

# **LA ACCIÓN POSITIVA: ANÁLISIS DEL CONCEPTO Y PROPUESTAS DE REVISIÓN\***

**M<sup>a</sup> Angeles Barrère Unzueta**

**Facultad de Derecho**

**UPV/EHU**

SUMARIO: I. Introducción. II. Origen del concepto de acción positiva en la cultura jurídica. III. Desarrollo en los principales textos legislativos y jurisprudenciales. IV. Crítica concerniente al uso de la expresión “discriminación positiva”. V. Propuesta redefinitoria.

## **I. INTRODUCCIÓN**

De acuerdo con el orden anunciado, en esta ponencia me propongo lo siguiente: 1º) llevar a cabo una aproximación al origen del concepto de acción positiva en la cultura jurídica ya que, muchas veces (y también en este caso), el origen de los conceptos nos ofrece la posibilidad de tomar conciencia tanto de sus limitaciones como de su potencialidad; 2º) analizar el desarrollo de este concepto en distintos ámbitos de la normatividad jurídica (fundamentalmente en textos legislativos y jurisprudenciales) para poner de relieve sus carencias y los

---

\* Jornadas sobre “Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres”; Palacios de Congresos Europa; Vitoria-Gasteiz, 11, 12 y 13 de diciembre de 2002

problemas interpretativos que repercuten en su legitimidad; 3) efectuar una crítica a la denominación del mismo en su versión más polémica y conocida (la de la llamada “discriminación positiva”); crítica que no se basa en una mera cuestión de palabras, sino que abarca el concepto mismo de discriminación; y 4º) por último, y a la luz de todo lo anterior, presentar una propuesta redefinitoria de la acción positiva que vigorice su potencialidad en el uso que se haga de la misma en las políticas públicas contra la discriminación de las mujeres<sup>1</sup>.

## **II. ORIGEN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN POSITIVA EN LA CULTURA JURIDICA**

“Acción positiva” es una expresión con la que se traduce en Europa lo que en Estados Unidos y en otros países anglófonos distintos de Gran Bretaña se conoce como “acción afirmativa” (*affirmative action*). La expresión tiene su origen en una ley estadounidense de 1935 enmarcada en el ámbito del derecho laboral, pero adquiere el significado específico de *policy* (esto es, de política pública) en el contexto de la reacción jurídica a las protestas protagonizadas por la población afroamericana y otras minorías y movimientos de contestación social en los que tiene su origen el llamado Derecho antidiscriminatorio del que, quede claro desde

---

<sup>1</sup> Para la elaboración de esta ponencia me he servido de ideas ya expresadas en algunas publicaciones mías, así como de referentes bibliográficos citados en ellas. Unas y otros serán recogidos como bibliografía al final de este texto sin ser puntualmente mencionados. Como excepción, se incluirá expresamente la referencia en el caso de algún texto que sea de nueva incorporación.

ahora, la acción positiva representa (o, al menos, debiera representar) un papel medular.

Como actuación de la Administración estadounidense la acción afirmativa tiene su inicio en una serie de medidas de carácter intervencionista<sup>2</sup> posibilitadas por las especiales prerrogativas que en los Estados Unidos tiene quien ocupa la Presidencia. Se suele citar, en primer lugar, la Orden Ejecutiva del 16 de marzo de 1961 del Presidente John F. Kennedy, donde se requiere de las empresas que contraten con el Gobierno Federal la adopción de medidas de integración de minorías para cuyo incumplimiento están previstas sanciones que incluyen la finalización de los contratos. A esta actuación normativa le seguiría la Orden Ejecutiva 11246, de 1965, del Presidente Lyndon B. Johnson que, además de considerar ilegal la discriminación de las minorías (atendiendo a su raza, color, religión u origen nacional), obliga a las empresas que quieran formalizar contratos con la Administración por un montante superior a los 50.000 dólares a llevar adelante planes tendentes a su integración. En 1967 se enmienda esta Orden Ejecutiva para incluir la discriminación sexual y, a partir de este año, y en los comienzos de los setenta (coincidiendo con la presidencia de Richard Nixon), la política de acción positiva, que afecta también a las universidades en la medida en que deseen obtener financiación pública, adquiere, además de un fuerte impulso, una mayor concreción de sus fines. En este sentido es de destacar la introducción del mecanismo de “goals and timetables”, a través del cual la Administración

---

<sup>2</sup> De ahí el término “afirmativa” o “positiva”, que denotaría una política activa y no de mera abstención o “negativa”.

requiere a las empresas la instauración de un sistema de objetivos y plazos con el fin de que el porcentaje de la población trabajadora de las mismas incluida bajo la etiqueta de minoría se aproxime al porcentaje de tales minorías en la población donde están ubicadas las empresas.

Al margen de este origen vinculado al poder presidencialista, la base legal de la acción positiva estadounidense se encuentra en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, luego enmendado por la Ley de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de 1972. No existe, sin embargo, un texto legislativo en el que se defina el concepto<sup>3</sup> ni la demarcación entre la acción positiva constitucionalmente legítima y la que no se considera tal<sup>4</sup>.

Así, y volviendo al origen del concepto en la práctica, tenemos que ésta nos confirma un concepto de la acción positiva con una serie de características delimitadoras, entre las que cabe destacar: 1) su vinculación en origen al poder político; 2) su vinculación en destino tanto al sector público como al privado; 3) su concreción en técnicas de motivación indirecta (o, si se quiere, de sanciones

---

<sup>3</sup> En este sentido, se debe a la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles (pero ya en 1977) la definición según la cual por acción afirmativa había de entenderse “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro”. No podemos entrar aquí en una crítica detallada de una definición que, en términos bastante parecidos, es reproducida en el Derecho antidiscriminatorio europeo. Nos contentaremos, por tanto, únicamente con poner en cuestión la concepción de la acción positiva como *compensación*, por un doble motivo: a) dar a entender que la discriminación pertenece al pasado; y, unido a ello b) provocar reacciones de culpabilidad (o, mejor, de no culpabilidad) en individuos que no pertenecen al grupo discriminado (en nuestro caso, los hombres).

