

IX

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES  
Y MUJERES (ARTS. 20 Y 23 CDFUE)

ROSA GILES CARNERO  
Profesora de Derecho Internacional Público  
Universidad de Huelva

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONTEXTO EN EL QUE SE INSCRIBE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES.—3. EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES.—4. LA CONFIGURACIÓN DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA.—5. CONCLUSIONES.

1. Introducción

La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* ha inaugurado una nueva fase en la delimitación y la protección de los Derechos Humanos en el proceso de integración europea, y esto pese a lo accidentado de su tránsito hacia la naturaleza de instrumento vinculante. En particular, este texto ha dedicado algunos de sus preceptos a la configuración y a la promoción del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Partiendo de la proclamación de un principio general de igualdad formal en el artículo 20, incluido en el Título III dedicado a *Igualdad*, ha desarrollado distintos preceptos relacionados con la consecución de una igualdad efectiva en relación a diversos ámbitos entre los que se incluye el sexo.

La regulación de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* en esta materia, debe enmarcarse en una larga evolución en la actividad de la Unión Europea para la promoción de la igualdad entre los sexos. Conforme a esto, puede señalarse que en este texto pretende incluirse de forma implícita el acervo comunitario en materia de igualdad entre hombres y mujeres, a lo que debe añadirse la experiencia previa desarrolla-

da en el marco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Por lo tanto, la novedad de la configuración del principio de igualdad entre sexos resulta relativa, ya que su formulación en la *Carta de los Derechos Fundamentales* responde a una evolución jurídica anterior. Este texto debe insertarse en un marco jurídico más amplio que prioritariamente incluye las novedades otorgadas en 1997 por el *Tratado de Ámsterdam* al *Tratado de la Comunidad Europea*, así como todo un Derecho derivado que ha acogido y desarrollado buena parte de los planteamientos de aquella reforma.

Este encuadre jurídico resulta especialmente relevante, debido a que en el sistema comunitario la actuación con base en el *Tratado de la Comunidad Europea* ha originado toda una experiencia en la interpretación y aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres que va a seguir siendo el principal referente en este ámbito. Esta práctica es la base sobre la que se van a estructurar los nuevos desarrollos normativos e institucionales a desarrollar en los próximos años, por lo que el análisis y la interpretación de los preceptos dedicados a la igualdad entre hombres y mujeres en la *Carta de los Derechos Fundamentales* tendrán que tener en cuenta y valorar este contexto. Sólo desde esta óptica puede señalarse con certeza el alcance de los nuevos preceptos, así como su capacidad para introducir parámetros efectivos de actuación en el sistema.

En particular, debe recordarse que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido una de las Instituciones con un mayor protagonismo en esta materia. La jurisprudencia del Tribunal ha permitido una amplia aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el sistema comunitario desde muy pronto, al tiempo que su interpretación ha sido la base de buena parte de las reformas desarrolladas en el Derecho originario. En los últimos años, puede destacarse además la importante labor interpretativa desarrollada por el Tribunal en relación al concepto de acción positiva incluida en el *Tratado de la Comunidad Europea* a través de la reforma operada por el *Tratado de Ámsterdam*.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha configurado, de esta forma, como una de las fuentes principales en el desarrollo del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho Comunitario europeo. La actual configuración de la igualdad entre sexos en la *Carta de los Derechos Fundamentales* puede también considerarse como uno de los frutos de esta labor jurisprudencial. Pero, además, desde el momento que este texto incluye algunos de los aspectos de mayor controversia en la evolución actual en este ámbito, la actuación jurisprudencial seguirá siendo necesaria para dotar de contenido último a estas previsiones. En particular, serán los límites de la acción positiva a favor del sexo menos representado la materia que más problemas interpretativos presentará en la labor del Tribunal de

Justicia y que ocupará, sin duda, un lugar destacado en los pronunciamientos jurisprudenciales en esta materia.

En el presente estudio se pretende analizar la regulación otorgada por la *Carta de los Derechos Fundamentales* al principio de igualdad entre hombres y mujeres, situándola en el contexto más amplio del Derecho Comunitario en la materia. El enfoque elegido pretende además incluir los principios desarrollados en los últimos años desde la metodología feminista del Derecho Internacional, destacando para ello las opciones de estructura y lenguaje utilizadas en el nuevo texto para la articulación del principio de igualdad entre sexos<sup>1</sup>.

Conforme a estos presupuestos, el texto se ha dividido en tres partes que, en buena medida, se corresponden con el análisis del contexto, así como del primer y del segundo párrafo del artículo 23. En primer lugar, se va a prestar especial atención al contexto en el que se sitúa la proclamación formal de la igualdad entre hombres y mujeres. En segundo lugar, se analizará la delimitación y el contenido del principio de igualdad entre sexos en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, incluyendo el estudio de los principales elementos de garantía que se recogen en el texto. En tercer lugar, se abordará el estudio de la configuración que este texto otorga a la acción positiva a favor del sexo menos representado. Se finalizará con unas breves conclusiones en las que se pretende valorar las novedades reales que aporta la *Carta de los Derechos Fundamentales* para la consecución de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, teniendo en cuenta el contexto de regulación que el Derecho Comunitario supone en la materia.

## 2. El contexto en el que se inscribe el principio de igualdad entre hombres y mujeres

La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* dedica su Título III a la reglamentación de la *Igualdad*. En primer lugar, este texto va a reconocer de forma general el principio de igualdad formal ante la ley y la prohibición de toda discriminación<sup>2</sup>. En particular, el artículo 21 incluye la prohibición de toda discriminación por razón de sexo, raza, color,

<sup>1</sup> Un ejemplo de la importancia que ha alcanzado la aproximación feminista en el estudio del Derecho Internacional lo encontramos en el Simposium sobre Metodología en Derecho Internacional, que fue publicado en el *American Journal of International Law* de abril de 1999. En aquel momento fue incluida entre las siete orientaciones metodológicas calificadas como fundamentales en el desarrollo actual del Derecho Internacional. Ver «Symposium on Method in International Law», *American Journal of International Law*, vol. 93, núm. 2.

