

LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU TRIBUNAL DE JUSTICIA, CON ESPECIAL ANÁLISIS DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO

M.^a del Carmen Virseda Fernández
Teniente coronel auditor
Doctora en Derecho

Resumen:

En virtud del principio de atribución, los Estados miembros ceden a la Unión Europea el ejercicio de ciertas competencias soberanas. Por tanto, en cada Estado miembro surgen dos ordenamientos: el de la unión y el interno. Los problemas de colisión se resuelven mediante la consagración del principio de primacía del derecho de la Unión.

En el ámbito europeo, nos encontramos ante dos organizaciones internacionales en paralelo; la Unión Europea y el Consejo de Europa, cada una de las cuales posee un tribunal con competencias en materia de derechos humanos —el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respectivamente—, y cuya coexistencia ha sido, como se verá, compleja a lo largo de su historia.

El primitivo sentido de igualdad se amplía a la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos del derecho de la Unión y para los Estados miembros, que, desde el Tratado de Ámsterdam, se convierte en un auténtico mandato imperativo.

Palabras clave: Principio de primacía, Tribunal europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Acciones positivas.

Abstract:

Pursuant to the principle of attribution, Member States confer upon the European Union (EU) the exercise of certain sovereign competences. Consequently, in each Member State, two legal systems emerge: that of the Union and the domestic. Collision issues are resolved through the enshrinement of the primacy principle of European Union law.

Within the European sphere, we encounter two parallel international organizations; the EU and the Council of Europe, each possessing a tribunal with competences in human rights matters—the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights, respectively. The coexistence of these entities has, as will be elucidated, been complex throughout their history.

The initial sense of equality is broadened to encompass equality between men and women in all areas of Union law and for the Member States. Since the Treaty of Amsterdam, this principle has evolved into a genuine imperative mandate.

Keywords: Principle of primacy, European Court of Human Rights, Court of Justice of the European Union, Positive actions.

Sumario

1 El Derecho de la Unión Europea: Principio de primacía: 1.1 Introducción; 1.2 Concepto y efectos del principio de primacía; 1.3 Primacía del derecho de la UE en la jurisprudencia del TC; 1.4. Conclusiones. 2 El Tribunal Europeo De Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): 2.1 Introducción; 2.2 El TJUE como garante de los derechos fundamentales; 2.3 La competencia del TEDH para pronunciarse sobre el derecho de la UE; 2.4 La adhesión de la UE al CEDH como vía de solución a los conflictos entre ambos tribunales internacionales; 2.5 El TEDH y la aplicación de sus sentencias; 2.6 El TJUE y la aplicación de sus sentencias; 2.7 Conclusiones. 3 Igualdad y no discriminación por razón de género en la Unión Europea: 3.1 Regulación en el derecho de la Unión Europea; 3.2 Análisis de la jurisprudencia del TJUE en el desarrollo de la normativa antidiscriminatoria en la UE; 3.3 Análisis doctrinal; 3.4 Posición de las instituciones comunitarias, a través de su normativa, sobre medidas de acción positiva, en general, y de discriminación inversa, en particular; 3.5 Conclusiones.

1. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: PRINCIPIO DE PRIMACÍA

1.1. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea (UE) es una organización supranacional que cuenta con una serie de instituciones propias y que ejerce poderes legislativos, ejecutivos y judiciales. Tiene un sistema normativo autónomo «pero que no se confunde con el derecho interno, ni obedece en su formación ni en sus efectos a las normas del procedimiento normativo interno»¹.

En virtud del principio de atribución de competencias, estas son atribuidas por los Estados a la UE para que esta alcance los objetivos asignados. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros. No se produce un traslado de la competencia sino de su ejercicio. En definitiva, los titulares de las competencias son los Estados miembros y su ejercicio por la UE deviene de la atribución de los Estados miembros, en cuanto que titulares de las mismas. El principio de atribución previsto en el Tratado de Lisboa no es una novedad respecto a lo establecido en los tratados anteriores ni en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero la clasificación del reparto competencial en la UE cristaliza «un modelo que delimita y contiene algunas de las más arrojadas veleidades interpretativas formuladas ante las omisiones de los propios Tratados»².