<sup>4</sup> Por el contrario, ésta será una tarea a la que ha tenido que hacer frente el Tribunal Supremo estadounidense y en la que se puede apreciar una serie de fluctuaciones que, en buena parte, van a depender de la composición ideológica del Tribunal (cuestión ésta que ha llevado a la doctrina constitucionalista a tener que reconocer que las decisiones judiciales en el tema de la igualdad son fundamentalmente políticas).

positivas) aunque obligando al logro de determinados resultados; 4) la percepción de la igualdad (o de la eliminación de la discriminación) como *integración*, sea en el mercado de trabajo o en instituciones; y 5) su nexos con la igualdad de oportunidades.

Ahora bien, que haya sido éste su origen no quiere decir que no haya evolucionado. En efecto, una evolución importante fue la operada, por ejemplo, en ciertas instituciones universitarias en las que, con el fin de incorporar a las minorías a ellas (no se puede olvidar que a mediados del siglo XX todavía existían en los Estados Unidos universidades sólo de gente de raza blanca), se establecen programas de acción positiva consistentes en la reserva de plazas para estudiantes de las mismas (plazas a las que se accede con una puntuación inferior a la exigida a estudiantes no pertenecientes a las mismas). Gracias a este tipo de acciones, se incorporan a la universidad las minorías en una proporción impensable en ausencia de las mismas, sin embargo, en ellas está el origen de la llamada “discriminación inversa” (*reverse discrimination*) expresión que se usa –y esto es importante tenerlo en cuenta para cuando se aborde la cuestión de la llamada “discriminación positiva”- para condenar como inconstitucionales determinadas prácticas surgidas al amparo del concepto de acción positiva<sup>5</sup>.

Por lo demás, otras cuestiones interesantes a resaltar de este origen de la acción positiva tienen que ver con su planteamiento como *integración*, así como su

---

<sup>5</sup> El caso de la llamada “discriminación inversa” o “discriminación positiva” constituye un buen banco de prueba para comprobar la fricción que produce en las estructuras jurídicas tradicionales la inserción del Derecho antidiscriminatorio debido, fundamentalmente, a que mientras el primero pivota sobre un concepto de igualdad individualista, el Derecho antidiscriminatorio conlleva una concepción de la igualdad referida a los grupos. En cualquier caso, la crítica subyacente a este concepto la efectuaremos en el apartado correspondiente.

vínculo al principio de igualdad de oportunidades. En cuanto a lo primero conviene destacar el efecto asimilador al modelo dominante que conlleva la política de acción positiva meramente integracionista. Lo segundo resulta problemático porque el principio de igualdad de oportunidades, que se ha convertido en una especie de fetiche en las sociedades occidentales, a la cabeza de las cuales está la estadounidense, resulta tan opaco que, como ha sido señalado (y podrá ser corroborado también en el examen de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo) puede ser usado tanto para justificar la acción afirmativa como para rechazarla. Por otro lado, no se puede olvidar que este principio se basa en una imagen de la sociedad en competición, y que si este esquema puede resultar válido cuando se trata de obtener un bien escaso (como puede ser un puesto de trabajo), mal se adapta a ciertas realidades de la discriminación estructural como pueden ser la prostitución, la violencia doméstica, el acoso, el tiempo dedicado a las tareas del hogar y de cuidado, el porcentaje de mujeres que trabajan a tiempo parcial, etc.

### **III. DESARROLLO EN LOS PRINCIPALES TEXTOS LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES CON ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO COMUNITARIO**

El origen de la acción positiva en los Estados Unidos está vinculado a la discriminación racial debido a las particularidades sociopolíticas de aquél país,

pero cuando el concepto se importa a Europa no será la minoría negra sino las mujeres el objeto fundamental de la misma<sup>6</sup>.

## 1. Normativa

El Derecho Comunitario es, a este respecto, pionero. Así, con anterioridad incluso a un texto internacional de alcance significativo como es la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*<sup>7</sup>, no en el Derecho Comunitario originario, pero sí en el Derecho derivado (también vinculante), tiene lugar el reconocimiento normativo de la acción positiva. Se trata de la Directiva del Consejo 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo<sup>8</sup>. Es éste un texto que, aunque como veremos, ha sido recientemente modificado, ha constituido un referente básico en la jurisprudencia comunitaria relativa a las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos judiciales de los Estados miembros de la Unión Europea

Concretamente, la inserción conceptual de la acción positiva se produce del modo siguiente. En el artículo 2.1 de la citada Directiva se establece que: “El

---

<sup>6</sup> Huelga decir que la problemática discriminatoria de las mujeres presenta caracteres específicos que representan un especial *handicap* del Derecho antidiscriminatorio. Así, además de suponer un plus en relación al resto de las discriminaciones (de ser transversal a todo el resto), y de que las mujeres no constituyan ninguna minoría, el haberse revestido históricamente de protección y de una pretendida libertad de opción de las mismas tanto para ser excluidas de determinados ámbitos (p. ej. del trabajo asalariado) como para incluirse en otros (desde el trabajo doméstico hasta la prostitución).

<sup>7</sup> Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979, que entra en vigor en 1981 y que España ratifica en 1984.

