

# ACCIONS POSITIVES PER A LES DONES: DEBATS DE DRET EUROPEU<sup>1</sup>

**Núria Pumar Beltrán**  
*Professora de dret del treball*  
*Universitat de Barcelona*

## 1. SIGNIFICACIÓ I TIPOLOGIA DE LES MESURES D'ACCIÓ POSITIVA

Les accions positives<sup>2</sup> van sorgir als anys seixanta als Estats Units com a part de les polítiques del govern federal per a lluitar contra la discriminació racial.<sup>3</sup> Posteriorment, aquest tipus de polítiques — presents tant en el sector públic com en el privat— s'han estès a altres àrees, com l'educació i l'ocupació, i s'han aplicat a les dones i/o a altres grups discriminats (minories ètniques, religioses o persones amb discapacitat, per exemple), i s'han reconegut també situacions de discriminació múltiple.

En essència, es tracta de mesures que usen expressament una característica protegida (com ara la raça, el gènere o la discapacitat)<sup>4</sup> en l'assignació d'avantatges i drets, amb la finalitat de prevenir, compensar o corregir situacions de discriminació patides per grups exclosos. La racionalitat que guia i justifica aquestes mesures és la consecució de la igualtat real, ja que es pretén assegurar «l'accés a recursos i la participació en espais de poder als grups exclosos»<sup>5</sup> i fer front així a les estructures i jerarquies socials que perpetuen aquesta exclusió.<sup>6</sup> A pesar que les persones beneficiàries ho són a títol individual, aquestes accions tenen una

1. npumar@ub.edu.

2. Adoptem el terme *accions positives*, emprat en la normativa europea i espanyola, a pesar que aquest tipus de mesures tenen altres denominacions, com ara *mesures especials*, *accions afirmatives*, *discriminacions positives* o *discriminacions inverses*. En una temàtica tan controvertida, cap referència no és neutra, però, en tot cas, els dos últims termes esmentats tenen una connotació negativa evident.

3. Vegeu, sobre l'origen i la significació de les accions positives de manera més extensa, M. Vittoria BALLESTRERO (1996), «Acciones positivas. Punto y aparte», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, i M. Ángeles BARRÈRE UNZUETA (2003), «La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 9.

4. Sandra FREDMAN (2017), «Remaining power relations: hierarchies and disadvantage and affirmative action», a Penelope ANDREWS, Dennis DAVIS i Tabeth MASENGU (ed.), *A warrior for justice: Essays in honour of Dikgang Oseneke*, Ciutat del Cap, Juta Legal and Academic Publishers, p. 126.

5. Natalia CAICEDO CAMACHO (2019), «Equidad y principio de no discriminación en el pilar social europeo», a Andreu OLESTI RAYO, *La profundización de la Unión Económica y Monetaria*, Madrid, Marcial Pons, p. 73.

6. Natalia CAICEDO CAMACHO, «Equidad y principio de no discriminación en el pilar social europeo», p. 73.

clara dimensió col·lectiva, ja que el factor diferencial és la pertinença de les persones a un grup afectat per desigualtats estructurals.<sup>7</sup>

Atesa la classificació ja clàssica de McCrudden,<sup>8</sup> les accions positives responen essencialment a tres propòsits: el de compensar desavantatges passats —perquè si no haguessin experimentat barreres i discriminacions, aquestes persones haurien tingut un millor estatus socioeconòmic—, el de facilitar la distribució d'oportunitats entre diferents grups socials i, finalment, el d'aconseguir utilitats socials addicionals, com, per exemple, una major pluralitat o diversitat en la composició de les plantilles.

Aquestes polítiques troben la seva legitimitat en les fórmules constitucionals contemporànies d'estat social i democràtic i en el mandat —present explícitament o implícitament en les constitucions europees— d'aconseguir una major igualtat real i efectiva per a grups tradicionalment discriminats.<sup>9</sup> Es tracta del vessant promocional de la igualtat,<sup>10</sup> que obliga els estats a aplicar polítiques socials sobre educació, salut, serveis socials, etc. En el cas particular de les accions positives, els poders públics no estan obligats a emprendre-les, però sí que estan legitimats per a recórrer-hi a fi de combatre les desigualtats dins de l'abast i els límits plantejats per la normativa i la jurisprudència. D'aquesta manera, entren en joc criteris d'oportunitat política i social a l'hora de calibrar el tipus de mesures que cal implementar, el grup o grups beneficiats per aquestes accions i, finalment, els objectius que s'han d'aconseguir.

Emergeix en aquest punt el debat inacabat sobre la idoneïtat de les accions positives i el seu abast, que no serà abordat en aquest treball. Només volem apuntar que en l'àmbit del dret és intens el debat doctrinal entre les posicions proclius a l'adopció d'aquestes mesures transformadores que puguin trencar inèrcies discriminatòries consolidades al llarg del temps (Ballestrero 1996; Barrère 2003) i altres posicions més reticents a aquestes mesures, ja sigui perquè defensen el seu caràcter necessàriament d'*ultima ratio* (McCrudden 1986), ja sigui perquè posen en dubte si són veritablement eficients per a aconseguir la igualtat substancial pretesa (Fredman 2017).

