

# A DISCRIMINACIÓN POSITIVA NO DEREITO COMUNITARIO EUROPEO E NA XURISPRUDENCIA DO TXUE (Celia Pereira Porto, Investigadora da Área de Filosofía do Dereito da Universidade da Coruña)<sup>1</sup>.

## 1. *A modo de introducción: razóns que xustifican a adopción de medidas de discriminación positiva.*

A extensión do dereito de sufraxio activo e pasivo ás mulleres, conquistada maioritariamente durante o século XX, supuxo un avance no proceso de democratización das sociedades e colmou a primeira das reivindicacións do movemento sufraxista. Despois o movemento feminista concentrou os seus esforzos prioritariamente na máis ampla reivindicación da igualdade de trato nas leis e ante as leis para mulleres e homes, como un paso necesario na conquista da igualdade real entre os xéneros<sup>2</sup>. Paulatinamente foise conseguindo a igualdade xurídica entre mulleres e homes nos países chamados "desenvolvidos" podendo comprobarse que, aínda que a igualdade de trato entre mulleres e homes se establece nas leis persiste sen embargo a desigualdade real entre os xéneros e as discriminacións por este motivo. E non se trata únicamente dos supostos de contravención da lexislación "neutra" -asexuada- e antidiscriminatoria, cousa que sen embargo sucede, como no caso da discriminación salarial pola realización dun mesmo traballo, senón de que a aplicación do principio de igualdade de trato nas leis para mulleres e homes, no contexto dunha sociedade patriarcal e da específica construción político-xurídica moderna, non pode eliminar por sí soa - aínda no suposto hipotético de que se aplicase sistemáticamente- as desigualdades de feito existentes entre os xéneros e as discriminacións a que dan lugar. É máis, o principio de igualdade de trato nas leis para mulleres e homes aplicado sen ningunha corrección pode conlevar novas discriminacións. Ademais, existen tamén supostos nos que non é posible aplica-lo principio de igualdade de trato entre mulleres e homes, xa que se fundamentan en diferencias físicas entre os sexos, como é o caso do embarazo.

A nivel teórico a constatación de que a aplicación práctica desta lexislación asexuada non só non acelera o proceso de consecución da igualdade real entre mulleres e homes senón que, permeada por unha orde simbólica e de dominio patriarcal, contribúe a reproducir-la tradicional situación de discriminación das mulleres, levou a algunhas estudiosas e a parte do movemento feminista a optar por unha redefinición do concepto de "igualdade" para facelo equivalente non a pura e simple *identidade*, senón a integrar en sí mesmo a "diferencia" -igualdade na diferenza, igualdade complexa<sup>3</sup> - e facer do recoñecemento, respecto e protección das *diferencias* o seu eixe central.

No ámbito da práctica xurídico-política a pervivencia de desigualdades e discriminacións

---

<sup>1</sup> Unha primeira versión deste traballo foi presentada en castelán como comunicación nas *XVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política*, celebradas na Facultade de Dereito da Universidade de Granada durante os días 5 e 6 de abril do 2001.

<sup>2</sup> Emprego o termo "xénero" para diferenciar analíticamente as características biolóxicas que implica a reprodución humana sexuada ("sexo") daquelas outras características psico-sociais e históricas que se imponen como pautas de identidade e de conducta ás que toda persoa debe adaptarse en función do seu sexo ("xénero").

<sup>3</sup> RUBIO CASTRO, A., "El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 70, 1990, pp. 185-207.

entre mulleres e homes na realidade social, a pesar da existencia dunha lexislación neutra (asexuada), tratou de correxirse mediante unha serie de medidas do que se deu en chamar como "discriminación positiva" ou "acción positiva"<sup>4</sup>. Trátase de incorporar dalgún xeito a nivel normativo as diferencias e desigualdades existentes na realidade social. En aplicación desta idea aprobouse nalgúns países "occidentais" e no ámbito da Unión Europea unha normativa que admite a desigualdade de trato nas leis para mulleres e homes como un instrumento necesario para correxi-las desigualdades que de feito lles afectan, coa finalidade de promove-la igualdade real entre os xéneros.

A adopción e aplicación no marco da Unión Europea de medidas de discriminación positiva exemplifica axeitadamente, sen embargo, a complexidade e a escasa operatividade deste tipo de medidas para conseguilo fin proposto: a igualdade real entre mulleres e homes; e iso tanto por razóns intrínsecas ó deseño das medidas de acción positiva no marco da construción do dereito moderno -aspecto que non vai ser desenvolto neste traballo- canto, como espero mostrar aquí, pola interpretación que das mesmas ten feito, neste caso, o TXUE. No ámbito dos Estados-nación a situación, aínda que con particularidades propias en cada caso, non é sen embargo moi distinta. No caso dos Estados Unidos de Norteamérica, por exemplo, onde se veñen aplicando estas medidas dende a década dos sesenta respecto ás minorías raciais e ás mulleres, todavía existe na actualidade un alto grao de incertidume á hora de fixa-los límites da súa constitucionalidade<sup>5</sup>, e así mesmo, como sinala Drew Days III<sup>6</sup>, carécese todavía dun consenso sobre a cuestión de se poden utilizarse ou non e baixo qué circunstancias, criterios vencellados coa raza ou o sexo, na distribución de oportunidades limitadas, nun contexto histórico socio-económico e cultural, ademais, onde a discriminación ten fondas raíces difíciles de extirpar.

## 2. As medidas lexislativas adoptadas e a súa interpretación xurisprudencial.

Antes da entrada en vigor do Tratado de Amsterdam, é dicir, antes do 1 de maio de 1999, só

---

<sup>4</sup> A terminoloxía que habitualmente se emprega para referirse a este tipo de medidas é variada e esta pluralidade terminolóxica introduce en bo número de ocasións un alto grao de confusión. Neste traballo utilizo como sinónimas as expresións "discriminación positiva" e "acción positiva" para referirme a unha ampla categoría de medidas que teñen en conta as diferencias realmente existentes como un instrumento para acadar maiores cotas de igualdade, de xustiza. No marco do dereito norteamericano, onde este tipo de medidas foron postas en práctica dende a década dos sesenta, utilízanse preferentemente as expresións "acción afirmativa" (*affirmative action*) e "discriminación inversa" (*reverse discrimination*) para designar, respectivamente, as medidas proporcionadas e por tanto constitucionais daqueloutras que por non respectalo principio de proporcionalidade son consideradas inconstitucionais. GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 189.

<sup>5</sup> LEE SAROKIN, H.; BABIN, J.K.; GODDARD, A.H., "Has affirmative action been negated? A closer look at public employment", en *San Diego Law Review*, Vol. 37, 2000, pp. 575-635.