<sup>8</sup> Seamos en cualquier caso conscientes, pues, del alcance material de la Directiva, limitado al ámbito laboral.

principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente...”, mientras que en el apartado 4 del mismo artículo se indica: “La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1 [las que dan nombre a la Directiva]”<sup>9</sup>.

Esta manera de introducir el concepto de acción positiva (pues la expresión “acción positiva” no figura en su texto) merece algunos comentarios. En primer lugar porque propicia que las medidas de acción positiva sean vistas como una *excepción* al principio de igualdad de trato (que implicará una interpretación restrictiva y supondrá colocar a la acción positiva en una situación “bajo sospecha”). En segundo lugar porque se incluye en un artículo donde la discriminación se trata de manera binómica (es decir, se da a entender que la discriminación sólo puede ser directa o indirecta, pero no se menciona la discriminación estructural). En tercer lugar, porque el concepto se formula de modo rocambolesco, en el que las medidas se vinculan confusamente (ambigua y

---

<sup>9</sup> Con un ámbito material que excede a esta regulación, pero en términos bastantes similares, el artículo 4.1 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* antes citada señala: “La adopción por los Estados partes de medidas temporales especiales con el fin de acelerar la instauración de una igualdad de hecho entre hombre y mujer, no estando considerada como un acto de discriminación tal como se la define en la presente Convención, no debe, en modo alguno, tener como consecuencia el mantenimiento de normas de desigualdad o segregación; estas medidas deben ser suprimidas a partir del momento en que los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato se alcancen.”

vagamente) a la igualdad de oportunidades y/o a la corrección de las desigualdades de hecho; vinculación que, además y por si acaso, desemboca finalmente en las oportunidades (esto es, entre el principio de igualdad de hecho y el de oportunidades, la balanza se inclina hacia el segundo en forma -atiéndose- de promoción).

Pero el tratamiento de estas cuestiones críticas lo retomaremos en los dos últimos apartados. Ahora, siguiendo con los textos más relevantes del Derecho comunitario en el tema de acción positiva, en un orden cronológico goza de especial relevancia, aunque tenga un carácter no vinculante, la Recomendación 84/635/CEE del 13 de diciembre de 1984. Así, concretamente, en el tercer considerando de la misma se recoge lo siguiente:

“las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los Gobiernos, de los interlocutores sociales y de otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad”.

Y en referencia específica al artículo 2, apartado 4 de la Directiva antes mencionada, el Consejo recomienda a los Estados miembros:

“1) que adopten una política de acción positiva, destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como a promover la participación de ambos sexos en el empleo, y que incluya medidas generales y específicas apropiadas, en el marco de las políticas y prácticas nacionales y que respeten plenamente las competencias de las partes sociales, al objeto de:

a) eliminar o compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres que trabajan o que buscan un empleo, de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de una distribución tradicional de funciones entre hombres y mujeres en la sociedad;

b) estimular la participación de la mujer en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en los que actualmente se encuentran infrarrepresentadas, en particular, los sectores de futuro y en los niveles superiores de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos;...”.

La importancia de este texto deriva, no sólo de una interpretación literal del mismo (en la que se reconoce expresamente la insuficiencia de una igualdad de trato individualista, se incluye expresamente ya la expresión acción positiva, no se hace desembocar a ésta únicamente en la igualdad de oportunidades y se habla de la desigualdad de las mujeres como una desigualdad procedente también de las estructuras de la sociedad) sino de que, además, es incluido (se insiste, a pesar de no ser vinculante o constituir lo que se denomina *soft law*) en los considerandos de las sentencias del TJCE en materia de acción positiva que luego reseñaremos. Frente a estos aspectos a valorar, tampoco se puede pasar por alto que la acción positiva se plantea en términos de “eliminar o compensar los efectos perjudiciales de... estructuras...”; términos que, además de confusos (no es lo mismo, e incluso puede resultar incompatible “eliminar” y “compensar”) resultan, desde una concepción –digamos- sustancial de la igualdad, insuficientes (puesto que, más que *eliminar los efectos* que resultan de las estructuras, lo que la acción positiva debería hacer –obviamente, desde el concepto de acción positiva que aquí se sostiene y al que luego se hará referencia- sería cambiar las propias estructuras).

Ya más recientemente, se considera que comienza una nueva etapa del Derecho comunitario en relación a la acción positiva con el Tratado de

Ámsterdam<sup>10</sup>. En una referencia sucinta a las principales novedades operadas por este Tratado en materia de acción positiva hay que citar el artículo 141, en el que se introducen dos apartados del siguiente tenor:

“3. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres 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.”

A la vista de este articulado se ha sostenido que, a través del mismo: 1) se ha superado el contenido estrictamente economicista del Tratado de Roma, que, como es sabido, contemplaba únicamente la igualdad entre hombres y mujeres en materia de retribución; 2) por primera vez, en el Derecho originario de la UE se introduce, junto al principio de igualdad de trato, el principio de igualdad de oportunidades; 3) parece instaurarse la obligación de que las instituciones comunitarias lleven a cabo medidas de acción positiva a favor de las mujeres (“adoptará medidas”); y 4) se viene a reconocer la legitimidad de tales medidas configuradas por los Estados miembros.

Por lo demás, la importancia del último de los apartados es reseñable en tanto su literalidad se ha convertido recientemente en el único referente de Derecho comunitario vinculante en materia de acción positiva.

En efecto, como ha sido avanzado ya, la Directiva 76/207/CEE acaba de ser modificada por otra Directiva con el mismo objeto. Se trata de la Directiva

---

<sup>10</sup> Que entraría en vigor el 1 de mayo de 1999.