En tot cas, cal situar les accions positives en un context social, cultural i polític determinat, de manera que siguin mesures que complementin altres polítiques destinades a aconseguir la igualtat material. Així, ens podríem preguntar quin paper tindrien aquest tipus de mesures en un model d'estat que tingués un sistema del benestar avançat, de manera que oferís a la seva ciutadania una renda bàsica universal i educació i assistència sanitària uni-

7. M. Ángeles BARRÈRE UNZUETA, «La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión», p. 4.

8. Christopher MCCRUDDEN (1986), «Rethinking positive action», *Industrial Law Journal*, vol. 15, núm. 4, p. 237.

9. María Ángeles MARTÍN VIDA (2004), «Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, p. 321-349.

10. Eva PONS PARERA (2013), «Igualdad y no discriminación por razón de sexo: nociones jurídicas», a Ana SÁNCHEZ URRUTIA i Núria PUMAR (2013), *Análisis feminista del derecho*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

versals i de qualitat. Probablement, el disseny i la implementació d'aquestes mesures haurien de focalitzar-se en col·lectius i situacions determinats, però tindrien un caràcter clarament complementari.

Aquestes accions tenen una significació diferent als Estats Units que a Europa perquè se situen en contextos també diferents. A Europa s'emmarquen generalment en sistemes d'estat del benestar avançats que coexisteixen amb normatives i polítiques d'igualtat de gènere. Aquestes polítiques són desplegades amb caràcter multinivell per un conjunt d'actors, normes i instruments amb l'objectiu d'avançar cap a la igualtat material entre dones i homes.

Encara que ara no sigui possible abordar una qüestió tan complexa, convé remarcar que la reculada continuada i sostinguda de les polítiques socials i dels drets laborals duta a terme pels governs europeus —guiats per les polítiques neoliberals de la Unió Europea— ha contribuït al creixement de les desigualtats econòmiques i socials entre els individus i especialment en uns certs grups (migrants, minories ètniques, persones amb discapacitat, etc.) Al seu torn, les relacions laborals precàries han crescut exponencialment i afecten, sobretot, els treballadors més joves, amb major incidència en les dones.<sup>11</sup>

Encara que la tipologia de les accions positives és àmplia,<sup>12</sup> s'associen a les quotes, que són les mesures més incisives i controvertides, ja que concedeixen preferència en l'adjudicació d'un bé escàs i indivisible (una plaça formativa o un lloc de treball). Així, les accions positives poden consistir en mesures de conscienciació o d'incentivació dirigides a uns certs col·lectius; per exemple, campanyes informatives, convocatòries de beques o bé ofertes de cursos formatius per a dones en sectors on es trobin infrarepresentades.

Quan es tracta de l'adjudicació d'un bé escàs i indivisible, s'aprecien dos grans tipus de mesures d'acció positiva: les que atorguen preferència a les persones del col·lectiu seleccionat —per exemple, les clàssiques mesures de desempat— i les anomenades *quotes*, és a dir, les que reserven les places que s'han d'adjudicar.

Les mesures de preferència en el moment de l'assignació de la plaça desempaten a favor de la persona pertanyent al col·lectiu menys nombrós, si existeix una certa equivalència o igualtat en les qualificacions o en els mèrits. Quant a les quotes o reserves, poden ser variades segons el grau de flexibilitat observat en la seva formulació. Per exemple, les més flexibles poden consistir a fixar un objectiu numèric que s'ha d'aconseguir en un temps determinat. La reserva de places o quotes pot formular-se exigint una certa equivalència d'aptituds o bé, de manera més contundent, proveint de manera automàtica la plaça pel fet que la persona pertany al col·lectiu que s'ha de promocionar. Un exemple d'aquest últim cas és el de les quotes d'ocupació per a les persones amb discapacitat, si bé en l'ocupació pública es demana que aquestes persones hagin superat prèviament el procés de selecció.

11. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (2020), *Work for a brighter future: Global Commission on the Future of Work*, Ginebra, International Labour Office, p. 5.

12. M. Ángeles MARTÍN VIDA (2003), *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, p. 128.

## 2. ACCIONS POSITIVES I DESIGUALTATS DE GÈNERE EN LES RELACIONS LABORALS

L'apreciació de les desigualtats estructurals de gènere en l'espai de les relacions laborals ha de ser abordada amb una perspectiva temporal. Així, el nombre de dones europees que participen en el mercat de treball no ha parat de créixer des de fa dècades i les dones han aconseguit, de mitjana, un nivell educatiu superior al dels homes. Malgrat la millora del seu rendiment acadèmic, a Europa —i a la resta del món— les dones continuen experimentant més dificultats que els homes per a la seva integració laboral,<sup>13</sup> sobretot si tenen responsabilitats familiars. En aquest punt la lectura de gènere és clara si ens atenim a les estadístiques: els homes, encara que tinguin responsabilitats familiars, no coneixen el sostre de vidre ni tampoc es troben immersos de la mateixa manera que les dones en els «sòls enganxosos», encara que puguin compartir amb elles trajectòries laborals precàries.

En general subsisteixen encara importants bretxes —tot i que concorrin altres factors que modulin la seva intensitat, com el nivell educatiu, l'edat o l'origen ètnic— que separen dones i homes en les relacions laborals i que evidencien una distribució desigual dels salaris, dels temps de treball o de les oportunitats de promoció professional o en la protecció social. Fins i tot en les societats europees més igualitàries,<sup>14</sup> com les nòrdiques, s'aprecia una clara projecció de la divisió sexual de treball en les relacions laborals, de manera que existeixen sectors d'activitat i professions o bé molt feminitzats o bé molt masculinitzats.

