

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ANGEL COLLADO YURRITA

MARÍA TERESA DE GISPERT PASTOR

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de Publicaciones

**FORMACIÓN Y OBJETO
DEL DERECHO
ANTIDISCRIMINATORIO
DE GÉNERO: PERSPECTIVA
SISTEMÁTICA DE LA IGUALDAD
DESDE EL DERECHO PÚBLICO**

Manuela Mora Ruiz (Dir.)

Rosa M^a Giles Carnero

María Nieves Saldaña Díaz (Eds.)

Encarna Carmona Cuenca

Susana De Tomás Morales

M^a Ángeles González Bustos

Isabel Hernández San Juan

Alberto Palomar Olmeda

Fernando Rey Martínez

Irene Rodríguez Manzano

 **Atelier**
LIBROS JURÍDICOS

Colección: Atelier Administrativo

Directores:

Joan Manel Trayter

(Catedrático de Derecho administrativo)

Belén Noguera de la Muela

(Profesora titular de Derecho administrativo)

«La publicación de este libro obedece a una subvención concedida por el Instituto Andaluz de la Mujer, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar social, conforme a la Orden de la Consejería de 21 de enero de 2008.»

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2010 Encarna Carmona Cuenca, Susana De Tomás Morales, Rosa M^a Giles Carnero, M^a Ángeles González Bustos, Isabel Hernández San Juan, Manuela Mora Ruiz, Alberto Palomar Olmeda, Fernando Rey Martínez, Irene Rodríguez Manzano y María Nieves Saldaña Díaz

© 2010 Atelier

Via Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-92788-34-7

Depósito legal: Z-2050-2010

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

Impresión: INO Reproducciones, S.A.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
--------------------	----

PRIMERA PARTE

EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO

CAPÍTULO I

LA LABOR DEL CONSEJO DE EUROPA EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO	17
I. Un primer paso: la prohibición de la discriminación por razón del sexo ..	17
II. La consideración de la igualdad entre mujeres y hombres como derecho fundamental	19
2.1. ¿La igualdad de género como un nuevo Derecho Fundamental? ...	20
III. Un paso cualitativo: el concepto de « <i>mainstreaming</i> » de género	21
3.1. La aplicación del « <i>mainstreaming</i> » de género a esferas tradicionalmente reservadas a la competencia exclusiva de los hombres	25
IV. El necesario empoderamiento de la mujer	27
4.1. Ámbitos críticos en los que se hace necesario el empoderamiento de la mujer	28
4.2. Especial referencia al papel de la mujer en el diálogo intercultural e interreligioso	29
V. Reflexiones finales	31
VI. Bibliografía citada	32

CAPÍTULO II

EL RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN LA UNIÓN EUROPEA: SECUENCIAS DE CAMBIO	33
I. Introducción	33
II. La igualdad de género en la Unión Europea: una perspectiva teórica ..	34
III. Los orígenes del régimen: la igualdad de trato en el ámbito laboral ...	38
IV. Más allá de la igualdad de trato: el desafío de la diferencia	41

V. La integración de la perspectiva de género como eje transversal de actuación	45
VI. A modo de conclusión	49
VII. Bibliografía citada	50

CAPÍTULO III

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN MATERIA DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES. ESPECIAL REFERENCIA AL CONCEPTO DE ACCIÓN POSITIVA ..	53
I. Introducción	53
II. Las principales aportaciones del tribunal de justicia en materia de igualdad entre mujeres y hombres	55
2.1. La aplicación directa del principio de igualdad entre hombres y mujeres	58
2.2. La tutela judicial efectiva de la igualdad entre hombres y mujeres	59
2.3. La prohibición de discriminación indirecta	59
III. La acción positiva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia	61
3.1. Las sentencias Kalanke y Marshall	62
3.2. La consolidación de la jurisprudencia en materia de acción positiva ..	66
IV. Conclusiones	72
V. Bibliografía citada	73

SEGUNDA PARTE

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO DE GÉNERO Y CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO IV

IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL	77
I. Introducción	77
II. Igualdad de trato	78
2.1. Prohibición de discriminaciones directas o de trato	79
2.2. Prohibición de discriminaciones indirectas o de impacto	86
III. Igualdad de oportunidades	95
3.1. Medidas que el TC declara paternalistas o falsamente protectoras de la mujer	99
3.2. Medidas que el TC ha considerado acciones positivas legítimas ...	102
IV. A modo de conclusión	109

CAPÍTULO V

LA PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO: BALANCE Y PERSPECTIVAS	111
I. Introducción	111
II. Marco internacional de la participación equilibrada de género: de la «masa crítica» a no menos del 40% con carácter transversal	112
III. Recepción de la participación equilibrada de género en el ámbito estatal. La ley de igualdad española: su vocación transversal y limitado alcance ..	119
IV. La recepción temprana de la participación equilibrada de género en el ámbito autonómico: las leyes de paridad electoral	126
V. La participación equilibrada de género en las leyes de igualdad autonómicas: transversalidad y alcance	131

VI. Recepción de la participación equilibrada de género en la reforma de los estatutos de autonomía: la quiebra del vacío estatutario	139
VII. Alcance de la participación equilibrada de género en el ámbito autonómico: balance y perspectivas	144
VIII. Bibliografía citada	145

CAPÍTULO VI

IGUALDAD DE GÉNERO EN LA UNIVERSIDAD: ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y DECISIÓN ..	149
I. La igualdad de género como objetivo constitucional	149
II. La igualdad de género en la Universidad: déficits y problemas	151
III. Respuestas legislativas	154
3.1. En el ámbito de la Unión Europea	154
3.2. En España	156
IV. La aplicación de las leyes	158
4.1. El acceso a los cargos de dirección universitaria	159
4.2. El acceso a las categorías más altas del profesorado	161
V. Bibliografía citada	162

TERCERA PARTE

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO DE GÉNERO Y DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO VII

LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA AL SERVICIO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD	167
I. Marco general de la igualdad	167
1.1. Ámbito internacional	168
1.2. Derecho Comunitario	170
II. El marco nacional de la igualdad	178
2.1. Consideraciones generales y contexto	178
2.2. Estructura de la norma	184
III. Acción administrativa para la igualdad	191
IV. El desarrollo en las leyes sectoriales de la Administración General del Estado	195
V. Algunas referencias autonómicas	200
5.1. Menciones normativas generales	200
5.2. Una mínima referencia a la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía	201
VI. Un intento de sistematización	202
VII. Bibliografía citada	204

CAPÍTULO VIII

EL INFORME DE IMPACTO DE GÉNERO EN LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER GENERAL: ¿UNA GARANTÍA EFECTIVA DE LA IGUALDAD DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO?	207
I. Consideraciones preliminares: derecho y (des)igualdad	207
II. Las administraciones públicas como sujetos cualificados para conseguir la efectiva igualdad de mujeres y hombres	210
2.1. El marco jurídico normativo existente: leyes de igualdad y acción administrativa	210

2.2. Técnicas y dispositivos administrativos al servicio de la igualdad de mujeres y hombres	215
III. En particular, el informe de impacto de género de las disposiciones administrativas de carácter general	219
3.1. El régimen jurídico del impacto de género de las disposiciones administrativas de carácter general: ámbito objetivo y procedimiento .	219
3.2. Operatividad del impacto de género en el supuesto de las disposiciones administrativas de carácter general. Pros y contras de su efectiva aplicación	227
IV. Balance final: ¿el derecho administrativo de la igualdad?	229
V. Bibliografía citada	231
CAPÍTULO IX	
LA TRASCENDENCIA DEL SISTEMA DE FUNCIÓN PÚBLICA EN EL DESARROLLO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES	
I. La función pública como paradigma de la igualdad de oportunidades ..	235
II. Medidas de incentivo para promover la igualdad de oportunidades	239
2.1. Medidas garantistas de la igualdad y no discriminación	239
2.2. Medidas dirigidas a conciliar la vida personal, familiar y laboral ..	240
2.3. Medidas prestacionales: de servicios y económicas	246
2.4. Medidas dirigidas a la protección de empleadas públicas víctimas de violencia de género	248
III. A modo de conclusión	252
IV. Bibliografía citada	253

PRESENTACIÓN

La obra que se presenta es una reflexión colectiva sobre las posibilidades y viabilidad de un ámbito jurídico tan particular como el Derecho Antidiscriminatorio, esta vez de género. La igualdad, por todos es sabido, constituye un valor y un derecho fundamental de las sociedades democráticas consolidadas, que presenta, sin embargo, caracteres específicos cuando se vincula al género y a la efectiva igualdad de mujeres y hombres en la Ley.