<sup>6</sup> "Acción afirmativa" [1988], en GARGARELLA, R. (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona, Gedisa, 1999, trad. de Roberto Gargarella, pp. 41-65.

existían no Dereito comunitario europeo dúas referencias ás medidas de discriminación positiva, ambas no marco do Dereito comunitario *derivado*: o art. 2.4 da Directiva do Consello 76/207/CEE, do 9 de febreiro de 1976, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no que se refire ó acceso ó emprego, á formación e á promoción profesionais, e ás condicións de traballo (de aquí en diante citada como "a Directiva"), e o art. 6.3 do Acordo sobre a política social anexo ó Tratado de Maastricht, e incorporado ó Tratado consolidado da Comunidade Europea ("TCE") polo Tratado de Amsterdam.

A primeira destas normas, cuido obxectivo é a aplicación, nos Estados membros, do principio de igualdade de trato entre mulleres e homes no que se refire ó acceso ó emprego, incluída a promoción, á formación profesional, ás condicións de traballo e á seguridade social (art. 1.1), despois de defini-lo principio de igualdade de trato entre mulleres e homes como ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ben sexa directa ou indirecta, no que se refire, en particular, ó estado matrimonial ou familiar (art. 2.1), admite a adopción de medidas encamiñadas a promover a igualdade de oportunidades entre homes e mulleres, en particular para correxir as desigualdades de feito que afecten ás oportunidades das mulleres no que se refire ó acceso ó emprego, incluída a promoción, e á formación profesional, así como ás condicións de traballo e á seguridade social (art. 2.4).

A segunda das normas citadas, o art. 6.3 do Acordo sobre a política social, admite que os Estados membros podan manter ou adoptar medidas que ofrezan vantaxes concretas destinadas a facilitar ás *mulleres* o exercicio de actividades profesionais ou a evitar ou compensar desvantaxes nas súas carreiras profesionais. Trala entrada en vigor do Tratado de Amsterdam, esta norma incorpórase ó art. 141.4 TCE (antigo art. 119) cunha modificación e constitúe a primeira mención no Dereito comunitario *orixinario* ás medidas de discriminación positiva aínda que non se mencionen así explícitamente. Esta norma estipula concretamente que "co obxecto de garantir na práctica a plena igualdade entre homes e mulleres na vida laboral, o principio de igualdade de trato non impedirá a ningún Estado membro adoptar medidas que ofrezan vantaxes concretas destinadas a facilitar ó *sexo menos representado* o exercicio de actividades profesionais ou a evitar ou compensar desvantaxes nas súas carreiras profesionais" (art. 141.4 TCE). Os suxeitos destinatarios das medidas de acción positiva pasan de se-las "mulleres" (art. 6.3 do Acordo) a se-lo "sexo menos representado" (art. 141.4 TCE), ó cal non hai en principio nada que obxetar xa que as desigualdades por razón de xénero afectan tanto a mulleres como a homes, aínda que no ámbito laboral no que nos atopamos son cuantitativamente maiores as discriminacións que tiveron que sufrir tradicionalmente as mulleres, moitas das cales todavía perviven na realidade cotiá. Non obstante, en vista desta realidade incorporouse á Acta final anexa ó Tratado de Amsterdam unha declaración (nº 28) relativa ó artigo 141.4 TCE según a cal ó adopta-las medidas previstas nesta disposición "os Estados membros deberán, en primeiro termo, aspirar a mellora-la situación das *mulleres* na vida laboral".

Xa en 1984 o Consello, ante a insuficiencia do principio normativo de igualdade de trato para elimina-las desigualdades de feito entre mulleres e homes e conseguir así a real igualdade de oportunidades entre os xéneros, recomendara ós Estados membros a adopción de medidas de acción positiva<sup>7</sup> considerando especialmente que "as normas xurídicas existentes sobre igualdade de trato,

---

<sup>7</sup> Recomendación do Consello 84/635/CEE, do 13 de decembro de 1984, relativa á promoción de accións

que teñen por obxecto conceder dereitos ós individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdade de feito se, paralelamente, non se emprenden accións, por parte dos Gobernos, dos interlocutores sociais e outros organismos competentes, tendentes a compensa-los efectos prexudiciais que resultan, para as mulleres en activo (sic), de actitudes, de comportamentos e de estruturas da sociedade". O Consello recomendaba concretamente ós Estados membros a adopción dunha política de acción positiva co obxecto de "a) eliminar ou compensar os efectos prexudiciais que resultan, para as mulleres que traballan ou que buscan un emprego, de actitudes, comportamentos e estruturas baseadas na idea dunha distribución tradicional de funcións entre homes e mulleres na sociedade"; e "b) estimula-la participación da muller nas distintas actividades dos sectores da vida profesional nos que actualmente se atopan infrarrepresentadas, en particular, os sectores de futuro, e nos niveis superiores de responsabilidade, co fin de lograr unha mellor utilización de tódolos recursos humanos".

Posteriormente o Dereito comunitario europeo estendeu a posibilidade de adoptar medidas de acción positiva noutros supostos distintos, esta vez sí baixo a denominación explícita de "acción positiva". É o caso da Directiva 2000/43/CE do Consello<sup>8</sup> que, co fin de garanti-la "plena igualdade na práctica" establece que "o principio de igualdade de trato non impedirá que un Estado membro manteña ou adopte medidas específicas para previr ou compensa-las desvantaxes que afecten a persoas dunha orixe racial ou étnica concreta" (art. 5); e da Directiva 2000/78/CE do Consello<sup>9</sup> que, co fin de garanti-la "plena igualdade na vida profesional", dispón así mesmo que o principio de igualdade de trato non impedirá que un Estado membro manteña ou adopte medidas específicas destinadas a previr ou compensa-las desvantaxes ocasionadas por motivos de relixión ou conviccións, de discapacidade, de idade ou de orientación sexual (art. 7). En relación coas persoas discapacitadas especificamente se establece que "o principio de igualdade de trato non constituirá un obstáculo ó dereito dos Estados membros de manter ou adoptar disposicións relativas á protección da saúde e a seguridade no lugar de traballo, nin para as medidas cuia finalidade sexa crear ou manter disposicións ou facilidades co obxecto de protexer ou fomenta-la inserción de ditas persoas no mundo laboral" (art. 7.2).