Quan es tracta d'accions positives per a les dones en l'àmbit de l'ocupació, la Unió Europea, en la seva Recomanació 84/635/CEE, del Consell,<sup>15</sup> va aclarir quins són els dos propòsits bàsics que s'han d'aconseguir: d'una banda, eliminar o compensar els efectes perjudicials per a les dones, derivats de la distribució tradicional de les funcions socials entre homes i dones, i, de l'altra, estimular la participació de les dones en les diferents activitats i sectors en què es troben infrarepresentades, en particular en els sectors del futur i en els nivells més alts de responsabilitat.

Són molt interessants les argumentacions esgrimides pel Tribunal Suprem del Canadà<sup>16</sup> a favor de la legitimitat de les accions positives quan es tracta de promoure la presència de dones en treballs masculinitzats. El Tribunal va considerar legítim un programa d'equitat en l'ocupació que implementaria la Companyia Nacional Canadenca de Ferrocarrils i que reservava a les dones un lloc de treball de cada quatre dels convocats per a ocupar oficis

---

13. I. GANGULI, R. HAUSMANN i M. VIARENGO (2014), «Closing the gender gap in education: what is the state of gaps in labour force participation for women, wives and mothers?», *International Labour Review*, vol. 133, núm. 2, p. 197-233.

14. David GRUSKY i Maria CHARLES (2005), *Occupational ghettos: The worldwide segregation of women and men*, Stanford, Stanford University Press.

15. Recomanació del Consell, del 13 de desembre de 1984, sobre la promoció de les accions positives de les dones.

16. Sandra FREDMAN, «Remaining power relations: hierarchies and disadvantage and affirmative action», p. 126.

manuals, fins a arribar a una presència del 13% de dones. Per al Tribunal, aquestes mesures, més que no pas compensar les dones per discriminacions passades, pretenien sobretot prevenir davant discriminacions futures, atesos els patrons de discriminació sistèmica que patien les dones en l'accés al mercat de treball i, especialment, a unes certes professions masculinitzades.

Precisament en aquestes professions, les quotes contribuïen a trencar estereotips sobre les habilitats i capacitats de les dones per a desenvolupar unes professions concretes i actuaven com a referents per a futures candidates. Un argument addicional, clarament el més original de tots, era que el fet d'aconseguir una presència significativa o massa crítica de dones ajudaria a superar algunes dinàmiques i formes de pensament que infravaloraven les seves aportacions i capacitats. En concret i a causa de resistències i estereotips existents, en moltes ocasions se les considerava impostores en aquests treballs i estaven exposades en major mesura a l'assetjament o a patir un cert paternalisme discriminatori. A més, aquesta presència significativa de dones facilitaria que tinguessin més veu i participació en els assumptes de l'empresa, de manera que les seves peticions fossin ateses.

### 3. EXTENSIÓ I LÍMITS DE LES ACCIONS POSITIVES EN LA NORMATIVA MULTINIVELL

El Conveni sobre l'Eliminació de Totes les Formes de Discriminació contra les Dones (1979) (en anglès, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW; d'ara endavant l'esmentarem amb aquesta sigla)<sup>17</sup> proclama que els estats poden adoptar mesures especials de caràcter temporal encaminades a accelerar la igualtat *de facto* entre les dones i els homes «sempre que no comporti el manteniment de mesures desiguals o separades» (art. 4 CEDAW). La normativa sol considerar les accions positives com a excepcions al principi d'igualtat i les qualifica de mesures especials que s'apliquen provisionalment en el temps mentre no s'aconsegueixi la igualtat efectiva. No en va, la peculiaritat d'aquestes mesures que busquen la igualtat substantiva radica en «l'atribució de rellevància precisament als mateixos factors de diferenciació la rellevància dels quals es nega per la igualtat en sentit formal».<sup>18</sup>

La igualtat de gènere constitueix un valor fonamental del dret de la Unió Europea, tal com reflecteixen la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (d'ara endavant, CDFUE) i la resta dels tractats fundacionals. Aquest valor ha experimentat un desenvolupament intens i expansiu en la legislació i en les polítiques europees des de la signatura del Tractat de Roma el 1957, el qual va reconèixer el dret a la igualtat de remuneració entre dones i homes. El Tractat d'Amsterdam va avançar en aquest procés quan va comprometre la Unió

17. Conveni sobre l'Eliminació de Totes les Formes de Discriminació contra les Dones, del 18 de desembre de 1979.

18. M. Vittoria BALLESTRERO, «Acciones positivas. Punto y aparte», p. 98 (la traducció és nostra).

Europea en la promoció de la igualtat de gènere en totes les seves activitats i polítiques i, alhora, va legitimar les accions positives dels estats membres en matèria d'ocupació.

Per part seva, les directives sobre igualtat de gènere han proporcionat a les legislacions nacionals les nocions i tuteles antidiscriminatòries bàsiques en matèria d'ocupació i de condicions de treball, de treball autònom, de seguretat social i d'accés i subministrament de béns i serveis. Aquest marc es completa amb les directives sobre la protecció de les treballadores embarassades, que han donat a llum o estan en període de lactància o de permís maternal. Així mateix, les directives sobre l'ocupació atípica (treball a temps parcial, contractes a temps parcial i la d'empreses de treball temporal) han estat aplicades amb una visió de gènere pel TJUE, particularment respecte al treball a temps parcial.

Les accions positives són reconegudes pels tractats constitutius de la Unió Europea, ja que l'article 157 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (d'ara endavant, TFUE) autoritza els estats membres, amb la finalitat d'aconseguir la plena igualtat, a adoptar mesures que ofereixin avantatges professionals a les persones del sexe menys representat, per a «evitar o compensar desavantatges en les seves carreres professionals». Al seu torn, la CDFUE reconeix que el principi d'igualtat no impedeix el manteniment o l'adopció de mesures que suposin «avantatges concrets en favor del sexe menys representat» (art. 23 CDFUE). La pròpia literalitat del precepte evidencia que es continua considerant les accions positives com a excepcions al principi d'igualtat.<sup>19</sup>

En termes semblants, la Directiva 2006/54/CE<sup>20</sup> permet que els estats membres adoptin accions positives a fi de garantir «la igualtat plena entre dones i homes en la vida laboral» (art. 3).