2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002<sup>11</sup>, en cuyo artículo 1 se contempla la sustitución del anterior artículo 2 por otro nuevo con la misma numeración. Se trata de una sustitución de gran contenido conceptual de carácter antidiscriminatorio<sup>12</sup>, pero en lo que respecta estrictamente a la acción positiva es de reseñar la desaparición del antiguo apartado 4 y la introducción de un apartado 8 en el que se dice textualmente que:

“Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres”

En definitiva, la nueva Directiva no da ninguna formulación nueva de la acción positiva, sino que efectúa una remisión al tenor del Tratado que ya ha sido recogido.

Es difícil calibrar todavía lo que la interpretación judicial del Tratado va a dar de sí. Previsiblemente, las cosas no variarán mucho respecto de la doctrina emanada hasta ahora y a la que se hará referencia seguidamente. Realizaremos, sin embargo, un par de apuntes a añadir a las consideraciones que ya se han hecho con anterioridad. El primero tiene que ver con la supresión en la nueva Directiva de la rocambolesca formulación del apartado 4 de la Directiva del 76, que es algo que se agradece<sup>13</sup>. El segundo, sobre el que no efectuamos un juicio del

---

<sup>11</sup> DO nº L 269 de 5 de octubre de 2002.

<sup>12</sup> Por ejemplo, se incluyen los conceptos de discriminación directa e indirecta, se define el acoso y se conceptualiza como discriminación.

<sup>13</sup> Y aún a expensas de la interpretación de la expresión “igualdad plena”.

mismo tenor, es el relativo a la referencia a la acción positiva en términos de “ventajas” que se recoge en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado.

## **2. Jurisprudencia**

En lo que atañe al ámbito jurisprudencial comunitario, en la historia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE), éste sólo se ha pronunciado en cuatro ocasiones sobre la interpretación de esta normativa, a pesar de que la Directiva lleve más de 25 años en vigor. Se trata, además, de decisiones todas ellas recientes. Concretamente son las sentencias de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, caso *Kalanke*; de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, caso *Marschall*; de 28 de marzo de 2000, as. C-158/97, caso *Badeck*; y de 6 de julio de 2000, as. C-407/98, caso *Abrahamsson*. Todas se dictan en cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva mencionada en relación a casos de promoción laboral y han dado origen a gran cantidad de comentarios doctrinales

La cuestión prejudicial de la sentencia *Kalanke* tiene su origen en una Ley del Land de Bremen (Alemania) relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública en la que, entre otras cosas, se determina que en la selección, provisión de puestos de trabajo y promoción “se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas”. Optando dos candidatos de distinto sexo igualmente capacitados (el Sr. Kalanke y la Sra. Glissmann) al

mismo puesto (jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen) y advirtiéndose la infrarrepresentación del sexo femenino, la plaza le es adjudicada a la Sra. Glissmann. Luego, al hilo de la demanda interpuesta por el Sr. Kalanke, el órgano jurisdiccional alemán plantea una cuestión prejudicial concatenada relativa a la compatibilidad de la interpretación de los apartados 1 y, fundamentalmente, 4 del art. 2 de la Directiva 76/207 en relación a la acción positiva contemplada en la ley del Land de Bremen ya citada. La respuesta del TJCE es negativa. Dirá, en este sentido, que

“procede responder al órgano jurisdiccional nacional que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas...”.

En la exigua argumentación del Tribunal resultan determinantes dos aspectos. En primer lugar el argumento de que “el apartado 4 del art. 2 [de la Directiva], en cuanto constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, debe interpretarse restrictivamente” (doctrina recogida ya en la sentencia de 15 de mayo de 1986, as. 222/84, caso *Johnston*). Luego, junto a este argumento basado en la consideración de las medidas de acción positiva como una *excepción a un derecho individual y, por consiguiente, merecedoras de interpretación restrictiva*, el Tribunal emplea otro relativo a la violación del principio de igualdad de oportunidades por parte de dichas medidas, del siguiente tenor:

“un sistema de dicha naturaleza [se refiere al establecido en la Ley de Bremen], en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio *sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades* contemplada en el

apartado 4 del artículo 2 *por su resultado*, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades” (aptdo. 23, cursiva añadida).

De este modo, a partir de una referencia de este tipo, se abre la polémica sobre la manera de entender el principio de igualdad de oportunidades en el ámbito del Derecho comunitario, una polémica que no sólo tendrá respuesta a nivel doctrinal, sino también, como veremos, en la sentencia inmediatamente posterior del propio TJCE en materia de acción positiva, la sentencia *Marschall*<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> La polémica desatada tras la Sentencia *Kalanke*, que produjo una convulsión no sólo a nivel jurídico sino social dado el amplio eco mediático obtenido, hizo que, tomando pié en la misma, se originara una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de dicha Sentencia que resulta interesante porque, por un lado, define y clasifica la acción positiva, y, por otro, recoge una relación de medidas que, a su parecer, resultan compatibles con la doctrina establecida por el TJCE en la Sentencia *Kalanke*. De este modo, esta Comunicación, que ha sido profusamente rescatada recientemente (Otero García-Castrillón: 2002), tiene la virtualidad del intento aclaratorio en una temática que, especialmente en las instancias jurídicas, resulta, como hemos visto, especialmente confusa. De ahí que, tanto por ello como por, obviamente, su influencia a pesar de constituir también un caso de *soft-law*, merezca la pena ser reproducida.

Así, por “acción positiva” entiende toda medida “destinada a contrarrestar los efectos de discriminación en el pasado, a eliminar la discriminación existente 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”.

