

# GÉNERO, CIUDADANÍA Y GLOBALIZACIÓN

Vol. I



Coordinadora general  
Mar Gallego Durán

Editoras  
Rosa García Gutiérrez y Rosa Giles Carnero

# **GÉNERO, CIUDADANÍA Y GLOBALIZACIÓN**

**Vol. I**



Sevilla, 2009

Colección *Alfar Universidad*, 158.  
Cubierta: *Unity* de Monica Steward.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos - [www.cedro.org](http://www.cedro.org)), si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.



Seminario de Estudios de la Mujer de la  
Universidad de Huelva

© Mar Gallego Durán (coord.).  
© Rosa García Gutiérrez y Rosa Giles Carnero (eds.)  
© De la imagen de cubierta: Monica Steward.  
© Ediciones Alfar S.A.  
Polig. La Chaparrilla, 36. 41016 Sevilla  
[www.edicionesalfar.es](http://www.edicionesalfar.es) /[alfar@edicionesalfar.es](mailto:alfar@edicionesalfar.es)  
ISBN: 978-84-7898-291-2.  
Dep.Leg.: SE.3127-2009  
Imprime:  
Impreso en España - Printed in Spain

## ÍNDICE

<b>Presentación</b> .....	11
Mar Gallego Durán	
<b>Introducción (a este volumen)</b> .....	15
Rosa García Gutiérrez y Rosa Giles Carnero	
<b>I. Las migraciones en el mundo globalizado/Migrations in a Globalized World</b> .....	29
Re/Imagining Citizenship: The Politics of Gender and Identity Post 9/11	
<i>Shree Mulay</i> .....	31
Mujeres migrantes: ¿de lo privado a lo público?	
<i>Marcela de la Peña y Patrick Govers</i> .....	47
Contesting and Confirming Conventional Gender Roles. Migrant Sex Workers on a Divided Island	
<i>Ramona Lenz</i> .....	61
Embodying the Nation-State Through the Social and Spatial Practices of Migrant Women in Contemporary Ireland	
<i>Deirdre Colon</i> .....	71
Mujeres de frontera	
<i>Charo Carrasco Tristancho</i> .....	83
La obtención del estatuto de refugiada en Occidente. La persecución por motivos relacionados con el género en la normativa de asilo de la Europa comunitaria	
<i>Nuria Arenas Hidalgo</i> .....	97

<b>II. La globalización y sus efectos desde una perspectiva de género: lo personal y lo político/Globalizing the Personal and the Political</b> .....	119
(Some) Feminist Reflections on Globalization: Personal and Political <i>Ailbhe Smyth</i> .....	121
(En)gendering Faith in Abya Yala: Conscientização, Globalization, and New Patterns of Theological and Ecclesial Participation by Women in Latin America and the U.S.A. <i>Raúl Fernández-Calienes</i> .....	145
Mujeres piqueteras: travesías desde el ámbito social doméstico al espacio territorial urbano <i>Adriana Causa</i> .....	169
El proceso de institucionalización de la perspectiva de género en Oaxaca: elementos para una evaluación desde las organizaciones de mujeres y feministas <i>Natalia Biencinto López</i> .....	185
La entrada de las lesbianas en la Agenda de la Igualdad de Género: la interseccionalidad de la Igualdad de Género y los Derechos para Homosexuales en las políticas públicas españolas <i>Raquel Platero Méndez</i> .....	203
Globalización y derechos humanos de las mujeres lesbianas <i>José Ignacio Pichardo</i> .....	219
Gay and Lesbian Families Around the Globe: An examination of gender, citizenship and the law <i>Catherine Connolly</i> .....	233
<b>III. La perspectiva de género y el ámbito jurídico en el contexto de la globalización/Gendering the Law in a Globalized Context</b> .251	
¿Está contribuyendo la teoría jurídica feminista al desarrollo de un Derecho Internacional democrático y participativo? <i>Ignacio Forcada Barrera</i> .....	253