En l'ordenament espanyol, les accions positives troben el seu fonament en la Constitució espanyola (CE) i, més concretament, en l'obligació dels poders públics de remoure els obstacles i promoure les condicions perquè tots els ciutadans participin en la vida política, econòmica, cultural i social (art. 14 i 9.2 CE). Les accions positives a favor de les dones es regulen en la Llei orgànica 3/2007, del 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes (LOIEDH), que estableix que els poders públics han d'adoptar mesures específiques a favor de les «dones per a corregir situacions paleses de desigualtat de fet respecte dels homes» i que «aquestes mesures, que són aplicables mentre subsisteixin aquestes situacions, han de ser raonables i proporcionades en relació amb l'objectiu perseguit en cada cas» (art. 11 LOIEDH).<sup>21</sup>

Les accions positives es regulen en un marc jurídic multinivell, ja que les comunitats autònomes han aprovat diferents lleis d'igualtat. D'altra banda, els convenis col·lectius i els plans d'igualtat, com que són normes que es negocien col·lectivament i es troben més pròxi-

19. Lisa WADDINTON i Mark BELL (2011), «Exploring the boundaries of positive action under EU Law: a search for conceptual clarity», *Common Market Law Review*, vol. 48, núm. 5, p. 1507.

20. Directriu 2006/54/CE, del 5 de juliol de 2006, sobre el principi d'igualtat d'oportunitats i d'igualtat de tracte d'homes i dones en matèria d'ocupació (refosa).

21. També es preveuen les accions positives per a persones amb discapacitat en els articles 67 i següents del Reial decret legislatiu 1/2013, del 29 de novembre, sobre drets de les persones amb discapacitat i la seva inclusió social.

mes a les realitats laborals en què s'apliquen, poden contribuir més eficaçment a erradicar els patrons de discriminació.<sup>22</sup>

Així, la normativa que regula els plans d'igualtat assenyala:

[...] si el resultat del diagnòstic posa de manifest la infrarepresentació de persones d'un sexe determinat en determinats llocs o nivells jeràrquics, els plans d'igualtat han d'incloure mesures per corregir-la, poden establir mesures d'acció positiva amb la finalitat d'eliminar la segregació ocupacional de les dones tant horitzontal com vertical [...].<sup>23</sup>

#### 4. LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA SOBRE ACCIONS POSITIVES PER A L'OCUPACIÓ

A partir de la seva jurisprudència, iniciada amb l'assumpte Kalanke, el TJUE ha anat perfilant l'extensió i els límits de les accions positives en l'ocupació (assumptes Kalanke, Marschall, Badeck i Abrahamsson).<sup>24</sup> És paradigmàtic l'assumpte Badeck perquè va fixar el marc interpretatiu d'aquesta mena d'accions amb major claredat que en la sentència del cas Kalanke: el TJUE va considerar compatible amb el dret europeu la normativa alemanya que autoritzava —d'acord amb els objectius fixats en els plans de promoció de les dones— atorgar preferència a les candidates femenines en sectors de la funció pública on estiguessin infrarepresentades. Per al TJUE aquestes accions positives eren bastant flexibles, ja que la regla de preferència podia ser ignorada si concorrien interessos legislatius superiors —per exemple, la preferència de les persones amb discapacitat— i perquè la norma garantia la valoració objectiva de «les situacions particulars de naturalesa personal de tots els candidats».

En general, el TJUE ha legitimat aquest tipus de mesures,<sup>25</sup> però les sotmet a un escrutini de proporcionalitat estricta; és a dir, la mesura de preferència establerta ha de ser proporcional a la finalitat pretesa per la normativa. Així, quan ha jutjat mesures de preferència en l'accés a un lloc de treball a favor de la persona del sexe menys representat, ha considerat que són legítimes si respecten dues condicions en la valoració dels mèrits de les persones candidates:

22. Julia LÓPEZ LÓPEZ (2019), «Systemic discrimination and effective gender equality policies», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 1, p. 137.

23. Reial decret 901/2020, del 13 d'octubre, que regula els plans d'igualtat.

24. Així, el TJUE ha jutjat en quatre ocasions normatives de desempat a favor de la persona del sexe infrarepresentat per a l'accés a una plaça o lloc de treball: sentències del TJUE (STJUE) del 17 d'octubre de 1995 (assumpte Kalanke), de l'11 de novembre de 1997 (assumpte Marschall), del 28 de març de 2000 (assumpte Badeck) i del 6 de juliol de 2000 (assumpte Abrahamsson).

25. Margarita RAMOS QUINTANA (2019), «Carrera profesional de las mujeres y promoción en el trabajo: un análisis jurídico con perspectiva de género», a Julia LÓPEZ (2019), *Derechos@género*, Albacete, Bomarzo, p. 81-108.

— Que no donin preferència automàtica a les persones candidates del sexe menys representat, de manera que la balança es pugui inclinar a favor del candidat masculí si concorren un o diversos criteris a favor seu (el que es denomina *clàusula d'obertura*).