Las competencias atribuidas pueden ser exclusivas, compartidas y de apoyo. Por tanto, en cada Estado miembro coexisten dos ordenamientos jurídicos; el interno y el de la UE, que tienen a los mismos destinatarios: los ciudadanos de cada estado miembro. Ello puede dar lugar a la colisión entre ambos, que se resuelve mediante la aplicación de la primacía del derecho de la UE sobre el derecho interno.

¹ MANGAS MARTÍN, A y LIÑAN NOGUERAS, D. (2014). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid, Técno.

² MOLINA DEL POZO, C y MATA DIZ, J. B. (2013). La distribución de competencias en el nuevo diseño de la Unión Europea: del Acta Única Europea al Tratado de Lisboa. *Revista Facultad de derecho y ciencias políticas*. Medellín. 43, p. 42.

1.2. CONCEPTO Y EFECTOS DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA

La relación entre derecho comunitario y el de los Estados no fue expresamente recogido en el Tratado de Roma, ni en las sucesivas reformas³. Pero sí, por el entonces Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), que establece el principio de primacía del derecho comunitario. Siguiendo un orden cronológico, referimos las siguientes sentencias:

La Sentencia Van Gend & Loos⁴, dictada por el TJCE en 1963, concluye que hay un derecho autónomo comunitario respecto al derecho interno de los Estados miembros, y, por otra parte, que la Comunidad configura un ordenamiento jurídico internacional porque los Estados miembros han limitado, en un ámbito restringido, su soberanía. El derecho Comunitario crea derechos y obligaciones, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias. Desde esta sentencia en la que se advierte que el derecho comunitario es un verdadero ordenamiento jurídico, no un mero acuerdo internacional, surge la obligación de cumplimiento tanto del derecho originario como del derivado.

En las Sentencias Van Gend & Loos y Costa-Enel, encontramos el origen de los principios de eficacia directa y primacía. La doctrina considera que estos principios son base para la constitucionalización del derecho europeo⁵. La primacía y eficacia directa garantizan la aplicación uniforme del derecho europeo en todos los Estados miembros, «son herramientas útiles a la ordenación y limitación del poder público en el ámbito europeo»⁶.

La Sentencia Flaminio Costa- ENEL⁷, dictada por el TJCE en 1964, establece el principio de primacía del derecho comunitario sobre el de los Estados miembros. Lo destacable de esta sentencia es que, desde la misma, el Tribunal de Justicia refiere que el principio de primacía está inserto en

³ IZA, A. (2004). *Unión Europea ¿Paradigma de la integración?* Buenos Aires, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho, p. 159.

⁴ STJCE, de 5 de febrero de 1963, Asunto 26/62, Van Gend & Loos.

⁵ CHALMERS D. *et al.* (2007). *European Union Law*. Cambridge, pp. 45-50.

DE WITTE, B. (1999). Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order. En: CRAIG, P. y DE BURCA, G. (ed.). *The evolution of EU Law*, Oxford, pp. 177-210.

NETTESHEIM, M. (2003), El significado constitucional de la primacía del Derecho. *Revista Española de Derecho europeo*. 6, pp. 279 y ss.

MANCINI, F. (1989). The Making of a Constitution for Europe. *Common Market Law Review*. 4, pp. 596 y ss.

⁶ JACOBSON, G. J. (1985). Modern Jurisprudence and the Transvaluation of Liberal Constitutionalism. *Journal of Politics*. 2, pp. 405 y ss.

⁷ STJCE de 15 de julio de 1964, Caso 6/64, Costa-ENEL.

la propia naturaleza de la Comunidad Europea, debido a la renuncia parcial de los Estados a su soberanía, en favor de la Unión, y la necesidad de aplicar uniformemente el derecho de la Unión. El TJ apunta que el principio de primacía impide a los Estados miembros que prevalezca el derecho contrario al de la Unión.

Por su parte, las Sentencias Internationale Handelsgesellschaft y *Politi c. Italia*⁸, dictadas por el TJCE en 1970 y 1971, refieren que la primacía no solo sería predicable del derecho originario, sino también del derecho derivado para los actos de las instituciones directamente aplicables. El derecho derivado es de carácter obligatorio en todos los Estados.

