

# EL PELIGRO DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN AFIRMATIVA NORTEAMERICANA Y DE LA ACCIÓN POSITIVA EUROPEA

[*THE THREAT OF EXTINCTION FACING U.S. AFFIRMATIVE ACTION AND EUROPEAN POSITIVE ACTION*]

**María Amparo Ballester Pastor**

Fecha de recepción: 3 de julio de 2026

Fecha de aceptación: 17 de julio 2026

**Sumario:** 1. LA ACCIÓN AFIRMATIVA Y LAS CUOTAS DE RESERVA EN ESTADOS UNIDOS.- 2. LA ACCIÓN POSITIVA EN LA UNIÓN EUROPEA.- 3. A MODO DE CONCLUSIÓN.

**Contents:** 1. AFFIRMATIVE ACTION AND RESERVATION QUOTAS IN THE UNITED STATES.- 2. AFFIRMATIVE ACTION IN THE EUROPEAN UNION.- 3. IN CONCLUSION.

**Resumen:** Este trabajo aborda el tópico de la acción positiva y las amenazas a que se enfrenta tanto en los Estados Unidos como en Europa.

**Abstract:** *This work deals with the topic of affirmative action and the threats it faces both in the United States and in Europe.*

**Palabras clave:** Acción positiva, Cuotas de reserva, Derecho laboral antidiscriminatorio, Estados Unidos, Europa.

**Keywords:** *Affirmative action, Anti-discriminatory employment law, Reservation quotas, Europe, United States.*

\* \* \*

La teoría antidiscriminatoria norteamericana de la década de los 60 inspiró profundamente la normativa antidiscriminatoria de los países europeos y de la Unión Europea<sup>1</sup>. Al llegar a Europa los conceptos norteamericanos mutaron en otros que eran reconocibles pero que claramente pretendían diferenciarse de la doctrina estadounidense. Así, en Europa el “disparate impact” norteamericano se transformó en “indirect discrimination” y el término norteamericano “affirmative action” se transformó en “positive action”.

Siendo esencialmente lo mismo, la acción afirmativa norteamericana y la acción positiva europea tienen matices diferentes. Quienes utilizamos en mayor medida el término “acción afirmativa” lo hacemos pensando en los orígenes norteamericanos de la protección antidiscriminatoria, cuando las cuotas eran generalmente admitidas y su aplicación constituía manifestación (y no excepción) de la igualdad efectiva.

El término “acción positiva” se utilizó en Europa desde el principio con cierto carácter defensivo, en parte porque el concepto se fraguó en la década de los 70 cuando empezaron a establecerse matizaciones y condiciones a la acción afirmativa por parte de los tribunales norteamericanos. Esa desconfianza inicial frente a la acción positiva en Europa no ha disminuido, sino que ha ido aumentando, como se advierte en la doctrina del TJUE. Es una involución que contrasta con la tendencia institucional en la Unión Europea claramente comprometida con la lucha antidiscriminatoria, de lo que es buena prueba el gran número de Directivas antidiscriminatorias aprobadas en los últimos años<sup>2</sup>.

En las páginas que siguen se describe este contexto de contrastes que tiene matices diferentes en Norteamérica y en la Unión Europea pero que apunta en ambos territorios a cierto cuestionamiento (tal vez retroceso) de los planteamientos clásicos.

## 1. La acción afirmativa y las cuotas de reserva en Estados Unidos

---

<sup>1</sup> Por todos, McCrudden, C., *Antidiscrimination Law*, Dartmouth, 1991, pág. XII.

<sup>2</sup> En pocos años han sido numerosas las Directivas antidiscriminatorias de género aprobadas (Directiva 2022/2381, de equilibrio de género en los Consejos de Administración; Directiva 2023/970, de transparencia retributiva; Directiva 2024/2385, de violencia de género; Directiva 2024/1500, de organismos de igualdad). También se han aprobado Directivas con una clara conexión antidiscriminatoria de género (Directiva 2019/1158, de conciliación).