Desde esta perspectiva, la presente monografía es fruto de la coincidencia del trabajo de profesores y profesoras de disciplinas jurídicas diversas, que, en el ámbito del Derecho Público, tiene como punto de partida la asunción de que la desigualdad de las mujeres no es equivalente a la de otros colectivos y, en consecuencia precisa de un tratamiento jurídico diverso que tenga en su base que el género es un elemento de desigualdad cultural. Las mujeres, como colectivo específico, han venido siendo objeto de un trato discriminatorio que el Derecho ha tolerado y consolidado, tanto en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas como en el ámbito público; tal y como señala C. AMORÓS (1994), iguales, aplicado a las mujeres, quería decir idénticas unas a otra; sin embargo, cuando tal adjetivo se aplica a los varones significa *iguales en derecho*.

Por efecto de lo anterior, surge esta monografía, en la que, desde una perspectiva sistemática, y con un enfoque propio del Derecho Público, se pretende ahondar en la necesidad de conformar un auténtico Derecho Antidiscriminatorio de Género, con un proceso de configuración único y con un objeto específico que, sin embargo, es susceptible de alcanzarse, especialmente, por la actuación de los poderes públicos en esta materia.

La obra que presentamos se estructura, así, en tres partes diferenciadas que no obstante, se encuentran relacionadas por un efecto que podría considerarse acumulativo, puesto que el libro avanza y consolida en niveles jurídicos distintos lo expuesto en cada parte. Desde esta perspectiva, la Primera de las Partes identificadas aborda la configuración de principios esenciales y elementos claves del Derecho Antidiscriminatorio de Género en el nivel Euro-

- mainstreaming: a step into the 21st century»* (Athens, September 1999), EG/ATH (99) 9.
- SCOTT, Joan W., «Deconstructing Equality-versus-Difference: Or, the Uses of Post-structuralist Theory for Feminism», *Feminist Studies*, vol. 14, nº 1, Spring, 1988.
- SHAW, Jo, «The European Union and gender mainstreaming: Constitutionally embedded or comprehensively marginalised?», *Feminist Legal Studies*, vol. 10, nº 3-4, October 2002.
- SQUIRES, Judith, *The New Politics of Gender Equality*, Palgrave-Macmillan, Houndsmill, 2007.
- «Is Mainstreaming Transformative? Theorizing Mainstreaming in the Context of Diversity and Deliberation», *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, vol.12, nº 3, Fall 2005.
- *Gender in Political Theory*, Polity Press, Cambridge, 1999.
- STRATIGAKI, Maria, «La politique du recul. De l'intégration de l'égalité "des sexes" à l'intégration de l'égalité "pour tous"», *Cahiers du Genre*, nº 44, 2008.
- VAN DER VLEUTEN, Anna (2007), *The Price of Gender Equality: Member States and Governance in the European Union*, Ashgate, Aldershot.
- VERLOO, Mieke, «Displacement and Empowerment: Reflections on the Concept and Practice of the Council of Europe Approach to Gender Mainstreaming and Gender Equality», *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, vol. 12, nº 3, Fall 2005.
- «Multiple Inequalities, Intersectionality and the European Union», *European Journal of Women's Studies*, vol. 13, nº 3, August 2006.
- WALBY, Sylvia, «Gender Mainstreaming: Productive Tensions in Theory and Practice», *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, vol.12, nº 3, Fall 2005.
- The European Union and Gender Equality: Emergent varieties of gender regime», *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, vol. 11, nº 1, Spring 2004.
- YUVAL-DAVIS, Nila «Intersectionality and feminist politics», *European Journal of Women's Studies*, vol. 13, no. 3, August 2006.

Capítulo III

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN MATERIA DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES. ESPECIAL REFERENCIA AL CONCEPTO DE ACCIÓN POSITIVA

Dra. Rosa M^a Giles Carnero

Prof^a Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Huelva

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha configurado desde hace más de tres décadas como una de las principales Instituciones en el desarrollo del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el sistema jurídico comunitario. Con las históricas sentencias Defrenne, a mediados de los años setenta, el Tribunal inauguró una valiosa jurisprudencia en materia de igualdad entre sexos que ha promocionado la efectividad social de este principio, al tiempo que ha inspirado la reforma y el desarrollo de las fuentes originarias y derivadas del Derecho de la Unión Europea.

La evolución de la acción comunitaria en materia de género no puede comprenderse sin el análisis conjunto del desarrollo del Derecho Comunitario y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Los pronunciamientos del Tribunal han desarrollado un análisis jurídico que, partiendo de la igualdad formal, se

ha orientado hacia el objetivo de lograr una igualdad real en las sociedades de los Estados miembros. De esta forma, la actividad del Tribunal ha servido para integrar un sistema normativo en el que se ha ido más allá de la vinculación del principio de igualdad de retribución al desarrollo del mercado interior, para configurar un verdadero derecho a la igualdad entre sexos. Esta perspectiva ha inspirado, además, las sucesivas reformas que se han materializado en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres, tanto en los tratados constitutivos como en las Directivas sobre el tema.

En particular, la reforma operada por el *Tratado de Ámsterdam* en 1997 resulta un buen ejemplo de la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el desarrollo del principio de igualdad entre sexos en el sistema comunitario. De aquella revisión surgió una versión del artículo 141 del *Tratado de la Comunidad Europea* que supone un compendio de las principales nociones desarrolladas por el Tribunal en materia de igualdad de retribuciones, y acceso y promoción en el empleo. Incluso la mayor novedad introducida en aquel precepto encuentra una importante conexión con los pronunciamientos jurisprudenciales que, al enjuiciar las medidas nacionales de acción positiva, habían encontrado serias dificultades para aceptar su compatibilidad con el Derecho Comunitario. El párrafo cuarto del artículo 141 suponía, en buena medida, la respuesta dada por los Estados miembros a unos pronunciamientos judiciales restrictivos respecto a las medidas nacionales que favorecieran al sexo infrarepresentado en un determinado sector. Con la nueva redacción de este artículo se dotaba al Tribunal de una nueva base legislativa, en la que apoyar planteamientos más conformes a la utilización de la técnica de la acción positiva en la búsqueda del objetivo de la igualdad material.

La evolución del sistema jurídico de la Unión Europea en materia de género muestra, por tanto, un rico diálogo entre, por un lado, los Estados y las Instituciones protagonistas del proceso legislativo y, por otro, el Tribunal de Justicia. Mientras que la jurisprudencia comunitaria ha servido de base a las sucesivas reformas operadas en el sistema, éstas han dotado al órgano jurisdiccional de un marco competencial a la vez más preciso y más amplio.

En esta evolución debe incluirse también el actual marco normativo de Derecho originario, el cual se configura primordialmente por la conjunción del *Tratado de la Unión Europea* (TUE) y el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE), a lo que se suma la *Carta de los Derechos Fundamentales*. Los preceptos de estos textos relativos al principio de igualdad entre hombres y mujeres incluyen el mismo contenido que fue definido por la reforma del *Tratado de Ámsterdam*. Desde este punto de vista, puede concluirse que la actual configuración de la igualdad entre sexos en el sistema de la Unión Europea sigue siendo deudora de los conceptos desarrollados por la anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia. No obstante, es probable que de este marco normativo puedan desprenderse nuevos matices competenciales e interpretativos que den lugar a algunos cambios en la postura del órgano jurisdiccional, en particular a la hora de abordar la cuestión de las acciones positivas.

Tras la entrada en vigor de la última reforma, la *Carta de los Derechos Fundamentales* ha adquirido una nueva naturaleza vinculante y esto, sin duda, tendrá marcadas consecuencias en la interpretación del Tribunal de Justicia en esta materia. En particular, este texto incluye, una vez más, una referencia general a la compatibilidad con el Derecho Comunitario de las medidas que favorezcan la presencia del sexo infrarepresentado, y esta previsión necesitará de la actuación jurisprudencial para la delimitación de sus contornos jurídicos. El Tribunal está llamado a juzgar las medidas de acción positiva bajo la nueva luz de la *Carta de los Derechos Fundamentales*, de forma que si bien la letra de la igualdad entre hombres y mujeres no ha cambiado, ha quedado incluida definitivamente en un texto relativo a Derechos Humanos Fundamentales.