Y la Sentencia *Simmenthal*⁹, dictada por el TJCE en 1978, sienta los cimientos sobre los que se articulan los efectos del principio de primacía. La meritada sentencia dispone: cuando una norma interna de fecha anterior a una norma de la UE resulta incompatible, la primera resulta absolutamente inaplicable, al entenderse tácitamente derogada; cuando una norma interna de fecha posterior a una norma de la UE resulta incompatible, la norma interna resultará inaplicable dado que el derecho de la UE impide la existencia de normas legales internas que lo contradigan; el órgano jurisdiccional no debe esperar a la derogación expresa de la norma interna, de fecha anterior o posterior a la norma de la UE; el órgano jurisdiccional no está obligado a plantear cuestión de constitucionalidad ante la evidencia de la incompatibilidad de la norma interna con la norma comunitaria; el órgano jurisdiccional debe excluir la norma interna incompatible y aplicar la norma comunitaria, y la aplicabilidad directa significa que las normas de derecho comunitario deben surtir plenamente efecto de una manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de la fecha de su entrada en vigor y durante todo el período de su validez, ya que las normas comunitarias son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquéllos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que sean parte en relaciones jurídicas sometidas al derecho comunitario.

El principio de primacía fue consagrado en la Sentencia *Simmenthal*¹⁰. Pero, con anterioridad a esta sentencia de 1978, hubo dos sentencias que abordan este asunto. La STJCE de 17 de diciembre de 1970¹¹ dispuso:

⁸ STJCE «*Internationale Handelsgesellschaft*» (1970), y *Politi c. Italia* (1971).

⁹ STJCE, de 9 de marzo de 1978, Asunto 106/77, *Simmenthal*.

¹⁰ DÍEZ DE VELASCO, M. (2010). *Las Organizaciones Internacionales*. MTecnos, p. 714.

¹¹ Asunto 11/70, apartado 3.

«[...] el recurso a normas o conceptos jurídicos del Derecho nacional, para apreciar la validez de los actos de las Instituciones de la Comunidad, tendría por efecto menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho comunitario ... la validez de dichos actos sólo puede apreciarse con arreglo al Derecho comunitario ... al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma de Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma.... Esta primacía debe predicarse incluso frente a disposiciones o principios constitucionales”. Y la STJCE de 1973¹², plantea si la norma posterior de un estado miembro puede modificar derecho derivado de la Unión. El Tribunal sentencia que “El efecto directo del ordenamiento jurídico en los Estados miembros propio de los Reglamentos y de otras disposiciones de Derecho comunitario... no puede oponerse judicialmente a un texto legislativo de Derecho interno sin poner en peligro el carácter esencial de las normas comunitarias como tales, así como el principio fundamental de la primacía del ordenamiento jurídico comunitario».

La Sentencia *Waterkeyn*¹³, en 1981, puso de manifiesto que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben garantizar que las sentencias del TJCE se lleven a efecto. Y la Sentencia *Albako Margarinefabrik Maria von der Linde GmbH & Co. KG, contra Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*¹⁴, en 1987, dispuso que el principio no solo rige para los tratados, directivas y reglamentos; lo aplica a una decisión de la Comisión. La sentencia concluye que «si una operación ordenada por una institución comunitaria... se tiene que someter a las normas de Derecho interno, ello supone la subordinación de la validez del acto comunitario mismo al respeto al Derecho interno». En la Sentencia *Ford España*¹⁵, en 1989, se reitera la doctrina *Simmenthal*.

En el asunto *Factortame*¹⁶, en 1990, en relación con la cuestión prejudicial que el juez nacional puede plantear ante el TJCE, indicó que «una jurisdicción nacional, en el marco de una cuestión prejudicial sobre la va-

¹² STJCE de 10 de octubre de 1973, Asunto 34/79.

¹³ STJCE, de 1981, Asunto *Waterkeyn*.

¹⁴ STJCE, de 21 de mayo de 1987, *Albako Margarinefabrik Maria von der Linde GmbH & Co. KG contra Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*.

¹⁵ STJCE de 11 de junio de 1989. 170/88, *Ford España*.

¹⁶ STJCE, de 19 de junio de 1990, Sentencia *Factortame*,

lidez de una norma nacional, deberá suspender inmediatamente la aplicación de esta norma, a la espera de la solución preconizada por el TJCE y de la sentencia que el órgano jurisdiccional dicte al respecto en cuanto al fondo».

En los asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*¹⁷, en 1996, el TJCE señala que:

«[...] los órganos jurisdiccionales están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 267 del TFUE) a deducir las consecuencias de la Sentencia del TJCE, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno».