Relevancia de las medidas cautelares de naturaleza civil en la lucha contra la violencia doméstica: la orden de protección <i>Ana María Delgado Cordero</i> .....	289
La contribución de las ONG's sobre mujeres a la elaboración del Estatuto de la Corte Penal Internacional <i>Carmen García Ruiz</i> .....	299
¿Declaraciones de principios o realidad de Derecho?: Tratados, normas y jurisprudencia comunitaria en materia de género <i>Margarita Domínguez Cordero y José Antonio Ruiz de Casas</i> .....	313
La perspectiva de género en la construcción europea: la aportación del Tribunal de Justicia <i>Rosa Giles Carnero</i> .....	323
Políticas de género y sistema legal: las incoherencias del ordenamiento jurídico español a la luz del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Algunos casos paradigmáticos <i>Rosa María Ricoy Casas</i> .....	333
Manipulating a Witness with Coercive Devices <i>María Luz Vázquez-Marroño</i> .....	351
<b>IV. Género y mercado laboral/Gendering the Labor Market</b> .....	365
La patología de un modelo: generar patologías <i>Julia Peralta</i> .....	367
La orientación profesional para las transiciones desde una perspectiva de género: el caso específico de mujeres que quieren re-incorporarse al mercado laboral a edades adultas <i>Magdalena Suárez Ortega</i> .....	381
Barreras para el acceso y el ejercicio de puestos de responsabilidad: el caso de las directoras de centros escolares de Educación Infantil y Primaria <i>María José Carrasco, Emilia Moreno, Teresa Padilla y José Manuel Coronel</i> .....	395

Hacia un nuevo modelo: la unión entre sindicalismo y feminismo <i>Rita Vázquez Delgado y Herminia Lobato Soriano</i> .....	407
Resisting Repression: Gender and Organization in the Nicaraguan Free Trade Zones <i>Elin Petersen</i> .....	417
Experiencia sociolaboral de las personas con discapacidad: un estudio de género <i>Grace Shum, Herminia Lobato y Ángeles Conde</i> .....	429

# LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA: LA APORTACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Rosa Giles Carnero  
Universidad de Huelva, España

## 1. Introducción

El proceso de integración europea se ha convertido en un interesante referente a la hora de evaluar los obstáculos y límites de la aplicación jurídica de una perspectiva de género, ya que incorpora un sistema de Derecho Comunitario que reconoce la necesidad de una actuación transversal para alcanzar la efectiva igualdad entre hombres y mujeres. El Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 incluyó en los tratados constitutivos la obligación expresa de tener en cuenta el objetivo de la eliminación de la discriminación entre sexos en todas las actuaciones de las Instituciones comunitarias y, aunque esto fuese aclamado como un importante avance en la lucha por la igualdad, no cabe duda de que este reconocimiento también enfrentaba al sistema a nuevos desafíos<sup>1</sup>.

Una de las Instituciones comunitarias llamadas a responder al reto de la consecución de la igualdad entre sexos es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, principal órgano de control judicial del sistema comunitario y, por lo tanto, garante último de la efectiva aplicación de los principios jurídicos recogidos en el derecho originario. El Tribunal de Justicia ha sido tradicionalmente una de las Instituciones más activas a la hora de trabajar en la consecución de una efectiva igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito comunitario. Su jurisprudencia ha incidido en la aplicabilidad directa de los Tratados constitutivos en materia de igualdad

---

<sup>1</sup> A raíz de la reforma introducida en Ámsterdam, el Tratado de la Comunidad Europea reforzó las medidas de desarrollo del principio de igualdad entre hombre y mujer en el ámbito social. Sin embargo, lo más relevante es que convirtió la consecución de la igualdad entre sexos en uno de los objetivos de la Comunidad (artículo 2), al tiempo que incluyó la obligación expresa de que fuera uno de los parámetros a tener en cuenta en la aplicación de todas las políticas comunitarias (artículo 3.2).

de sexos, al tiempo que ha desarrollado una amplia labor en la definición de diferentes conceptos jurídicos por la que se ha impedido la pervivencia de situaciones de discriminación. Como consecuencia de esta actividad, los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia han servido de base para las consecutivas reformas de los Tratados constitutivos que han llevado a la actual conformación del principio comunitario de transversalidad.