Dada la importancia del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para la comprensión del sistema comunitario en materia de género, en el presente trabajo se pretende abordar su estudio mediante la valoración de las principales aportaciones jurisprudenciales y de los puntos en los que persiste una mayor controversia jurídica. Este enfoque tiene como finalidad completar otros estudios recogidos en esta obra, y que muestran el diseño general de la Política de Género en la Unión Europea.

El análisis desarrollado en las páginas siguientes se ha dividido en dos partes. La primera de ellas pretende mostrar la evolución general de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, desde sus primeros pronunciamientos en la década de los años setenta. En este apartado se destacarán los principales conceptos aportados en los pronunciamientos del Tribunal, destacando especialmente aquellos que, como el concepto de discriminación indirecta, han sido especialmente útiles para salvar las distancias interpretativas entre la igualdad formal y la igualdad material en relación con el sexo.

La segunda parte del trabajo va a dedicarse al análisis de la jurisprudencia europea referida a la compatibilidad de la técnica de la acción positiva con el Derecho Comunitario. Como ya se ha señalado, el debate en torno a los límites de la acción positiva a favor del sexo menos representado está abierto en el sistema jurídico comunitario y en el de sus Estados miembros. La aún escasa jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este ámbito no contesta a los múltiples interrogantes presentados, de forma que se espera de esta Institución una mayor argumentación en la materia. Probablemente nos encontremos ante la controversia más relevante a la que el Tribunal tendrá que dar respuesta en los próximos años, y los pronunciamientos desarrollados hasta la fecha muestran las dificultades que presenta.

II. LAS PRINCIPALES APORTACIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN MATERIA DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

La labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de igualdad entre mujeres y hombres, comenzó en 1975 con la pri-

mera de las tres sentencias que se ocuparían del asunto Defrenne. En este caso el órgano judicial comunitario se ocupó de la interpretación del antiguo artículo 119 del *Tratado de la Comunidad Económica Europea* (actual 157 TFUE), referido a la igualdad de retribución. A partir de este momento, los planteamientos del Tribunal se convirtieron en cruciales para el desarrollo y la aplicación de una perspectiva de género en el ámbito del Derecho Comunitario. Esta Institución ha dado cabida a interpretaciones que permitían una actuación contundente en la búsqueda de la igualdad material, al tiempo que han constituido la base del desarrollo normativo operado desde la *Directiva 75/117/CEE*.¹

La valoración positiva general de la labor del Tribunal de Justicia en materia de género suele compartirse entre la doctrina. La profesora Araceli Mangas Martín ha expresado con claridad la trascendencia de la jurisprudencia comunitaria cuando, al referirse al Derecho de la Unión Europea en materia de igualdad entre sexos, señala que «ese alto nivel de protección se debe fundamentalmente al activismo de numerosas mujeres y, en menor medida, de algunos hombres, que exigen en vía judicial la aplicación del principio de no discriminación o de igualdad. La respuesta del Tribunal de Justicia ha sido determinante mediante sentencias que exigían su cumplimiento y mediante una interpretación en general muy progresiva». A esto añade que «sin las batallas judiciales sostenidas por decenas y decenas de mujeres hubiera sido imposible alzar en el frontispicio de los tratados de la Unión Europea y en el del TCE (hoy, de Funcionamiento de la Unión Europea) la igualdad de mujeres y hombres como un valor y objetivo que justifica la integración, pero sobre todo, más allá de declaraciones programáticas, hubiera sido imposible el cuerpo normativo formado hoy por esa docena de directivas».²

En conclusión y de forma general, puede afirmarse que la labor del Tribunal de Justicia ha supuesto uno de los principales motores en el desarrollo del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el sistema comunitario, lo que ha provocado una auténtica reforma tanto en este ámbito como en los sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros. La primera pregunta que cabe hacerse ante esta afirmación general es la de determinar los presupuestos que han inspirado al Tribunal en esta labor, y el marco competencial que le ha servido de base.

Ya en la sentencia Defrenne II, el Tribunal de Justicia ha defendido que las previsiones en materia de igualdad entre hombres y mujeres tienen una doble finalidad. Por un lado, presentan un objetivo claramente económico como es

1. *Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos*, DO L 45 de 19-2-1975.

2. Ver Araceli MANGAS MARTÍN, «Artículo 23. Igualdad entre mujeres y hombres» en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Araceli MANGAS MARTÍN (Dir.), Fundación BBVA, 2008, pp. 414-440, p. 416 y 419.

el de salvaguardar la competencia en el mercado intracomunitario; pero a esto se une una finalidad social, que deviene del hecho de que el sistema comunitario no se limita a una unión económica y persigue el progreso social y la mejora de las condiciones de vida y empleo en las sociedades de los Estados miembros.³ En pronunciamientos posteriores, el Tribunal iría más allá y señalaría que el objetivo social en este ámbito debe ser claramente predominante y reconocido como Derecho Humano Fundamental aquel derivado del principio de igualdad entre sexos.⁴ Conforme a esta jurisprudencia y utilizando las palabras de Encarna Carmona Cuenca, «el artículo 141 se consideró, desde la Sentencia dictada en el caso Defrenne, como expresión de un derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo».⁵

La redacción del *Tratado de la Comunidad Europea* (TCE) tras la reforma de 1997, favoreció la profundización en el segundo objetivo enunciado por el Tribunal. Este texto incluyó el principio de igualdad entre sexos como uno de los objetivos de la Comunidad; estableció como un mandato general la transversalidad de género; y reconoció expresamente la competencia de esta organización para tomar acciones de eliminación de diferentes causas de discriminación entre las que se incluye el sexo.⁶ Este marco competencial hizo definitivamente posible que la jurisprudencia del Tribunal fuera más allá del reconocimiento de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, de forma que se articulara la igualdad de trato entre sexos como un principio general del orden comunitario.

Los principales elementos que el Tribunal ha desarrollado en la evolución presentada, han tratado de salvar los estrictos límites de la igualdad formal en busca de unos pronunciamientos que incidieran en el objetivo de la igualdad material. En particular, pueden destacarse los argumentos a favor de la aplicación directa de la igualdad entre hombres y mujeres; la necesidad de una tutela judicial efectiva; y la prohibición de discriminación indirecta como instrumentos primordiales en esta labor. Las sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia han ido estructurando estos conceptos, convirtiéndolos en la base de una actuación judicial comprometida con garantizar a las víctimas de la discriminación por razón de sexo la restauración de sus derechos. Veamos algunos de sus caracteres.

3. STJUE de 8 de abril de 1976, caso *Gabrielle Defrenne v. Sociedad Anónima Belga de Navegación Aérea Sabena* (Asunto C-43/75), Defrenne II.

4. STJUE de 15 de junio de 1978, caso *Gabrielle Defrenne v. Sociedad Anónima Belga de Navegación Aérea Sabena* (Asunto C-149/77), Defrenne III; y STJUE de 10 de febrero de 2000, caso *Deutsche Bundespost Telekom v. Lilli Schöder* (Asunto C-50/96).

5. Ver «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», en CARRILLO, M. y LÓPEZ BOFILL, H. (Coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

6. Ver artículos 2, 3.2 y 13.1 TCE.

2.1. La aplicación directa del principio de igualdad entre hombres y mujeres

La capacidad de aplicación directa de la normativa de Derecho originario en materia de igualdad entre sexos se va a reconocer por vez primera en la sentencia Defrenne II. En este texto el Tribunal consideró que el artículo 119 (después 141 TCE y actual 157 TFUE) es una norma clara y precisa que «se impone, no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todos los convenios que tienen como fin regular de manera colectiva el trabajo asalariado, así como los contratos entre particulares». ⁷ Este pronunciamiento significaba dotar de eficacia general a un principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en todo el ámbito de aplicación de los tratados, de forma que supone una importante garantía que aleja al principio de igualdad entre sexos de la discrecionalidad de los Estados miembros.