Deste conxunto normativo e, en especial, da Directiva cabe destacar que omite defini-los conceptos de *discriminación directa*, *discriminación indirecta* e *igualdade de oportunidades*. E iso terá gran importancia, como se verá, na interpretación e aplicación que desta normativa leva feito o TXUE. Esta omisión paliouse en certa medida na normativa posterior, que xa non fala de igualdade de oportunidades senón de "plena igualdade" (art. 141.4 TCE, art. 5 Directiva 2000/43/CE e art. 7.1 Directiva 2000/78/CE). A última proposta de modificación da Directiva<sup>10</sup> xa non se refire tampouco

---

positivas en favor da muller (DO L 331, do 19 de decembro de 1984).

<sup>8</sup> Do 29 de xuño do 2000, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato das persoas independentemente da súa orixe racial ou étnica (DO L 180, do 19 de xullo do 2000).

<sup>9</sup> Do 27 de novembro do 2000, relativa ó establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación (DO L 303, do 2 de decembro do 2000). Esta directiva exclúe do seu ámbito de aplicación importantes sectores ó non afectar, entre outras, ás medidas necesarias para a seguridade pública (art. 2.5) nin ás diferencias de trato por motivos de nacionalidade (art. 3.2).

<sup>10</sup> COM (2000) 334 final.

á igualdade de oportunidades senón simplemente á igualdade (art. 1.1). Ademais, os conceptos de discriminación directa e indirecta aparecen definidos nas directivas citadas do 2000 (arts. 2.2) e, así mesmo, contéplase a definición da discriminación indirecta na proposta de modificación da Directiva citada (art. 1.3).

No ámbito da interpretación e aplicación xurisprudencial son catro ata o momento as sentencias do TXUE en materia de medidas de discriminación positiva, aínda que a sentenza do 25 de outubro de 1988<sup>11</sup> xa se pronunciaba a favor do carácter de "excepción" da norma contemplada no art. 2.4 da Directiva en relación co principio de igualdade de trato entre homes e mulleres establecido nos arts. 1.1 e 2.1 da mesma, afirmando, así mesmo, que a finalidade precisa e limitada desta excepción -art. 2.4- é "a de autorizar medidas que, aínda que sexan *discriminatorias en apariencia*, están destinadas *efectivamente* a eliminar ou a reduci-las desigualdades de feito que pudesen existir na realidade da vida social" (aptdo. 15). O carácter de excepción desta norma será confirmado pola xurisprudencia posterior, a pesar de que o seu tenor literal afirma únicamente: "A presente Directiva non obstará as medidas encamiñadas a promove-la igualdade de oportunidades entre homes e mulleres, en particular para correxi-las desigualdades de feito que afecten ás oportunidades das mulleres nas materias contempladas no apartado 1 do artigo 1" (art. 2.4 da Directiva). A sentenza do 17 de outubro de 1995<sup>12</sup> así o estima nos seus apartados 12 e 21. O problema radica entón, seguindo a interpretación xurisprudencial, en precisa-lo alcance desta excepción ó principio de igualdade de trato. Neste caso o tribunal declara que a medida obxecto do litixio sobrepasa os límites desta excepción e vai máis alá dunha "medida de fomento da igualdade de trato" ó garanti-la "preferencia absoluta e incondicional das mulleres nun nomeamento ou promoción" (aptdo. 22).

Sen embargo, a medida obxecto do litixio que resolveu a coñecida como sentenza Kalanke non contemplaba, como afirma a sentenza, un dereito de preferencia absoluta e incondicional a favor das mulleres nun nomeamento ou promoción. Como se desprende do tenor literal do art. 4 da Lei do Land de Bremen relativa á igualdade de trato entre homes e mulleres na función pública - norma obxecto da cuestión prexudicial-, en caso de selección, provisión ou promoción para un posto de traballo as mulleres terían preferencia fronte ós candidatos masculinos se se cumprían dúas condicións: 1<sup>a</sup>) que tivesen a mesma capacitación e 2<sup>a</sup>) que as mulleres estivesen infrarrepresentadas no sector de que se tratase. Según a norma en cuestión existe infrarrepresentación das mulleres cando, nos distintos graos de salarios, soldos e retribucións das respectivas categorías do persoal dun determinado servizo, as mulleres non cubren polo menos a metade dos postos. Que se trataba dun dereito de preferencia condicionado xa fora recoñecido, por outra parte, nas conclusións do avogado xeral Sr. Tesouro (aptdos. 1 e 24), quen afirma explícitamente que neste suposto "non se trata de cotas ríxidas (que fixan unha porcentaxe de postos reservados ás persoas a quen se aplican as medidas independentemente dos seus méritos) nin de cotas que fixan requisitos mínimos. Polo contrario, son cotas que dispensan un tratamento preferente das (sic) mulleres *únicamente* en caso de capacitación equivalente á do candidato masculino" (aptdo. 10)<sup>13</sup>. Esquécese non obstante aquí o

---

<sup>11</sup> Dictada no asunto 312/86, Comisión das Comunidades Europeas *versus* República Francesa.

<sup>12</sup> Dictada no asunto C-450/93, Eckhard Kalanke *versus* Freie Hansestadt Bremen.

<sup>13</sup> O avogado xeral Antonio Saggio afirma así mesmo nas conclusións do caso Badeck que non se pode

avogado xeral do requisito da infrarrepresentación das mulleres no posto de traballo de que se trate.

Hai que insistir no feito de que a medida obxecto do litixio estaba sometida a dúas condicións -igual capacitación e infrarrepresentación- xa que a sentenza non só non o terá en conta senón que fundamentará o seu fallo precisamente no contrario: "unha normativa nacional que garante a *preferencia absoluta e incondicional* das mulleres nun nomeamento ou promoción vai máis alá dunha medida de fomento da igualdade de trato e sobrepasa os límites da excepción establecida no apartado 4 do artigo 2 da Directiva" (aptdo. 22). A propia Comisión adopta esta postura na súa interpretación da sentenza Kalanke<sup>14</sup> ó afirmar que o Tribunal de Xustiza "só condenara o sistema automático de cotas do Estado de Bremen", pero que "os sistemas de cotas que non presentan o grao de rixidez e de automatismo previsto pola Lei do Estado de Bremen non se ven afectados pola sentenza do Tribunal de Xustiza e, en consecuencia, poden considerarse legais". Según a Comisión considéranse *cotas rixidas* as que establecen certo nivel que debe ser alcanzado sen ter en conta as cualificacións ou os méritos das persoas consideradas, ou as que fixan requisitos mínimos que deben cumprirse sen que haxa ningunha posibilidade de considera-las circunstancias particulares dun caso concreto. Como recoñeceu xa o avogado xeral Tesauro nas súas conclusións, o dereito de preferencia establecido na Lei de Bremen non constitúe unha cota rixida, xa que ten en conta os méritos das persoas consideradas, nin establece requisitos mínimos que deban cumprirse sen que haxa ningunha posibilidade de considera-las circunstancias particulares dun caso concreto.

