consagra en el Derecho Comunitario originario como un objetivo general de la política de la Unión Europea, y se reconoce el carácter transversal³ de las acciones comunitarias de promoción de la igualdad entre los sexos en cualquier ámbito de su vida social. Es decir, se procura no sólo una igualdad por razón de sexo, sino también la no discriminación por otros motivos contrarios a los valores que inspiran y guían la actuación comunitaria: el origen racial o étnico, la religión o convicciones, discapacidad, edad o la orientación sexual.⁴

También se garantiza en el mencionado tratado la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación en general, superando así la igualdad de trato entre ambos sexos en el ámbito exclusivamente salarial.

Así, el principio de transversalidad conocido también como ‘mainstreaming’, se integra en el tratado de Amstredam, como un principio vinculante que impone a los países comunitarios un doble enfoque de las políticas: incorporar a todas ellas la dimensión de la igualdad, y desde un punto de vista general se planea la construcción de una sociedad más igualitaria, que supere desigualdades entre

³ La transversalidad de la regulación implica una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad.

⁴ El Tratado de Amsterdam, en su artículo 13, señala: ‘Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado, y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

hombres y mujeres, no solo en el ámbito laboral, sino en las instituciones políticas, en la economía y en la sociedad en conjunto.⁵

En concordancia con todas las medidas adoptadas por la Comunidad Europea para lograr la llamada equidad de género, con fecha 22 de marzo de 2007 se aprobó en España la Ley Orgánica 3/2007, conocida también como Ley de Igualdad, cuyo objetivo es precisamente conseguir la igualdad real entre mujeres y hombres, la cual, según su exposición de motivos se fundamenta en el artículo 14 de la Constitución Española que proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación, por razón de sexo, y principalmente en su artículo 9.2, que establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, ya que se destaca en la mencionada Exposición de Motivos, la insuficiencia de las medidas adoptadas hasta entonces para acabar con la desigualdad y la discriminación, al continuar latente la violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudez, el mayor desempleo femenino, la escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar. También se hace hincapié en la necesidad de una acción normativa dirigida a combatir las manifestaciones aun subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla.

⁵ Así lo explican Angela Figueruelo Burrieza y María Luisa Ibáñez Martínez, en su obra intitulada “El reto de la efectiva igualdad de oportunidades”, Comares Editorial, Granada 2006.

IV. REFLEXIONES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN INVERSA

Como se advierte de lo expresado en los párrafos anteriores, la Comunidad Europea ha tomado medidas para resolver el problema de la desigualdad de género y la discriminación, que van desde acciones positivas, que son medidas tendentes a la supresión o corrección de las desigualdades de hecho; la promoción de la presencia y de la participación de las mujeres en todos los sectores y las profesiones y en todos los niveles de responsabilidad (sin que ello implique un trato preferencial), hasta la llamada discriminación inversa o positiva, a través de la cual se pretenden paliar situaciones de desigualdad mediante acciones extremas que tienden a favorecer a una persona por su pertenencia a un grupo históricamente discriminado como es el caso de las mujeres, poniendo en situación de franca desventaja al género masculino, aun en los supuestos en que aquellas estén menos cualificadas.

El primer antecedente que se tiene de la 'discriminación inversa', dice Alfonso Ruiz Miguel, en su artículo el 'La Discriminación Inversa y el caso Kalanke'⁶, se remonta a la India, en los años treinta, como una política aceptada por los colonizadores británicos para intentar superar la aguda división en castas de aquella sociedad.

En Europa, dice el autor, la formulación más conocida de este tipo de acciones es la cuestión de cuotas en órganos de partidos políticos, que se aplican

⁶ Cuadernos de Filosofía del Derecho número 19 (1996), pp.123-140.

en los países nórdicos desde principio de los años ochenta y en España desde 1988.

