

La sentencia «Marshall»: una nueva perspectiva del TJUE sobre las medidas de acción positiva

CARMEN MORENO DE TORO

La sentencia «Marshall» (de 11 de Noviembre de 1997, C-409/95) ha tratado de clarificar la posición comunitaria en torno a las medidas de acción positiva después del oscuro panorama dejado por la sentencia «Kalanke» (17 de Octubre de 1995, C-450/93) y el impacto causado por ella. A sólo dos años de la misma, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vuelve a ocuparse de la legitimidad de tales medidas a favor de la mujer al estudiar la adecuación de una norma, también en este caso alemana, al Derecho comunitario.

Se pide en la cuestión prejudicial remitida al Tribunal por el Verwaltungsgericht Gelsenkirchen que se pronuncie el mismo sobre la compatibilidad con el art. 2, números 1 y 4 de la Directiva 76/201/CEE, del Consejo, de 9 de Febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo¹ con el art. 25.5 de la Ley de la Función Pública del Land Renania del Norte-Westfalia. Tal precepto dispone que: «Cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la pro-

moción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurren en la persona del otro candidato motivos que inclinen la balanza a su favor; (...)». Como en el caso «Kalanke»², se trata de una norma dictada en favor de la mujer aunque, como pondremos de relieve, concurren en ella ciertas peculiaridades diferenciales que justifican un pronunciamiento distinto del Tribunal.

En virtud de esta disposición, aplicable a supuestos de promoción que no de contratación de los trabajadores, el recurrente, Sr. Helmut Marshall, vio rechazada su candidatura a un puesto superior en el centro escolar de Shwerte (Alemania).

El Tribunal, pues, ha de valorar el principio de igualdad de trato que consagra el apartado 1 del art. 2º de la Directiva en relación con la admisión de toda política de promoción de igualdad de oportunidades que permite el apartado 4 del mismo precepto y que, en principio, supone una derogación del primero³ y ⁴.

La particularidad principal que centra la atención de los jueces del Tribunal comunitario se encuentra en el último inciso del art. 25.5 de la Ley de Funcionarios alemana: «salvo que concurren en la persona de un candidato mo-

¹ Artículo 2º.1.- «El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar. 4.- La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1º».

² Vid. mi comentario a la sentencia en esta revista «Derecho y Opinión», nº 3-4, 1995-1996, pg. 373 y ss.

³ Vid. CALAFA L., «La sentenza Marshall della Corte de Giustizia dell' 11 novembre 1997 sulla legittimità delle «quote condizionate» a favore delle donne». Rivista italiana di Diritto del Lavoro. Anno XVII-1998, nº2, pg. 217.

⁴ Como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 25 de Octubre de 1988 (Comisión/Francia, 312/86) y en la misma sentencia «Kalanke», esta disposición «tiene como finalidad

precisa y limitada autorizar medidas que, aunque discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social».

⁵ Recuérdese que en el caso «Kalanke», la norma alemana reconocía la preferencia en el puesto de trabajo a la mujer siempre que ésta tuviera igual cualificación que el candidato masculino y estuviera subrepresentada, entendiéndose que esto se producía cuando en la misma categoría profesional de la plaza la mujer no ocupara la mitad de los puestos.

⁶ Vid. ALONSO OLEA M., «El trabajo de la mujer», Revista del M^o de Trabajo y Asuntos Sociales n^o 13, 1998, pg. 107.

⁷ Vid. de la autora, «Transformaciones del Trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», Relaciones Laborales n^o 11, Jn. 1998, pg. 7.

⁸ Vid. BALLESTER PASTOR A., «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia *Marshall*)», Relaciones Laborales n^o 18, Septiembre 1998, p.49.

⁹ Vid. CHARPENTIER LOUIS, «La sentenza Kalanke ed il discorso dualista della parità», Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, n^o 69, anno XVII, 1996, I, pg. 155 y ss.

¹⁰ Vid. de la autora, «Azioni positive. Punto e a capo», Lavoro e Diritto; anno X, n.1, inverno 1996, pgs. 121 y 127.

tivos que inclinen la balanza a su favor», que no es sino una «cláusula de apertura» que permite valorar la situación exacta de cada candidato antes de reconocer la preferencia y atribuir el puesto a la mujer.