— Que hi hagi equivalència en els mèrits de les persones candidates, de manera que no cal exigir igualtat en els mèrits, però tampoc pot haver-hi una diferència considerable de mèrits entre les persones candidates. Així, el TJUE no va considerar vàlida la clàusula que permetia seleccionar la persona candidata pertanyent al sexe infrarepresentat quan hi hagués una diferència considerable de capacitació entre les candidatures (assumpte Abrahamsson).

En cap moment no s'ha concretat què s'entén per *equivalència de mèrits* o per *igual capacitació* i ja en si mateixa aquesta exigència és controvertida, però és important matisar que fa referència al moment de l'assignació de la plaça. En aquest sentit, podrien establir-se criteris favorables a les dones en el moment de la fixació dels mèrits, encara que es formulessin de manera neutra. Així seria si es valorés positivament el fet que les persones candidates haguessin gaudit de permisos parentals, per exemple.

Aquesta doctrina marca els límits en les formulacions de les reserves d'ocupació a favor de les dones en sectors o nivells de responsabilitat tradicionalment masculinitzats. I a aquests límits han d'atenir-se les legislacions nacionals i la interpretació que en facin els tribunals. D'altra banda, coincideixo amb la crítica feta a aquesta jurisprudència quan la qualifica d'excessivament formalista, ja que el TJUE no ha pres en consideració ni el context en què s'aplica la norma —normalment, sectors professionals masculinitzats i on les dones han experimentat i experimenten dificultats per a la seva promoció—, ni la finalitat que es pretén aconseguir amb aquestes accions.

## 5. IGUALTAT DE GÈNERE I SEGURETAT SOCIAL EN EL DRET DE LA UNIÓ EUROPEA

Els sistemes avançats de seguretat social amb el temps s'han anat impregnats de violeta, és a dir, de la participació més igualitària de les dones en la societat i dels avenços del dret d'igualtat fruit de les reivindicacions feministes. Així, aquests sistemes, de manera progressiva, han depurat de les seves regulacions les discriminacions directes, han reconegut riscos emergents lligats a la cura —i, més recentment, en clau de coresponsabilitat— i han aprehès noves realitats familiars, diferents de les del matrimoni heterosexual.

Així i tot, l'acció protectora de la seguretat social encara avui s'estableix sobre patrons clarament androcèntrics i no respecta l'equitat de gènere en la distribució de drets i recursos, perquè no reflecteix l'aportació essencial a la societat que fan les dones amb els treballs no remunerats, ni tampoc les transformacions actuals dels rols tradicionals de gènere o la diver-



sitat dels models familiars.<sup>26</sup> Una dada inequívoca d'aquesta inequitat de gènere es constata en les bretxes de gènere en matèria de pensions, que evidencien la penalització dels temps de cura per part dels sistemes contributius de seguretat social. Encara que es tracta d'un indicador insuficient perquè no abraça en tota la seva magnitud les bretxes d'ingressos entre dones i homes en l'acció de la protecció social, cosa que evidencia el fet que la majoria de persones beneficiàries de les prestacions assistencials són dones.

El camp d'acció de les normes de discriminació jurídica és necessàriament estret perquè per a fer front a les diferents bretxes de gènere esmentades seria necessari dur a terme diferents polítiques socials, econòmiques i fiscals, sempre en clau transversal i interseccional. A continuació em detindré a exposar breument l'extensió i els límits del dret a la igualtat de gènere en la protecció social en la normativa i la jurisprudència de la Unió Europea, i em centraré a analitzar les situacions de discriminació indirecta i acció positiva pel fet que «comparteixen el mateix terreny conceptual», fortament connectat amb la igualtat material.<sup>27</sup>

La Directiva 79/7/CE, sobre igualtat de tracte en els règims legals de seguretat social —complementada per la Directiva 2006/54/CE pel que fa als règims professionals—, es va adoptar per a abordar les normes de seguretat social que eren directament o indirectament discriminatòries per a les dones per raó del seu estat matrimonial o familiar.

No obstant això, l'aplicació d'aquesta directiva ha estat extremament limitada a causa principalment del seu abast reduït, tant subjectiu com material. Així, la Directiva s'aplica a la població treballadora i les contingències que cobreix es vinculen, gairebé en exclusiva, als avatars de la vida laboral. Per això no inclou les prestacions assistencials, a excepció de l'«assistència social» atorgada per a complementar o reemplaçar aquests riscos professionals.

A aquesta consideració caldria afegir que la Directiva no regula les prestacions de mort i supervivència ni les prestacions familiars, a pesar que és en aquestes on les discriminacions per raó de sexe resulten més habituals. A més, la Directiva preveu excepcions significatives a l'aplicació del principi d'igualtat en matèries tan sensibles per al gènere com ara la determinació de l'edat de jubilació i qualifica les prestacions que beneficien les dones d'excepcions al principi d'igualtat, en lloc d'accions positives.

Particularment en dues situacions el TJUE ha apreciat discriminació indirecta en matèria de seguretat social: quan les normes de seguretat social, seguint el model *male breadwinner* predominant, han penalitzat les dones i quan han perjudicat el treball a temps parcial. No obstant això, el TJUE ha mostrat en moltes decisions una gran precaució i ha evitat les possibles conseqüències econòmiques que poguessin derivar-se de les seves decisions, regint-se pel temor a interferir en les polítiques socials nacionals.

En un sentit positiu, el TJUE va obrir una línia doctrinal decidida cap a la responsabilitat assenyalant que són incompatibles amb el dret a la igualtat de gènere —perquè perpetuen els estereotips de gènere— les normatives que dificulten o impedeixen el gaudi dels

26. Nancy FRASER (1994), «After the family wage: gender equity and the welfare state», *Political Theory*, vol. 22, núm. 4, p. 600.