En cuanto a la clasificación, se establecen tres grupos de medidas: 1) las encaminadas a resolver situaciones desfavorables para las mujeres en el mercado de trabajo, centradas en la orientación y en la formación profesional; 2) las dirigidas a conseguir un equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales y una mejor distribución de las tareas entre los dos sexos; que consisten sobre todo en la organización del tiempo de trabajo, creación de guarderías infantiles, etc.; y 3) las que pretenden compensar las discriminaciones del pasado, que implican establecer *preferencias* para el grupo desfavorecido, generalmente, fijando objetivos o recurriendo al sistema de cuotas. Las cuotas pueden ser rígidas, sentando la preferencia para un grupo con independencia de los méritos o la capacitación de las personas, o flexibles, en las que estas circunstancias son tomadas en consideración conectándolas con las peculiaridades del puesto de trabajo. (*ibidem*: 491).

En cuanto a la relación de medidas que serían compatibles con la doctrina establecida por el Tribunal, la Comisión incluye: 1) las obligaciones “de principio” para que los empresarios contraten y promocionen preferentemente a las personas del sexo infrarrepresentado; 2) los programas de promoción de las mujeres “que no impongan una norma automática de preferencia en el momento de tomar una decisión individual”, así como 3) las cuotas flexibles “siempre que permitan que se tengan en cuenta las circunstancias particulares que, en un caso dado, podrían justificar una excepción al principio de preferencia”. Además, se añaden a esta relación las medidas que estimulen la contratación de mujeres a través de subvenciones y de reducciones de las cotizaciones a la seguridad social concedidas a las empresas que contraten a mujeres en sectores en los que están infrarrepresentadas. Salvo en el caso de estas últimas, en el que la

El asunto tratado en la sentencia *Marschall* tiene grandes similitudes con el caso *Kalanke*. Entre éstas, el país de procedencia (aunque en este caso se trate del Land de Nordrhein-Westfalen) y el ámbito de aplicación de la normativa, que se refiere a la Función Pública (si bien al área de educación). En realidad, sólo un pequeño inciso diferencia la normativa sobre la que se plantean las cuestiones prejudiciales. En efecto, la normativa señala lo siguiente:

“Cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, *salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor*“(aptdo. 3, cursiva añadida).

Del razonamiento del TJCE en este caso (bastante más rico que el realizado en el caso *Kalanke*), resulta significativo el reconocimiento de que,

“incluso en caso de igual capacitación, existe la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos, en perjuicio de las candidatas femeninas, debido, particularmente, a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa, y al temor, por ejemplo, a que las mujeres interrumpan más frecuentemente su carrera, a que, debido a las tareas del hogar y familiares, organicen su jornada laboral de forma menos flexible o a que se ausenten más a menudo debido a embarazos, partos y períodos de lactancia” (aptdo. 29), motivos por los que “el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades” (aptdo. 30).

Sin embargo, esta visión distinta de la igualdad de oportunidades no resultará determinante a la hora de fallar el TJCE a favor de la compatibilidad de la

---

preferencia operaría *automáticamente* tras contratar a la mujer, no deja de hacerse referencia implícita a la cláusula de apertura (*ibidem*, 496).

normativa del Land con la Directiva. Por el contrario, el Tribunal recuerda (reitera) su doctrina previa (en concreto de la sentencia *Kalanke*) al afirmar que

“puesto que el apartado 4 del artículo 2 constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, esta norma nacional [se refiere a la del Land], que favorece especialmente a las candidatas femeninas no puede garantizar a las mujeres la preferencia absoluta e incondicional en una promoción sin sobrepasar los límites de la excepción establecida en esta disposición” (apdo. 32).

Será, por tanto, la existencia de la que denomina “cláusula de apertura” (esto es, la posibilidad de apreciar en el candidato masculino motivos o criterios que inclinen la balanza a su favor) la que resulte decisiva a la hora de apreciar la compatibilidad; unos criterios de los que lo único que precisa el Tribunal es que “no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas” (apdo. 33).

El tercer asunto que le llega al TJCE para que se pronuncie sobre la interpretación del artículo 2, apartados 1 y 4 de la Directiva 76/207, el llamado caso *Badeck*, proviene de otro Land alemán, concretamente el de Hessen. La cuestión prejudicial se formula en el curso de un procedimiento de control de constitucionalidad interpuesto por 46 diputados del Parlamento acerca de la validez de una Ley de 1993 de dicho Land sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración Pública. Se trata de una ley de gran exhaustividad en la previsión de situaciones en orden a promover la equiparación y eliminar la infrarrepresentación y discriminación de las mujeres en la función pública, pero de

la que, en varios de sus artículos, los demandantes encuentran motivos de inconstitucionalidad en relación a la Constitución del Land de Hesse<sup>15</sup>.

A la hora de manifestarse sobre el particular, el TJCE realiza una serie de observaciones preliminares en las que recoge y convalida argumentos y fallos correspondientes a las sentencias *Kalanke* y *Marshall* a partir de los cuales considera que

“se deduce que una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas debe considerarse compatible con el Derecho comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos” (apdo. 23).

El TJCE considera que éste sería el caso de la normativa puesta en cuestión por los demandantes en el pleito *a quo* y, por lo tanto, considera que la Directiva 76/207 no se opone a la legislación del Land de Hessen.