Como es evidente se está produciendo con esta norma una reserva de puesto de trabajo a favor de la mujer salvo la existencia de una «excusa» de peso que obligue a conceder el mismo al candidato masculino. Ciertamente, la Directiva contempla, en su art. 2.4, «las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular a corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres» y no por ello ha de considerarse lesionado el principio de igualdad de trato; pero la cuestión surge a la hora de configurar tales medidas. Se ha defendido que la promoción de la igualdad de oportunidades debía ceñirse a la posibilidad de organizar cursos de formación o facilitar la combinación del trabajo profesional con las obligaciones familiares y esta finalidad de las medidas de promoción es la sostenida por el Abogado General Tesauro en el caso «Kalanke», lo que le lleva a rechazar toda medida dirigida a garantizar a las mujeres una igualdad de resultados en la asignación de puestos de trabajo⁵. Sin embargo, no cabe que esta promoción se realice exclusivamente a través de medidas de carácter formativo cuando es constatable el alto nivel de formación y de cualificación alcanzado por el sexo femenino⁶. Como señala CASAS BAAMONDE, hoy, no existe correlación entre el esfuerzo formativo realizado por las mujeres en las últimas décadas y su acceso al empleo y ubicación en los sistemas laborales de encuadramiento profesional⁷.

El rechazo que el TJUE, en la sentencia del caso «Kalanke», realizó de la medida adoptada por la norma alemana al reservar el puesto de trabajo a la mujer en determinadas condiciones -cuando tuvieran igual capacitación que el candidato masculino y estuvieran infrarrepresentadas- se fundó en que

establecía una preferencia «absoluta e incondicional» de las mujeres en un nombramiento o promoción (Fto. 22), constituyéndose el ser mujer en factor decisivo, de manera que entrañaba una discriminación por razón de sexo (Fto. 16). La sentencia fue objeto de severas críticas, calificándola de confusa⁸, de «serio colpo di freno alle iniziative in materia di azione positiva»⁹ e incluso se han negado las notas de rigidez y automatización alegadas. Así, BALLESTERO puntualizaba que el servicio público alemán no recurría a una reserva de un porcentaje de puestos vacantes, es decir, a una «cuota rígida», a favor de la candidata de sexo femenino, independientemente de su cualificación. Por el contrario, el servicio alemán establecía una prioridad (es decir, un tratamiento desigual/preferencial) cuya aplicación estaba condicionada a dos requisitos, en concurso entre ellos: de un lado, la subrepresentación (presencia de la mujer, en los distintos grados del servicio considerado, inferior al 50%); de otro, la cualificación profesional de la candidata de sexo femenino igual a la de los candidatos de sexo masculino. Si el Tribunal europeo calificaba de absoluta e incondicional la preferencia de la mujer, BALLESTERO no la consideraba tal en cuanto está condicionada a una igual cualificación «e dunque non è affatto assoluta»¹⁰.

La polémica en torno a esta sentencia alcanzó tal magnitud que ha precisado una Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia -COM (96) 88 final- de 27 de Marzo de 1996.

Para la Comisión la respuesta del Tribunal puede interpretarse de dos maneras: o bien que el Tribunal excluye la posibilidad de justificar cualquier sistema de cuota, incluso aunque contenga una cláusula de salvaguardia que permita tener en cuenta las circunstancias particulares del caso; o bien que el Tribunal de Justicia se atiene a las cuotas «rígidas» previstas en la Ley del Estado de Bremen y aplicadas al Sr.

Kalanke, es decir, de forma automática. De manera que la Comisión concluye que el Tribunal de Justicia sólo ha condenado el sistema automático de cuotas del Estado de Bremen, dado que, en la sentencia, declara que la normativa nacional que garantiza a las mujeres una prioridad absoluta e incondicional en un nombramiento de promoción sobrepasa los límites de la excepción relativa a la acción positiva establecida en el apdo. 4 del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE (Fto. 22 de la sentencia). La sentencia, en su fundamento 23, se refiere y condena un sistema de cuotas rígido e incondicional¹¹; de ahí que el Consejo interprete que «los que no presentan tal grado de rigidez y de automatismo previsto en la Ley del Estado de Bremen no se ven afectados por esta sentencia y, en consecuencia, pueden considerarse legales¹²».