Y en el Asunto *Michanik*¹⁸, en 2008, se señala que, en virtud del principio de primacía, la norma nacional, con independencia de su rango, contraria al derecho de la UE debe inaplicarse por los jueces de los Estados miembros.

En los Asuntos *Melki- Abdeli* y el Asunto *Elchinov*¹⁹, en 2010, el TJUE apunta que la norma nacional que sea incompatible con el derecho de la Unión, bien sea anterior o posterior a la norma de la UE, debe inaplicarse por los jueces de los Estados miembros.

Al margen de las referidas sentencias, cabe señalar que la fallida Constitución Europea, de octubre de 2004, sí recogía expresamente este principio al disponer que:

«La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas primarán sobre el Derecho de los Estados miembro»²⁰. Así, “el art. I-6 reitera el principio de primacía del derecho comunitario sobre el nacional, aunque se evita diligentemente afirmar la primacía sobre el derecho constitucional de los Estados»²¹.

¹⁷ STJCE de 5/3/96, Asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C-48/93).

¹⁸ STJCE, de 16 de diciembre de 2008, Asunto *Michaniki AE* contra *Ethniko Symvoulío*.

¹⁹ STJUE 22/6/10, Asunto *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10; y de 5-10-10 asunto *Elchinov*, C-173/09.

²⁰ Art. I-6 Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de octubre de 2004.

²¹ DE VERGOTTINI, G. (2006). Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización. *Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid. 18, p. 14.

El Tratado de Lisboa²², que reforma el TUE y el TFUE, omite la referencia expresa a dicho principio. Tras la reiterada jurisprudencia del TJCE, «resulta un absurdo la supresión de la consagración en el Tratado Lisboa, lo cual sin duda reflejaba un logro político y jurídico»²³. En lo relativo a la aplicación de este principio en relación con las constituciones estatales, «las disfunciones estructurales e institucionales en la ordenación de las relaciones entre el ordenamiento de la unión y el ordenamiento estatal nacen por la irresoluta articulación entre el derecho constitucional estatal y el derecho de la unión. ¿Qué prima en la aplicación, el derecho originario de la Unión o las Constituciones estatales?»²⁴.

En la declaración de la Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros²⁵, se establece «(...) con arreglo a la jurisprudencia reiterada del TJUE, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia». Asimismo, se incorporó en el acta final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo y se señaló que «(...) el principio de primacía del Derecho Comunitario es inherente a la naturaleza específica de la UE»²⁶.

1.3. PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

El TC, en la Declaración 1/2004, señala²⁷ «que la primacía no se afirma como superioridad jerárquica sino como una exigencia existencial de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados miembros; de tal forma que Primacía y Supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados (...)».

²² Tratado de Lisboa (2009) por el que se reforman el TUE y TCE, que pasa a denominarse TFUE.

²³ FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. (2007). El Tratado de Lisboa un juego de espejos rotos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*. 19, p. 10.

²⁴ AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2004). Las relaciones entre el derecho de la Unión y el derecho del Estado a la luz de la Constitución Europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*. 1, pp. 75 y ss.

²⁵ Declaración de la Conferencia de Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (CIG 6/07), julio de 2007.

²⁶ Acta final del Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, Documento 11197/07, JUR 260.

²⁷ TC en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre.

Recientemente, en la STC 215/2014²⁸, señala que «la integración en la UE supone cierto grado de cesión de soberanía y de limitación de las facultades del Estado. (...) la supremacía de la Constitución es compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional»²⁹.

Las normas de la Unión Europea «tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente»³⁰. El TC³¹ matiza que:

«[...] el principio de primacía no ha dotado a las normas del Derecho de la UE rango y fuerza constitucionales...pero implica que los Estados miembros no sólo adoptarán todas las medidas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o de los actos de las instituciones de la Unión sino todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión».

Se trata, a fin de cuentas, de «la obligación de cumplimiento de las normas del Derecho comunitario»³² con fundamento en «el principio de cooperación leal entre la Unión Europea y los Estado miembros»³³.

La STC 145/2012³⁴ «reconoce la primacía del derecho originario y derivado, sobre el interno, asumiendo la caracterización que de tal primacía había efectuado el Tribunal de Justicia»³⁵.

1.4. CONCLUSIONES

De lo investigado se llega a la conclusión de que el principio de primacía del derecho de la UE, pese a no estar recogido en los tratados constitutivos,

²⁸ STC 215/2014, de 18 de diciembre; STC 232/2015 de 5 de noviembre.