En el Asunto Brown I (1954)<sup>3</sup> la Corte Suprema de Estados Unidos estableció la ilegalidad de la segregación racial educativa de afroamericanos y blancos, derogando la doctrina jurisprudencial decimonónica del “separados pero iguales” que se instauró tras la abolición de la esclavitud<sup>4</sup>. El asunto Brown I (1954) fue de gran importancia porque estableció que la igualdad racial no consistía solo en permitir el acceso al trabajo, a la educación o al transporte de las personas afroamericanas, sino que consistía en el derecho a acceder al mismo trabajo, a la misma educación o al mismo transporte que los blancos. Brown I incorporó al sistema norteamericano la idea esencial al concepto de acción afirmativa de que la igualdad es una cuestión colectiva que requiere un esfuerzo colectivo lo que a su vez supone que, en ocasiones, el interés colectivo se debe anteponer al interés individual. Como era previsible Brown I suscitó numerosas reticencias y, de hecho, no llegó a aplicarse en la práctica lo que llevó a un segundo pronunciamiento de la Corte Suprema en Brown II (1955)<sup>5</sup> estableciendo que los Poderes Públicos tenían la obligación de actuar con la “máxima celeridad” para eliminar la segregación educativa racial. Brown II es un pronunciamiento clave porque establece que la acción afirmativa es una manifestación de la igualdad (no una excepción) y también que los Poderes Públicos tienen la obligación (y no solo la posibilidad) de establecer medidas efectivas para conseguir la igualdad real y efectiva.

Para dar cumplimiento a la sentencia dictada en el asunto Brown II los Poderes Públicos debían implicarse en la lucha contra la segregación racial educativa lo que condujo a que, haciendo uso de sus prerrogativas presidenciales, Kennedy firmara en 1961 la orden ejecutiva 10925 estableciendo la obligación de reserva de plazas educativas para los ciudadanos/as afroamericanos<sup>6</sup>. El primer establecimiento de una cuota laboral se estableció en la orden ejecutiva 11246 firmada por el presidente Johnson en 1965 que estableció la obligación de que cualquier empresa que quisiera contratar con la Administración Federal por un montante superior a

---

<sup>3</sup> Brown vs. Board of Education of Topeka, Kansas, 347 US 483, 1954.

<sup>4</sup> La doctrina de “separados pero iguales” fue formulada tras la abolición de la esclavitud en Estados Unidos y fue confirmada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el asunto Plessy contra Ferguson, 163 U.S. 537, 1896. Un comentario del significado y alcance de esta sentencia por WELDON MEDLEY, K., *We as freemen, Plessy v.s Ferguson*, Pelican Publishing Co, 20023, <http://www.pelicanpub.com/PDF/1589801202-fm.pdf>.

<sup>5</sup> Brown vs Board of Education of Topeka, Kansas, 349 US 294, 1955.

<sup>6</sup> Sobre su alcance, RAMOS MARTÍN, E., “Positive action in EU gender equality law: promoting women in corporate decision making positions”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, vol. 3, nº 1, 2014, p. 23.

50 000 dólares tuviera un plan de acción (incluyendo cuotas) para asegurar la inexistencia de segregación racial. Debe destacarse que en Estados Unidos la legitimidad de la acción afirmativa (incluyendo las cuotas de reserva) se reconoció en 1961, antes de que se estableciera la prohibición de la discriminación racial (que llegó con la Carta de Derechos Civiles de 1964). También es destacable que la primera cuota laboral llegó de modo natural sin frenos ni cautelas en 1965, con la orden ejecutiva de Johnson, apenas un año después de la Carta. Tras las cuotas de raza se reconocieron las cuotas de género para la contratación y promoción de mujeres en las profesiones en las que se encontraran infrarrepresentadas<sup>7</sup>.