Uno de los casos más debatidos en el que se aborda el problema de 'cuotas', es la sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que versa sobre un ingeniero –el señor Kalanke- que competía con una ingeniera –la señora Glissmann- por la Jefatura de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen, Alemania, el cual se puede resumir de la siguiente manera:

Según la ley de 20 de noviembre de 1990 del Land de Bremen sobre igualdad entre hombres y mujeres en la función pública, las mujeres con una cualificación igual a la de sus competidores de sexo masculino tienen una prioridad automática en caso de acceso, traslado de puesto o promoción, siempre que las mujeres estén infrarrepresentadas en los diversos grados de la categoría de personal de que se trate, o en los niveles de funciones previstos en el organigrama. Según esa ley, hay infrarrepresentación cuando en dichos grados y niveles las mujeres no sean al menos la mitad de los empleados en activo.

El citado Tribunal, en su resolución de 17 de octubre de 1995, que se fundó esencialmente en el artículo 2.4 de la Directiva 76/207, relativa a las medidas tendentes a realizar iguales oportunidades, dio la razón a la señora Glissmann con el argumento de que las mujeres están infrarrepresentadas en aquel sector laboral, y en igualdad de méritos, la ley le daba especial prioridad al logro de un objetivo de mayor igualdad social.

El artículo mencionado señala que el principio de no discriminación por razón de sexo no es obstáculo para la adopción de medidas tendentes a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular poniendo remedio a las desigualdades de hecho que perjudican las oportunidades de las mujeres, tiene el fin preciso y limitado de autorizar medidas que, aun siendo discriminatorias en apariencia, se dirijan directamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que puedan existir en la realidad social.

La aludida sentencia ha sido calificada por los estudiosos del tema, de escueta y falta de motivación, pues se dedicó a aplicar la mencionada directiva sin mayor razonamiento.

Sobre la aludida sentencia, María Vittoria Ballestrero, en su artículo 'Acciones Positivas. Punto y Aparte'⁷, sostiene que el Tribunal evitó detenerse en los puntos críticos de la Ley alemana que resultaban evidentes, pues el criterio previsto por la mencionada ley para definir la infrarrepresentación es mecánico, no es un parámetro sobre situaciones determinadas y carece de correlación con la comparación de sexos de la fuerza de trabajo en el contexto considerado, lo que hace atacable a la ley.

Dicha autora calificó de lacónica la sentencia, porque el Tribunal se limitó a insistir en la promoción de iguales oportunidades que sirve para circunscribir la noción de acción positiva del Derecho Comunitario en un ámbito restringido y de simple equilibrio numérico entre hombres y mujeres, sin proceder a la remoción de los obstáculos que han conducido a tal situación, es decir, los obstáculos no son

⁷ Cuadernos de Filosofía del Derecho número 19, Universidad de Alicante, 1996, pp.91 a 109

eliminados, sino que constituyen la causa que legitimaría el tratamiento legal diferenciado según el sexo.

Sobre la discriminación positiva, José Luis Abellán, en su artículo del miércoles 1 de mayo de 1996 'Sobre la Discriminación Positiva', afirmó que decir discriminación es lo mismo que decir irracionalidad, que si bien se limita a impugnar la discriminación positiva, no para negarla en toda su radicalidad, sino para reducirla al mínimo posible, usándola con máxima prudencia y reduciendo su aplicación a muy contados casos, para situaciones límite en que se hubieran agotado todas las posibilidades de una elección racional.⁸

El economista americano Lester Thurow ha ejemplificado este problema de igualdad de oportunidades de la siguiente manera: "Supongamos que se ha identificado a un grupo que sufre negación de iguales oportunidades. ¿Cómo debe corregirse esta situación? 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 'handicap' 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 tratara de una carrera donde los padres en cabeza pudieran pasar el relevo a sus hijos, no habría igualación de la carrera ni siquiera a través de generaciones. La carrera sólo

⁸ Citado por Alfonso Ruiz Miguel, en la obra señalada.

podría volverse limpia si cada uno fuera obligado a parar y a 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”.

Conviene hacer notar que las medidas adoptadas para lograr una mayor igualdad social, cultural y política entre hombres y mujeres, que en algunos casos resultan irracionales, sobre todo cuando se da a la mujer un trato preferencial y discriminatorio favorable, frente al hombre, en aquellos casos en que tienen los mismos méritos y capacidades, han sido justificadas tanto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como por un sector de la doctrina, al señalar que se trata de medidas temporales que estarán vigentes hasta en tanto se logre la igualdad que se pretende.