La cuarta y, por el momento, última sentencia del TJCE sobre la legitimidad de la acción positiva de los Estados miembros (en este caso, de Suecia) en

---

<sup>15</sup> Las disposiciones problemáticas serían del siguiente tenor: a) que cuando las mujeres estén infrarrepresentadas, en un caso concreto de igualdad de cualificación entre una candidata y un candidato, las decisiones de selección deben en todo caso favorecer a la candidata, siempre y cuando sea necesario para la consecución de los objetivos definidos en el plan de promoción de la mujer y “no se oponga [aunque este requisito sea versión del Tribunal Constitucional del Land y no lo diga exactamente la ley alemana] a ello ningún motivo de rango jurídico superior”; b) que en aquellas profesiones que requieren una formación especializada en las que las mujeres están infrarrepresentadas, deben reservarse a mujeres al menos la mitad de las plazas de formación profesional; c) que en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas debe convocarse a las entrevistas de presentación, como mínimo a un número igual de mujeres que de hombres, o bien a todas las candidatas que cumplan los requisitos legales o de otro tipo establecidos para ocupar el puesto o desempeñar el cargo que haya de nombrarse; o d) que en el nombramiento de los miembros de comisiones, comités consultivos, comités de gestión o de control, así como de otros órganos colegiados, al menos la mitad de los miembros deben ser mujeres.

relación al Derecho comunitario (de nuevo sobre la interpretación del artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207) es la relativa al caso *Abrahamsson*.

El litigio originario se plantea en relación a un concurso universitario para la obtención de una plaza de profesor/a. Obviando una cuenta pormenorizada del asunto, la cuestión de fondo tiene que ver con la compatibilidad del Derecho comunitario en relación a una legislación nacional sobre la igualdad entre los sexos que, como la sueca, autoriza, con cierta limitación, la que denomina “discriminación positiva”. Un ejemplo ostensible de lo que se entiende por “discriminación positiva” sería la disposición siguiente (apdo. 14):

“Al candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea las aptitudes suficientes... se le concederá la preferencia frente al candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado (discriminación positiva), si ello fuere necesario para nombrar al candidato del sexo infrarrepresentado”. La limitación se configura, tras este párrafo, del modo siguiente: “No obstante, se excluirá la discriminación positiva cuando la diferencia entre las capacitaciones de los candidatos sean tan importante que de ella resultaría una vulneración de la exigencia de objetividad en el momento de la contratación”.

Pues bien, en relación a este tipo de normativa se puede decir que el TJCE es contundente:

“el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva y el artículo 141 CE, apartado 4, se oponen a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos” (apdo. 56).

Decimos que la respuesta de incompatibilidad es contundente porque hay que fijarse que no admite la preferencia en la selección ni cuando la diferencia de

méritos *no es tan considerable*, es decir —o parece poder interpretarse—, incluso cuando la diferencia de méritos es *pequeña*<sup>16</sup>.

Este breve resumen jurisprudencial realizado ha servido para corroborar algunas cuestiones ya avanzadas, así como para comprobar otras nuevas. Entre las primeras: 1) la consideración de la acción positiva como una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva a la que se vincula el deber de ser interpretada restrictivamente; y 2) la falta de acuerdo del propio Tribunal a la hora de la aplicación del principio de igualdad de oportunidades. Entre las segundas: 1) la oposición del TJCE a compatibilizar la interpretación del Derecho comunitario con normativas nacionales de desarrollo de la acción positiva comparativamente avanzadas que, o bien prevén la selección de las mujeres con los únicos requisitos de la igualdad de capacitación y la infrarrepresentación (caso de Alemania), o bien prevén dicha selección incluso aún en el caso de que la diferencia en el cómputo de méritos a las mujeres (por debajo de la de los hombres) “no sea tan importante” (caso de Suecia); 2) la utilización, tanto por parte del TJCE como en las legislaciones nacionales de desarrollo de la acción positiva de un tipo de lenguaje ideologizado que consolida la prevalencia de una visión individualista de la igualdad que se manifiesta, o bien en la descalificación sutil de cierto tipo de acción positiva designándola además erróneamente (es el caso, como se verá a continuación, de la expresión “discriminación positiva”) o

---

<sup>16</sup> Aunque sea a modo de inciso es necesario precisar que “mérito” es una palabra vacía de contenido o, dicho de otro modo, que es un simple criterio instrumental que sirve para indicar que alguien es merecedor de algo, y que cuando en una sociedad o en un sector social determinado existe una gran disparidad a favor de uno de los dos sexos en la obtención de los bienes es razonable pensar que el contenido de lo que se entienda por mérito en realidad está ocultando una discriminación estructural.

bien en las referencias a ese tipo de acción positiva en términos de “ventajas”, “preferencias” (“tratos de favor”, etc.) hacia las mujeres; unos términos que, a la postre, conllevan la reacción de que –en este caso- los hombres se sitúen a la defensiva.

#### **IV. CRITICA CONCERNIENTE AL USO DE LA EXPRESIÓN “DISCRIMINACIÓN POSITIVA”**

La expresión “discriminación inversa” (o también conocida, sobre todo en Europa, como “discriminación positiva”) no forma parte del discurso originario sobre la acción positiva. Como se ha visto, la exigencia de resultados en términos numéricos o porcentuales (si se quiere, “cuotas”) resulta inherente, desde el principio, a la política de acción positiva; sin embargo, esta exigencia pronto encuentra adversarios y es entonces, precisamente, cuando la doctrina empieza a hablar de “discriminación” (inversa o positiva)<sup>17</sup>. De esta manera, a través del uso de estas expresiones, se enjuician negativamente determinadas prácticas que, en principio, lo que pretenden es, precisamente, eliminar la desigualdad de determinados grupos. Para ello se emplea la palabra “discriminación”. ¿Por qué