La doctrina judicial norteamericana de la acción afirmativa tuvo pronto sus matices y limitaciones en sede judicial. En el asunto Bakke (1978)<sup>8</sup> la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que la cuota en el acceso a centros educativos no era admisible cuando, de modo desproporcionado, otorgaba preferencia a un grupo a expensas de un solo individuo. Bakke es la otra cara de la moneda de Brown y ambos constituyen los dos extremos en los que se ha movido la prolífica jurisprudencia norteamericana que durante décadas se ha pronunciado sobre la justificación y la proporcionalidad de la acción afirmativa<sup>9</sup>. La legitimidad de las cuotas dejó de estar justificada en sí misma y pasó a ser objeto de escrutinio estricto<sup>10</sup>, lo que suponía que cada pronunciamiento judicial debía analizar cada supuesto y cada individuo afectado. En medio de la incertidumbre de esta gran casuística el único pilar de certeza era que la reserva de puestos no podía ser absoluta, lo que implicaba que la acción afirmativa válida debía tener en cuenta otros criterios de admisión o de contratación además de la raza o el sexo<sup>11</sup>.

Esta interpretación judicial que fue delimitando y conteniendo la expansión del concepto de acción afirmativa coincidió con una postura del ejecutivo también reticente a la acción afirmativa y a las cuotas durante la Administración Reagan<sup>12</sup>. Varias décadas después el presidente Trump

---

<sup>7</sup> Lo expone BARRERE UNZUETA, M.A. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, 1997, p. 47.

<sup>8</sup> Regents of the University of California v. Bakke 438 US 265, 1978.

<sup>9</sup> Una interesante reflexión acerca del contraste entre Brown y Bakke por BOLLINGER, LC, "What once was lost must now be found: rediscovering an affirmative action jurisprudence informed by the reality of race in America", 129 *Harvard Law Review*, 6, 2016.

<sup>10</sup> Richmond v. Croson, 488 US 469, 1989.

<sup>11</sup> Grutter v. Bollinger, 539 US 306, 2003; Fisher v. University of Texas, 579 US 365, 2016.

<sup>12</sup> Lo describe BARRERE UNZUETA, M.A. *Discriminación...*, op. cit. p. 52.

aprobó el 21 de enero de 2025 la orden ejecutiva 14173 que derogó la orden ejecutiva 11246 de 1965 de Johnson. Es muy significativo el título que lleva la orden ejecutiva de Trump: “Ending illegal discrimination and restoring merit – based opportunity”.

Hace ya años que la doctrina norteamericana habla de que nos encontramos en la era de la post acción afirmativa e incluso hay quien refiere que el propio concepto de acción afirmativa se encuentra en peligro de extinción<sup>13</sup>. Ciertamente, la profusión de sentencias ha hecho que, poco a poco, hayan ido apareciendo más y más matices a la acción afirmativa. Pero es difícil creer que, pese a todo, la doctrina clásica de la acción afirmativa norteamericana haya desaparecido, al menos por ahora. De hecho, incluso con la orden ejecutiva de Trump siguen vigentes las numerosas normas que consolidan en Estados Unidos la acción afirmativa como pilar de la lucha antidiscriminatoria y como manifestación de la igualdad sustantiva. Son estas normas las que siguen manteniendo la legitimidad de las cuotas y las que siguen obligando a cumplirlas a las empresas que quieren contratar con la administración federal norteamericana<sup>14</sup>.

En fin, la doctrina de la acción afirmativa norteamericana enmarcada entre Brown y Bakke, pese a sus aristas, sigue asentada en el principio de que la igualdad efectiva es una cuestión social que debe garantizarse incluso a costa del interés individual. Con todos los límites y condiciones establecidos a lo largo de los años por la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos, y pese a las amenazas realizadas desde varios ejecutivos, la acción afirmativa es incuestionable como principio esencial de la igualdad.

## 2. La acción positiva en la Unión Europea

En la Unión Europea la protección antidiscriminatoria se originó en torno a la discriminación por razón de sexo y era lógico que se desarrollara en torno a esta causa la acción positiva. Primero, el art. 2 (4) de la Directiva 76/207, para la igualdad de trato entre mujeres y hombres, reconoció con carácter

---

<sup>13</sup> Crenshaw, KW, “Framing Affirmative Action”, *105 Mich. L. Rev. First Impressions* 123 (2006).