El pronunciamiento del Tribunal en el caso Defrenne II despejó desde muy pronto la duda sobre la invocabilidad del Derecho Comunitario en materia de igualdad de sexos en los sistemas jurídicos internos, incluyendo los Tribunales nacionales. Ahora bien, la capacidad de aplicación directa también se ha extendido a las Directivas comunitarias en la materia, siempre que sea conforme a determinados presupuestos.

El Tribunal de Justicia ha reconocido en su jurisprudencia la posibilidad de la aplicación directa de las Directivas comunitarias cuando incluyan preceptos claros y precisos, y no se haya realizado su trasposición o ésta no sea conforme con su contenido. Esta regla general es también aplicable a las Directivas que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, de forma que se garantizaría la aplicación directa vertical de su contenido esencial. En particular, el Tribunal de Justicia ha subrayado la obligación de los Tribunales nacionales de realizar una interpretación conforme a las Directivas aplicables en esta materia, subrayando la primacía de éstas frente al Derecho de los Estados miembros; asimismo, ha reconocido la posibilidad de obtener un resarcimiento por parte del Estado debido a los daños ocasionados por la no trasposición o la trasposición incorrecta de una Directiva. ⁸

7. Ver apartado 39. Reino Unido e Irlanda habían negado el efecto directo de la disposición en sus alegaciones presentadas con motivo de este asunto. Consideraban que el concepto de retribución era impreciso, y que si se reconocía efecto directo se daría un problema de seguridad jurídica por su retroactividad y un problema económico por los costes del pago de la diferencia salarial. También la Comisión Europea consideró que el artículo 119 no tenía aplicación directa entre particulares, hasta tanto no se diera actos de desarrollo por parte del Derecho derivado; sin embargo, reconocía la aplicación directa respecto a las autoridades públicas. El pronunciamiento judicial se mostraría parcialmente comprensivo a los argumentos de los Estados, de forma que consideró que el efecto directo sólo podía considerarse desde la fecha de la sentencia y esto por «razones imperiosas de seguridad jurídica».

8. Ver STJUE de 10 de abril de 1984, caso *Sabine von Colson y Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen* (Asunto C-14/83); STJUE de 19 de noviembre de 1991, caso *Andrea Francovich*,

2.2. La tutela judicial efectiva de la igualdad entre hombres y mujeres

El Tribunal de Justicia ha subrayado el derecho a la tutela judicial de la igualdad de hombres y mujeres en numerosos pronunciamientos. De esta forma, ha consagrado expresamente el derecho a acudir a la vía jurisdiccional para la protección frente a la discriminación por razón de sexo consagrada en el Derecho de la Unión Europea. ⁹ Este mandato conlleva la obligación de los Estados miembros de asegurar la protección del sistema jurídico frente a los casos concretos de vulneración del Derecho a la igualdad, y esta obligación no cesa aunque lo haya hecho la situación que le servía de base.

El Tribunal ha considerado que, en desarrollo de la tutela judicial por los sistemas nacionales, deben respetarse los principios de equivalencia y de efectividad. Conforme al primero, la tutela de la igualdad entre hombres y mujeres tiene que ser equivalente a aquella que se otorga en los sistemas nacionales a otras nociones de naturaleza e importancia similar. A esta previsión se suma el mandato del Tribunal de Justicia respecto a la efectividad de los recursos previstos, de forma que las reglas de procedimiento o cualesquiera otras similares no pueden ser obstáculos para su ejercicio. ¹⁰

2.3. La prohibición de discriminación indirecta

De nuevo, uno de los conceptos primordiales del desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Justicia en materia de igualdad entre hombres y mujeres aparece enunciado en la sentencia Defrenne II, al señalar que la prohibición de discriminación atañe tanto a la discriminación directa como a la indirecta. Posteriormente, sería al enjuiciar casos de discriminación relativos a situaciones de trabajo a tiempo parcial donde el Tribunal desarrollaría extensamente este concepto. ¹¹

Para definir lo que debe entenderse por discriminación indirecta, pueden utilizarse las palabras del Abogado General Manzini en el asunto Teuling según las cuales «no se basa formalmente en el sexo, pero da lugar a un resultado práctico que no es diferente a aquel al que conducen las disparidades que se

Danila Bonifaci y otros v. Italia (Asuntos C-6/90 y C-9/90); y STJUE de 5 de marzo de 1997, caso *Brasserie du Pêcheur SA v. Dinamarca* (Asuntos C-46/93 y C-48/93).

9. Ver STJUE de 15 de mayo de 1986, caso *Marguerite Johnston v. Chiel Constable of the Royal Ulster Constabulary* (Asunto C-222/84), apartado 56.

10. En este sentido se pronuncia la sentencia Von Colson ya citada y las STJUE de 10 de abril de 1984, caso *Harz* (Asunto C-79/83) y STJUE de 2 de agosto de 1993, caso *M. Helen Marshall v. Southampton y South-West Hampshire Area Health Authority* (Asunto C-271/91), Mashall II.

11. Ver STJUE de 13 de mayo de 1986, caso *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* (Asunto C-170/84).

refieren explícitamente al sexo». ¹² Es decir, el Tribunal se enfrenta en estos casos a contextos aparentemente neutros en cuanto al sexo, pero que encubren situaciones de discriminaciones que proceden de una determinada posición personal y social. En estos casos el Tribunal ha planteado una obligación de resultado en la que se valora no sólo la letra de la norma o la apariencia de una práctica, sino sus resultados respecto a la consecución de una igualdad real. Este proceso lleva al Tribunal a analizar datos extrajurídicos de la realidad cotidiana de las mujeres en todo el territorio comunitario, y a tomarlos en consideración en sus razonamientos.

Como resultados concretos de esta aproximación destacan, sin duda, el concepto de trabajo de igual valor y la técnica de la inversión de la carga de la prueba. Para determinar si el trabajo es de igual valor, el Tribunal ha señalado que «debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable». ¹³

Para determinar el trabajo de igual valor se utilizan primordialmente datos estadísticos y, de ahí, puede evaluarse si existe una apariencia de discriminación que perjudique a un sexo frente a otro. El Tribunal de Justicia ha declarado que en estos casos debe invertirse la carga de la prueba, de forma que sea la institución empleadora la que justifique la situación aparentemente discriminatoria. ¹⁴

La valoración jurisprudencial en la que se utilizan datos extraídos de la realidad social ha permitido, por tanto, desenmascarar situaciones de aparente neutralidad para idear conceptos y técnicas jurídicas vinculadas con el objetivo de la búsqueda de una igualdad real entre sexos. Tanto el concepto de trabajo de igual valor como la técnica de la inversión de la carga de la prueba, han sido recogidos por el sistema normativo comunitario y, a través de la trasposición de directivas, por los sistemas normativos nacionales. En la actualidad aparecen como instrumentos perfectamente asentados en el sistema de protección jurídica del principio de igualdad entre sexos, y muestran una forma de razonamiento del Tribunal de Justicia que será interesante comparar con la relativa a medidas más contundentes de lucha contra la discriminación indirecta como son las acciones positivas.

12. Conclusiones del Abogado General de relativas a la STJUE de 11 de junio de 1987, caso *J. W. Teuling v. Consejo de Administración de la Bedrijfsvereniging Voor de Chemische Industrie* (Asunto C-30/85).

13. Ver STJUE de 26 de junio de 2006, caso *Cerámicas Royal Copenbaguen v. Susana Brunnhöfer* (Asunto C-381/99).

14. Ver STJUE de 27 de October de 1993, caso *Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health* (Asunto C-127/92).

III. LA ACCIÓN POSITIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El Derecho de la Unión Europea reconoce, de forma general, la posibilidad de desarrollar medidas nacionales de acción positiva que favorezcan a un sexo infrarepresentado en un sector determinado. Tanto el artículo 157 TFUE, como el 23 de la *Carta de los Derechos Fundamentales*, aluden a esta compatibilidad con el Derecho europeo, incluyendo un texto cuya letra procede de la reforma operada por el *Tratado de Amsterdam* sobre el entonces artículo 141 TCE. También el artículo 3 de la *Directiva 2006/54/CE* va a reconocer esta aceptación al señalar que «los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral». ¹⁵ Ahora bien, a partir de estas afirmaciones generales aparecen importantes incertidumbres respecto a lo que debe considerarse una acción positiva conforme al sistema jurídico europeo.