O *Bundesarbeitsgericht*, o órgano xurisdiccional que remitiu a cuestión prexudicial ó Tribunal de Xustiza, precisara xa que, no presente caso, non se trataba dun réxime de cotas rixidas, senón dun réximen de cotas que depende da aptitude dos candidatos. Ademais, este órgano xurisdiccional declarara que a medida obxecto do litixio debía interpretarse no sentido de que aínda que, en principio, débese conceder preferencia á muller en caso de promoción -sempre que se den as condicións esixidas-, "a equidade debe impoñer, se as circunstancias o requiren, unha excepción a este *privilexio*".

No fallo da sentenza Kalanke inflúen tamén outros dous presupostos que non aparecen suficientemente desenvolvidos sen embargo na mesma: 1º) que o art. 2.4 da Directiva constitúe unha excepción a un dereito individual establecido na mesma norma -o principio de igualdade de trato- e que debe, como tal excepción, ser interpretada restrictivamente (aptdo. 22); e 2º) que o sistema establecido na Lei de Bremen substitúe a promoción legal da "igualdade de oportunidades", contemplada no art. 2.4 da Directiva, polo establecemento ilegal dunha "igualdade de representación" da muller en relación co home en tódolos graos e niveis dun servizo (aptdo. 23). Estes dous presupostos manéxanse xa nas conclusións do avogado xeral Tesauro, quen centra o debate no alcance da excepción establecida no art. 2.4 da Directiva e, en concreto, expón a cuestión seguinte: "o dereito de cada individuo a non ser discriminado por razón de sexo, recoñecido polo

---

describi-lo sistema de discriminación positiva deseñado no Land de Bremen como completamente automático (aptdo. 30).

<sup>14</sup> Comunicación da Comisión ó Parlamento Europeo e ó Consello sobre a interpretación da sentenza do Tribunal de Xustiza do 17 de outubro de 1995 no asunto C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, do 27 de marzo de 1996 [COM (96) 88 final].

propio Tribunal de Xustiza como dereito fundamental cuia observancia el mesmo garante, ¿debe cede-lo paso ós dereitos dun grupo desfavorecido, no presente asunto as mulleres, co obxecto de compensa-las discriminacións sufridas por tal grupo no pasado (sic)?"

O presuposto da substitución, na medida obxecto do litixio, da promoción da igualdade de oportunidades pola igualdade de representación entre mulleres e homes atopa igualmente un maior desenvolvemento nas conclusións do avogado xeral. O avogado xeral Tesauro define a *igualdade de oportunidades* como *igualdade no punto de partida* e distingue a *igualdade de resultados*. Según o avogado xeral a igualdade de oportunidades significa "poñer en condicións de obte-lo mesmo resultado", aínda que el mesmo afirma tamén que "a mera igualdade no punto de partida non garante por sí soa a igualdade de resultados". A pesar desta constatación a medida obxecto do litixio considérase ilegal porque supera os límites da excepción establecida no art. 2.4 da Directiva que, como afirma o avogado xeral, "permite intervir mediante accións positivas pero [...] únicamente para mellora-lo punto de partida do grupo desfavorecido, co obxecto de garantirlle unha situación efectiva de igualdade de oportunidades", aínda que, temos que engadir, se recoñeza explícitamente que a igualdade no punto de partida non é suficiente para acadar a igualdade de resultados, é dicir, a igualdade real entre homes e mulleres. Isto significa que ou ben hai que redefini-lo concepto de igualdade de oportunidades para incluí-la igualdade de resultados ou igualdade real, ou a única operatividade que lles queda ás medidas de discriminación positiva, según a interpretación xurisprudencial, é a de conseguir unha suposta igualdade no punto de partida para homes e mulleres sen que iso conleve ningún achegamento á igualdade real entre eles, xa que no plano da realidade social persisten as desigualdades de xénero que inciden directamente nas oportunidades laborais reais de cada un deles. Non se explica suficientemente por qué se existe igualdade no punto de partida para mulleres e homes ésta non conleva unha igualdade de resultados entre os xéneros. No caso concreto obxecto do litixio non se di por qué se as mulleres e os homes teñen as mesmas oportunidades, se se atopan en condicións iguais no punto de partida, non obteñen os mesmos resultados. ¿Por qué son tan poucas as mulleres que ocupan postos de dirección? ¿Non será, como afirmara xa o Consello, porque existen actitudes, comportamentos, e estruturas na sociedade que manteñen a desigualdade entre os xéneros e, en concreto, unha distribución desigual das funcións a realizar por cada un deles?

O avogado xeral Tesauro recoñece explícitamente que a desigualdade de resultados entre os sexos, a infrarrepresentación das mulleres nun sector determinado do mercado de traballo "constitúe un indicio de desigualdade, non [...] necesariamente imputable ó desexo materializado de marxinar ás mulleres". Sen embargo, no xuízo sobre a legalidade das medidas de discriminación positiva ese "indicio de desigualdade" deixase fóra do ámbito do relevante porque o que prima é o principio normativo de igualdade de trato sobre a suposta excepción contemplada no art. 2.4 da Directiva e a igualdade no punto de partida sobre a igualdade de resultados ou igualdade no punto de chegada. Por outra parte -e á vista da afirmación do avogado xeral- convén insistir na diferenciación entre a discriminación deliberada e a discriminación inconsciente<sup>15</sup>, xa que aquí non se mantén tampouco que a infrarrepresentación das mulleres en certos sectores ou en determinados postos obedeza ó

---

<sup>15</sup> BARRÈRE UNZUETA, M.A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid, Civitas, 1997, p. 25.

desexo deliberado de marxinar ás mulleres, senón máis ben á pervivencia dunha orden simbólica patriarcal que "naturaliza" a relación de xerarquía entre o xénero masculino e o feminino e a desigual distribución de roles entre eles.