En los años venideros la jurisprudencia del Tribunal de Justicia está llamada a desempeñar un papel cada vez más relevante. La actual conformación del principio de igualdad entre hombre y mujer en el derecho originario incluye la necesidad de la interpretación de los límites de la discriminación positiva a favor del sexo menos representado en cada sector de actividad<sup>2</sup>. En este contexto, es previsible que cada vez con mayor frecuencia el Tribunal de Justicia sea interrogado sobre cuestiones que incidan más allá del mero reconocimiento de la igualdad formal y se dirijan a enjuiciar los contornos de una efectiva igualdad sustancial. En las líneas siguientes pretendo desarrollar algunas reflexiones en torno a los problemas que afectan al principal órgano jurisdiccional comunitario a la hora de desarrollar esta tarea.

En el primer apartado se examina la posible relevancia de la composición del Tribunal de Justicia en el desarrollo de su labor. El escaso número de mujeres que forman parte de esta institución queda muy lejos de alcanzar la paridad que es ensalzada en el sistema comunitario y esto podría ser relevante a la hora del desarrollo de una perspectiva de género en su jurisprudencia. En el segundo apartado se incide sobre las dificultades de incluir parámetros de género en unos pronunciamientos jurisprudenciales referidos a situaciones de discriminación cada vez más complejas. Las voces críticas respecto a unas sentencias que parecen conformarse con la defensa de los estrictos límites de la igualdad formal, abogan por el desarrollo de una jurisprudencia que incluya en sus valoraciones los múltiples elementos presentes en una situación de discriminación por razón de género.

Las breves conclusiones con las que finalizo este trabajo pretenden encuadrarse en el necesario debate sobre la relevancia de la actuación del

---

<sup>2</sup> El nuevo Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, *Diario Oficial* n° C 310, de 16 de diciembre de 2004, no cambia sustancialmente la regulación actual en este ámbito, por lo que quedarían vigentes los problemas planteados si este texto entra en vigor tras superar los problemas planteados en su proceso de ratificación.

Tribunal de Justicia en la articulación eficaz de un concepto de ciudadanía europea paritaria y, por lo tanto, tendrán que ser objeto de continua discusión y revisión.

## **2. La relevancia de la ausencia de paridad en la composición del Tribunal de Justicia**

Con frecuencia, la aplicación del principio de transversalidad de género suele verse como la base que justifica la promoción de una participación paritaria de hombres y mujeres en los diversos órganos de decisión relevantes en cada ámbito. En relación a esto, la situación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resulta llamativa. Hasta el año 1999 la lista de magistrados no incluyó a ninguna mujer y sólo una había desempeñado la labor de Abogada General<sup>3</sup>. En la actualidad sólo cuatro mujeres están incluidas en la composición del Tribunal de Justicia, dos de ellas en calidad de magistradas y las dos restantes como abogadas generales<sup>4</sup>. En el Tribunal de Primera Instancia, el número de mujeres incorporadas a este órgano jurisdiccional sube a nueve. Ante esta escasa representación femenina, la cuestión que cabe plantear es la de si la composición del Tribunal de Justicia puede afectar a su capacidad para el desarrollo de pronunciamientos más activos en orden a favorecer la igualdad de género y el desarrollo de un concepto de ciudadanía europea paritaria.

No cabe duda de que la presencia actual de mujeres en el Tribunal de Justicia no refleja en modo alguno la realidad sociológica del acceso femenino al ámbito jurídico en los Estados miembros. Sin embargo, no puede olvidarse que la escasez de representación femenina no es una situación desconocida en los más relevantes tribunales nacionales. En este contexto podemos preguntarnos por las razones que explican la ausencia de muje-

---

<sup>3</sup> En marzo de 1981 y a propuesta de Francia, Simona Rozès se convirtió en la primera abogada general que desempeñó su labor en el Tribunal de Justicia. La primera magistrada, Fidelma O'Kelly Macken, accedería al Tribunal en octubre de 1999 a propuesta de Irlanda.