<sup>2</sup> Ver artículos 20 y 21 de la *Carta de Derechos Fundamentales*.

orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Se recoge, de esta forma, una configuración de la igualdad en la que se mezclan referencias clásicas con otras más novedosas, dibujándose un principio amplio y diverso<sup>3</sup>.

El sexo queda incluido en la relación de condiciones por las que expresamente se prohíben las acciones discriminatorias, ocupando un primer lugar pero sin referencia alguna a cualquier tipo de especificidad. Frente a esto, la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad se añade como un principio autónomo en un párrafo aparte, lo que resulta consecuente con su relevancia específica en la construcción de la integración europea. En este ámbito no puede olvidarse que la igualdad de trato supone la base prioritaria del contenido jurídico de la ciudadanía europea y, por lo tanto, se sitúa como el núcleo principal del desarrollo social y político de la Unión Europea<sup>4</sup>.

A partir de la configuración general recogida en los artículos 20 y 21, la *Carta de los Derechos Fundamentales* dedicará los siguientes preceptos a desarrollar la regulación del principio de igualdad en algunos ámbitos específicos. La elección de estos no deja de sorprender, por cuanto abarca materias con diversa trascendencia en la integración europea y sobre las que se ha producido un diverso desarrollo previo en el ámbito comunitario. El primer apartado aparecerá con el rótulo «Diversidad cultural, religiosa y lingüística» y se configura más como un principio general de la Unión que como un derecho fundamental con capacidad de ser utilizado como protección individual ante acciones discriminatorias específicas y concretas<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Conforme a las explicaciones de la Convención al texto de la *Carta de Derechos Fundamentales*, el artículo 21 estaría inspirado en el artículo 13 del *Tratado de la Comunidad Europea*, sustituido ahora por el artículo 19 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*; en el artículo 14 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*; y en el artículo 11 del *Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina*. 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.

<sup>4</sup> Conforme al artículo 52.2 de la *Carta de Derechos Fundamentales*, el alcance de la previsión incluida en el segundo párrafo del artículo 21 debe interpretarse conforme a las condiciones y dentro de los límites que prescribe el Derecho Comunitario originario. Por lo tanto, será la regulación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad contenida en los tratados constitutivos el marco de referencia para la aplicación de este precepto.

<sup>5</sup> El artículo 22 se limita a señalar que «la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística». Conforme a las explicaciones de la Convención al texto de la *Carta de Derechos Fundamentales*, este artículo se basa en los artículos 3 y 6 del *Tratado de la Unión Europea* y el artículo 151.1 y 4 del *Tratado de la Comunidad Europea*, sustituido por el artículo 167.1 y 4 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, referido a cultura. Asimismo, se inspira en la Declaración núm. 11 del Acta Final del Tratado de Ámsterdam

En segundo lugar, aparece el apartado dedicado a la «Igualdad entre mujeres y hombres», el cual resulta un compendio de algunos de los desarrollos previos que se han dado en este ámbito en el marco de la jurisprudencia y del Derecho Comunitario. La actuación comunitaria en materia de igualdad de sexos tiene un largo recorrido, cuyo inicio aparece en la proclamación de la igualdad de retribución en el artículo 119 de la versión original del *Tratado de la Comunidad Europea* de 1957. La evolución posterior vendrá de la mano, principalmente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que desarrollará el principio de igualdad entre sexos en base a su implicación para un correcto funcionamiento del mercado interior, aunque también debe destacarse el importante desarrollo de este principio en el Derecho Comunitario derivado promocionado por la Comisión Europea.

En particular, el Tribunal de Justicia ha desarrollado en las pasadas décadas toda una actividad interpretativa cuyos principales frutos quedaron incluidos en el Derecho Comunitario originario a través de la reforma operada por el *Tratado de Ámsterdam* en 1997<sup>6</sup>. A partir de esta reforma, el artículo 2 del *Tratado de la Comunidad Europea* configura al principio de igualdad entre hombres y mujeres como uno de los objetivos de la Comunidad, mientras que el artículo 3 señala la obligación de tomar en consideración este principio en el desarrollo de todas sus políticas. De esta forma, adquiere naturaleza jurídica vinculante un principio de transversalidad que promueve la evaluación de la perspectiva de género en todas las actuaciones comunitarias, tanto las desarrolladas por las Instituciones como por los Estados miembros.

Los dos apartados siguientes se dedican a enumerar la especial aplicación de diferentes derechos en dos edades como son la infancia y las personas mayores<sup>7</sup>. A esto se sumará un último precepto en el que se recoge un

---

sobre el Estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales, que se recoge ahora en el artículo 17 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. 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.

<sup>6</sup> La jurisprudencia comunitaria ha incluido el reconocimiento de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres como uno de los medios para la eliminación de barreras a la libre competencia en el mercado interior y, a partir de ahí, ha considerado la igualdad de trato entre sexos como un principio general del orden comunitario. Esta labor comenzó con la sentencia referida al asunto *Defrenne II*, emitida el 8 de abril de 1976. El Tribunal de Justicia afirmó entonces la cualidad de aplicación directa del 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>7</sup> Ver artículos 24 y 25 de la *Carta de los Derechos Fundamentales*. Merece la pena hacer una breve alusión al lenguaje utilizado en los rúbulos y el contenido de estos preceptos. La ausencia de un lenguaje no sexista en el artículo 24 dedicado a los «Derechos del niño» no sorprende tanto como la incoherencia con el resto del lenguaje utilizado en el

listado de derechos de las personas discapacitadas<sup>8</sup>. Estos tres preceptos hacen referencia a ámbitos en los que se ha producido una escasa actuación previa del sistema comunitario y resultan novedosos en un instrumento general de proclamación de Derechos Humanos Fundamentales<sup>9</sup>.