²⁹ STC 28/1991, de 14 de febrero; STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); STC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4; STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 4; STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 10; STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5; y STC 239/2012, de 13 de diciembre, FJ 5.

³⁰ STC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4; y STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5.

³¹ STC 232/2015.

³² STC 141/1993, de 22 de abril.

³³ STC 1/2012, de 13 de enero y art. 4.3 TUE.

³⁴ STC 28/1991, de 14 de febrero; STC 64/1991, de 22 de marzo; y STJCE de 9 de marzo de 1978, Sentencia Simmenthal.

³⁵ STJCE de 5 de febrero de 1963, Vand Gend & Loos; STJCE de 15 de julio de 1964, Costa ENEL; STJCE de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70; STJUE de 16 de diciembre de 2008, Asunto Michaniki C-213/07.

a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se ha incorporado al acervo de la Unión y, en consecuencia, al derecho europeo.

La UE es una organización supranacional, con un auténtico ordenamiento jurídico autónomo, toda vez que, en virtud del principio de atribución, los Estados miembros ceden el ejercicio de ciertas competencias soberanas. Se cede no la titularidad de la competencia, sino el ejercicio. Por tanto, concluyo que, en cada Estado miembro, surgen dos ordenamientos el de la Unión y el interno. Los problemas de colisión se resuelven mediante la consagración del principio de primacía del derecho de la Unión sobre el interno en relación con aquellas competencias cuyo ejercicio ha sido cedido por los Estados miembros en favor de la UE.

El juez nacional tiene la obligación de garantizar la norma comunitaria e inaplicar la ley nacional contraria, sea anterior o posterior. La efectividad de este principio depende de su aplicación por los jueces nacionales que deben ponerlo en práctica.

A tenor de lo anterior, resulta que un posible conflicto entre Constitución y derecho de la Unión reconocería la primacía tanto del derecho originario como del derivado, en aquellas competencias cuyo ejercicio haya sido cedido. Por tanto, un conflicto radical entre Constitución y derecho de la Unión resultaría inviable al compartir los mismos valores y el derecho de la Unión integra los fundamentos de los sistemas constitucionales.

En suma, de lo investigado resulta que se configura un ordenamiento comunitario, con los particulares caracteres de primacía y efecto directo del derecho de la Unión, que permiten calificar a la Unión Europea como una institución supranacional que crean los Estados mediante la cesión de competencias soberanas y que el principio de primacía garantiza, en definitiva, la aplicación uniforme del derecho de la Unión en los Estados miembros.

2. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH) Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE)

2.1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito europeo coexisten dos Tribunales internacionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El Consejo de Europa es la primera organización internacional que se crea tras la II Guerra Mundial, cuyo Estatuto de 1949³⁶ establece que sus miembros reconocen el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. En 1950 aprobaron un Tratado internacional, la Convención de Roma o Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), posteriormente actualizado por numerosos protocolos, por el que los 47 Estados se comprometen a proteger los derechos humanos.

El TEDH es el órgano judicial ante el que cualquiera que esté bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado y considere violados cualquiera de los derechos reconocidos en el Convenio puede recurrir.

El TJUE es una institución de la UE a la que está encomendada la potestad jurisdiccional en la Unión. Su misión es interpretar y aplicar el derecho de la UE y se caracteriza por su naturaleza orgánica compuesta y su funcionamiento y autoridad supranacionales.

Por tanto, nos encontramos ante dos organizaciones internacionales en paralelo, la UE y el Consejo de Europa, donde todos los miembros de la UE pertenecen al Consejo de Europa. Cada una posee un tribunal con competencias en materia de derechos humanos y su coexistencia ha sido, como se verá, compleja a lo largo de su historia.

2.2 EL TJUE COMO GARANTE DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia ha evolucionado desde los tratados constitutivos, donde primaba el silencio, hasta llegar al Tratado de Lisboa. El referido silencio se origina porque las comunidades nacen con una clara finalidad económica.

El Tratado de Maastricht³⁷ proclama la adhesión al principio de respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales.

En el Tratado de Ámsterdam³⁸, el art. 6.2 del TUE obliga a respetar los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

³⁶ Art. 3 Estatuto del Consejo de Europa de 1949.