27. M. Vittoria BALLESTRERO, «Acciones positivas. Punto y aparte», p. 99.

permisos parentals als pares (assumptes Roca Álvarez,<sup>28</sup> Maïstrellis<sup>29</sup> o Betriu Montull,<sup>30</sup> els quals modifiquen la doctrina de l'assumpte Hofmann<sup>31</sup>).

Al seu torn, el TJUE ha apreciat discriminacions indirectes per raó de gènere en les normatives de seguretat social que perjudicaven de manera desproporcionada el treball a temps parcial (assumptes Bilka,<sup>32</sup> Ruzius-Wilbrink,<sup>33</sup> Elbal Moreno,<sup>34</sup> Espases Recio,<sup>35</sup> Villar Láiz,<sup>36</sup> etc.). I també quan ha observat un tracte desfavorable per part de l'acció protectora de la seguretat social envers col·lectius professionals fortament feminitzats, sense que concorri una justificació suficient per a això. Així, s'ha considerat discriminatòria per raó de gènere la normativa espanyola de la Seguretat Social que exclouïa les treballadores empleades de la llar de la protecció per desocupació (assumpte C. J. contra la Tresoreria General de la Seguretat Social).<sup>37</sup>

No obstant això, i encara que es tracta de sentències més antigues que les esmentades més amunt, el TJUE no ha considerat discriminatòria la normativa alemanya que exclouïa de l'acció protectora de la seguretat social els treballs de durada marginal clarament feminitzats, les anomenades *minifeines* (en anglès, *minijobs*) (casos Nolte,<sup>38</sup> Megner i Scheffel<sup>39</sup>). Tampoc no ha qualificat de discriminatòries altres normatives que condicionaven l'accés dels sol·licitants a les prestacions segons el seu estatus marital (cas Teuling,<sup>40</sup> per exemple) o bé segons els ingressos familiars inclosos els del cònjuge (cas Posthuma *vs.* Van Damme,<sup>41</sup> que va rectificar la doctrina de Roks i altres<sup>42</sup>), malgrat que resultaven més perjudicials per a les dones.

En altres ocasions, el TJUE planteja una accepció excessivament tècnica i formalista de la discriminació indirecta (assumptes Cachaldora<sup>43</sup> i Plaza Bravo<sup>44</sup>), fins i tot en l'aplicació del principi d'igualtat de retribució per treball d'igual valor (assumptes Kenny<sup>45</sup> o JämO<sup>46</sup>).

28. STJUE del 30 de setembre de 2010, assumpte C-104/09.

29. STJUE del 16 de juliol de 2015, assumpte C-222/14.

30. STJUE del 19 de setembre de 2013, assumpte C-5/12.

31. STJUE del 12 de juliol de 1984, assumpte C-184/83.

32. STJUE del 13 de maig de 1986, assumpte C-170/84.

33. STJUE del 13 de desembre de 1989, assumpte C-102/88.

34. STJUE del 22 de novembre de 2012, assumpte C-385/11.

35. STJUE del 9 de novembre de 2017, assumpte C-98/15.

36. STJUE del 8 de maig de 2019, assumpte C-161/18.

37. STJUE del 24 de febrer de 2022, assumpte 389/20.

38. STJUE del 14 de desembre de 1995, assumpte C-317/93.

39. STJUE del 14 de desembre de 1995, assumpte C-444/93.

40. STJUE de l'11 de juny de 1987, assumpte C-30/85.

41. STJUE de l'1 de febrer de 1996, assumpte C-280/94.

42. STJUE del 24 de febrer de 1994, assumpte C-343/92.

43. STJUE del 14 d'abril de 2015, assumpte C-527/13.

44. STJUE del 17 de novembre de 2015, assumpte C-137/15.

45. STJUE del 28 de febrer de 2013, assumpte C-427/11.

46. STJUE del 30 de març de 2000, assumpte C-236/98.

## 6. ACCIONS POSITIVES EN MATÈRIA DE SEGURETAT SOCIAL: EL DOBLE DILEMA

En matèria d'accions positives, centraré la meua anàlisi en dos assumptes en què s'enjudiciaven avantatges econòmics a favor de dones pensionistes: els assumptes Griesmar<sup>47</sup> i *W. A. vs. Spain*.<sup>48</sup> En ambdues sentències el TJUE va dictaminar a favor dels homes que no van rebre aquestes prestacions. Els arguments esgrimits van ser, essencialment, que les diferències de tracte legislatiu a favor de les dones només poden justificar-se si estan vinculades estrictament al fet de la maternitat biològica (art. 2.3 de la Directiva) o bé si compensen situacions reals d'inactivitat laboral de les mares, pròximes al moment del part. En els altres supòsits, tant homes com dones han de ser considerats progenitors i han de ser tractats com a iguals, sota pena de reforçar, en cas contrari, els rols tradicionals de gènere. L'altre argument defensat pel Tribunal es refereix a la utilitat social de la mesura: aquests avantatges econòmics no ajuden a la igualtat d'oportunitats de les dones ni remouen els obstacles presents en la seva vida laboral.

A diferència de les accions positives referides a l'ocupació, que hem comentat, els avantatges de seguretat social concedits a les dones no són mesures preferencials en relació amb un determinat lloc de treball en un sector o professió en què les dones es trobin infra-representades, i sí, en canvi, són una opció política de redistribució de drets socials, atesos el gènere i el fet que són les dones les qui majoritàriament assumeixen les tasques de cura. Entre les diferents lògiques o finalitats que es pretén aconseguir en aquests casos, sobresurt la de compensar les dones per la penalització que el model professional contributiu exerceix sobre elles.