Desde una perspectiva de género, el problema principal del reconocimiento conjunto de esta amalgama de derechos y objetivos relacionados con el principio de igualdad es que queda desdibujada la especial naturaleza que presenta la actuación en materia de igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho Comunitario actual. En el sistema vigente la promoción del principio de igualdad es un objetivo de la Comunidad Europea que tiene que valorarse en toda acción comunitaria, cualquiera que sea el ámbito de competencias en el que se desarrolle. Precisamente es por la existencia de esta realidad jurídica, por lo que una configuración diferente de la discriminación por razón de sexo hubiese sido oportuna en la *Carta de los Derechos Fundamentales*.

Por un lado, se ha perdido la oportunidad de recoger este principio de forma autónoma en la relación de las condiciones de discriminación que quedan formalmente prohibidas en el artículo 21. Como ha señalado Octavio Salazar Benítez, al igual que aparece la diferenciación de la discriminación por razón de la nacionalidad, «no hubiera estado de más recoger de manera expresa la discriminación por razón de sexo que es la única de carácter transversal y a la que siempre aparecen sumadas otros motivos de discriminación o de situaciones en las que se encuentre la mujer»<sup>10</sup>.

Por otro lado, no cabe duda de que en el Título III se incluyen de forma indistinta derechos subjetivos susceptibles de ser reivindicados individualmente en vía jurisdiccional y objetivos programáticos que incluyen ámbitos competenciales comunitarios y nacionales, y que esto no deja de producir ciertas consecuencias a la hora de valorar el tratamiento otorgado a la igualdad entre hombres y mujeres. La diversidad de naturaleza de los

---

Título III. La *Carta de los Derechos Fundamentales* utiliza con frecuencia el masculino neutro para referirse a distintos grupos específicos, pero en este caso ha cuidado las referencias a las «personas mayores» y a las «personas discapacitadas», mientras que ha mantenido el masculino en el «niño». No deja de sorprender esta diversidad de aproximaciones en un mismo Título, lo que resulta de difícil interpretación respecto a la preferencia de quienes redactaron el texto por un lenguaje sexista o no.

<sup>8</sup> Ver artículo 26 de la *Carta de los Derechos Fundamentales*.

<sup>9</sup> En las explicaciones de la Convención al texto de la *Carta de Derechos Fundamentales*, se señala que el artículo 24 está basado en la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 20 de noviembre de 1989, mientras que los artículos 25 y 26 se inspiran en la *Carta Social Europea* y en la *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*. 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.

<sup>10</sup> Ver Octavio SALAZAR BENÍTEZ, «Las mujeres y la Constitución Europea», *Foro Constitucional Iberoamericano (Revista Digital)*, núm. 8., 2004, págs. 1-26, pág. 19.

preceptos recogidos en la *Carta* es una característica general en este texto y no sólo de este apartado, de forma que como ha afirmado Francisco Rubio Llorente «los Derechos de la Carta tienen estructuras muy diversas y sólo una definición amplísima de la categoría permite incluir a todos ellos en el conjunto de los Derechos Fundamentales»<sup>11</sup>. Sin embargo, esta situación resulta especialmente relevante en relación a los preceptos incluidos en el Título III, respecto de los que la doctrina ya ha señalado ampliamente la diversidad de su naturaleza jurídica<sup>12</sup>.

En particular, la multiplicación de condiciones de discriminación abordadas y su diversa naturaleza jurídica resta relevancia al tratamiento particularizado que se recoge en el artículo 23 respecto de la igualdad entre sexos. A esto puede añadirse que, dado este tipo de aproximación no estrictamente basada en el reconocimiento de derechos subjetivos, hubiese sido adecuado incluir alguna referencia a la relevancia de la aplicación de la transversalidad para alcanzar la igualdad material entre hombres y mujeres. Destaca en este sentido la diversidad de planteamiento que se ha elegido respecto a la protección del Medio Ambiente, ámbito en el que el Derecho Comunitario también prescribe la aplicación de una actuación transversal. En materia medioambiental, en lugar de configurarse un derecho subjetivo se ha optado por subrayar la integración de la protección y la mejora ambiental en todas las políticas de la Unión<sup>13</sup>. Sin embargo, en lo que respecta a la igualdad entre hombres y mujeres no se incluye referencia alguna a esta aproximación la cual ha supuesto, en buena medida, uno de los principales logros del desarrollo normativo comunitario en materia de igualdad de género.

---

<sup>11</sup> Ver «Una Carta de dudosa utilidad». En *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea* de Francisco Javier MATIA PORTILLA, Civitas-Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid-Caja España, Madrid, 2002, págs. 169-201, pág. 191.

<sup>12</sup> Un ejemplo interesante es la calificación que señala Stefan ENCHELMAIER al precisar que en este Título quedan incluidos indistintamente un reconocimiento general del principio de igualdad (artículo 20); la regulación de dos derechos subjetivos referidos a la igualdad (artículos 21 y 23); la regulación de tres derechos subjetivos que no son estrictamente de igualdad (artículos 21, 25 y 26); y una Declaración general (artículo 22). Ver «Equality Rigths: Market Economy, Free Competition; and Rights of Equality». En *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de Carlos RUIZ MIGUEL (coord.), Servizio de Publicações e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, págs. 53-82, pág. 54.

<sup>13</sup> El artículo 37 precisa que «en las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad».

### 3. El contenido del principio de igualdad entre hombres y mujeres

El primer párrafo del artículo 23 de la *Carta de los Derechos Fundamentales* establece que «la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución». Se incluye así una proclamación general de un derecho a la igualdad entre sexos con una redacción poco clara.