³⁷ Tratado de la Unión Europea, Maastricht de 1 de noviembre de 1993.

³⁸ Tratado de Ámsterdam de 1 de mayo de 1999.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) de 2000 los reconoce y protege, pero, si bien tiene valor político, no tendrá fuerza jurídica vinculante.

La nueva proclamación de la carta se produce en diciembre de 2007, conforme al Tratado de Lisboa³⁹. El art. 2 TUE exige el respeto a los derechos humanos, a los Estados miembros. Pero es el art. 6 TUE el que configura la protección de los derechos fundamentales en la UE, que articula las tres vías de protección:

- Conforme al art. 6.1, la CDFUE⁴⁰ contiene el catálogo propio de derechos fundamentales de la UE que, al tener el mismo valor Jurídico que los tratados, tiene el rango de derecho originario.
- Conforme al art. 6.2, la UE adquiere la obligación de adherirse al CEDH.
- Por el art. 6.3, el TUE mantiene que son parte del ordenamiento jurídico de la Unión, en calidad de principios generales, los derechos fundamentales garantizados en el Convenio y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

El art. 52.3 de la CDFUE dice que los derechos reconocidos en la misma equivalen al CEDH y se interpretan como estos; sin embargo, nada impide que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa y el art. 53 prohíbe la interpretación de la CDFUE de forma limitativa o lesiva de los derechos fundamentales.

En definitiva, en la UE hay un sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales donde el TJUE cada vez adquiere una mayor relevancia como garante de los mismos, semejante al de los tribunales constitucionales de los Estados miembros y, vinculado a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

³⁹ Tratado de Lisboa (2009) por el que se reforman el TUE y TCE, que pasa a denominarse TFUE.

⁴⁰ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en Niza el 7 de diciembre de 2000. *DOUE* C 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 389 y ss.

2.3. LA COMPETENCIA DEL TEDH PARA PRONUNCIARSE SOBRE EL DERECHO DE LA UE

El TEDH y TJUE son dos de los tribunales más avanzados del mundo⁴¹. No obstante, la relación entre ambos tribunales no siempre es fácil. El TEDH, en diversas sentencias, ha analizado el ordenamiento jurídico de la Unión.

Si bien la UE no es parte contratante del Convenio, el TEDH sí se ha pronunciado en relación con demandas cuyo objeto era el derecho de la Unión. El TEDH carece de competencia *rationae personae* cuando las demandas se presentan contra la UE, como organización supranacional, en tanto no se produzca la adhesión al CEDH. Pero el TEDH ha declarado admisibles asuntos en los que se cuestionaba una norma de derecho de la Unión y cuyo demandado era un Estado miembro. Cuando este atribuye el ejercicio de competencias a la UE, los actos que realice en aplicación del derecho de la UE no pueden ser excluidos del campo de aplicación del Convenio, toda vez que, en caso contrario, la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo se viera mermada⁴².

En esta relación entre ambos tribunales, ha habido casos de colisión entre la jurisprudencia del TEDH y TJUE. Las divergencias no solo se originan cuando el TEDH interpreta el derecho comunitario, sino también con la interpretación que el TJUE haga del CEDH.

En un primer momento, la Comisión Europea de Derechos Humanos examina la compatibilidad del derecho comunitario con el CEDH, validando el derecho comunitario⁴³. En esta etapa podemos destacar los casos: Caprino/Reino Unido, de 3 de marzo de 1978⁴⁴, y Procola/Luxemburgo, de 1 de julio de 1993.

En un segundo momento, hay una contradicción entre ambas jurisprudencias.

⁴¹ MARÍN Y PÉREZ DE NACLARES, J. (2013). El dialogo judicial entre el TJUE y el TEDH algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo. En: ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (ed) *XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, p. 171.

⁴² STEDH de 30 de junio de 2005. *Bosphorus c. Irlanda*, n.º 45036/98.

⁴³ HERMIDA DEL LLANO, C. (2010). Una salida a los conflictos entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo. *Revista Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. 63, pp. 111-135.

⁴⁴ Caso Franco Caprino v. United Kingdom, de 3 de marzo de 1978, sobre la admisibilidad de la Demanda 6871/75 en COUNCIL OF EUROPE. (1978) *Yearbook of the European Convention on Human Rights, European Convention on Human Rights*, vol. 21. Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 285-301.