---

<sup>17</sup> Un caso paradigmático en este sentido, perteneciente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, es el de Bakke (1978). En el mismo se habla de discriminación inversa para hacer referencia a una normativa universitaria de acción positiva que efectúa una reserva de plazas para miembros de minorías a la que éstos tendrían acceso con una puntuación inferior a la obtenida por individuos que no pertenecen a un grupo minoritario. Bakke es un estudiante blanco que es rechazado teniendo una puntuación mayor y se siente víctima de discriminación (de ahí lo de “inversa”).

razón? Esto es, ¿por qué no se habla, por ejemplo, de “diferenciación positiva”? No se acierta a ver otra que las connotaciones negativas que esta palabra tiene en el contexto jurídico. Claro que “discriminar” tiene también un significado neutro según el cual dicha palabra significaría simplemente, “diferenciar”, pero no es ése el significado que tiene en la cultura jurídica y menos en el ámbito de un Derecho antidiscriminatorio (en el que la palabra discriminación ha adquirido connotaciones peyorativas, siendo considerada como sinónimo de parcialidad, prejuicio, favoritismo, fanatismo e intolerancia). De ahí que la utilización de la palabra “discriminación” para hacer referencia a una política de acción positiva (que, no se olvide, lo que pretende es, precisamente, paliar la discriminación) resulte, además de un uso impropio en el contexto jurídico, un uso tendencioso del lenguaje. Insisto, podría hablarse de las cuotas como de medidas simplemente diferenciadoras, pero no es ése el significado atribuido en el uso de la expresión discriminación inversa. Por el contrario, cuando se habla de este modo se hace hincapié en el pretendido carácter *injusto* de esas medidas, primero porque, efectivamente, diferencian (y las diferencias se ven con recelo en un Derecho pretendidamente igualitario) pero, sobre todo, porque, como se ha visto también en la jurisprudencia del TJCE, se considera que rompen con el principio de igualdad de oportunidades, basado, a su vez, en los principios de mérito y capacidad.

Pero, además, hay otro motivo por el que el uso de la expresión “discriminación positiva” (o “discriminación inversa”) resulta –se puede decir– erróneo. Este motivo deriva de un abuso –por lo demás, muy extendido– de la

palabra “discriminación”. Así, se suele usar la palabra discriminación, tanto para designar la ruptura de la igualdad que se da en el trato de individuos pertenecientes a un mismo grupo, en el que no se advierten diferencias de *status* o poder, como para designar la ruptura de la igualdad que se da en el trato a individuos que pertenecen a grupos entre los que se advierte tal diferencia<sup>18</sup>. De ahí que si el fenómeno de la desigualdad de trato entre individuos pertenecientes a un mismo grupo es diverso al fenómeno de la desigualdad de trato entre individuos pertenecientes a grupos con diferente poder social, resultará abusivo utilizar el mismo término (“discriminación”) para hacer referencia a ambos fenómenos.

Resumiendo: el empleo de la expresión “discriminación positiva” para denominar a cierto tipo de acción positiva sería deudor de ambos abusos. De ahí que, para evitar despropósitos y malos entendidos y, sobre todo, para evitar contaminar negativamente cierto tipo de acción positiva (expresado en otros términos: para evitar una maniobra sutil de descalificación de la misma), lo más

---

<sup>18</sup> Para ilustrar esta cuestión nos servirá el ejemplo siguiente. Imaginemos, en primer lugar, que dos estudiantes de Derecho, ambos varones, terminan sus estudios y deciden buscar empleo en la empresa privada. Supongamos que ambos presentan los mismos méritos y capacidad y que la empresa decide coger a uno de ellos, utilizando un criterio peregrino o caprichoso (por ejemplo, rechazando a quien, a la persona encargada de la selección, le recuerda a alguien que le resulta antipático por su físico). Quien no ha sido contratado puede considerarse injustamente tratado respecto del otro, pero esta diferencia injusta de trato será, en principio, *intragrupal* o, lo que es lo mismo, no tendrá base intergrupal ya que ambos son *varones* y pertenecen, por tanto, al mismo grupo. Imaginemos ahora que quienes buscan trabajo en esas mismas condiciones de igualdad de mérito y capacidad son dos personas de sexo diverso. Supongamos que la empresa opta por el hombre y no por la mujer. Pues bien, en este caso, la desigualdad de trato será, en principio, *intergrupal*. Dicho con otras palabras, si a la mujer no se le contrata *por lo que significa e implica social y laboralmente pertenecer al “grupo mujeres”* (sea por prejuicios relativos a su presunta especial naturaleza de *fragilitas, imbecilitas e infirmitas sexus*, sea por el rol social que les es atribuido de dedicación al orden doméstico, maternidad y cuidado de ascendientes y descendientes) estaríamos ante una desigualdad intergrupal. Es cierto que se *percibe* o se *manifiesta* individualmente, pero la base de la misma será grupal.

procedente sería prescindir de ella y sustituirla por denominaciones estrictamente descriptivas. Ya sabemos que es difícil cambiar los usos lingüísticos (y más cuando subvierten “el orden de las cosas”), pero seamos conscientes, al menos, de que se trata de un uso ideologizado que en nada beneficia a las causas defendidas por medio de un planteamiento de acción positiva.