<sup>4</sup> Los datos apuntados se refieren a mayo de 2005, fecha en la que Ninon Colneric y Rosario Silva Lapuerta forman parte del Tribunal de Justicia en calidad de magistradas, mientras que Christine Stix-Hackl y Juliane Kokott lo hacen como abogadas generales. Hay que recordar que, conforme a los artículos 221 y 222 del Tratado de la Comunidad Europea, el Tribunal de Justicia se compone de un "juez" por cada Estado Parte así como por "ocho abogados generales".

res en la jurisdicción comunitaria, lo cual se produce pese a que se inserta en un sistema europeo en el que se ha incrementado de forma importante la presencia femenina en los diversos estamentos de toma de decisión. Para encontrar respuestas hay que observar el proceso mismo de reclutamiento de los miembros del Tribunal de Justicia.

Conforme al artículo 223 del Tratado de la Comunidad Europea, quienes formen parte del Tribunal de Justicia, tanto en calidad de “jueces” como de “abogados generales”, serán elegidos entre personalidades que ofrezcan absoluta garantía de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio en sus respectivos países de las más altas funciones jurisdiccionales o que sean jurisconsultos de reconocida competencia<sup>5</sup>. Más allá del requisito de esta competencia general, el proceso de selección hace recaer todo el protagonismo sobre los Estados miembros que, de hecho, seleccionarán las candidaturas siguiendo el proceso que hayan determinado conforme a su organización interna<sup>6</sup>.

Normalmente, el proceso de selección nacional va a carecer de medios transparentes que permitan valorar con claridad los elementos que han sido ponderados. También será habitual que la persona propuesta resulte afín a los intereses del Gobierno que la designa, lo que puede incluir, según los casos, cuestiones específicas relacionadas con ideologías de partido. Es por todo esto que el mérito se considera más como una cuestión que habilita para la candidatura, que como la razón por la que finalmente se va a producir la elección. Aquí es donde se produce una situación en la que se mezclan diversos condicionantes que llevan a que en pocas ocasiones resulten propuestas femeninas. En los diversos sistemas nacionales de los Estados miembros se han desarrollado estudios que plantean las dificultades para el acceso de la mujer a los principales ámbitos de toma de decisión, lo que traerá como consecuencia que las candidaturas de mujeres no suelen ser numerosas.

---

<sup>5</sup> Como suele ser tradicional en el Derecho Comunitario originario, la terminología utilizada incluye al denominado ‘masculino universal o neutro’, no haciéndose eco de algunas modificaciones más acordes con las nuevas perspectivas lingüísticas que sólo son acogidas cuando expresamente se está refiriendo a cuestiones relacionadas con el principio de igualdad entre hombre y mujer.

<sup>6</sup> El artículo 223 del Tratado de la Comunidad Europea se limita a precisar respecto a los miembros del Tribunal de Justicia que “serán designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros”. El artículo 224 hace una prescripción similar para el Tribunal de Primera Instancia.

Conforme a lo apuntado, aparece como primera solución el llamamiento a una reforma del proceso de selección del Tribunal de Justicia que incorpore una mayor transparencia en la que pueda valorarse la cabida de estrategias de género. El problema aquí es que, además de las dificultades políticas que entrañaría esta reforma y que han sido puestas de manifiesto desde otras perspectivas que también la han reclamado, cabe una segunda pregunta y es la de la verdadera trascendencia de esta reivindicación. La cuestión es si se considera que la introducción de mujeres en el Tribunal de Justicia puede suponer alguna diferencia cualitativa en las actuaciones jurisdiccionales de esta institución. El escenario en el que se inserta esta cuestión es, de hecho, un debate bastante popular en las últimas décadas en el que se plantea si efectivamente la mujer puede aportar visiones jurídicas diferentes, de forma que su mera presencia pueda alterar unos pronunciamientos que, *a priori*, se consideran neutrales en función del sexo y el género<sup>7</sup>.