Por un lado, al incluir los términos «deberá garantizarse» parece configurar un derecho subjetivo no sólo a una igualdad formal proclamada en los preceptos anteriores, sino que también vendría referida a una igualdad material que tanto las Instituciones comunitarias como los Estados miembros deberían asegurar<sup>14</sup>. Esta aproximación va a presentar importantes problemas interpretativos, que se agudizan a la hora de abordar el análisis de la posibilidad de adoptar acciones positivas a favor del sexo infra-representado en cada sector de actividad.

Por otro lado, la referencia general a «todos los ámbitos» puede ser interpretada, conforme a las explicaciones de la Convención, como alusiva al reconocimiento del principio de igualdad entre hombres y mujeres entre los objetivos de la Comunidad Europea vigente en la versión actual del *Tratado de la Comunidad Europea*<sup>15</sup>. Esta aclaración no resultaría tan necesaria si se hubiese incluido una referencia más clara a la aplicabilidad de la transversalidad de género en este ámbito, lo que resulta un aspecto relevante de la actual regulación comunitaria en la materia.

A esta indicación debe añadirse la dudosa interpretación del énfasis que se otorga a la garantía de la igualdad de sexos en las materias concretas de empleo, trabajo y retribución. Al margen de las críticas recibidas por no incluir otras esferas concretas, parece que lo que se ha pretendido es desta-

---

<sup>14</sup> Es común en la doctrina distinguir entre los conceptos de igualdad formal y de igualdad material, de forma que mientras que el primero supone el mero reconocimiento jurídico de un derecho a la igualdad, el segundo conlleva la necesidad de desarrollar los instrumentos necesarios para que se produzca un cambio social acorde con el cumplimiento de ese derecho. En relación a la interconexión de ambos conceptos en la *Carta* es interesante el análisis realizado por Carmen SÁEZ LARA en relación a la conexión entre los artículos 20 y 21 y el artículo 23 de la *Carta de los Derechos Fundamentales*. En opinión de esta autora, éste último precepto supone la estrategia para alcanzar en materia de igualdad de sexos la proclamación general de prohibición de discriminación. Ver «Igualdad ante la ley y no discriminación: las Políticas de género». En *Comentarios a la Constitución Europea. Libro II* de Enrique ÁLVAREZ CONDE y Vicente GARRIDO MAYOL (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 711-769, págs. 765 a 767.

<sup>15</sup> En la última versión de las explicaciones desarrolladas por la Convención, ésta reitera que el artículo 23.1 está inspirado en los artículos 2 y 3.2 del *Tratado de la Comunidad Europea*, incluidos como artículos 3 del *Tratado de la Unión Europea* y 8 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. 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.

car precisamente aquellos ámbitos en los que se ha producido todo un desarrollo jurisprudencial y de Derecho Comunitario derivado y que, por tanto, configuran el núcleo duro del principio de igualdad de sexos en el sistema comunitario actual. Por lo tanto, quizás hubiese sido más acertado incluir «sobre todo» que «inclusive», ya que no se trata de un aspecto en el que haya que enfatizar que está dentro del principio de igualdad, sino que supone el principal ámbito de regulación de éste en el sistema comunitario.

Ahora bien, esta referencia específica en una regulación tan escueta como la de la *Carta de los Derechos Fundamentales* no deja de plantear determinadas consecuencias. De esta redacción puede inferirse que la principal preocupación comunitaria por la regulación del principio de igualdad entre sexos sigue estando anclada en la necesidad del desarrollo armonioso del mercado interior, más que en planteamientos de protección de Derechos Humanos Fundamentales.

La igualdad de retribución, acceso y oportunidades en el empleo fue reconocida desde la primera versión del *Tratado de la Comunidad Europea* en su artículo 119, actual 141 y transcrito como 157 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. Como ha sido señalado frecuentemente, la motivación de los Estados miembros al incluir esta previsión no se situaba en una preocupación por el principio de igualdad de género, sino que pretendía evitar las distorsiones que podían producirse en el mercado interior si se permitía la permanencia en determinados Estados de una mano de obra femenina con costes salariales inferiores a los de la masculina. En opinión de Araceli Mangas Martín «esto explica la técnica jurídica tan distinta del artículo 119 y de los artículos 117, 118 ó 120. El principio de igualdad en materia de retribuciones se establece como una obligación jurídica, concreta, que genera derechos subjetivos exigibles y que, por tanto, tiene un carácter imperativo u obligatorio»<sup>16</sup>.

Frente a la pasividad demostrada en las primeras décadas por otras Instituciones comunitarias en el desarrollo posterior de esta primera previsión, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desarrolló una amplia labor jurisprudencial en materia de igualdad entre sexos en el ámbito laboral<sup>17</sup>. Este órgano jurisdiccional se convirtió en la verdadera fuente de

<sup>16</sup> Ver «Jurisprudencia europea en materia de no discriminación por razón de sexo: discriminaciones directas», en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Ámsterdam*, Instituto de la Mujer, 2001, págs. 31-40, p. 31.

<sup>17</sup> Esta temprana previsión no fue seguida por el desarrollo de una actividad institucional adecuada. A pesar del carácter imperativo del artículo 119 la Comisión no exigió su cumplimiento y los Estados se dieron el plazo de la primera etapa del periodo de transición, es decir hasta 1961, para poner en marcha el principio de igualdad de retribución. Una vez concluido el periodo, los Estados siguieron sin tomar medidas de ejecución de este principio y la Comisión sin tomar medida alguna. Araceli MANGAS MARTÍN ha señala-

desarrollo de un principio general de prohibición de discriminación entre hombres y mujeres cuyo fundamento se asentaba, de nuevo, en la prevención y eliminación de distorsiones en el mercado interior. La labor jurisprudencial del Tribunal comenzó en 1975 con el desarrollo de sus principales planteamientos en la materia en las sentencias sobre los casos *Defrenne I, II y III*.