<sup>14</sup> Por todos, CHERRY, A., “Analyzing President Trump’s Latest Executive Order Titled “Ending Illegal Discrimination and Restoring Merit-Based Opportunity”, *Sheppard blog*, <https://www.sheppard.com/insights/blogs/analyzing-president-trumps-latest-executive-order-titled-ending-illegal-discrimination-and-restoring-merit-based-opportunity>.

general la validez de las medidas dirigidas a corregir las desigualdades entre mujeres y hombres. Después, la recomendación del Consejo 84/635 de 13 de diciembre de 1984 utilizó expresamente el término “acción positiva”, tanto en su título como en su contenido, instando a los Estados a que tomaran medidas promocionales de la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres. Más adelante, el reconocimiento se plasmó (también para la igualdad por razón de sexo) en el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de enero de 1999, aunque sin hacer referencia al término acción afirmativa. Actualmente la misma previsión del Tratado de Ámsterdam se encuentra en el art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El término acción positiva se utilizó expresamente en el art. 5 de la Directiva 2000/43, para la igualdad por razón de etnia; así como en el art. 7 de la directiva 2000/78, para la igualdad por razón de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación; y en el art. 3 de la Directiva 2006/54, que es la actualmente vigente en materia antidiscriminatoria por razón de sexo. Finalmente, el término acción positiva aparece en el preámbulo de la Directiva 2022/2381 de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas. En fin, el término acción positiva está plenamente consolidado en la normativa de la Unión Europea.

Nunca hubo voluntad en la UE de utilizar la terminología norteamericana de acción afirmativa porque nunca hubo voluntad de integrar sus presupuestos. En Europa no existía la segregación racial que fue origen de la enérgica acción afirmativa norteamericana y la discriminación por razón de sexo que fue el origen de la protección antidiscriminatoria europea se movía en parámetros mucho más complejos, a veces porque la segregación de género no se identificaba a mediados del siglo XX y a veces también porque en esos años todavía no se diferenciaba en ocasiones entre acción positiva y paternalismo. La necesidad de combatir la perpetuación de estereotipos y de roles se formuló mucho después. En fin, todo ello explica que la acción afirmativa norteamericana (y sus cuotas) aparecieran como demasiado radicales en el contexto europeo de mediados del siglo XX. De hecho, algunos países establecieron entonces (y siguen estableciendo) una clara frontera entre la acción positiva (que consideraban válida) y la acción afirmativa norteamericana (que era esencialmente perversa por aceptar las cuotas)<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> El Gobierno británico publica una guía oficial sobre diferentes temas, entre los que se encuentra la igualdad de trato en general y la acción positiva en el lugar de trabajo en ACDCT, VOL. XVII (2025), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 33-45

La frontera entre la acción positiva válida y la discriminación inversa ilícita ha sido, desde siempre, el gran dilema de la acción positiva europea. Lo más evidente es que la acción positiva de la Unión Europea no es una obligación para los Poderes Públicos como sucede en Estados Unidos o como proclama, sin ir más lejos, la Constitución Española<sup>16</sup>. Para la Unión Europea la acción positiva es meramente una excepción a la igualdad<sup>17</sup> y no una manifestación de la igualdad.

La doctrina del TJUE sobre la acción positiva podría sintetizarse del siguiente modo:

**Primero, en materia de cuotas de reserva no son admisibles las cuotas absolutas (doctrina Kalanke -1995- y Marschall -1997-; y Directiva 2022/1381).** El TJUE no admite las cuotas absolutas, que son aquellas en las que la pertenencia a un sexo es el único factor determinante de la contratación o la promoción. Esta doctrina del TJUE comenzó con el asunto Kalanke en 1995 y se matizó con el asunto Marschall y los que vinieron después<sup>18</sup>. Tras la controvertida<sup>19</sup> sentencia dictada en el asunto Kalanke la

---

particular. Expresamente se establece en esta guía (que se encuentra actualizada) lo siguiente: “Positive action should not be confused with ‘affirmative’ action, which was first introduced in the USA and has since been adopted in some other countries. Although the general aims to promote greater equality of opportunity are similar, affirmative action can be more prescriptive than positive action and often involves the use of quotas to reduce the underrepresentation of some groups”

<https://www.gov.uk/government/publications/positive-action-in-the-workplace-guidance-for-employers/positive-action-in-the-workplace>.