Este es un debate complejo que, sin duda, no carece de importantes trampas de argumentación al tener que señalar en la mujer unas cualidades jurídicas diferentes a las del varón que, eventualmente, pueden ser valoradas en un sentido positivo o negativo. Por un lado, autoras como Dianne Otto se han preguntado cómo la mera introducción de la mujer en los procesos de toma de decisión puede suponer un cambio mientras no se introduzcan modificaciones en el sistema jurídico y en la formación de quienes lo aplican (Otto 25). Por otro, habría que indagar en la difícil tarea de definir los rasgos que son propios de un ideal ‘razonamiento jurídico femenino’, lo que puede llevar a una discusión sin límites. A esto se suma que, con frecuencia, la feminización de determinadas técnicas jurídicas puede conllevar su infravaloración respecto a aquellos sistemas que se consideren masculinos.

---

<sup>7</sup> Carol Gilligan argumentó en su ya clásica obra *In a Different Voice* que mujeres y hombres resolvían los problemas morales de diferente forma. A partir de sus ideas la crítica jurídica feminista ha desarrollado todo un debate sobre si la mujer utiliza diferentes percepciones jurídicas tanto a la hora de desarrollar como de aplicar el Derecho. Sin embargo, el debate sigue abierto en buena medida porque, como ha señalado Phyllis Coontz, no existen estudios empíricos concluyentes sobre las diferencias que puedan producirse entre hombres y mujeres a la hora de abordar el tratamiento de problemas jurídicos concretos (ver Coontz 61). Precisamente este último estudio resulta interesante en esta cuestión, ya que aporta un análisis de las diferencias de género en la actuación judicial de un colectivo particular.

No obstante y pese a las dificultades apuntadas, hay argumentos que, sin entrar en el debate de la existencia de unas cualidades esenciales femeninas, pueden apoyar la pertinencia de favorecer la incorporación de mujeres al máximo órgano jurisdiccional comunitario. En primer lugar, el llamamiento a la paridad en el Tribunal de Justicia resulta de la lógica interna del propio sistema comunitario europeo. Ya se ha señalado que el principio de transversalidad de género resulta aplicable en el sistema jurídico comunitario y que una de sus principales consecuencias es la promoción de la paridad en diferentes estratos de toma de decisión tanto comunitarios como estatales. En un ordenamiento en el que se apoya la consecución de la paridad en diferentes ámbitos públicos, resulta contradictorio que no se recomiende igualmente a la hora de ocupar los sillones del principal órgano de control judicial<sup>8</sup>.

A este llamamiento a la coherencia interna pueden añadirse otro argumento. Estoy de acuerdo con Sally J. Kennedy cuando señala la incoherencia que supone que en el proceso de elección de los miembros del Tribunal de Justicia se tengan en cuenta requisitos como el de la nacionalidad o la necesidad de conocimiento de los diferentes sistemas jurídicos nacionales, mientras que no se valoran las ventajas de cierta paridad de sexos. Se ha defendido tradicionalmente que los factores aludidos dotan a los miembros del Tribunal de una diversidad de experiencias que será positiva a la hora de desempeñar su labor, mientras que no afectan en modo alguno a su independencia. La cuestión que surge es que si esto es así respecto a un rasgo como la nacionalidad, no parece lógico que no pueda serlo respecto al sexo y al género, aspectos que conllevan una importante carga de habilidades y experiencias (Kennedy 268 y 289).

Es decir, la lógica de la paridad reclamada en diversos ámbitos del Derecho Comunitario así como la oportunidad de incluir una diversidad de experiencias adquiridas por la paridad de géneros en el seno del Tribunal de Justicia, parecen argumentos suficientes para la reivindicación del incremento de mujeres en esta institución. A partir de ahí, podemos obtener un escenario concreto del que poder obtener datos empíricos sobre si

---

<sup>8</sup> Múltiples instrumentos de Derecho Comunitario derivado han abogado por la paridad en los diferentes órganos de decisión. En particular, el *V Programa de Acción Comunitaria sobre la Estrategia Comunitaria en Materia de Igualdad entre Hombre y Mujer para el periodo 2001 a 2006* (DO L 17/22, de 19 de enero de 2001), desarrolla toda una serie de medidas tendentes a fomentar la presencia de mujeres en todos los procesos de toma de decisión.

esa incorporación posibilita una jurisprudencia que incluya una mayor preocupación por la aplicación efectiva del principio de igualdad entre hombre y mujer.