En particular, en la sentencia *Defrenne II* el Tribunal de Justicia consideró que el artículo 119 del *Tratado de la Comunidad Europea* contenía precisiones claras y precisas y, por lo tanto, concluía que podía darse la aplicación directa de este precepto tanto respecto de las autoridades públicas como respecto a las relaciones entre particulares<sup>18</sup>. Como Encarna Carmona Cuenca ha señalado, «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»<sup>19</sup>. Ahora bien, según el Tribunal esta previsión tiene una doble finalidad: por un lado, una finalidad económica, que es la de salvaguardar la competencia intracomunitaria; por otro, una finalidad social, ya que la Comunidad Europea no se limita a una unión económica, sino que tiene que asegurar el progreso social y la mejora de las condiciones de vida y empleo.

Cuando el Tribunal de Justicia se ha situado en la primera de estas finalidades, ha desarrollado una jurisprudencia progresista que en buena medida ha sido posteriormente recogida en el Derecho Comunitario tanto originario como derivado. El Tribunal ha delimitado conceptos como el de retribución y de igual trabajo que posteriormente serían recogidos por la reforma del *Tratado de Ámsterdam*, al tiempo que ha aceptado la inversión

---

do el «papel vergonzante» desarrollado por la Comisión «en una materia tan delicada que afecta a sus competencias, a los compromisos pactados que debe hacer cumplir y a los derechos de los particulares en el sistema de la integración». Ver *op. cit.*, pág. 33.

<sup>18</sup> Reino Unido e Irlanda negaban el efecto directo de la disposición. 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. Por su parte, la Comisión Europea también 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 finalmente comprensivo a los argumentos de los Estados. En función de esto, consideró que el efecto directo sólo podía considerarse desde la fecha de la sentencia y no desde el final de la primera etapa acaecido el 1 de enero de 1962, y esto por «razones imperiosas de seguridad jurídica». Esta aproximación ha sido fuertemente protestada, de forma que el Tribunal tuvo que volver a justificar este planteamiento en la sentencia de 10 de febrero de 2000. Ver C-270/97 y 271/97, para. 45 a 47.

<sup>19</sup> Ver «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», en Marc CARRILLO, M. y Héctor LÓPEZ BOFILL (coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

de la carga de la prueba en los casos en los que se alega discriminación, lo cual sería recogido posteriormente por la Directiva del Consejo 97/80/CE de 15 de diciembre de 1997. A esto puede añadirse el interés del Tribunal de Justicia por subrayar la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para la aplicación del Derecho Comunitario derivado en materia de igualdad de sexos, incluyendo el establecimiento de los cauces que aseguren la tutela judicial efectiva de los sujetos afectados<sup>20</sup>. Sin embargo y como veremos en el siguiente apartado, el Tribunal se siente menos cómodo cuando la finalidad de sus actuaciones se aleja de esta primera finalidad y se centra en la consecución del progreso social y la mejora de las condiciones de vida y empleo de las mujeres.

La alusión al empleo y a la retribución en el artículo 23 de la *Carta de Derechos Fundamentales* resulta plenamente entendible a la vista de esta evolución previa, pero precisamente por esto muestra que no se ha producido un cambio sustancial en el enfoque de esta materia. La Convención misma explicará que este artículo se basa en la versión actual del artículo 141 y en el artículo 4.2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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<sup>21</sup>. A esto debe añadirse que, por aplicación del artículo 51 de la *Carta de los Derechos Fundamentales*, esta regulación debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones y los límites previstos en el sistema comunitario lo cual, de nuevo, sitúa al artículo 23 en el contexto de la regulación comunitaria actualmente vigente y le resta la capacidad de suponer un cambio sustantivo en la materia<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Ver, en particular sobre la necesidad de asegurar una tutela judicial efectiva, las sentencias en los casos *Johnston* de 1986, *Von Colson y Kamann y Harz* de 1984 y *Marsball II* de 1986.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> Debe destacarse, además, que el tercer párrafo del artículo 51 incluye la referencia al *Convenio Europeo de Derechos Humanos* como referente a tener en cuenta a la hora de fijar el contenido definitivo de los preceptos de la *Carta*. De esta forma se incorpora la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta interpretación, lo cual lleva al planteamiento de dos problemas que resultarán relevantes en la aplicación de la *Carta de Derechos Fundamentales* en esta materia: por un lado, el carácter conservador de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en relación a la interpretación de la igualdad de género; y, por otro, a las dificultades con las suele encontrarse el Tribunal de Luxemburgo a la hora de incluir remisiones al *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Sobre estas cuestiones puede verse, respectivamente, las obras de Ralph SANDLAND, «Crossing and not Crossing: Gender, Sexuality and Melancholy in the European Court of Human Rights», *Feminist Legal Studies*, vol. 11, 2003, págs. 191-209; y de Mark BELL, «A Hazy Concept of Equality», *Feminist Legal Studies*, vol. 12, 2004, págs. 223-231.

La ausencia de la voluntad para diseñar una aproximación más ambiciosa puede detectarse además en la redacción de otros apartados de la *Carta de Derechos Fundamentales* que interfieren en este ámbito, y que merecen algún comentario adicional.

El Título IV de este texto recoge, bajo el rótulo de *Solidaridad*, diversos preceptos que inciden en el desarrollo de la vida laboral y profesional<sup>23</sup>. En este apartado resulta sorprendente la ausencia de referencias a las mujeres, a lo que se une la utilización preeminente, aunque no única, del masculino neutro. En particular, puede destacarse la redacción del artículo 33 dedicado a la «Vida familiar y vida profesional». Tras este ambicioso rótulo se incluye únicamente la protección frente al despido por causas relacionadas con la maternidad, el derecho a un permiso pagado por maternidad y a uno por paternidad, aunque en este caso no se precisa si retribuido o no<sup>24</sup>.