<sup>16</sup> El art. 9.2 de la Constitución española establece, con carácter imperativo, que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”.

<sup>17</sup> RAMOS MARTIN, N.E., “Positive action...”, op. cit. p. 25.

<sup>18</sup> CRUZ VILLALON, J., «La acción afirmativa», en VVAA *Derecho Social de la Unión Europea*, Ed. Boletín oficial del Estado, Madrid, 2023, vol. I, pp. 345 y ss. describe el alcance y evolución de la doctrina del TJUE sobre las cuotas a la contratación. Las sentencias del TJUE (utilizo este término para referirme a todas las denominaciones que ha tenido el Alto Tribunal de la Unión europea a lo largo de los años) sobre esta materia fueron las siguientes: STJUE de 17 de octubre de 1995, Kalanke, C-450/93; STJUE de 11 de noviembre de 1997, Marschall, C-409/95; STJUE de 28 de marzo de 2000, Badeck, C-158/97; STJUE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson, C-407/98; STJUE de 30 de septiembre de 2024, Briheche, C-319/03.

<sup>19</sup> Fueron numerosas las críticas que recibió la STJUE dictada en el asunto Kalanke. Entre otros, ATIENZA, M., “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, 1996.

Comisión Europea tuvo que emitir en 1996 una Comunicación<sup>20</sup> para clarificar que Kalanke solo prohibía las cuotas rígidas, pero no otras formas de acción positiva. De hecho, tras la sentencia dictada por el TJUE en el asunto Marschall se pudo advertir que el TJUE ni siquiera prohibía todas las cuotas, sino solo aquellas que eran absolutas<sup>21</sup>. Desde luego, la forma menos arriesgada de cuota es la que establece la preferencia en caso de igualdad total de méritos (la llamada cuota de desempate<sup>22</sup>), pero probablemente no es ésta la única cuota válida para el Derecho de la Unión Europea porque en ningún momento ha establecido el TJUE que la igualdad de mérito estricto sea la única manera de establecer cuotas de reserva. Lo único que ha establecido el TJUE (y en esto se asemeja bastante a lo establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos) es que el sexo (o la raza) no puede ser el criterio único y exclusivo de acceso o promoción.

La Directiva 2022/2381 (también llamada de cuotas en los consejos de administración) ha supuesto un punto de inflexión de gran relevancia. Con clara influencia de la doctrina Kalanke/Marschall la Directiva 2022/2381 establece en su art. 6 que si no se cumple la cuota en los consejos de administración los Estados deberán garantizar que las empresas establecen mecanismos de acceso a los Consejos exclusivamente centrados en la valoración de los méritos de los candidatos (aptitud, competencia y prestaciones profesionales) de modo que en caso de igualdad de méritos acceda la persona del sexo menos representado. Lo más paradójico de la Directiva es que el mérito no debiera ser el factor determinante para participar en los consejos de administración que son espacios de representación de intereses de capital y no propiamente espacios de desarrollo de actividad laboral que se pueda medir en términos de mérito y capacidad<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la STJUE de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, COM/96/0088 FINAL.

<sup>21</sup> Destacando que Marschall suavizó considerablemente la doctrina Kalanke, entre otros, RODRIGUEZ PIÑERO BRAVO FERRER, M., “Igualdad de oportunidades y prioridad de las mujeres en los ascensos en la sentencia Marschall del TJCE”, *Relaciones Laborales*, 24, 1997.