### **3. Los logros y límites de la perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia**

A la hora de valorar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en orden a la promoción de la igualdad entre hombre y mujer, aparecen datos aparentemente contradictorios que merecen alguna reflexión. Si se analizan los pronunciamientos jurisprudenciales relativos a las previsiones que el sistema comunitario recogía con anterioridad a la reforma operada por el Tratado de Amsterdam, puede afirmarse de forma genérica que el Tribunal de Justicia ha sido una institución pionera a la hora de desarrollar en su labor una útil perspectiva de promoción de la igualdad entre sexos. La jurisprudencia comunitaria partió del reconocimiento de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres como medio para la eliminación de barreras a la libre competencia en el mercado interior y, a partir de ahí, consideró la igualdad de trato entre sexos como un principio general del orden comunitario.

En este contexto, los pronunciamientos jurisprudenciales han supuesto una importante aportación a la hora de desarrollar la igualdad de retribución, así como de acceso y desarrollo del empleo. Desde la sentencia referida al asunto *Defrenne II*, emitida el 8 de abril de 1976, el Tribunal de Justicia afirmó la cualidad de aplicación directa del entonces artículo 119 del Tratado de la Comunidad Europea, actual 141, referido a la igualdad en la retribución. A esto se sumaría toda una labor de delimitación de diversos conceptos cuyos rasgos esenciales han sido incluidos en las sucesivas reformas de los tratados constitutivos<sup>9</sup>. Por lo tanto, puede afirmarse que ha existido una fructífera interrelación entre la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad de sexos y la evolución del tratamiento de este tema en

---

<sup>9</sup> Destaca como ejemplo la definición de “trabajo de igual valor” por parte de la jurisprudencia comunitaria, la cual supuso una importante delimitación de la igualdad salarial y fue posteriormente incluida en el Tratado de la Comunidad Europea por la reforma operada en el Tratado de Ámsterdam. La trascendencia y límites de los principales pronunciamientos jurisprudenciales sobre discriminación directa pueden verse en el análisis de Mangas Martín.

el Derecho Comunitario originario, relación en la que el Tribunal de Justicia se ha mostrado como incitador de cambios y mejoras.

Sin embargo, esta valoración positiva tiene que ser matizada si se observan los pronunciamientos jurisprudenciales referidos a las novedades introducidas por el Tratado de Amsterdam en 1997. Ya se ha señalado que, a partir de la entrada en vigor de este instrumento, la afirmación del principio de transversalidad conlleva que la igualdad entre hombres y mujeres se considere un objetivo que debe impregnar todas las actuaciones comunitarias tanto generales como específicas. Como ha señalado Jo Shaw, esta previsión también es aplicable a la labor del Tribunal de Justicia a la hora de desarrollar su jurisprudencia. La perspectiva de género tendrá que ser utilizada para abordar los diferentes ámbitos de interpretación del Derecho Comunitario, en particular aquellos relacionados con el desarrollo de las libertades comunitarias y el concepto de ciudadanía europea (Shaw 221 y ss.).

Además de este principio general, una de las novedades más interesantes introducidas en la reforma del Tratado de Amsterdam es el reconocimiento de la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva. Conforme al artículo 141.4 del Tratado de la Comunidad Europea, se faculta a los Estados a “mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de las actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”<sup>10</sup>. En este ámbito, el gran reto en la interpretación es delimitar los difíciles contornos de una acción positiva que habrá de favorecer al sexo menos representado en cada ámbito de actuación. Este nuevo campo queda abierto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y algunos de sus pronunciamientos ya han sido objeto de análisis y crítica por parte de la doctrina.