Un primer punto de contradicción entre la jurisprudencia de estos tribunales se produce en su divergente consideración, como titulares de derechos fundamentales, concretamente en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas. El art. 8 del CEDH reconoce la inviolabilidad del domicilio. El derecho de la UE no lo reconoce respecto a las personas jurídicas; por tanto, el TJUE determina que el domicilio de las personas jurídicas no es inviolable.

La STJUE en el Caso Hoechst⁴⁵ refiere que, el art. 8 del CEDH «abarca el ámbito de desenvolvimiento de la libertad personal del hombre y no puede por tanto extenderse a los locales empresariales (...) por otra parte, ha de señalarse la inexistencia de jurisprudencia del TEDH sobre esta cuestión». Por tanto, en la Sentencia Hoechst⁴⁶, el Tribunal de Justicia niega reconocer el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las empresas, en relación con sus locales comerciales.

Esta sentencia está en colisión con la STEDH en el Asunto Chappell⁴⁷, aunque aquí el registro del domicilio del afectado era utilizado también como local comercial.

Distinta es la STEDH en el Asunto Niemetz⁴⁸ en relación con la protección del domicilio respecto a los locales empresariales, al considerar a las personas jurídicas titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio. El TEDH mantiene claramente una interpretación distinta a la realizada por el TJCE en la referida Sentencia Hoechst. Aquí, constata una violación del art. 8 del Convenio por las autoridades alemanas que habían ordenado un registro de un gabinete de un abogado, en el marco de diligencias penales iniciadas contra un tercero.

Rodríguez Iglesias⁴⁹ señala que, en este caso, parece que el TJCE justifica su imperiosa necesidad de decidir por sí mismo «sin poder prever o anticipar con certeza la interpretación que efectuará en casos futuros el Tribunal de Estrasburgo del CEDH».

⁴⁵ Asunto Hoechst/Comisión, de 21 de septiembre de 1989, 46/87 y 227/88, así como de la STJCE de 21 de septiembre de 1989. DÍEZ-HOCHLEITNER, J. Y MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C. (2001). *Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios*. Madrid, Mc Graw Hill, pp. 1003-1108.

⁴⁶ STJUE de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux c. Comisión, 85/87, Rec. P. 3137 y Dow Chemical Ibérica c. Comisión, Asuntos acumulados 97 a 99/87, Rec. P. 3165.

⁴⁷ STEDH, 30 de marzo de 1989, Caso Chappell vs Reino Unido.

⁴⁸ STEDH, 16 de diciembre de 1992, Caso Niemetz vs Alemania

⁴⁹ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. (1997). El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 2 (1), p. 342.

Chueca Sancho⁵⁰ señala que la STJCE, en este caso concreto, contradice de un modo material la jurisprudencia del TEDH no solo posterior, sino, lo que es más grave, anterior, acusándole con ello de cierto autismo.

En la STEDH Asunto Sociétés Colas Est⁵¹, se advierte que el Estado francés no ha respetado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de una sociedad al realizar el registro sin ninguna autorización judicial y refiere violación del art. 8 del Convenio.

Un segundo punto de contradicción se centra en el derecho a no declarar contra sí mismo. Este conflicto se plantea en la STJCE en el Caso Orkem⁵², respecto de la STEDH en el Caso Funke⁵³. El TJCE refiere que no hay un principio general relativo al derecho a no declarar en contra propia en favor de las personas jurídicas que derive de los derechos nacionales de los Estados miembros, ni del art. 6 del CEDH. Por su parte, el TEDH reconoce, en la Sentencia Funke, el derecho de todo acusado a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo como un derecho del art. 6 del CEDH.

Otro punto discrepante está en el derecho al sufragio. En la STJUE⁵⁴, Asunto Thierry Delvigne y Commune de Lesparre Médoc, el Tribunal de Justicia deduce que es posible mantener la prohibición de votar en las elecciones al Parlamento Europeo para aquellas personas condenadas por un delito grave.

La STEDH, Asunto Hirst c. Reino Unido⁵⁵ señala que una exclusión automática, general e indiscriminada de un derecho convencional cae fuera de cualquier margen de apreciación nacional aceptable y es, consecuentemente, incompatible con el Convenio.

En una tercera etapa, el TEDH juzga la compatibilidad de la aplicación del derecho de la UE con el CEDH en algunos ordenamientos jurídicos internos.