<sup>22</sup> Analiza su alcance LOUSADA AROCHENA, F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, Ed. MTAS, 2007, p. 141.

<sup>23</sup> Parte de la doctrina ha destacado que la doctrina del TJUE Kalanke/Marschall no se aplica en aquellos espacios donde no es relevante el mérito, como por ejemplo en materia electoral. LOUSADA AROCHENA, F. “El principio...”, op, cit. p. 136 y 137.

La Directiva 2022/2381 no da el paso de plantear otros criterios objetivos que pueden ser tan legítimos como el mérito y muestra la voluntad de las instituciones comunitarias de mantenerse dentro del estricto ámbito establecido por la doctrina del TJUE. En fin, la cuestión de las cuotas en la Unión Europea se mueve en un espacio impreciso en el que no se sabe bien el modo en que otros factores diferentes del mérito pueden ser parámetros de referencia válidos para justificar reservas a la contratación de mujeres o de otros colectivos. No se sabe con precisión si el criterio del mérito es una fina línea o una franja en la que cabe espacio para esos otros factores.

**Segundo, no cabe el establecimiento de beneficios vinculados al cuidado cuyo disfrute sea exclusivo o preferente para mujeres (doctrina Roca Álvarez -2010- matizada por la doctrina Lommers -2002-).** La sentencia dictada por el TJUE en el asunto Roca Álvarez<sup>24</sup> fue de enorme trascendencia porque terminó con los permisos de cuidado exclusivos o preferentes para mujeres. Desde Roca Álvarez todos los permisos parentales y los derechos de cuidado deben ser neutros (iguales para mujeres y para hombres). La neutralidad en los derechos de cuidado es imprescindible para garantizar que no se perpetúan roles de cuidado. De hecho, los supuestos privilegios femeninos en los derechos de cuidado no son discriminatorios contra los hombres sino contra las mujeres. Consecuentemente con este principio, la Directiva 2019/1158 de conciliación establece derechos de conciliación individuales y, por tanto, iguales para mujeres y para hombres. Solo se pueden establecer diferencias entre mujeres y hombres en materia de cuidado cuando se trata de proteger la maternidad, el embarazo o la lactancia, en los términos establecidos en la Directiva 92/85 de maternidad. Por ello, solo puede limitarse a las mujeres aquella parte de los permisos de maternidad vinculada estrictamente al hecho físico del embarazo, la maternidad o la lactancia, debiendo ser neutros aquellos espacios de tiempo de los permisos de maternidad que pierden conexión con esos momentos biológicos. Aunque en el pasado el TJUE estableció que cabía establecer permisos exclusivos para mujeres para proteger “la especial relación de la madre con el hijo”<sup>25</sup> en la actualidad este planteamiento ha quedado desfasado y se ha sustituido por el criterio de la total neutralidad de los permisos si no existe estricta conexión con el embarazo, el parto o la lactancia<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> STJUE de 30 de septiembre de 2010, Roca Álvarez, C-104/09. También, STJUE de 16 de julio de 2015, Maïstrellis, C-222/14.

<sup>25</sup> STJUE de 12 de julio de 1984, Hofmann, C-184/83.

<sup>26</sup> STJUE de 18 de noviembre de 2020, Sindicato CFTC, C-463/19.