A interpretación adoptada na sentenza Kalanke produxo un elevado grao de confusión acerca das medidas que deben entenderse amparadas polo art. 2.4 da Directiva, e tivo varias consecuencias: unha Comunicación da Comisión ó Parlamento Europeo e ó Consello sobre a interpretación da sentenza; a proposta de Directiva do Consello pola que se modifica a Directiva 76/207/CEE, do 27 de marzo de 1996<sup>16</sup>; e a proposta de Directiva do Parlamento Europeo e do Consello pola que se modifica a Directiva 76/207/CEE, do 7 de xuño de 2000<sup>17</sup>. Esta última proposta de directiva, ó ter en conta o avance que supón o Tratado de Amsterdam para fundamenta-la legalidade das medidas de discriminación positiva e perseguir un obxectivo máis amplo<sup>18</sup>, deixa obsoleta a proposta de directiva anterior. Despois do Tratado de Amsterdam a Comunidade Europea establece como unha das súas misións a promoción da igualdade entre homes e mulleres (art. 2 TCE), para o cal establécese que en tódalas súas actividades a Comunidade fixarase o obxectivo de elimina-las desigualdades entre o home e a muller e promove-la súa igualdade (art. 3.2 TCE), e que o Consello, por unanimidade, a proposta da Comisión e previa consulta ó Parlamento Europeo, poderá adoptar accións axeitadas para loitar contra a discriminación por motivos de sexo, entre outros (art. 13 TCE).

A liña xurisprudencial iniciada polo TXUE nesta materia continuará en posteriores pronunciamentos. A sentenza do 11 de novembro de 1997<sup>19</sup> fallará a favor da compatibilidade entre o art. 2.1 e 2.4 da Directiva e unha norma nacional que, en caso de candidatos con igual capacitación, concede preferencia na promoción ás candidatas naqueles sectores de actividade da Administración que contén un menor número de mulleres que de homes, salvo que concurran no candidato motivos que inclinen a balanza ó seu favor. Esta sentenza aplica o fallo da súa inmediata predecesora a sentenza Kalanke: unha norma que outorga ás mulleres preferencia absoluta e incondicional nunha promoción sobrepasa os límites da excepción establecida no art. 2.4 da Directiva. En consecuencia, colíxese da sentenza Marschall, unha norma que non concede esa preferencia absoluta e incondicional senón que contén unha "cláusula de apertura" non sobrepasa eses límites, sempre e cando: "dita norma garante, en cada caso particular, ós candidatos masculinos con igual capacitación que as candidatas femininas, que as candidaturas serán obxecto dunha *apreciación obxectiva* que teña en conta tódolos criterios relativos á persoa dos candidatos de ambos

---

<sup>16</sup> COM (96) 93 final.

<sup>17</sup> COM (2000) 334 final.

<sup>18</sup> Esta proposta de modificación da Directiva establece, entre outras cousas, a obriga dos Estados membros de adopta-las medidas necesarias para que podan promover de modo activo e visible o obxectivo da igualdade entre homes e mulleres (art. 1.1); introduce a figura do acoso sexual como discriminación por motivos de sexo no lugar de traballo (art. 1.2); define a discriminación indirecta (art. 1.3.a); e obriga á Comisión a redactar e publicar cada tres anos un informe de avaliación comparativa das medidas adoptadas polos Estados membros de conformidade co art. 141.4 TCE (art. 1.3.d).

<sup>19</sup> Asunto C-409/95, Hellmut Marschall *versus* Land Nordrhein-Westfalen.

sexos e ignore a preferencia concedida ás candidatas femininas cando un ou varios criterios fagan que a balanza se incline a favor do candidato masculino, e que tales criterios non sexan discriminatorios en prexuízo das candidatas femininas".

En sentido contrario ó que finalmente sería o fallo da sentenza manifestáranse xa durante o proceso os gobernos de Francia e do Reino Unido e o avogado xeral Sr. F.G. Jacobs nas súas conclusións. Neste sentido alégase que unha norma que concede preferencia ás candidatas vai máis alá da promoción da igualdade de oportunidades entre homes e mulleres e, en consecuencia, supera os límites da excepción establecida no art. 2.4 da Directiva. E iso aínda que, como no caso obxecto do litixio, se estableza unha excepción ó dereito de preferencia das candidatas cando "se atribúa carácter decisivo a circunstancias específicas que concurran noutro candidato" (art. 25.5 da Lei da función pública do Land de Renania do Norte-Westfalia). O avogado xeral Jacobs seguindo o "efecto" da sentenza Kalanke afirma que calquera normativa que vaia máis alá da promoción da igualdade de oportunidades, sustituíndoa pola igualdade de representación, queda fóra do ámbito de aplicación do art. 2.4 da Directiva e é, polo tanto, ilegal no estado actual do dereito comunitario. Ademais, o avogado xeral Jacobs reconece que "a norma nacional controvertida no asunto Kalanke non era, de feito, absoluta e incondicional" (pto. 28), admitindo implícitamente unha gran semellanza entre a normativa xulgada naquel caso e no presente.

O tribunal sentenciador afirma, no asunto Marschall, que "o feito de que dous candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación non implica por sí só que teñan iguais oportunidades" (aptdo. 30), xa que nesa situación -afirma o propio tribunal- "existe a tendencia a promover preferiblemente ós candidatos masculinos, en prexuízo das candidatas femininas, debido, particularmente, a determinados prexuízos e ideas estereotipadas sobre o papel e as capacidades da muller na vida activa (sic)" (aptdo. 29). Por esta razón, o tribunal admite a conformidade dunha norma nacional que, en caso de igual capacitación entre os candidatos, outorgue ás mulleres preferencia no acceso ou promoción a un posto ou sector no que éstas están infrarrepresentadas, como medida que "pode contribuir a servir de contrapeso ós efectos prexudiciais para as mulleres derivados das actitudes e comportamentos descritos anteriormente e a reducir, desa forma, as desigualdades de feito que poderan existir na realidade da vida social" (aptdo. 31). Pero para que esa norma nacional goce da cobertura do art. 2.4 da Directiva, configurado -según a interpretación xurisprudencial- como unha excepción ó dereito individual á igualdade de trato establecido na mesma directiva, esíxese que non outorgue unha preferencia absoluta e incondicional ás mulleres, suposto no cual excedería os límites desa excepción (sentencia Kalanke).

Polo contrario, se unha norma nacional, como a que é obxecto do asunto Marschall, contén unha "cláusula de apertura" non sobrepasa os límites da excepción establecida no art. 2.4 da Directiva se "en cada caso particular, garante, ós candidatos masculinos con igual capacitación que as candidatas femininas, que as candidaturas serán obxecto dunha apreciación obxectiva que teña en conta tódolos criterios relativos á persoa dos candidatos de ambos sexos e ignore a preferencia concedida ás candidatas femininas cando un ou varios deses criterios fagan que a balanza se incline a favor do candidato de sexo masculino", e sempre que tales criterios non sexan discriminatorios en prexuízo das candidatas (aptdo. 33).