Octavio Salazar Benítez ha desarrollado una dura crítica a esta aproximación, incluyendo tanto cuestiones de lenguaje como de contenido<sup>25</sup>. Desde luego desde la primera de estas perspectivas, resulta sorprendente que al referirse al «despido por causa relacionada con la maternidad» se haga alusión a «toda persona». La «maternidad» también es incluida de forma genérica en el artículo 34, dedicado a «Seguridad Social y ayuda social», con lo que se reitera la huida de introducir el término mujer. Respecto a las cuestiones más de fondo de asunción de estereotipos a las que se ha referido Octavio Salazar Benítez, no cabe duda de que se asume que el permiso parental es en sí mismo el logro a reivindicar y esto frente a un permiso de maternidad que se exige retribuido.

Un último apartado que cabe destacar en el análisis de la configuración del principio de igualdad en el primer párrafo del artículo 23 y los artículos referidos que pueden conectarse a aquel, es la ausencia de determinadas referencias que podrían haber sido tenidas en cuenta en el momento actual de desarrollo de este principio en el ámbito comunitario. El análisis basado en la metodología de la perspectiva feminista del Derecho Internacional, ha destacado en los últimos años la importancia del análisis de los silencios en la normativa dedicada a la igualdad de sexos y la protección específica de los derechos de las mujeres. Estos silencios muestran con claridad los olvidos que se han producido en el desarrollo de una normativa

<sup>23</sup> Ver artículos 27 y siguientes de la *Carta de Derechos Fundamentales*.

<sup>24</sup> Para un mayor análisis de este apartado puede consultarse el trabajo del Profesor Pablo SANTOLAYA MACHETTI incluido en este mismo estudio, así como el trabajo del mismo autor «Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (art. 8 CEDH)» en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, de Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA MACHETTI, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, págs. 487-508.

<sup>25</sup> Ver *op. cit.*, págs. 19 y 20.

que está lejos de suponer un avance real frente a la actual reglamentación del principio en el sistema comunitario.

Algunos de esos silencios ya han sido destacados. Se ha evitado una referencia independiente a la igualdad de sexos en el artículo 21, pese a que la evolución de su reglamentación en el sistema comunitario podría haber apoyado esta opción. A esto se suma que, de nuevo, se ha evitado subrayar el carácter transversal del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el párrafo primero del artículo 23, pese a que es uno de los rasgos más relevantes en esta materia en Derecho Comunitario actual. Además, en este precepto, se han evitado referencias específicas a sectores más novedosos en los que puede promocionarse la igualdad, conformándose con las referencias clásicas a «empleo, trabajo y retribución». Por último, en los artículos conexos sobre esta materia, incluidos en el Título IV, se huye de referencia alguna a cualquier mención expresa a las mujeres y esto pese a que se incluyen referencias amplias a grupos que, previsiblemente, ostentan una posición desventajosa en el mercado laboral.

La configuración última del principio de igualdad entre hombres y mujeres en la *Carta de Derechos Fundamentales* no puede entenderse sin el análisis de la referencia expresa que se efectúa a la posibilidad de adoptar acciones positivas que se configuran como uno de sus límites. Esto requiere un estudio aparte, incluido en el siguiente apartado.

#### 4. La regulación de la acción positiva

Uno de los aspectos más destacados de la regulación de la *Carta de los Derechos Fundamentales* en materia de igualdad de sexos es la referencia expresa que incluye en relación a la posibilidad de la adopción de acciones positivas a favor del sexo menos representado. El segundo párrafo del artículo 23 señala que «el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado». Esta redacción suscita algunas consideraciones, tanto en relación a la naturaleza y límites que se otorga a la acción positiva, como respecto a los sujetos a los que va dirigida<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> El debate sobre la naturaleza, contenido y límites de la acción positiva supone en la actualidad uno de los principales elementos de la doctrina en la materia. En el espacio español pueden consultarse, en particular, las obras de María Ángeles BARRERÉ UNZUETA, «Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, 2001 y «La acción positiva: análisis del concepto y propuesta de revisión». *Ponencia presentada a las Jornadas de políticas locales para la igualdad entre hombres y mujeres, Palacio de Congresos Europa*, Victoria-Gasteiz, 2002; María Ángeles MARTÍN VIDA, *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Cívitas, Madrid, 2003;

Como la propia Convención ha reconocido, la redacción de este precepto es producto de una evolución previa en el Derecho Comunitario cuyos elementos principales hay que buscarlos, una vez más, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en la reforma operada por el *Tratado de Ámsterdam*<sup>27</sup>. El órgano jurisdiccional comunitario se había apoyado en la *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* para considerar la conformidad con el Derecho Comunitario de algunas medidas nacionales de acción positiva a favor de las mujeres.

El *Tratado de Ámsterdam* consagraría finalmente esta compatibilidad al introducir un apartado 4 en el artículo 141 en el que expresamente se reconoce la posibilidad de adoptar acciones positivas en determinadas ocasiones. Conforme a este nuevo apartado, se facultó 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».

Pese a basarse en estos desarrollos anteriores, la versión de la *Carta de los Derechos Fundamentales* presenta una redacción con algunos caracteres propios. La doctrina se ha ocupado del análisis de las diferencias con la actual regulación y así, por ejemplo, Octavio Salazar Benítez ha señalado que esta formulación es más restrictiva que la contenida en el artículo 141.4 del *Tratado de la Comunidad Europea*, debido a que en la nueva versión la acción positiva se considera una excepción al principio de igualdad en lugar de una acción de desarrollo<sup>28</sup>. Sin embargo, en este punto, otra interpretación sería posible.

Más que como una excepción, el texto incluido en la *Carta de los Derechos Fundamentales* configura la posibilidad del mantenimiento o la adopción de acciones positivas como una parte del principio de igualdad en sí mismo. El uso de los términos «no impide», aunque no resultan claros, pueden ser interpretados en un sentido amplio en el que se está puntualizando la compatibilidad esencial de la adopción de la acción positiva con el principio de igualdad. Esta aproximación sería acorde con la opi-

---

y Fernando REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw Hill, Madrid, 1995.