La Comisión, además, recomienda la modificación del apartado 4 del art. 2 de la Directiva en el sentido de que especifique como admisibles aquellas medidas que consistan en acciones en favor de la contratación o la promoción de un sexo cuando esté infrarrepresentado, con tal de que el empresario tenga siempre la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias particulares de un determinado caso.

Éste es el panorama que se encuentra el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando ha de resolver el asunto «Marshall», al que hay que sumar un acontecimiento importantísimo como ha sido la reforma del Tratado de Roma por el Tratado de Amsterdam de 2 de Octubre de 1997. Con ella se da un apoyo definitivo a las medidas de acción positiva.

En el nuevo Tratado se afirma la necesidad de medidas de integración social, con carácter general (art. 117)¹³ y hace hincapié en el colectivo de las mujeres. Y así del art. 119 parece derivar una obligación para las instituciones comunitarias de adoptar medidas con tal fin al afirmar que: «el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adop-

tar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar... el ejercicio de actividades profesionales o evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales»; parece que el nuevo Tratado justifica e impulsa la fijación de tales medidas siempre «con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral» (art. 119.4). Claro está que el nuevo texto, con mayor amplitud, no se ciñe exclusivamente a las mujeres; habla de «sexo menos representado», aunque en la mayoría de los casos se identificará con el colectivo femenino.

Desde esta perspectiva, el Tribunal ha de valorar la compatibilidad de la norma alemana con el Derecho comunitario. El dato fundamental que centra la atención de los jueces es el inciso último del art. 25.5 de la Ley del Land de Nordrhein-Westfalen, como hemos mencionado; permite el mismo la consideración de circunstancias particulares concurrentes en el candidato masculino, de idéntica capacitación a la candidata femenina, que pueden inclinar la balanza a su favor. Ello conecta con la previsión incluida en la Comunicación de la Comisión de que el empresario pueda valorar las circunstancias concurrentes.

Así pues, la cláusula de apertura que contiene del apartado 5 del art. 25 de la ley alemana hace que no se adjudique el puesto a la candidata femenina sólo porque el número de mujeres sea inferior al de hombres en el nivel profesional contemplado, sino porque además no concurren en el/los candidatos masculinos circunstancias que justifiquen la atribución a los mismos. La cuestión se centra en determinar cuáles situaciones justifican la atribución del puesto al candidato femenino, pues como señala el Land, se trata de un «concepto jurídico indeterminado» que garantiza una flexibilidad a la hora de la decisión-elección.

El Abogado General Jacobs que interviene en el proceso analiza el asunto desde el prisma de las estrictas directrices marcadas por la sentencia «Kalanke»; y así, parte de la afirmación hecha

¹¹ Señala el fundamento 23 que tal sistema «... en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apdo. 4 del art. 2 por el resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades».

¹² En esta línea y a título de ejemplo, la Comisión considera como admisibles las siguientes medidas de acción positiva que puede adoptar cada Estado miembro: -cuotas vinculadas a las cualificaciones requeridas para el puesto de trabajo, siempre que permitan que se tenga en cuenta las circunstancias particulares que, en cada caso dado, podrían justificar una excepción al principio de preferencia del sexo infrarrepresentado; -programas de promoción de las mujeres, que especifiquen las proporciones y los plazos dentro de los cuales debe aumentarse el número de mujeres pero sin imponer una norma automática de preferencia en el momento de tomar una decisión individual sobre la contratación y la promoción; -una obligación de principio para que un empresario contrate o promueva preferentemente a una persona perteneciente al sexo infrarrepresentado; en tal caso no se reconocerá a ninguna persona ningún derecho individual de preferencia; -reducciones de las cotizaciones a la seguridad social concedidas a las empresas que contraten a mujeres que se reincorporen al mercado de trabajo para realizar tareas en sectores en los que las mujeres estén infrarrepresentadas; -las subvenciones oficiales concedidas a los empresarios que contraten a las mujeres en los sectores en los que estén infrarrepresentadas; -otras medidas de acción positiva que se centran en la formación, la orientación profesional, la reorganización del tiempo de trabajo, guardería infantil, etc.

¹³ El art. 117 de este Tratado establece que: «La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la

Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de Octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. A tal fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad.

Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.

por tal sentencia de que una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que están infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo y es, por tanto, contraria a la Directiva. Para él, aunque la norma no está formulada de manera que conceda una promoción automática a la mujer, no obstante, «el núcleo de la norma consiste en que, salvo en casos excepcionales, debe promoverse a la mujer por el hecho de serlo y ello es, *prima facie*, claramente contrario al principio de igualdad de trato establecido en la Directiva».

En este sentido, considera que la ley alemana no hace sino adjudicar un resultado: atribuir el puesto a la candidata y en consecuencia, considera que la ley excede los márgenes marcados por el precepto de la Directiva, tal como, en estos casos, lo consideró la sentencia «Kalanke»: es legítima la búsqueda de la igualdad de oportunidades en la promoción, lo que se cumple cuando se garantiza una igualdad de calificación en los candidatos; al poder presentar su candidatura, la mujer se encuentra en una situación de igualdad de oportunidades y carece de obstáculos para su ascenso. Hace suya, pues, la afirmación del Abogado General Tesaura de que: «Dar igualdad de oportunidades sólo puede significar (...) poner en condiciones de obtener el mismo resultado, esto es, restablecer entre las personas pertenecientes a los dos sexos los requisitos de igualdad en el punto de partida» y, como él, considera permitidas las medidas «destinadas a la eliminación de los obstáculos que impiden a las mujeres perseguir los mismos resultados en idénticas condiciones» y no permitidas las destinadas «a proporcionarles directamente los resultados perseguidos o, al menos, a concederles prioridad para alcanzar estos resultados únicamente porque son mujeres». De manera que considera admisible garantizar la igualdad de oportunidades, no la igualdad de resultados.

Para Jacobs la existencia de una cláusula de apertura no es suficiente para

hacer compatible la norma nacional con el Derecho comunitario.

La posición del Abogado General no es compartida por el Land de Renania ni por los gobiernos de Austria, España, Finlandia, Noruega y Suecia.

La condición de mujer se califica, en las observaciones del Land, de «criterio de promoción suplementario», y le reconoce como función la de neutralizar la situación de desigualdad en la que se encuentran las candidatas femeninas en relación con los candidatos masculinos. Y considera, junto con los Gobiernos austriaco, español, finlandés, noruego y sueco, que la disposición controvertida no garantiza a las mujeres una preferencia absoluta e incondicional. Para ellos la salvedad que contiene la norma la dota de flexibilidad suficiente para no considerar que existe una preferencia absoluta e incondicional para la mujer. Por tanto, la norma nacional no sobrepasa los límites trazados por el Tribunal de Justicia en la sentencia «Kalanke».

Los jueces comunitarios entran a examinar si, efectivamente, la cláusula que da entrada a factores específicos de los candidatos permite llegar a un resultado objetivo en el que se haya sopesado tanto el factor mujer como otros que no sean los que relegan a la mujer a un papel secundario; y respecto a éstos hace mención la sentencia de «prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa, y (a) el temor, por ejemplo, a que las mujeres interrumpen más frecuentemente su carrera, a que, debido a las tareas del hogar y familiares, organicen su jornada laboral de forma menos flexible o a que se ausenten más a menudo debido a embarazos, partos y períodos de lactancia». Es decir, como especifica el fallo, se debe dar entrada a «criterios que no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas».

Configura el Tribunal la norma como un contrapeso a los efectos perjudiciales para las mujeres derivados de acti-

tudes y prejuicios existentes y antes mencionados.

Este «contrapeso» entronca con la vigencia del Tratado de Amsterdam de adoptar «medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación» (art. 119.3)¹⁴ y «... medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de sus actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales» (art. 119.4). La igualdad de oportunidades no va a identificarse sólo con el establecimiento de condiciones de igualdad en el punto de partida entre los pertenecientes a los dos sexos, pues, como pone de relieve la propia sentencia, «... el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí sólo que tengan iguales oportunidades»; en ocasiones, por tanto, serán necesarias medidas más específicas de protección a un colectivo.

Así pues, la norma establece una medida que favorece a la mujer, pero también es cierto que al admitir la valoración de situaciones o circunstancias particulares se rompe todo automatismo que pueda achacarse a la medida contenida en este precepto.