Xa trala entrada en vigor do Tratado de Amsterdam o Tribunal de Xustiza tivo que

enfrentarse por terceira vez a unha cuestión prexudicial na que se cuestionaba a compatibilidade de certas medidas de acción positiva adoptadas pola Lei do Land de Hesse sobre a igualdade de dereitos entre mulleres e homes e para a eliminación da discriminación das mulleres na Administración Pública co art. 2.1 e 2.4 da Directiva<sup>20</sup>. Nesta ocasión, sen embargo, o tribunal non aborda a interpretación do art. 141.4 TCE xa que considera que ésta só resulta axeitada para resolve-lo litixio no caso de que se considere que o art. 2 da Directiva se opón a unha normativa nacional como a que é obxecto de xuízo (aptdo. 14). Como o tribunal chega á conclusión contraria non se pronunciará sobre a interpretación do art. 141.4 TCE.

Na sentenza Badeck o tribunal segue a liña xurisprudencial establecida nas sentencias Kalanke e Marschall, que resume do seguinte modo: "unha acción encamiñada a promover prioritariamente ás candidatas femininas nos sectores da función pública nos que se atopan infrarrepresentadas debe considerarse compatible co Dereito comunitario cando non conceda de modo automático e incondicional preferencia ás candidatas femininas que teñan unha cualificación igual á dos seus competidores masculinos e cando as candidaturas sexan obxecto dunha apreciación obxectiva que teña en conta as situacións particulares de natureza persoal de tódolos candidatos" (aptdo. 23). Seguindo esta interpretación o tribunal declara que o art. 2.1 e 2.4 da Directiva non se opón a unha normativa nacional:

1º) Que nos sectores da función pública nos que as mulleres están infrarrepresentadas, en caso de igualdade de cualificación entre candidatos de distinto sexo, outorga preferencia ás candidatas sempre que sexa necesario para a consecución dos obxectivos do plan de promoción da muller, salvo que se opoña a iso un motivo de rango xurídico superior, a condición de que dita normativa garanta que as candidaturas son obxecto dunha apreciación obxectiva que teña en conta situacións particulares de natureza persoal de tódolos candidatos.

2º) Que establece que os obxectivos vinculantes do plan de promoción da muller para postos de provisión temporal pertencentes ó sector científico ou para os auxiliares científicos deben prever unha porcentaxe mínima de persoal feminino equivalente polo menos á proporción que as mulleres representan entre os licenciados, os doutorados ou os estudantes da respectiva especialidade.

3º) Que, na medida en que ten por obxecto eliminar unha infrarrepresentación da muller, reserve ás mulleres polo menos a metade das prazas de formación naquelas profesións que requiran unha formación especializada nas que as mulleres estén infrarrepresentadas e respecto das cales o Estado non exerza un monopolio de formación, salvo que, pese á adopción de medidas apropiadas para divulgar entre as mulleres a existencia de prazas dispoñibles de formación profesional, as candidaturas femininas foran insuficientes.

4º) Que, en caso de igualdade de cualificación entre candidatos de distinto sexo, garante que as mulleres cualificadas sexan convocadas a entrevistas de presentación nos sectores nos que as mulleres están infrarrepresentadas.

---

<sup>20</sup> Sentencia do 28 de marzo do 2000 (asunto C-158/97, Georg Badeck e outros *versus* Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen).

5º) Relativa á composición dos órganos de representación dos traballadores e os órganos de xestión e de control, que establece que as disposicións legais adoptadas para a súa aplicación teñan en conta o obxectivo de que a participación da muller no seo de ditas instancias sexa polo menos igual. Neste último punto o avogado xeral Sr. Saggio manifestárase de forma diferente ó considerar que se trataba dunha norma de carácter imperativo en virtude da cal a metade dos membros dos órganos internos da función pública debían de ser mulleres. Trataríase entón, según o avogado xeral, dunha "cota rixida" contraria á igualdade de trato dos traballadores ó supera-los límites da adopción de medidas destinadas a promove-la igualdade de oportunidades das mulleres (aptdo. 42).

A última sentenza dictada ata a data nesta materia polo Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas<sup>21</sup> afirma que o art. 2.1 e 2.4 da Directiva oponse a unha normativa nacional -como a normativa sueca obxecto do litixio- conforme á cal un candidato a un emprego na función pública pertencente ó sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dito emprego, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato do sexo oposto que, en caso contrario, sería designado, cando esta medida fose necesaria para seleccionar ó candidato do sexo infrarrepresentado e cando a diferenza entre os respectivos méritos dos candidatos non sexa tan considerable como para vulnera-la esixencia de obxectividade na provisión dos postos. O argumento que xustifica esta afirmación é, a xuízo do tribunal, que a normativa controvertida no litixio concede automaticamente preferencia ós candidatos do sexo infrarrepresentado, sempre que estén suficientemente capacitados, "co único requisito de que a diferenza entre os méritos dos candidatos de cada un dos sexos non sexa tan considerable como para vulnera-la esixencia de obxectividade na provisión dos postos" (aptdo. 52). Como o tribunal considera que a medida xulgada non está lexitimada polo art. 2.4 da Directiva (aptdo. 53) cuestionase acerca da posibilidade de que poda estar xustificada polo art. 141.4 TCE. Sen embargo, o tribunal responde tamén negativamente a esta cuestión declarando que, aínda que o art. 141.4 TCE co obxecto de garanti-la plena igualdade entre homes e mulleres na vida laboral, autoriza ós Estados membros a manter ou adoptar medidas que ofrezan vantaxes concretas destinadas a facilitar ó sexo menos representado o exercicio de actividades profesionais ou a evitar ou compensar desvantaxes nas súas carreiras profesionais, "non pode deducirse diso que esta disposición permita un método de selección como o controvertido no litixio principal que, en todo caso, resulta ser desproporcionado en relación co obxectivo perseguido" (aptdo. 55).

Esta última sentenza establece tamén que o art. 2.1 e 2.4 da Directiva e o art. 141.4 TCE opóñense a unha normativa nacional, como a controvertida no litixio, no suposto de que unicamente se aplique, ben ós procedementos destinados á provisión dun número previamente limitado de postos, ou ben ós postos que se crean no marco dun programa específico dunha escola superior concreta que permite a aplicación de medidas de discriminación positiva; que a apreciación da conformidade das normas nacionais que establecen unha discriminación positiva para o acceso ó emprego no ensino superior non pode depender do nivel do posto que se deba proveer; e que o art. 2.1 e 2.4 da Directiva non se opon a unha práctica xurisprudencial nacional según a cal a un candidato pertencente ó sexo infrarrepresentado pode concedérselle a preferencia fronte a un competidor do sexo oposto, "sempre que os candidatos posúan méritos equivalentes ou

---

<sup>21</sup> Sentencia do 6 de xullo do 2000 (asunto C-407/98, Katarina Abrahamsson, Leif Anderson *versus* Elisabet Fogelqvist).

sensiblemente equivalentes e cando as candidaturas sexan obxecto dunha apreciación obxectiva que teña en conta as situacións particulares de natureza persoal de tódolos candidatos" (aptdo. 62).