<sup>27</sup> En las explicaciones al articulado de la Carta de Derechos Fundamentales, la Convención ha precisado que esta formulación está basada en el actual artículo 141.4 del *Tratado de la Comunidad Europea*, que pasa a convertirse en el artículo 157.4 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. 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.

<sup>28</sup> Ver *op. cit.*, pág. 19.

nión de aquella doctrina que ha considerado que no existe una distinción real entre los principios de igualdad formal y de igualdad material, de forma que el primero inevitablemente englobaría al segundo<sup>29</sup>.

Si se acepta esta interpretación, la pregunta fundamental que surge es si puede considerarse que la *Carta de los Derechos Fundamentales* contiene un derecho subjetivo a la acción positiva. Es decir, como se ha preguntado Encarna Carmona Cuenca, lo relevante es saber si existe la posibilidad de 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 de la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho Comunitario considero difícil que se pueda ir más allá de considerar la plena juridicidad de estas medidas y estructurar un verdadero derecho subjetivo. En cualquier caso, estoy de acuerdo con la citada autora que «no se debería descartar *a priori* la existencia de aquél derecho derivado del principio de igualdad en su vertiente material»<sup>30</sup>. Desde luego, el poder sustanciar una base jurídica para un derecho subjetivo a la acción positiva supondría una verdadera novedad introducida por la *Carta de Los Derechos Fundamentales*, de forma que en esta materia habría supuesto un significativo avance en la consolidación de garantías concretas. Sin embargo, una vez más debe recordarse aquí la aplicación del artículo 52.2, que circunscribe el contenido del artículo 23.2 a la evolución que experimenten los tratados constitutivos comunitarios<sup>31</sup>.

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 se ha enfrentado y tendrá que seguir dirimiendo en los próximos años. En este ámbito, este órgano jurisdiccional ha tratado de delimitar los difíciles contornos de la acción positiva haciendo uso de los principios de objetividad y proporcionalidad. Una evaluación de sus, aún escasos, pronunciamientos en la materia muestran una actitud vacilante y una clara preferencia por los conceptos de igualdad

<sup>29</sup> Juan María BILBAO UBILLOS y Fernando REY MARTÍNEZ señalan esta misma idea cuando «ponen de manifiesto la innecesariedad [...] de la dicotomía igualdad formal-igualdad material, desde el momento que el principio de igualdad no impide toda referencia de trato, sino sólo aquella que carece de una justificación objetiva y razonable». Ver «El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española», en Miguel CARBONELL SÁNCHEZ (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.

<sup>30</sup> Ver *op. cit.*, págs. 19 y 21.

<sup>31</sup> La propia Convención ha incluido en sus explicaciones la referencia al artículo 52.2, de forma que el artículo 23.2 tiene que interpretarse conforme al 141.1. 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.

formal<sup>32</sup>. El Tribunal de Justicia parece temer que las acciones positivas supongan una diferencia de trato contraria al derecho y en claro perjuicio del varón, lo que le lleva a ostentar una posición de menos activismo que la desarrollada para la promulgación de una igualdad formal entre sexos encuadrada en el desarrollo del mercado interior.

El Tribunal de Justicia ha desplegado una extensa labor jurisprudencial para hacer efectiva la igualdad de sexos en materia laboral. Como el mismo órgano declaró esta actividad no sólo se circunscribe a un ámbito social, sino que supone una acción necesaria para el funcionamiento armonioso del mercado comunitario. El problema actual radica en que la acción positiva enfrenta al Tribunal a un escenario en el que prima el primer componente frente al segundo, y en este contexto nuevo el órgano jurisdiccional no parece encontrar los argumentos necesarios para incidir en los complejos resortes de la igualdad material<sup>33</sup>.

Un segundo ámbito a destacar en la formulación de la acción positiva en la *Carta de los Derechos Fundamentales* viene referido a los sujetos que se podrán ver beneficiados por este tipo de actuaciones. Este texto ha preferido adoptar la misma formulación incluida en el artículo 141.4 del *Tratado de la Comunidad Europea* tras su reforma en 1997, de forma que no se refiere explícitamente a la mujer sino a la posibilidad de favorecer al sexo menos representado. De esta forma, los sujetos concretos de las acciones positivas tienen que definirse en cada ámbito de actuación, de forma que se beneficie la incorporación de aquel sexo cuya presencia sea significativamente menor<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Puede verse, en particular, las sentencias Kalanke, de 17 de octubre de 1995; Marshall, de 11 de noviembre de 1997; Badeck, de 28 de marzo de 2000; Anderson, de 6 de julio de 2000; Lommers, de 19 de marzo de 2002. Para el análisis de estas sentencias ver Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, «Una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial. Comentario a la Sentencia del TJCE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson», *La Ley*, Año XXI, núm. 5164, 2000, págs. 1-3; 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, págs. 9-14; María Isabel ROFES I PUJOL, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo y las acciones positivas en Suecia a favor del sexo infrarrepresentado. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 6 de julio de 2000, Asunto C-407/98, Abrahamsson», *Cuadernos Europeos de Deusto*, págs. 172-181.

<sup>33</sup> 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, págs. 257-270, pág. 264.