## **V. PROPUESTA REDEFINITORIA**

Recogiendo las ideas que se han ido manifestando hasta el momento, la acción positiva ha de estar dirigida a combatir la subordinación o discriminación estructural o de *status* que sufren ciertos grupos (en nuestro caso, las mujeres). Esto implica, en primer lugar, concebirla como un instrumento encaminado a erradicar un fenómeno más profundo que la mera desigualdad *de trato* (lo que en la cultura jurídica se entiende por discriminación directa o indirecta); en segundo lugar, la necesidad de sobrepasar en su desarrollo el recurso al principio de igualdad de oportunidades (por implicar competitividad y asimilacionismo); en tercer lugar, que en la medida en que se considere procedente su inclusión en determinados ámbitos, se opere sobre el mismo una redefinición que evite los inconvenientes de su opacidad y de una tradicional ambigüedad que conduce -por un lado- a que no quede claro si la acción positiva es el contenido mismo de la igualdad de oportunidades o, por el contrario, la igualdad de oportunidades es el fin de la acción positiva y -por otro- a ocultar tanto las dificultades y tendencias inherentes a la concreción de lo que significa “igualdad en los

puntos de partida” como la pérdida de virtualidad del mismo si de la igualdad de los puntos de partida se desvincula la relativa a los “puntos de llegada”.

El otro flanco de la propuesta redefinitoria tiene que ver con el modo en el que se formula su planteamiento. En este sentido, se trataría de evitar determinadas “trampas” lingüísticas en las que el discurso dominante circunscribe el planteamiento de la acción positiva. Entre éstas cabría destacar la de concebir la acción positiva como “compensación” o como oferta de “ventajas” (“preferencias” o “tratos de favor”) a las mujeres, así como utilizar, para designar cierto tipo de acción positiva, la expresión “discriminación positiva” (o “discriminación inversa”). Vinculado con ambas cuestiones estaría la necesaria revisión de los contenidos que la palabra “mérito” adquiere en ese mismo discurso hegemónico.

## BIBLIOGRAFIA

ATIENZA, Manuel (1996): "Un comentario al caso Kalanke", en *Doxa*, nº 19, p. 111 y ss.

AZKARATE-ASKASUA ALBÉNIZ, Ana C. (1997): *Mujer y discriminación: del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, IVAP, Bilbao.

BACCHI, Carol Lee (1996): *The Politics of Affirmative Action. "Women", Equality and Category Politics*. Sage Publications. Londres.

BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup> Amparo (1994): *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*. Tirant lo blanch. Valencia.

- (1998): "Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia Marschall)", en *Relaciones Laborales*, nº 18, p. 49 y ss.

BARRÈRE UNZUETA, M<sup>a</sup> Ángeles (1997): *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. IVAP/Civitas. Madrid.

- (2001): "Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades", en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 60, p. 145 y ss.

- (2002a): *La dialéctica igualdad no-discriminación en la interpretación judicial del Derecho*, (Apuntes docentes) Servicio Editorial de la UPV/EHU, Bilbao.

- (2002b): "Igualdad y 'discriminación positiva': un esbozo de análisis conceptual, en Andrés García Inda y Emanuela Lombardo (eds) *Género y Derechos Humanos*, Mira Editores, Zaragoza, pp. 15-34.

GARCIA AÑÓN, José (2002): "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo", en AA. VV. *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*. Tirant lo blanch. Valencia, p. 309 y ss.

GARCIA INDA, Agustín (2000): "Principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo: A propósito de la Sentencia Anderson del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *La Ley*, nº 5215, de 29 de diciembre de 2000, 13 pp.

GIMÉNEZ GLUCK, David (1999): *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Tirant lo Blanch. Valencia.

GOLDMAN, Alan H.(1979): *Justice and the Reverse Discrimination*, Princeton University Press, Princeton.

JONES, Hardy (1977): "Fairness, Meritocracy and Reverse Discrimination", en *Social and Theory Practice*, vol. 4, nº 2.

LACEY, Nicola (1998): *Unspeakable Subjects. Feminist Essays in Legal and Social Theory*. Hart Publishing. Oxford.

MARTIN VIDA, M<sup>a</sup> Ángeles (1998): "Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia «Marschall»", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 53, p. 313 y ss.

-(2002): *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid.

OTERO GARCIA-CASTRILLÓN, Carmen (2002): "Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva en la política social comunitaria", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12, p. 489 y ss.

PEREIRA PORTO, Celia (2001): "La discriminación positiva en el Derecho comunitario europeo y en la jurisprudencia del TJUE" [Comunicación presentada en las XVIII Jornadas de Filosofía Jurídica y Política sobre el "Feminismo en la Filosofía Jurídica y Política contemporánea (Granada, 5 y 6 de abril de 2001)] y con el título "A discriminación positiva no Direito comunitario europeo e na jurisprudencia do TXUE", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5, p. 947 y ss.

PÉREZ DEL RIO, Teresa (1991): “La normativa comunitaria en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo”, *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, nº 13, p. 17 y ss.

PETERS, Anne (1999): *Women, Quotas and Constitutions. A Comparative Study of Affirmative Action for Women under American, German, EC and International Law*. Kluwer Law International. Londres.

REY MARTINEZ, Fernando (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. MacGraw-Hill. Madrid.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (1996): “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, en *Doxa*, nº 19, p. 123 y ss.

SALA, T./ RAMIREZ, J.M./ COLINA, M. (1991): “La política de armonización de las legislaciones sociales: el principio de igualdad de trato entre trabajadores de distinto sexo”, en *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 350 y ss.

SIERRA HERNÁIZ, Elisa (2000): “Las medidas de acción positiva en la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Comentario a la STJUE de 28 de marzo de 2000, caso Badeck)”, en *Revista de Derecho Social*, nº 12, p. 121 y ss.

THORNTON, Margaret (1997): “Deconstructing Affirmative Action”, en *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 2, p. 299 y ss.

VOGEL-POLSKY, Eliane (1999): “A propósito de la Sentencia Marschall. El estatuto de las acciones positivas en el Derecho comunitario”, en *Relaciones Laborales*, vol I, p. 1307 y ss.

YOUNG, Iris Marion (1990): *Justice and the Politics of Difference*. Princeton University Press. Princeton, N.J.