Por todo ello el Tribunal concluye que una normativa nacional que contiene una cláusula de apertura no sobrepasa los límites del art. 2.4 de la Directiva -y que se han concretado en que la preferencia no sea absoluta e incondicional- si, en cada caso particular, se garantiza, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline en favor del candidato de sexo masculino; puntualizando que tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio

de las candidatas femeninas. Y ese órgano jurisdiccional nacional el que ha de determinar si se cumplen todos estos requisitos.

De esta manera se concluye, a tenor de esta sentencia, que son válidas las medidas de acción positiva en favor de la mujer, pero esta validez está condicionada a que se admitan criterios de valoración que las dote de flexibilidad y eviten se convierta su concesión en automática. Su carácter flexible -de manera que concurra el factor mujer con otros de otra índole, siempre, no discriminatorios- determinará su compatibilidad con la normativa comunitaria. En cuanto a estos criterios, quizá sí tenga razón Jacobs cuando exige una mayor concreción de éstos que permiten la utilización de la salvedad, en aras a los principios de seguridad jurídica y de protección de los particulares que, de otro modo, quedan a la discrecionalidad del organismo competente para la valoración (punto 35); se evita, así, como señala CALAFA, que la «indeterminación» se convierta en arbitraria discrecionalidad¹⁵.

En conclusión, podemos señalar que las medidas de acción positiva, incluso en su forma más radical de régimen de cuotas, constituyen un medio eficaz para lograr la equiparación en el empleo de ambos sexos; sin embargo, hay que tener en cuenta que la asignación de ventajas a sujetos discriminados no puede ser automática ni permanente; requiere unos presupuestos, exige una finalidad y necesita una limitación en el tiempo.

La medida adoptada ha de guardar proporción con el objetivo perseguido. De ahí que se precisen los estudios de la realidad sobre la que la norma va a recaer. Y por otro lado, ha de ser racional en cuanto que atendiendo a argumentos jurídico-lógicos y de necesidad quede fundamentada la elección de la medida.

En todo caso, la legitimidad de las medidas de acción positiva está plenamente consagrada y ello se refleja en la sentencia del caso «Marshall», exclu-

¹⁴ Se adoptarán las medidas siguiendo el procedimiento establecido en el art. 189 B del Tratado; de manera que será necesaria la previa consulta al Comité Económico y Social (art. 119), lo que permite la participación de los agentes sociales; la Comisión presentará una propuesta y el Consejo adoptará el acto previo dictamen del Parlamento Europeo que podrá presentar enmiendas. En caso de desacuerdo entre estos dos últimos organismos, se constituirá un Comité de Conciliación.

¹⁵ Vid. CALAFA L., «La sentenza Marshall della Corte de Giustizia dell' 11 novembre 1997 sulla legittimità delle «quote condizionate» a favore delle donne», op. cit., pg. 222.

¹⁶ Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO M., «Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marshall del TJCE», Relaciones Laborales n.º 24, Dic. 1997, pg. 7.

¹⁷ Autores como R. BLANPAIN, B. HEPPLÉ, S. SCIARRA y M. WEISS han apuntado como posibles fuentes para su elaboración, el *ius commune* europeo en esta materia, los Convenios y Recomendaciones de la OIT, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales. Vid. «Derechos sociales fundamentales: propuestas para la Unión Europea», en R.E.D.T. n.º 74, pg. 873 y ss.

Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO M., «Discriminación, igualdad de trato y acción positiva», op. cit., pg. 12.

yéndose sólo las que encierran un sistema de cuotas automático y cerrado¹⁶.

El principio de no discriminación, en cuanto principio general de Derecho Internacional y principio de carácter constitucional en los Derechos nacionales, plantea problemas de aplicación por la necesidad de concordancia entre las leyes de los países miembros y la legislación comunitaria, como se ha reflejado a la hora de interpretar dichas legislaciones y aplicarlas a los casos concretos que contemplamos.

Por esta razón, numerosos autores han alzado la voz en favor de la elaboración de un texto constitucional europeo que recogiera los derechos fundamentales sociales¹⁷. La incorporación del Protocolo XIV al Tratado de la Unión Europea por medio del Tratado de Amsterdam ha supuesto un paso hacia delante en esta reivindicación. En el campo que tratamos, supone incorporar la legitimidad de las medidas de acción positiva al Derecho originario, dotándolas de un soporte constitucional.