Aquest tipus d'iniciatives, independentment de si són veritablement eficaces i redistributives, contribuirien a millorar les pensions de les dones i a escurçar situacions de bretxa en matèria de pensions, problemàtica que enfonsa les seves arrels en les desigualtats estructurals més que no pas en les jurídiques.

Es tracta de qüestions complexes d'enjudiciar que requereixen una visió integral tant del context institucional legislatiu en el qual s'adopten com del context social i cultural, del qual no pot aïllar-se la norma en qüestió sotmesa a valoració judicial. Per a aplicar el judici de proporcionalitat s'ha de valorar l'adequació o proporcionalitat de la mesura en relació amb l'objectiu perseguit pel legislador i, per a això, primer cal tenir evidències de quin és el problema social o la bretxa que es pretén escurçar. Probablement en aquests casos seria desitjable un diàleg entre tribunals sota el prisma del principi de subsidiarietat, de manera que les decisions es prenguessin al més a prop possible de la ciutadania.<sup>49</sup>

El TJUE adopta en la seva doctrina, de nou i com ja hem vist en les clàusules referides a l'ocupació, una lògica d'igualtat formal i bilateral i ignora la dimensió col·lectiva de la

47. STJUE del 29 de novembre de 2001, assumpte C-366/99.

48. STJUE del 12 de desembre de 2019, assumpte C-450/18.

49. Sean PAGER (2003), «Strictness and subsidiarity: an institutional perspective on affirmative action at the European Court of Justice», *Boston College International Comparative Law Review*, vol. 26, núm. 1, p. 43.

desigualtat que s'ha de corregir. No prenem en consideració, en aquest sentit, la dimensió de gènere i la realitat fàctica de les dones cuidadores.

És cert que el compliment d'aquestes decisions pot solucionar-se amb la inclusió dels homes cuidadors com a beneficiaris de les prestacions, com ha fet l'Estat espanyol en aplicació de la doctrina de l'assumpte *W. A.*, si bé amb aquesta solució la finalitat originària de la mesura, escurçar la bretxa de les pensions, quedaria clarament desvirtuada.

De fons, emergeix un doble i ja clàssic dilema quan s'avalua la dimensió de gènere de les accions positives en matèria de seguretat. Per a exposar-ho de manera senzilla, el primer dilema és que quan les mesures beneficien les dones en la seva dimensió de cuidadores, i més si promouen la seva absència del mercat de treball, poden contribuir a reforçar rols.<sup>50</sup> I l'altre dilema és que aquestes mesures —sobretot si consisteixen en pensions de jubilació o d'invalidesa— compensen desavantatges en l'assignació de recursos, però no fomenten la igualtat d'oportunitats, és a dir, no contribueixen directament a remoure els obstacles a la participació laboral de les dones. De nou ens situem davant la prioritat, sobre la qual insisteix tant el TJUE, de les mesures que fomentin la igualtat d'oportunitats enfront de les basades en la igualtat de resultats.

En tot cas, sembla que el TJUE indica als legisladors nacionals el camí que cal seguir quan parlem de legitimitat o justificació de les accions positives en matèria de seguretat social: són mesures que han de facilitar l'adquisició de drets de seguretat social a les dones i homes cuidadors que han interromput la seva activitat laboral per aquest motiu. Es tracta de mesures que promoguin l'ocupació de les dones i que corregeixin la penalització que infligeix l'aplicació estricta de les regles contributives pels sistemes de seguretat social.

## 7. ALGUNES REFLEXIONS FINALS

Se sap que l'estreta connexió existent entre l'atribució exclusiva i preferent dels permisos parentals a les dones té un clar impacte de gènere perquè afecta la distribució dels rols de cures. I aquest fet va en contra de l'objectiu d'incorporar les dones a les relacions laborals.

Però tampoc no ha de desconèixer-se la realitat social que subjeu sota les polítiques de conciliació —malgrat que hi hagi més homes que participin en les cures—: les polítiques de conciliació continuen tenint com a destinatàries les dones de manera aclaparadora.

Tornant a les polítiques de seguretat social, és clar que la concessió generosa d'avantatges de cotització a les persones que han interromput les seves carreres professionals per a cuidar els fills, encara que puguin beneficiar-se d'això tant dones com homes, pot tenir un clar efecte desincentivador de cara a la participació laboral de les dones, qüestió que s'agreuja si, a més, l'estat no ofereix estructures de cura suficients.

---

50. Sobre la necessitat de transcendir aquest dilema des de la lògica de les cures, amb una aproximació interseccional i seguint l'objectiu de reducció de la pobresa, vegeu Caitlin McLEAN (2015), «Beyond care: expanding feminist debate on universal basic income», *WISE Working Paper*, núm. 1 (setembre).

No basta, doncs, amb una formulació neutra i simètrica de les polítiques de cures per a transformar realment el repartiment dels rols, sinó que convé donar prioritat a les qüestions substancials per sobre de les purament formals. I aquí entren en escena altres polítiques complementàries que fomentin la corresponsabilitat i que van des de la coeducació, la provisió d'estructures de cura assequibles i de qualitat, etc.