La sentencia referida al asunto *Abrahamsson y Anderson*, de 6 de julio de 2000, es uno de los instrumentos objeto del debate apuntado. El Tribunal de Justicia trató de delimitar los supuestos en los que las medidas de acción positiva a favor del acceso al trabajo del sexo menos representado serían conformes con el Derecho Comunitario. El órgano jurisdiccional

---

<sup>10</sup> Frente a las críticas sobre la oportunidad de favorecer al sexo menos representado en lugar de seguir la técnica tradicional de incidir en la posición de la mujer, los Estados miembros optaron por completar este apartado con la Declaración núm. 28, en la que se precisa que al adoptar estas medidas los Estados “deberán, en primer término, aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral”.

utilizó los criterios de proporcionalidad y objetividad para determinar que sólo en los casos en los que se alegaran méritos equivalentes podría darse una acción positiva. Esta sentencia ha sido objeto de duras críticas, entre las que cabe destacar, en la doctrina española, la de la Paz Andrés de Santa María. Esta profesora ha señalado que la consecución de una equiparación real entre hombre y mujer en cuanto a acceso al empleo pasa por una revisión de los conceptos incluidos como méritos, ya que la situación real de desigualdad motiva necesariamente currículos diferentes. Conforme a este razonamiento, la sentencia del Tribunal de Justicia no habría avanzado en la equiparación real, precisamente por no incluir en su modelo de razonamiento una perspectiva global de género que le permitiera tener en cuenta las desigualdades sociológicas entre sexos (Andrés Sáenz de Santa María 1-3).

La aparente contradicción que surge entre una jurisprudencia activa a la hora de asegurar la igualdad de retribución y aquella otra que encuentra profundas dificultades para una interpretación efectiva de la acción positiva, sólo puede ser entendida si se tiene en cuenta el contexto diferenciado en el que el Tribunal de Justicia sitúa a ambos tipos de pronunciamientos. El órgano jurisdiccional no ha tenido problemas en la defensa de los derechos laborales femeninos porque éstos quedaban insertos no sólo en unos objetivos sociales, sino también en el objetivo de la libre competencia en el mercado comunitario. Sin embargo, la interpretación de los límites de la acción positiva enfrenta al Tribunal de Justicia con la necesidad de valorar los múltiples condicionantes presentes en una situación de discriminación de género. En este segundo ámbito es donde se aprecia la incapacidad de la jurisprudencia comunitaria para incluir pronunciamientos acordes con una política de igualdad de género que ha sido proclamada como transversal por el Derecho Comunitario.

#### **4. Conclusiones**

Después de un largo camino en el que el Tribunal de Justicia ha trabajado para asegurar la igualdad salarial, delimitando los conceptos de retribución y de trabajo de igual valor, el principal campo de actuación que tiene ante sí la jurisprudencia comunitaria en los próximos años es la valoración de los casos en los que aparezca una normativa nacional que favorezca el acceso o el trato en el trabajo del sexo menos representado. Supone

ésta una tarea difícil en la que el Tribunal de Justicia tendrá que abandonar los presupuestos de la igualdad formal para avanzar en una igualdad material.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el principio de transversalidad de género tiene que estar presente en todos los procesos de toma de decisión comunitarios y esto incluye los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. La tarea se complica para un órgano jurisdiccional que no cuenta en su seno con la experiencia que pueden aportar las mujeres, ni valora especialmente la formación en materia de género en sus miembros. El debate sobre la capacidad del Tribunal de Justicia para responder al reto de la construcción de una ciudadanía europea paritaria queda abierto y se reavivará con cada nuevo pronunciamiento en el que tenga que incluir valoraciones de género.

### Obras citadas

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: «Una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial». *La Ley* 5164 (2000): 1-3.

COONTZ, P.: «Gender and Judicial Decisions: Do Female Judges Decide Cases Differently than Male Judges?». *Gender Siques* 18. 4 (2000): 59-73.

GILLIGAN, C.: *In a Different Voice*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

KENNEDY, S. J.: «Breaking the Silence: Gender Mainstreaming and the Composition of the European Court of Justice». *Feminist Legal Studies* 10 (2002): 257-270.

MANGAS MARTÍN, A.: «Jurisprudencia europea en materia de no discriminación por razón de sexo: discriminaciones directas». *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*. Madrid: Instituto de la Mujer, 2001: 31-40.

OTTO, D.: «Holding Up Half the Sky, but for Whose Benefit? A Critical Analysis of the Fourth World Conference on Women». *Australian Feminist Law Journal* 6 (1996): 7-28.

SHAW, J.: «The European Union and Gender Mainstreaming: Constitutionally Embedded or Comprehensively Marginalised?». *Feminist Legal Studies* 10 (2002): 213-226.