En el Derecho de la Unión Europea no existe una definición clara de acción positiva, ni del tipo de medidas que podrían encuadrarse en este concepto manteniendo su compatibilidad con el sistema europeo. Dada esta situación, es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la que se convierte en instrumento prioritario a la hora de delimitar, en la práctica, aquellas modalidades de promoción del sexo infrarepresentado que pueden considerarse conformes con las exigencias comunitarias.

Si nos centramos en el concepto de acción positiva en la jurisprudencia europea, de nuevo nos encontramos ante importantes interrogantes. Normalmente este tipo de técnicas va a suponer actuar directamente sobre el sector en el que existe una situación de infrarepresentación de un sexo, llevando a cabo medidas de contratación o promoción preferentes. Uno de los problemas jurídicos esenciales a la hora de valorar estas acciones, es que tampoco el Tribunal ha dado un concepto preciso y general de acción positiva, ni ha delimitado el tipo de actuaciones que puede comprender. En los aún escasos pronunciamientos en esta materia, el órgano jurisdiccional ha definido los parámetros principales con los que poder juzgar la compatibilidad de la acción positiva con el Derecho Comunitario, pero basándose en una aproximación que incluye la necesidad de enjuiciamiento caso a caso y que huye de cualquier categorización cerrada de este tipo de medidas.

Una primera evaluación general de los pronunciamientos del Tribunal en la materia muestra, además, una actitud vacilante y una clara preferencia por los conceptos de igualdad formal. El Tribunal de Justicia parece temer que las acciones positivas supongan una diferencia de trato contraria al principio de la

15. *Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*, DO L 204 de 26-7-2007.

igualdad y en claro perjuicio del varón, lo que le lleva a ostentar una posición de menos activismo que la desarrollada para la consecución de la igualdad de sexos en materia laboral. El problema radica en que la acción positiva enfrenta al Tribunal a un escenario en el que prima el componente social de la igualdad de sexos y su reconocimiento como un Derecho Humano Fundamental, necesitado de una actuación jurídica no sólo de protección sino de promoción. En este contexto, las soluciones no son fáciles y el órgano jurisdiccional no parece encontrar los argumentos necesarios para incidir en los complejos resortes de la igualdad material.¹⁶

Para realizar un análisis detallado de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en esta materia, se han incluido los dos apartados siguientes referidos a las sucesivas etapas acaecidas en la actividad jurisprudencial y normativa. La primera de ellas está marcada por las sentencias Kalanke y Marschall, que constituyen los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre acciones positivas. En estas sentencias se ha incluido el principal núcleo interpretativo que va a utilizar esta Institución en su evaluación de las medidas de promoción de un sexo infrarepresentado, por lo que suelen reiterarse las alusiones a sus textos en los casos posteriores en la materia.

La segunda etapa aparece tras la aprobación de la reforma del *Tratado de Ámsterdam*, momento en que se han producido algunos planteamientos jurisprudenciales que, si bien en buena medida siguen las líneas presentadas en Kalanke y Marschall, no pueden obtener la misma valoración debido al marco de obligaciones y competencial que se diseñó en aquella reforma. Esta segunda etapa debe considerarse aún abierta, ya que sólo es cuestión de tiempo que se planteen ante el Tribunal controversias derivadas de la implementación de acciones positivas en los ordenamientos jurídicos nacionales y, en el sistema normativo actual, sus pronunciamientos también tendrán que tener en cuenta la vigencia de un nuevo instrumento como es la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Veamos los elementos principales vigentes en cada una de estas etapas.

3.1. Las sentencias Kalanke y Marschall

La primera de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea referidas a acción positiva fue la emitida en el asunto Kalanke en 1995.¹⁷ En

16. Precisamente tras determinados pronunciamientos jurisprudenciales en materia de acción positiva han surgido voces críticas en la doctrina sobre la capacidad misma del propio Tribunal de Justicia para desarrollar pronunciamientos progresistas en esta materia. En particular, la composición lejos de la paridad del órgano ha sido puesta en entredicho como una de las causas de esta incapacidad. Ver Sally J. KENNEY, «Breaking the Silence: Gender Mainstreaming and the Composition of the European Court of Justice», *Feminist Legal Studies*, vol. 10, 2002, pp. 257-270, p. 264.

17. STJUE de 17 de octubre de 1995, caso *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* (Asunto C-450/93).

este caso tuvo que enjuiciar la conformidad con el Derecho Comunitario de un modelo de promoción preferente de mujeres en un sector de la administración pública en el que estaban infrarepresentadas. La normativa nacional exigía la preferencia de la mujer en los casos en los que existiera una valoración equivalente de los méritos, y esta normativa es la que tuvo que analizar el órgano jurisdiccional que, finalmente, emitió una sentencia contraria a la práctica nacional objeto de análisis.

El Abogado General Tesauro había presentado sus conclusiones el 6 de abril de 1995, y en ellas había considerado que la compatibilidad general de las medidas de acción positiva con el Derecho Comunitario no incluían un modelo que concedía la preferencia automática a las mujeres por ser sexo infrarepresentado. El Abogado General expresó su opinión de que a lo que facultaba el sistema comunitario era a la promoción de la igualdad de oportunidades, de forma que las medidas de acción positiva tendrían que adoptarse en materia de conciliación entre la vida profesional y familiar que es donde consideró que estaba el núcleo de las causas de este tipo de desigualdad.

El Tribunal de Justicia seguiría el mismo razonamiento, de forma que consideró que las acciones positivas quedaban efectivamente contempladas como una forma de promoción de la igualdad real entre sexos en el artículo 2.4 de la *Directiva 76/207/CEE*,¹⁸ pero siempre que se respetasen ciertos límites.¹⁹ En primer lugar, el Tribunal consideró que este precepto debía interpretarse como una excepción al principio de igualdad entre sexos, para seguidamente señalar que «una normativa nacional que garantiza la «preferencia absoluta e incondicional de las mujeres» en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva».²⁰ A esto añadirá, siguiendo la línea señalada por el Abogado General, que la norma nacional enjuiciada no incide en la igualdad de oportunidades, sino en la igualdad de resultados y esto no resulta acorde con la Directiva de referencia.²¹ Conforme a estos dos argumentos, el Tribunal considerará que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad entre los medios y los fines elegidos para la promoción de una igualdad real y, por lo tanto, que las medidas enjuiciadas no son acordes con el Derecho Comunitario.²²

18. *Directiva 76/207/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 a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo* DO L 39 de 14-2-1976. El artículo 2.4 de este texto establecía que «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 1».

19. Ver apartados 18 y 20.

20. Ver apartado 22.

21. Ver apartado 23.

22. Ver apartado 24.

El Tribunal utiliza, por tanto, la vulneración del criterio de proporcionalidad para señalar la incompatibilidad de una determinada medida de acción positiva con el sistema jurídico comunitario. En este marco general, lo más relevante serán los criterios utilizados para determinar la ausencia de esa proporcionalidad como son: la preferencia incondicional y absoluta de las mujeres; y el hecho de que la medida no afectase al principio de igualdad de oportunidades, sino a un resultado final que se imponía en la práctica.²³

La sentencia fue duramente criticada tanto por su escasa argumentación jurídica, como por el hecho de que restringía de forma importante la aplicación de medidas de acción positiva mediante la interpretación utilizada del artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE. Incluso la Comisión quiso matizar este pronunciamiento, emitiendo una interpretación en la que se señalaba que no podía considerarse prohibidos los sistemas de cuotas o promoción en general, sino sólo los establecidos de forma absoluta.²⁴ Conforme a este planteamiento, la Comisión propuso enmendar la Directiva 76/207/CEE en el sentido de incluir un texto que facilitase la interpretación favorable de las acciones positivas en el sistema comunitario.

La siguiente ocasión en la que el Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse sobre un caso similar fue en el asunto Marschall.²⁵ También aquí se cuestionaba un modelo de preferencia de las mujeres en un sector de la administración en el que estaban infrarepresentadas, y en situaciones en las que se presentasen méritos equivalentes. Esta vez el resultado del pronunciamiento jurisprudencial sería diferente.

El Abogado General Jacobs siguió el planteamiento de la sentencia Kalanke, y afirmó la incompatibilidad de las medidas enjuiciadas con el Derecho Comunitario en sus Conclusiones de 15 de mayo de 1997. Para Jacobs también en este caso unas medidas de acción positiva que se dirigieran más allá de la igualdad de oportunidades, y pretendieran la igualdad en los resultados, resultaba contraria al Derecho Comunitario.