La doctrina Roca Alvarez debe matizarse por lo establecido en el asunto Lommers<sup>27</sup> que, al menos formalmente, no ha sido derogado. En este caso se trataba de un beneficio de acceso a guardería limitado a las mujeres con hijos que el TJUE consideró válido porque las plazas de guardería eran limitadas y este beneficio funcionaba como un importante incentivo para promocionar el acceso de las mujeres a puestos en los que se encontraban infrarrepresentadas. El TJUE requirió, eso sí, que el acceso se permitiera en igualdad de condiciones a los hombres que asumieran solos el cuidado de los hijos. La doctrina Lommers es de gran relevancia porque admite la acción positiva en materia de beneficios de cuidado si sirve a la finalidad de igualdad real y efectiva (combatir la infrarrepresentación) y si es proporcionada. Tiene un planteamiento muy similar al del asunto Badeck<sup>28</sup>, en el que el TJUE admitió la preferencia femenina para el acceso a determinados cursos de formación dado que era una medida efectiva para luchar contra la infrarrepresentación que, al tiempo, resultaba proporcionada. En fin, el asunto Lommers (como Marschall, como Badeck y como bastantes de los asuntos que se produjeron después del asunto Kalanke) establece que la validez de la acción positiva depende de su finalidad y de su proporcionalidad. Pero debe señalarse que Lommers no ha sido ratificada por sentencias posteriores y es, en este momento, una sentencia bastante excepcional. La tendencia actual del TJUE en materia de permisos y derechos vinculados al cuidado es la de la neutralidad absoluta y su fundamento (que pocos cuestionan) es que el proteccionismo injustificado termina siendo discriminatorio contra la mujer porque perpetúa estereotipos de género en general y roles de cuidado en particular.

**Tercero, son ilícitas las diferencias en materia de seguridad social dirigidas a compensar a las mujeres por el cuidado de los hijos (doctrina Griesmar (2000), Leone (2014) y WA (2019)).** Francia primero y España después configuraron complementos de pensiones exclusivos o preferentes para mujeres dirigidos a compensar los efectos en sus carreras profesionales (y en sus pensiones) del tiempo y esfuerzo dedicados al cuidado de hijos. El TJUE se pronunció de modo rotundo y tajante contra estos complementos<sup>29</sup> considerando que no cabían más diferencias en

---

<sup>27</sup> STJUE de 19 de marzo de 2002, Lommers, C-476/99.

<sup>28</sup> STJUE de 28 de marzo de 2000, Badeck, C-158/97.

<sup>29</sup> SSTJUE de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99; de 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13; de 12 de diciembre de 2019, WA, C-45/18; y de 15 de mayo de 2025, Melbán y Sergamo, C-623/23 y 626/23.

seguridad social por razón de género que las que expresamente reconocía el art. 7 de la Directiva 79/7, entre las que no se encuentra la acción positiva. Expresamente estableció también el TJUE que la acción positiva reconocida en el art. 157.4 del TFUE no podía dar cobertura a las diferencias en materia de seguridad social entre mujeres y hombres no reconocidas expresamente en la Directiva 79/7. En fin, el TJUE ha dejado cerrada definitivamente la puerta a cualquier mecanismo de acción positiva en materia de seguridad social. Según el TJUE, la igualdad real y efectiva en el ámbito de la seguridad social no se puede conseguir por medio de una seguridad social segregada por género, sino por medio de la consolidación de sistemas de seguridad social que, siendo totalmente neutros, no sean constitutivos de discriminación indirecta por tener más efectos negativos para el colectivo de mujeres que para el de los hombres. Por más que esta doctrina restrictiva del TJUE sea ciertamente criticable por cerrar una vía que podía haber sido muy efectiva para combatir la brecha de pensiones,<sup>30</sup> debe reconocerse que es consecuente con una tendencia clara y largamente consolidada de las instituciones de la UE a exigir sistemas de seguridad social totalmente neutros<sup>31</sup>. El principal objetivo de la Directiva 79/7 es la igualdad formal absoluta entre mujeres y hombres en la seguridad social y ni siquiera la propuesta de reforma de esta Directiva que se presentó en 1987 aspiró en ningún momento a admitir diferencias de género como medidas de acción positiva. De hecho, expresamente se establecía en la propuesta de 1987 que cualquier beneficio de seguridad social que se vinculara al cuidado de los hijos debía ser totalmente indistinto para mujeres y para hombres<sup>32</sup>. En fin, la doctrina de la neutralidad absoluta en seguridad social es coherente con la doctrina de la neutralidad de los beneficios de cuidado para evitar la perpetuación de roles de cuidado (Roca Álvarez), aunque también ha sido una ocasión perdida para que la acción positiva se desplegara en el ámbito de la seguridad social.