<sup>34</sup> La idea de base para adoptar esta aproximación es la que han defendido autoras como Sylviane AGACINSKI al señalar que «a competencias iguales, a talentos comparables, es

Se acepta expresamente, por lo tanto, la idea de que las medidas de acción positiva puedan aplicarse también para la promoción del trabajo masculino y esto ha levantado un intenso debate en la doctrina y el activismo feminista. Al analizar la aproximación que incluye este precepto, Mariagrazia Rossilli vierte una inquietante opinión al señalar que «la intensificación de la competencia entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo [...] puede haber sido una de las razones de la novedad introducida en el Tratado de Ámsterdam, que legitima acciones positivas y ventajas concretas para el sexo menos representado —no sólo para las mujeres. Uno de los objetivos de esta disposición es animar el empleo masculino en sectores ocupados predominantemente por mujeres, en el trabajo a tiempo parcial y en otras modalidades de trabajo atípicas»<sup>35</sup>.

En realidad, el apartado 4 del artículo 141 debe complementarse con la Declaración núm. 28 del *Tratado de Amsterdam*, 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». Por lo tanto, debe entenderse que las beneficiarias prioritarias de la acción positiva son las mujeres, lo que desde luego no implica que se cierre la posibilidad de una acción a favor de los hombres que resulta plenamente conforme con la regulación incluida en el *Tratado de la Comunidad Europea*.

No cabe duda de que si bien estamos ante un precepto que *a priori* podría encuadrarse en la más pura esencia de la igualdad, puede encubrir el riesgo de dejar sin efectividad una de las mejores herramientas para la consecución de la igualdad material entre sexos. En el momento socioeconómico actual y en todos los países comunitarios, es la mujer el sexo que no ha adquirido una representación suficiente en los principales sectores productivos y de poder. Planteamientos de apariencia neutral podrían tener como consecuencia una pérdida de visión de los principales problemas que se plantean en este ámbito y esta realidad tendrá que ser tomada en cuenta a la hora de la evaluación de la conformidad de la acción positiva con el Derecho Comunitario.

---

bueno que, en la sociedad, se conjugue la experiencia diferenciada de los hombres y las mujeres, y que la mayoría de las funciones, de las tareas y de las responsabilidades no se encierren dentro de un universo *monosexual*», a esto añade «pero el objetivo no es crear monopolios femeninos. Podemos lamentarnos de que la enseñanza primaria se haya convertido en el feudo exclusivo de las mujeres: los hombres tendrían perfectamente el derecho de pedir que se les reserven puestos en las escuelas. El ideal no es el cara a cara de las reivindicaciones masculinas y femeninas, sino el reconocimiento común del valor de la mixitud». Ver *Política de sexos*, Taurus, Madrid, 1998, p. 152, la cursiva es de la autora.

<sup>35</sup> Ver Mariagrazia ROSSILLI, «*Políticas de género en la Unión Europea*» en *Políticas de género en la Unión Europea* de Mariagrazia Rossilli (coord.), Narcea, Madrid, 2001, págs. 21-45, págs. 31 y 32.

## 5. Conclusiones

La reglamentación referida a la igualdad entre hombres y mujeres ha quedado incluida en el Título III de la *Carta de los Derechos Fundamentales* sin referencia a algunas de las principales especificidades que presenta en el Derecho Comunitario actual. En el sistema vigente la promoción del principio de igualdad entre sexos es un objetivo de la Comunidad Europea que tiene que valorarse en toda acción comunitaria, cualquiera que sea el ámbito de competencias en el que se desarrolle. Los nuevos Tratados de Lisboa incluyen una aproximación similar, de forma que la plena igualdad entre sexos se sitúa como uno de los objetivos de la Unión Europea.

Precisamente por esta realidad una configuración diferente de la discriminación por razón de sexo hubiese sido oportuna en la *Carta de los Derechos Fundamentales*. Por un lado, se ha perdido la oportunidad de recoger este principio de forma autónoma en la relación de causas de discriminación que quedan formalmente prohibidas. Por otro, hubiese sido adecuado incluir alguna referencia a la relevancia de la aplicación de la transversalidad para alcanzar la igualdad material de sexos, a la vista de que en el Título III se incluyen de forma indistinta derechos subjetivos susceptibles de ser reivindicados individualmente en vía jurisdiccional, y objetivos programáticos que incluyen ámbitos competenciales comunitarios y nacionales.

Junto a estas carencias, puede además destacarse que la referencia concreta en el artículo 23.1 a la garantía de la igualdad de sexos en los ámbitos de empleo, trabajo y retribución, muestra como la preocupación comunitaria por la regulación del principio de igualdad entre sexos sigue estando anclada en la necesidad del desarrollo armonioso del mercado interior, más que en planteamientos de protección de Derechos Humanos Fundamentales.

En este, como en otros apartados, la regulación de la *Carta de los Derechos Fundamentales* no incluye elementos sustancialmente novedosos en relación a la actual regulación comunitaria del principio de igualdad entre hombres y mujeres. En este sentido, la escasa redacción del artículo 23.1 y los artículos relacionados, muestra con claridad los silencios que se han aceptado en el desarrollo de una normativa que está lejos de suponer un avance importante frente a la actual reglamentación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el sistema comunitario.

Tampoco resulta clara la novedad del artículo 23.2 en el avance hacia el objetivo de una efectiva igualdad entre sexos. En este apartado se configura la posibilidad del mantenimiento o la adopción de acciones positivas como una parte del principio de igualdad, pero para la correcta interpretación del alcance de esta previsión hay que acudir al contexto normativo estructurado en base a los tratados constitutivos.

En el estado actual de desarrollo de la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho Comunitario, resulta difícil que

se pueda ir más allá de considerar la plena juridicidad de las medidas de acción positiva y estructurar un verdadero derecho subjetivo al beneficio de aquellas. No obstante, esta vía puede quedar abierta y será la acción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el principal cauce en el que podrá darse un desarrollo interpretativo de la previsión del apartado segundo del artículo 23. De hecho, es en este ámbito en el que la *Carta de los Derechos Fundamentales* podría suponer un cambio real en la protección frente a la discriminación por razón de sexo, al poder servir de anclaje jurídico para el reconocimiento del derecho a la adopción de acciones positivas que aseguren la igualdad efectiva.