Esta vez, sin embargo, el Tribunal no se mostró de acuerdo. En este caso se partió del mismo presupuesto según el cual la acción positiva es una excepción al principio de igualdad y, como tal, debe interpretarse de forma restrictiva.²⁶

23. El Tribunal de Justicia se ha mostrado claramente favorable a aquellas medidas cuyo objetivo no es la reserva de puestos de contratación o de promoción, sino otra serie de acciones que puedan incluirse en el concepto de la promoción de la igualdad de oportunidades. En este sentido puede verse particularmente la STJUE de 17 de marzo de 2002, caso *H. Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbebeer en Visserij* (Asunto C-476/99); y la STJUE de 28 de marzo de 2000, caso *Georg Badeck y otros* (Asunto C-158/97).

24. Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Kalanke, de 27 de marzo de 1996, COM (96) 88.

25. STJUE de 11 de noviembre de 1997, caso *Helmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* (Asunto C-409/95).

26. Ver apartado 32.

Pero, a partir de aquí, el Tribunal de Justicia señaló que «a diferencia de lo que ocurría con la normativa examinada en la sentencia Kalanke, una normativa nacional que, como la que es objeto del procedimiento principal, contiene una cláusula de apertura no sobrepasa esos límites si, en cada caso particular, 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 a favor del candidato de sexo masculino. No obstante, debe recordarse, a este respecto, que tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas».²⁷

La llamada cláusula de apertura se refería a un inciso de la normativa nacional objeto de evaluación, en el que se especificaba que, pese a la preferencia general por las mujeres, podría nombrarse a un candidato masculino si concurrían «motivos que inclinen la balanza a su favor».²⁸ La existencia de esta referencia es la que, a juicio del Tribunal, evita que la preferencia por un sexo pueda considerarse como absoluta e incondicional y permite afirmar, en consecuencia, su compatibilidad con el principio de proporcionalidad.

En este caso, por tanto, se deja a un lado la afirmación de que las acciones positivas sólo pueden actuar en el marco de la igualdad de oportunidades, y se valora únicamente la existencia de una cláusula de apertura para evaluar si ha existido proporcionalidad entre los medios utilizados y el objetivo de la igualdad. No cabe duda de que con esta aproximación se amplía la interpretación del encuadre en el que podrán desarrollarse las medidas de acción positiva, pero la argumentación utilizada no deja de presentar problemas.

La base del razonamiento del Tribunal es la «cláusula de apertura», pero esto no es más que una coletilla en la que se permite que el órgano evaluador pueda tener la opción de preferir a un candidato masculino. Si el presupuesto de la norma nacional es una equiparación de los méritos de los/as candidatos/as, no deja de resultar sorprendente que puedan valorarse condiciones que hagan que la balanza se incline hacia el varón, pero mucho más sorprendente es que sea precisamente esta previsión la que permite la compatibilidad de la medida con el Derecho comunitario. Parece que lo que resulta relevante para el Tribunal es que el órgano evaluador tenga siempre la posibilidad de valorar la situación caso a caso, de forma que no tenga *a priori* un condicionante absoluto a favor de uno de los sexos. El problema es que, en casos como el enjuiciado en el asunto Marschall, el análisis pormenorizado de cada situación ya debería hacerse al examinar los méritos alegados, por lo que resulta difícil entender la trascendencia de la cláusula de apertura en esta labor.

De la conjunción de las sentencias Kalanke y Marschall puede afirmarse que el Tribunal de Justicia ha considerado que las acciones positivas son compati-

27. Ver apartado 33.

28. Ver apartado 24.

bles con el Derecho de la Unión Europea, siempre que respeten el principio de proporcionalidad. La existencia de una cláusula de apertura es el elemento que se tendrá en cuenta para determinar que existe esta proporcionalidad, ya que permite que la preferencia por uno de los sexos no pueda considerarse como absoluta e incondicional.

3.2. La consolidación de la jurisprudencia en materia de acción positiva

Las sentencias Kalanke y Marschall señalaron algunos principios para la interpretación de la compatibilidad de las medidas de acción positiva con el Derecho Comunitario, pero el marco general en que se encuadrarían los pronunciamientos posteriores cambió tras la aprobación del *Tratado de Amsterdam*. En este texto se incluyó la formulación más avanzada del principio de igualdad entre hombres y mujeres que se había diseñado hasta aquel momento y que, en buena medida, es el que sigue vigente a través del TFUE y la *Carta de los Derechos Fundamentales*.

La reforma citada consagrará la juridicidad de las medidas de acción positiva al introducir un apartado 4 en el artículo 141, conforme al cual los Estados están facultados 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». Pero a esta previsión debe añadirse un contexto más amplio caracterizado por la aplicación del principio de transversalidad. La reforma operada en *Ámsterdam* incluye el reconocimiento de la obligación de tener en cuenta la igualdad de sexos en todo el ámbito competencial comunitario, superando la restricción que suponía circunscribirlo sólo a la igualdad de retribución. Los artículos 137 y 141 TCE extendieron el principio de transversalidad a todo el ámbito laboral, mientras que el 13 lo hizo a todos los ámbitos de la competencia comunitaria.

Puede afirmarse, por tanto, que a partir de la entrada en vigor del *Tratado de Amsterdam*, la aplicación 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 y, en consecuencia, 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.²⁹

29. Ver Jo SHAW, «The European Union and Gender Mainstreaming: Constitutionally Embedded or Comprehensively Marginalised?», *Feminist Legal Studies*, núm. 10, 2002, 213-226, ps. 221 y siguientes.

Este nuevo contexto normativo es el que tendrá que servir de base para valorar los pronunciamientos del Tribunal de Justicia posteriores a la firma del *Tratado de Ámsterdam*. Este instrumento mostraba la voluntad clara de los Estados por alcanzar un nuevo estadio en la lucha contra la discriminación por razón de sexo, de forma que se primara el ámbito social y de desarrollo de los Derechos Fundamentales en las acciones referidas a la igualdad entre sexos. El Tribunal tendría que tomar en cuenta este nuevo contexto, lo que incluiría nuevos parámetros a la hora de valorar la técnica de las medidas de acción positiva.

Después de Marschall, la siguiente sentencia referida a acciones positivas se produjo respecto al asunto Badeck.³⁰ El supuesto objeto de análisis se parecía a los enjuiciados en Kalanke y Badeck, de forma que de nuevo se valoraba una ley alemana que reconocía la preferencia de las mujeres en el acceso a ámbitos de la administración pública donde estaban infrarepresentadas. Una vez más, el Tribunal se ocupó de evaluar la compatibilidad de estas medidas con la Directiva 76/207/CEE y, en este caso, el resultado fue favorable a la normativa nacional.

Si se analiza el pronunciamiento del Tribunal, cabe destacar un cambio en su argumentación jurídica que aparecerá desde las Conclusiones presentadas por el Abogado General Saggio, el 10 de junio de 1999. Tanto en Kalanke como en Marchall, se había considerado que las medidas de acción positiva son una excepción al principio de igualdad entre sexos y, por tanto, que deben interpretarse restrictivamente y aplicarse sólo bajo determinados presupuestos. Sin embargo, el Abogado General Saggio desarrolló una aproximación en la que la igualdad formal y la sustancial aparecen como complementarias. Utilizando sus palabras:

«Cabe añadir que, si bien es cierto, como ya se ha indicado, que la legalidad de tales medidas se basa en la posibilidad de conciliar la acción positiva con el principio general de no discriminación, no es menos cierto que el principio de no discriminación, destinado a garantizar —a los efectos pertinentes en el presente asunto— la igualdad de trato de los trabajadores, y el principio de igualdad de oportunidades —sobre el que se basa la acción positiva—, dirigido a garantizar la igualdad de las condiciones efectivas de los trabajadores, o, mejor dicho, los principios de igualdad formal y de igualdad material, no son, como ha sostenido en muchas ocasiones un sector de la doctrina, totalmente antitéticos: en efecto, si la igualdad material se puede realizar mediante medidas que presentan, por su propio objeto, carácter discriminatorio, dicha igualdad material tiene, en realidad, el mismo objetivo que el primer principio, si bien con un alcance adicional por cuanto el legislador se hace cargo de corregir una situación de dificultad real de algunos grupos de población, dificultades que no se podrían afrontar garantizando el respeto del principio general de no discriminación. Si se sigue esta línea de razonamiento, cabe poner en duda que la igualdad material constituya la excepción con respecto a la igualdad formal y, en otros términos, que la norma en que se basa la acción positiva —en el caso de autos, el artículo 141

30. STJUE de 28 de marzo de 2000, caso *Georg Badeck y otros* (Asunto C-158/97).

CE, apartado 4, y el artículo 2, apartado 4, de la Directiva— presente carácter excepcional y deba, por tanto, interpretarse restrictivamente». ³¹

Esta aproximación supuso un cambio fundamental a la hora de conceptualizar las medidas de acción positiva, situándolas en una esfera interpretativa diferente. El Tribunal acogió este razonamiento y admitió, en consecuencia, que la acción positiva no sólo quedaba circunscrita a la igualdad de oportunidades, de forma que también podía actuar en el punto de llegada y articular una preferencia efectiva en la contratación o promoción del sexo infrarepresentado.