---

<sup>30</sup> Son muchas las críticas que ha recibido la doctrina del TJUE contra los complementos de pensiones. Por todos, D'ANDREA, S., "Gender equality and pensions: time for an EU strategy to achieve substantive equality between men and women in old age", *European Equality Law review*, 1, 2022, p. 64 ss; o MOLINA NAVARRETE, C., "Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el tribunal de Justicia de la UE no cree en juzgar con perspectiva de género?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 445, 2020, p. 189.

<sup>31</sup> El TJUE ha interpretado de modo restrictivo y taxativo las excepciones a la igualdad en seguridad social establecidas en el art. 7 de la Directiva 79/7, por ejemplo, en la STJUE de 30 de marzo de 1993, Thomas, C-328/91.

<sup>32</sup> Al respecto, FOLDES M., "The Final Directive: Equal Social Security Benefits for men and women in the European Economic Community", *Boston College International and Comparative Law Review*, 12, 1989, p. 437464.

### 3. A modo de conclusión

La acción afirmativa norteamericana y la acción positiva europea se encuentran, por diferentes razones, en un momento crítico. En Estados Unidos la acción afirmativa sigue siendo un concepto consustancial al principio antidiscriminatorio, pero se encuentra amenazada por las corrientes negacionistas de género (orden ejecutiva Trump 14173 de 2025) y también por una doctrina judicial prolífica que ha terminado por resaltar más los límites a la acción afirmativa que sus manifestaciones válidas.

En la Unión Europea el TJUE fue siempre reticente a la legitimidad de las cuotas y, aunque tanto las Directivas antidiscriminatorias como el derecho originario de la UE (art. 157.4 TFUE) reconocen la validez de la acción positiva, esta nunca ha sido más que una excepción a la igualdad de trato. Particularmente enérgica ha sido también la negativa del TJUE a reconocer la posibilidad de acciones afirmativas de género en el ámbito de la seguridad social. En fin, la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea no ha renunciado al objetivo de la igualdad real y efectiva pero no lo ha hecho por medio de la acción positiva sino por medio de Directivas más incisivas en aspectos relacionados con la efectividad. En efecto, las Directivas antidiscriminatorias de los últimos años son normas fuertes, con obligaciones concretas que permiten su aplicación directa horizontal<sup>33</sup>. Son ejemplo de ello el marco de obligaciones de la Directiva de transparencia retributiva (Directiva 2022/970), el específico y disuasorio sistema de participación equilibrada en los Consejos de administración de las empresas cotizadas (Directiva 2022/2381) o incluso el intenso poder otorgado a los organismos de igualdad (Directivas 2024/1499 y 2024/1500).

Es muy posible que la acción afirmativa norteamericana y la acción positiva en la Unión Europea hayan concluido el ciclo que iniciaron a mediados del siglo pasado. Pero es indudable que el compromiso público con la igualdad real y efectiva se mantiene con firmeza pese a los embates de las teorías negacionistas, al menos mientras forme parte de nuestros textos constitucionales. Es también indudable que la igualdad real y efectiva sigue siendo una acción prioritaria en el ámbito de la Unión Europea pese a las

---

<sup>33</sup> Las Directivas antidiscriminatorias de género tienen eficacia directa horizontal desde que fue reconocido en la STJUE de 8 de abril de 1976, Defrenne, C-43/75. También se ha reconocido para el resto de materias antidiscriminatorias (STJUE de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04).

interpretaciones reduccionistas del TJUE. En efecto, la lucha antidiscriminatoria en Europa está revitalizada y adquiere nuevas formas particularmente enérgicas como en todo lo referente al derecho al ajuste razonable. El tiempo dirá si la acción afirmativa y la acción positiva tal como hasta ahora las hemos conocido resurgen, se reinventan, mantienen su perfil bajo o terminan por extinguirse y dar paso a otras estrategias para la igualdad sustantiva que, sin duda, seguirá su avance.