### 3. *Conclusiones.*

A xurisprudencia comunitaria en materia de discriminación positiva baséase en tres presupostos: 1º) o art. 2.4 da Directiva constitúe unha excepción ó principio de igualdade de trato entre homes e mulleres establecido pola mesma e, como tal, debe interpretarse restrictivamente; 2º) o art. 2.4 da Directiva establece unha excepción a un dereito individual, o dereito a non ser discriminado por razón de sexo e, polo tanto, debe someterse a unha interpretación estricita; e 3º) o art. 2.4 da Directiva legaliza a adopción de medidas de promoción da igualdade de oportunidades entre os xéneros aínda que vulneren "excepcionalmente" o principio de igualdade de trato, pero as medidas que persiguen a igualdade de representación entre homes e mulleres son ilegais. Este constitúe o núcleo da interpretación xurisprudencial, onde se decanta por unha determinada opción política en materia de igualdade entre os xéneros, precisamente a opción máis restrictiva da operatividade das medidas de discriminación positiva como un instrumento legal de promoción da igualdade real entre homes e mulleres.

A interpretación efectuada polo TXUE supera o grao de operación técnico-xurídica de subsunción do caso concreto no marco da normativa aplicable. Polo contrario, en presenza dunha normativa ambigua e insuficiente, o tribunal despreza unha interpretación formalista e restrictiva escollendo unha opción político-xurídica de entre as varias posibles. Para mostrar isto podemos comezar por cuestionar os presupostos que fundamentan a interpretación xurisprudencial: ¿constitúe o art. 2.4 da Directiva unha excepción ó principio de igualdade de trato e, polo tanto, debe interpretarse restrictivamente?; ¿establece o art. 2.4. da Directiva unha excepción a un dereito individual, o dereito a non ser discriminado por razón de sexo e, como tal, debe ser interpretada restrictivamente?; ¿igualdade de oportunidades significa únicamente igualdade no punto de partida?

Unha interpretación teleolóxica, atenta ó principio de coherencia do ordenamento xurídico, pode ofrecer respostas diferentes a estes interrogantes das que se derivan da xurisprudencia do TXUE. Así cabe entender que o art. 2.4 da Directiva, as medidas de discriminación positiva, non constitúen unha excepción ó principio de igualdade de trato senón o seu complemento. É dicir, as medidas de discriminación positiva tendentes á promoción da real igualdade de oportunidades integran o contido do que debe entenderse por igualdade de trato nunha interpretación finalista da normativa aplicable, que non se conforma co obxectivo da igualdade formal e que por esta razón introduce unha norma como o art. 2.4 que aclara o alcance da igualdade que se pretende: a igualdade de oportunidades entre homes e mulleres no emprego. Neste sentido manifestárase xa nas conclusións xerais do caso Badeck o avogado xeral Sr. Saggio ó dubidar que a igualdade sustancial constituía unha excepción á igualdade formal e que a norma que dá cobertura legal ás medidas de acción positiva no dereito comunitario -art. 141.4 TCE e art. 2.4 da Directiva- teña un carácter excepcional e deba entón interpretarse estritamente. Nesta liña expresárase tamén parte da doutrina ó afirmar, como fai Alfonso Ruiz Miguel, que a norma contemplada no art. 2.4 da Directiva non ten carácter de *excepción* senón que constitúe unha *cualificación*; "cualifica ou serve para interpreta-lo sentido apropiado da exclusión de discriminacións inxustas, que non deben interpretarse

restrictivamente, senón correctamente"<sup>22</sup>.

A licitude das medidas de acción positiva, afirma o avogado xeral Saggio, fundaméntase precisamente na posibilidade de concilia-la acción positiva co principio de non discriminación; principio destinado a asegura-la igualdade de trato dos traballadores que non está en contradicción co principio de igualdade de oportunidades, fundamento da acción positiva, tendente a asegura-la igualdade efectiva (pto. 26). Convén así mesmo lembrar aquí as dúas acepcións que historicamente adquiriron os termos "discriminación" e "discriminar": por unha parte, "separar, arredar, afastar, distinguir" unha cousa de outra e, así mesmo, "establecer diferencias de dereitos entre persoas ou comunidades (sociais, lingüísticas, raciais, relixiosas, etc.)"<sup>23</sup> tradicionalmente diseñadas en función dun criterio axiolóxico xerárquico que pode expresarse resumidamente no par *superior/inferior*, coa consecuencia implícita de excluír ou subordinar -recorta-los dereitos- ás persoas ou colectivos caracterizados como inferiores, estigmatizados. Tendo en conta esta distinción e as circunstancias históricas que levaron ó establecemento do principio de non discriminación -no caso que nos ocupa unha situación histórica na que as mulleres foron tradicionalmente tratadas como inferiores, subordinadas, excluídas-, un correcto entendemento deste principio pasa pola prohibición daquelas normas ou comportamentos que den un trato de inferioridade, subordinen ou exclúan a unha persoa ou grupo, e a legalidade daquelas que diferencien situacións distintas e teñan en conta as dificultades reais dalgún sector da poboación para integrarse socialmente en condicións de igualdade cos demais.

O avogado xeral Saggio afirma así mesmo que aínda que os principios de igualdade formal e igualdade sustancial non son antitéticos senón complementarios poden existir sen embargo situacións de conflito fundamentalmente en dous casos: cando a acción positiva é unha medida arbitraria no seu contido, é dicir, cando afecta de forma excesiva ó dereito de persoas que non pertencen ó grupo ó que a medida está destinada; ou cando se trata dunha medida desproporcionada en relación coas esixencias reais do grupo desavantaxado, é dicir, cando a realidade social non xustifica a adopción deste tipo de medidas. Nestes casos de conflito a autoridade xudicial deberá ter en conta tanto o resultado efectivo da acción, é dicir, as posicións subxectivas adquiridas polo grupo destinatario da medida, como o contido específico da medida adoptada en función da necesidade real desta mesma medida. Esta apreciación implica o exame da proporcionalidade entre a situación efectiva do grupo destinatario da acción e os efectos desta (pto. 29) e é precisamente este exame de proporcionalidade o que está ausente da xurisprudencia do TXUE. Dito doutro xeito, o tribunal emite un xuízo sobre a proporcionalidade das medidas de discriminación positiva obxecto do litixio que se lle presenta -nos catro casos analizados- sen explicitar cáles son os criterios de avaliación dese exame de proporcionalidade, sen fundamentar suficientemente o seu xuízo en cada caso concreto. É dicir, quedámonos sen saber cáles son as razóns que levan en cada caso concreto ó tribunal a decidir nun ou noutro sentido o exame de proporcionalidade das medidas de

---

<sup>22</sup> "La discriminación inversa y el caso Kalanke", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, 1996, pp. 123-140; p. 134. De forma similar maniféstase Miguel Rodríguez-Piñero; "Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación en los resultados", en *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, nº 13, xullo 1996, pp. 1-10.