Ahora bien una vez aceptada esta nueva aproximación, el Tribunal de Justicia también va a afirmar la necesidad de que la acción positiva sea conforme al principio de proporcionalidad y, en este sentido, afirmó que «como ha subrayado el órgano jurisdiccional remitente, sólo en caso de que hayan obtenido la misma calificación una candidata y un candidato, hay que optar en favor de la candidata, siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción y no se oponga a ello ningún motivo de rango jurídico superior». ³² Es decir, de esta forma la preferencia por un determinado sexo no tiene carácter absoluto e incondicional, lo cual se había prohibido en Kalanke, y esto gracias a la introducción de una cláusula de apertura como se había señalado en Marschall. De nuevo la proporcionalidad se respeta gracias a que la normativa nacional incluye una metodología del análisis del caso a caso en el que tendrá que darse una valoración ponderada de todos/as los/as candidatos/as, y en la que se permite optar por una solución diferente a la propuesta por la preferencia general.

En este caso pueden repetirse las críticas a la cláusula de apertura que ya se han analizado en relación a la sentencia Marschall. Se prevé que la preferencia cese por una serie de causas que están contempladas en el mismo sistema jurídico en el que se inserta la norma y que, por lo tanto, tendrían que haber sido tenidas en cuenta en cualquier caso. Esta cláusula vuelve a ser el elemento primordial para considerar que el principio de proporcionalidad no ha sido vulnerado, lo que no deja de llevarnos a una interpretación estrictamente formal.

El Tribunal tendría que juzgar un nuevo caso referido a acciones positivas en la sentencia Abrahamsson. ³³ En este asunto existían algunas diferencias con los supuestos anteriores, ya que se había producido la preferencia en la contratación de una mujer con una cualificación inferior a la del varón. Es decir, aquí se enjuiciaba un caso concreto y no una normativa general, y además se había ido más allá de la equivalencia de los méritos a la hora de la preferen-

31. Ver apartado 26.

32. Ver apartado 33.

33. STJUE de 6 de julio de 2000, caso *Katarina Abrahamsson y Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist* (Asunto C-407/98).

cia por un sexo. El Tribunal de Justicia rechazó la compatibilidad del sistema comunitario con un mecanismo de acción positiva como el enjuiciado.

Una vez más, el órgano jurisdiccional utilizó los criterios de proporcionalidad y objetividad para evaluar el caso, y determinó que sólo cuando se alegaran méritos equivalentes podría darse una acción positiva. Esta decisión ha sido objeto de duras críticas, entre las que cabe destacar la de la profesora Paz Andrés de Santa María. Esta autora ha defendido que la consecución de una equiparación real entre hombre y mujer en cuanto 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. ³⁴

El caso Abrahamsson parece cerrar la puerta a las acciones positivas en las que no pueda afirmarse una equivalencia en los méritos entre quienes concurren a la contratación o promoción. A esto debe sumarse que, una vez más, pondrá en conexión el principio de proporcionalidad con la necesidad de que la preferencia a favor de uno de los sexos no sea absoluta, y de que exista un mecanismo de selección que permita considerar cada currículo de forma individual y concreta. En particular, el Tribunal señala, cuando se refiere al principio de objetividad, que «a este respecto, es importante destacar que el alcance de este requisito no se determina de forma precisa, de modo que la selección de un candidato, entre aquellos que tengan las capacitaciones suficientes, se basa, en definitiva, en el mero hecho de que pertenezca al sexo infrarrepresentado, incluso cuando los méritos del candidato así seleccionado sean inferiores a los de un candidato del sexo opuesto. Por añadidura, no se realiza un examen objetivo de las candidaturas que tenga en cuenta las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos. De ello se deduce que dicho método de selección no puede estar legitimado por el artículo 2, apartado 4, de la Directiva». ³⁵

A la vista de este pronunciamiento, Ángeles Martín Vida ha afirmado que «se va asentando, por tanto, la jurisprudencia de que, para que un modelo de medidas de acción positiva pueda ser considerado compatible con el Derecho Comunitario, todas las candidaturas presentadas a un procedimiento de selección han de poder ser valoradas individualmente, a efectos de permitir a la instancia decisoría tomar en consideración circunstancias particulares que puedan concurrir en la persona de los candidatos que no pueden beneficiarse de la acción positiva». ³⁶

34. Ver Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, «Una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial: Comentario a la sentencia del TJCE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson», *La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7, (2000), pp. 1254-1257.

35. Ver apartado 53 y conexos.

36. Ver María Ángeles MARTÍN VIDA, «Los más recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de acciones positivas: los casos Badeck y Anderson», *Artículo 14: Una Perspectiva de Género*, núm. 5, 2000, pp. 9-14, p. 12.

Efectivamente éste parece ser el principal hilo argumentativo de Tribunal de Justicia para valorar las medidas de acción positiva, y esto pese a los interrogantes que deja abiertos y que ya se han señalado.

De hecho, los mismos presupuestos son recordados en la sentencia Briheche, en la que se confronta con el Derecho Comunitario una normativa francesa que exime a las viudas que no se hayan vuelto a casar y que tengan necesidad de trabajar de la restricción de edad para el acceso al empleo público.³⁷ De nuevo aquí parece que es la ausencia de la cláusula de apertura el principal elemento para considerar que nos encontramos ante una acción contraria a las exigencias del principio de proporcionalidad. En este caso, el Tribunal declaró que «una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas en los sectores de la función pública debe considerarse compatible con el Derecho comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos [...]. [...] Estos requisitos se basan en el hecho de que, al determinar el alcance de cualquier excepción a un derecho fundamental, como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres consagrado por la Directiva, es necesario respetar el principio de proporcionalidad que exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido de este modo [...]».³⁸

La conclusión que aparece de la jurisprudencia analizada, es que el Tribunal de Justicia ha admitido la posibilidad de aplicar medidas de acción positiva que favorezcan al sexo infrarepresentado en materia de contratación y promoción, siempre que se respete el principio de proporcionalidad entre los objetivos perseguidos y los fines utilizados. A esto debe añadirse que, para que pueda considerarse que el principio de proporcionalidad se ha cumplido deben darse los siguientes presupuestos: los méritos alegados entre quienes se dirime la plaza deben ser equivalentes; tiene que incluirse una cláusula de apertura; y articularse un procedimiento que asegure que se tendrán en cuenta todas las circunstancias de las personas que concurren a la candidatura.

Difícilmente esta argumentación puede considerarse suficiente para responder a todas las incertidumbres jurídicas que plantean las acciones positivas en el sistema de la Unión Europea. Hay cuestiones en las que el Tribunal de Justicia ni siquiera ha emitido un pronunciamiento claro. Buen ejemplo de ello sería la delimitación de los grupos de sujetos que pueden verse favorecidos por las medidas de acción positiva. De la letra del Derecho vigente aparece con cla-

37. STJUE de 30 de septiembre de 2004, caso Serge Briheche v. Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale y Ministre de la Justice (Asunto C-319/03).

38. Ver apartados 23 y 24.

ridad que pueden ser favorecidos tanto mujeres como varones, y así lo ha reconocido el Tribunal.³⁹ Pero más allá de esto, no ha hecho grandes consideraciones sobre lo que debe entenderse como sexo infrarepresentado.