Encara que comparteixin els mateixos objectius, les lògiques que guien les accions positives a favor de les dones en matèria d'ocupació i de seguretat social obeeixen a criteris, en essència, diferents: mentre que en les primeres es pretén corregir la infrarepresentació, en les segones preval una racionalitat compensadora o redistributiva dels drets i les prestacions, davant la inequitat de gènere dels sistemes de seguretat social. En els casos de seguretat social no es tracta d'analitzar mesures de preferència per a les dones en relació amb un determinat lloc de treball o plaça de formació, però sí en l'assignació de drets socials.

Aquest tipus d'iniciatives —com la comentada del complement de maternitat concedit per la Seguretat Social a les dones pensionistes que han estat mares— contribuirien a erradicar situacions de bretxa de gènere en les pensions, fenomen que enfonsa les seves arrels en desigualtats estructurals, més que no pas en jurídiques.

Les accions positives són eines jurídiques fortament connectades amb la igualtat real o de fet i que pretenen transformar desigualtats estructurals. Davant aquesta racionalitat, els tribunals que les enjudicien es mouen per terrenys més inestables i insegurs, i segurament més incòmodes, ja que els allunyen de la lògica de la igualtat formal de caràcter individual.

En els assumptes comentats, en què s'estableixen mesures a favor de les dones, el TJUE aplica criteris d'igualtat formal i eludeix prendre en consideració els contextos asimètrics de les cures o bé les dificultats especials que experimenten les dones per a accedir a determinats llocs de responsabilitat. L'enfocament neutre i simètric de les polítiques de conciliació, ja comentat, s'aprecia també en la jurisprudència del TJUE sobre accions positives, en la qual els criteris d'igualtat formal acaben afavorint els drets dels homes, com a subjectes discriminats o exclosos d'un benefici particular.

En tot cas, es tracta de qüestions complexes d'avaluar si no s'adopta una visió íntegra del context institucional legislatiu, però del qual no es pot aïllar la norma en qüestió sotmesa a valoració judicial. En aquest sentit, m'adhereixo al que algunes autores han anomenat *sobrevaloració dels homes cuidadors*.<sup>51</sup>

Al meu entendre, quan s'enjudicien avantatges a favor de les dones en la concessió de prestacions de seguretat social no basta esgrimir l'argument que aquestes mesures no afavoreixen la igualtat d'oportunitats. Quan es tracta de pensions, ja siguin de jubilació, ja siguin d'invalidesa, emergeixen altres finalitats que —independentment de la seva oportunitat política— responen a altres raons igualment legítimes, com ara la redistribució de rendes amb equitat de gènere.

51. Vegeu P. RIVAS VALLEJO (2020), «La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1. Disponible en línia a: <[www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000000769](http://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000000769)> (consulta: 1 juny 2022).

## BIBLIOGRAFIA

- BALLESTRERO, M. Vittoria (1996). «Acciones positivas. Punto y aparte». *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, p. 91-109.
- CAICEDO CAMACHO, Natalia (2019). «Equidad y principio de no discriminación en el pilar social europeo». A: OLESTI RAYO, Andreu. *La profundización de la Unión Económica y Monetaria*. Madrid: Marcial Pons, p. 55-80.
- FRASER, Nancy (1994). «After the family wage: gender equity and the welfare state». *Political Theory*, vol. 22, núm. 4, p. 591-618.
- FREDMAN, Sandra (2017). «Remaining power relations: hierarchies and disadvantage and affirmative action». A: ANDREWS, Penelope; DAVIS, Dennis; MASENGU, Tabeth (ed.). *A warrior for justice: Essays in honour of Dikgang Oseneke*. Ciudad del Cap: Juta Legal and Academic Publishers, p. 125-145.
- GANGULI, I.; HAUSMANN, R.; VIARENGO, M. (2014). «Closing the gender gap in education: what is the state of gaps in labour force participation for women, wives and mothers?». *International Labour Review*, vol. 133, núm. 2, p. 197-233.
- GRUSKY, David; CHARLES, Maria (2005). *Occupational ghettos: The worldwide segregation of women and men*. Stanford (CA): Stanford University Press.
- LÓPEZ LÓPEZ, Julia (2019). «Systemic discrimination and effective gender equality policies». *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. extra 1, p. 133-148.
- MARTÍN VIDA, M. Ángeles (2003). *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Madrid: Civitas.
- MARTÍN VIDA, M. Ángeles (2004). «Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, p. 321-349.
- MCCRUDDEN, Christopher (1986). «Rethinking positive action». *Industrial Law Journal*, vol. 15, núm. 4, p. 219-243.
- MCLEAN, Caitlin (2015). «Beyond care: expanding feminist debate on universal basic income». *WISE Working Paper*, núm. 1 (setembre).
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (2020). *Work for a brighter future: Global Commission on the Future of Work*. Ginebra: International Labour Office.
- PAGER, Sean (2003). «Strictness and subsidiarity: an institutional perspective on affirmative action at the European Court of Justice». *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 26, núm. 1, p. 35-76.
- PONS PARERA, Eva (2013). «Igualdad y no discriminación por razón de sexo: nociones jurídicas». A: SÁNCHEZ URRUTIA, Ana; PUMAR, Núria (coord.). *Análisis feminista del derecho*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- RAMOS QUINTANA, Margarita (2019). «Carrera profesional de las mujeres y promoción en el trabajo: un análisis jurídico con perspectiva de género». A: LÓPEZ, Julia (coord.). *Derechos@género*. Albacete: Bomarzo, p. 81-108.
- RIVAS VALLEJO, P. (2020). «La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1.
- WADDINTON, Lisa; BELL, Mark (2011). «Exploring the boundaries of positive action under EU Law: a search for conceptual clarity». *Common Market Law Review*, núm. 48, p. 1503-1526.