<sup>23</sup> *Diccionario Xerais da Lingua*.

discriminación positiva xulgadas.

Unha interpretación teleolóxica permite así mesmo afirmar que o art. 2.4 da Directiva non establece unha excepción a un dereito individual consagrado tamén na mesma, o dereito a non ser discriminado por razón de sexo. As consecuencias da discriminación por razón de sexo materialízanse nas condicións de vida dos individuos concretos, pero iso non pode facernos perder de vista que a discriminación prodúcese pola súa pertenza a un colectivo ou grupo estigmatizado e por esta razón socialmente subordinado ou excluído. A existencia dun dereito individual a non ser discriminado por razón de sexo pode convivir coa adopción legal de medidas de discriminación positiva que teñan por obxecto situar a colectivos tradicionalmente discriminados en condicións de igualdade cos outros. Esta é precisamente a razón de ser do dereito antidiscriminatorio, sen a cal perdería toda a súa operatividade e eficacia. Como afirma M.A. Barrère o dereito antidiscriminatorio presupón un concepto de discriminación grupal "e ésta non se refire á violación de toda igualdade senón á violación da igualdade grupal. Neste contexto, intentar contrapoñe-la discriminación grupal á discriminación individual supón vaciar de contido o discurso sobre o Dereito antidiscriminatorio ou, o que é o mesmo, elimina-la hipotética virtualidade da acción positiva"<sup>24</sup>.

Por último, cabe tamén unha interpretación máis ampla do concepto de igualdade de oportunidades que teña en conta non só a igualdade no punto de partida senón tamén a igualdade no punto de chegada ou igualdade nos resultados. Nesta liña sitúase ademais a lexislación posterior que non fala xa de igualdade de oportunidades senón de "garantir na práctica a *plena igualdade*" (art. 141.4 TCE). Non parece que con esta expresión se queira facer referencia ó concepto restrictivo de igualdade de oportunidades adoptado pola xurisprudencia do TXUE. Máis ben parece, polo contrario, que o abandono da expresión "igualdade de oportunidades" intenta alonxarse da acepción restrictiva que acollera o TXUE. Máxime cando o propio tribunal recoñecera explícitamente nos seus pronunciamentos que a igualdade de oportunidades ou igualdade no punto de partida no garante por sí soa a igualdade de resultados ou igualdade real entre os xéneros e que a mesma capacitación entre homes e mulleres non significa que teñan igualdade de oportunidades no emprego; e iso porque vivimos no seo de sociedades nas que segue operando eficazmente o tradicional criterio de discriminación -subordinación, exclusión- das mulleres. Neste sentido resulta oportuno referirse ás dúas acepcións sinaladas por Sartori da expresión "igualdade de oportunidades": unha primeira equivalente a "igualdade de acceso", é dicir, "igual recoñecemento a igual mérito", e unha segunda que significa "igualdade de partida", "igualdade de condicións iniciais (para logra-la igualdade de acceso). Enténdese que ser igual nas oportunidades de partida require xa, en certa medida, unha igualdade das condicións materiais"<sup>25</sup>.

Estes argumentos permítenos concluír que a xurisprudencia do TXUE nesta materia conduce á inoperatividade das medidas de discriminación positiva de cara a conseguilo fin proposto, a igualdade de oportunidades entre homes e mulleres na vida laboral, se por tal debe entenderse a igualdade real ou plena igualdade. Se a igualdade de oportunidades se entende, como fai o tribunal, únicamente como igualdade no punto de partida -con independencia de que exista

---

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 94.

<sup>25</sup> *Elementos de teoría política*. Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 102.

unha desigualdade tal nos resultados que indique que esa suposta igualdade de oportunidades non é real-, medidas legislativas como as xulgadas non contan con cobertura legal no dereito comunitario nin teñen demasiado sentido no contexto dun sistema xurídico-político que se conforma coa igualdade formal e non aspira, polo tanto, a continua-lo proceso de consecución da igualdade real entre os xéneros. O que tratamos de demostrar neste traballo é precisamente que este non é o caso do dereito comunitario europeo; que unha interpretación menos formalista das medidas legislativas adoptadas pode outorgar unha maior operatividade -aínda que sempre limitada- ás medidas de discriminación positiva como instrumentos útiles -aínda que non exclusivos- no proceso de lograla plena igualdade entre mulleres e homes na esfera laboral e no marco de sociedades verdadeiramente democráticas.

Debe terse en conta tamén, non obstante, que a normativa comunitaria nesta materia limítase á esfera do *traballo productivo remunerado*, deixando fóra do seu ámbito de aplicación importantes cuestións que inciden directamente na reprodución da situación de desigualdade entre os xéneros. E este feito afecta así mesmo decisivamente ó grao de operatividade que poden ter as medidas de discriminación positiva á hora de conseguirla finalidade proposta, a igualdade real entre os xéneros, xa que o proceso de consecución desta igualdade real necesita unha gran transformación socio-económica, política e cultural na que estas medidas só poden constituir un primeiro paso que amose, ademais, a existencia ou non dunha vontade política dirixida a lograr este obxectivo: a plena igualdade entre mulleres e homes ou, dito doutro xeito, que o sexo non constituía un criterio válido de discriminación, de desigual reparto de espazos, tempos, funcións, e, en definitiva, poder.

#### 4. *Bibliografía citada.*

BARRÈRE UNZUETA, M.A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid, Civitas, 1997.

DREW DAYS III, "Acción afirmativa" [1988], en GARGARELLA, R. (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona, Gedisa, 1999, trad. de Roberto Gargarella, pp. 41-65.

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

LEE SAROKIN, H.; BABIN, J.K.; GODDARD, A.H., "Has affirmative action been negated? A closer look at public employment", en *San Diego Law Review*, Vol. 37, 2000, pp. 575-635.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación en los resultados", en *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, nº 13, xullo 1996, pp. 1-10.

RUBIO CASTRO, A., "El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 70, 1990, pp. 185-207.

RUIZ MIGUEL, A., "La discriminación inversa y el caso Kalanke", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, 1996, pp. 123-140.

SARTORI, G., *Elementos de teoría política*. Madrid, Alianza Editorial, 1999.