El Tribunal de Justicia suele hacer alusión al porcentaje del cincuenta por ciento cuando habla de infrarepresentación, pero sin incluir otra serie de factores cuantitativos que permitan definir esta situación en un caso concreto. Esta carencia argumental aparece claramente en la sentencia Badeck, en la que el órgano jurisdiccional no incluye ninguna valoración propia respecto a este tema, y esto pese a que se le planteaba la conformidad con el Derecho Comunitario de un sistema de acción positiva que utilizaba porcentajes de presencia femenina establecidos en función de quienes poseían una determinada cualificación.⁴⁰ Se muestra de esta forma el tipo de deficiencias que presentan las sentencias en materia de acción positiva y que motivarán sin duda nuevos pronunciamientos en el futuro.⁴¹

La actividad futura del Tribunal de Justicia deberá enfrentarse a la superación de las críticas planteadas, pero además debe tenerse en cuenta que, de nuevo, se ha operado una reforma en el marco normativo originario que no estará exenta de consecuencias. La *Carta de los Derechos Fundamentales* aparecerá como un nuevo instrumento a considerar en los pronunciamientos del órgano jurisdiccional, y debería apoyar nuevas aproximaciones al concepto de acción positiva.⁴²

La doctrina ya ha reflexionado sobre la incidencia que el nuevo contexto normativo debería tener en los pronunciamientos sobre medidas de acción positiva. Teresa Pérez del Río ya señaló hace unos años la necesidad de que cambiara la posición del Tribunal, debido a los cambios normativos operados por el *Tratado de Ámsterdam*, las Directivas aplicables y la *Carta* misma. Para esta autora a la vista del desarrollo del principio de transversalidad en las actuaciones comunitarias, resultaba difícil considerar la acción positiva como una excepción al principio de igualdad, de forma que aunque no pueda considerarse como una obligación, sí podría afirmarse que son incentivadas desde la esfera europea.⁴³ Otras reflexiones han ido más allá y, como Encarna Carmona

39. Ver STJUE de 7 de diciembre de 2000, caso Julia Schornbus v. Land Hessen (Asunto C-79/99).

40. Ver apartado 39 y siguientes.

41. Sobre este ámbito puede verse la llamada de atención que realiza María Ángeles MARTÍN VIDA, «Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia Marschall», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998, pp. 313-336, p. 333 y ss..

42. Para un mayor análisis de la normativa en materia de igualdad entre sexos recogida en la Carta, ver Rosa M^a GILES CARNERO, «El principio de igualdad entre hombres y mujeres en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 23 CDFUE)», en *Integración Europea a través de Derechos Fundamentales: de un sistema dual a otro integrado*, de Javier GARCÍA ROCA y Pablo A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Edits.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

43. Ver Teresa PÉREZ DEL RÍO, «Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario», *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 13, 2005, pp. 35-51, p. 49.

Cuenca, se han preguntado si ante la nueva proclamación del artículo 23 de la *Carta* existe una nueva posibilidad para argumentar el derecho a la reclamación individual de la igualdad material y, por tanto, de acciones positivas aplicables en sujetos y circunstancias concretas.

Sin duda, no resulta fácil contestar a esta pregunta. En el estado actual de desarrollo del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho Comunitario, parece difícil que se pueda ir más allá de considerar la plena juridicidad de estas medidas y estructurar un verdadero derecho a la acción positiva.⁴⁴ En cualquier caso, considero acertada la opinión de la citada autora respecto a que «no se debería descartar *a priori* la existencia de aquél derecho derivado del principio de igualdad en su vertiente material».⁴⁵ Desde luego, el poder sustanciar una base jurídica para un derecho subjetivo a la acción positiva supondría una verdadera novedad de la *Carta de los Derechos Fundamentales*, pero de nuevo, la respuesta definitiva a esta cuestión tendrá que venir prioritariamente de la actividad jurisprudencial. La escueta redacción del segundo párrafo del artículo 23 aporta poco a los problemas de interpretación de la acción positiva a los que el Tribunal de Justicia ya se ha enfrentado, y sí todo un esquema competencial nuevo enmarcado por vez primera en la defensa de Derechos Humanos Fundamentales. El Tribunal está llamado a resolver los problemas planteados con pronunciamientos más precisos, que tengan en cuenta todos los aspectos relacionados con el despliegue de las acciones positivas.

IV. CONCLUSIONES

La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad entre hombres y mujeres es enormemente rica, de forma que ha entrado en un fructífero diálogo con el resto de Instituciones con capacidad legislativa e incidido en el desarrollo del Derecho de la Unión Europea en la materia. En buena medida, esta jurisprudencia ha tratado de salvar la brecha existente entre la igualdad formal y la igualdad material, utilizando datos extrajurídicos en sus razonamientos y desarrollando técnicas normativas mediante las que promocionar cambios. La proclamación de la aplicabilidad directa de las normas en materia de igualdad entre sexos; la de la tutela judicial efectiva a esta igualdad; y la prohibición de la discriminación indirecta suponen elementos que el Tribunal ha desarrollado en sus pronunciamientos, y que se han utilizado para asegurar la eficacia de la normativa comunitaria en materia de igualdad entre sexos durante las últimas décadas.

44. La propia Convención incluyó en sus explicaciones a la Carta la referencia al artículo 52.2, de forma que el artículo 23.2 tiene que interpretarse conforme al desarrollo previo operado en el Derecho Comunitario. Ver *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, 2007/C (303/02), incluida en el *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C-303, de 14 de diciembre de 2007.

45. Ver *op. cit.*, pp. 19 y 21.

Estas afirmaciones generales deben matizarse cuando la valoración se centra en los pronunciamientos relativos a la compatibilidad de las acciones positivas con el Derecho de la Unión Europea. En estos casos, las sentencias no se han ocupado en profundidad de todos los elementos implicados y se han resguardado habitualmente en requerimientos formales para poder apoyar sus argumentos. Pese a esto, en los últimos años parece que el Tribunal ha empezado a abandonar la consideración de las medidas de acción positiva como una excepción del principio de igualdad, lo que ha abierto una puerta a nuevas líneas argumentativas.

En el momento actual, el Tribunal de Justicia vuelve a situarse como una de las Instituciones protagonistas en los nuevos desarrollos del principio de igualdad entre sexos. La *Carta de los Derechos Fundamentales* supone un nuevo instrumento que tendrá que ser tenido en cuenta en la interpretación en esta área y, en particular, respecto a las medidas de acción positiva. Nos encontramos por vez primera con un texto de Derechos Fundamentales en el sistema de la Unión Europea, de forma que queda incentivada la visión social de la igualdad entre sexos y abierta la puerta a medidas más ambiciosas de búsqueda de su efectividad.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz: «Una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial: Comentario a la sentencia del TJCE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson», *La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7, 2000, pp. 1254-1257.
- CARMONA CUENCA, Encarna: «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», en CARRILLO, M. y LÓPEZ BOFILL, H. (Coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GILES CARNERO, Rosa María: «El principio de igualdad entre hombres y mujeres en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 23 CDFUE)», en *Integración Europea a través de Derechos Fundamentales: de un sistema dual a otro integrado*, de Javier GARCÍA ROCA y Pablo A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Edits.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.
- KENNEY, Sally J.: «Breaking the Silence: Gender Mainstreaming and the Composition of the European Court of Justice», *Feminist Legal Studies*, vol. 10, 2002, pp. 257-270.
- MANGAS MARTÍN, Araceli: «Artículo 23. Igualdad entre mujeres y hombres» en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Araceli MANGAS MARTÍN (Dir.), Fundación BBVA, 2008, pp. 414-440.
- MARTÍN VIDA, María Ángeles: «Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia Marschall», *Revista Española de derecho Constitucional*, núm. 53, 1998, pp. 313-336.

- «Los más recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de acciones positivas: los casos Badeck y Anderson», *Artículo 14: Una Perspectiva de Género*, núm. 5, 2000, pp. 9-14.
- PÉREZ DEL RÍO, Teresa, «Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario», *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 13, 2005, pp. 35-52.
- SHAW, Jo: «The European Union and Gender Mainstreaming: Constitutionally Embedded or Comprehensively Marginalised?», *Feminist Legal Studies*, núm. 10, 2002, 213-226.

SEGUNDA PARTE

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO DE GÉNERO Y CONSTITUCIÓN