⁵⁰ CHUECA SANCHO, A. G. (2004). Por una Europa de los Derechos Humanos: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En FERNÁNDEZ SOLA, N. (coord.). *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*. Dykinson.

⁵¹ STEDH de 16 de abril de 2002, Sociétés Colas Est et autres c. France, (n.º 37971/97).

⁵² STJCE de 18 de octubre de 1989, Caso Orkem vs Comisión, Caso 374/87.

⁵³ STEDH de 25 de febrero de 1993, Caso Funke vs Francia.

⁵⁴ STJUE de 6 de octubre de 2015, Asunto C 650/13. Thierry Delvigne y Commune de Lesparre Médoc.

⁵⁵ STEDH de 6 de octubre de 2005, Hirst c. Reino Unido.

En la STEDH Caso Cantoni vs Francia⁵⁶, se estima que, si las normas de la UE conceden a las partes contratantes del Convenio una facultad de actuación discrecional, este puede pronunciarse sobre las presuntas violaciones cometidas durante la ejecución de estas disposiciones. En el derecho de la UE, son las directivas las que dejan margen de apreciación a los Estados miembros. Pero el TEDH ha conocido asuntos en que la presunta violación no tenía origen en una directiva. En este caso presentado contra el Estado francés, el TEDH analizaba el derecho comunitario en relación con el artículo 7 del CDEH. En este momento, el TEDH mantiene «que no puede ignorar que este derecho es derecho interno de los Estados miembros»⁵⁷. Alonso García (2002)⁵⁸ señala que el TEDH muestra «su disponibilidad a proceder a un control del Derecho de las Comunidades y de la Unión a través del control ejercitado sobre los Estados miembros que, a diferencia de aquéllas, sí son Partes contratantes del CEDH y como tal se encuentran sometidos a su jurisdicción».

En la STEDH, Asuntos Van de Hurk y Procola⁵⁹, los demandantes consideraron que la ejecución realizada en sus respectivos Estados miembros de los Reglamentos del Consejo (CEE) n.º 856/84 y 857/84 violaban el artículo 6 del CEDH. El TEDH consideró que se había violado el Convenio, ya que el órgano que conoció de los recursos no tenía las características que el art. 6 exige a los tribunales. Por tanto, la implementación en el ámbito nacional de los reglamentos de la Unión era contraria al CEDH.

En la STEDH, Caso Hornsby/Grecia, el TEDH determina que Grecia ha violado el art. 6 del CEDH. Y la STEDH, Caso Matthews contra Reino Unido⁶⁰, sobre violación de derechos fundamentales de los ciudadanos de Gibraltar por no poder votar en las elecciones al Parlamento Europeo, señala que se ha vulnerado el art. 3 del Protocolo n.º 1 del CEDH. Aquí, ejerce el control del derecho de la Unión a través del control sobre los Estados miembros. El TEDH señala que «el Convenio no excluye la transferencia de competencias a Organi-

⁵⁶ STEDH de 15 de noviembre de 1996, Caso Cantoni contra Francia, n.º 17862/91.

⁵⁷ HERMIDA DEL LLANO, C. (2010). Una Salida a los conflictos entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo. *Revista Persona y Derecho*. 63, p. 122.

⁵⁸ ALONSO GARCÍA, R. (2002). Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.) y ALONSO GARCÍA, R. (subdir.). *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*. Madrid, Civitas, p. 161.

⁵⁹ STEDH, Van de Hurk c. Pays Bas, n.º 16034/90, de 19 de abril de 1994; y, T.E.D.H., Procola v. Luxembourg, n.º 14570/89, de 28 de septiembre de 1995.

⁶⁰ STEDH, 18 de febrero de 1999, Caso Matthews vs Reino Unido, Demanda 24833/94.

zaciones internacionales, siempre que los derechos garantizados por el convenio sigan siendo reconocidos. Por tanto, dicha transferencia no hace desaparecer la responsabilidad de los Estados miembros». El TEDH sostiene que, ante una reclamación por vulneración del CEDH, los Estados no pueden alegar que actúan por imperativos derivados de su pertenencia a la UE.

Chueca Sancho⁶¹ considera que:

«Realmente, si la aplicación del Convenio de Roma permitiera a los Estados partes reducir o abandonar totalmente sus obligaciones convencionales a través de una transferencia de competencias a las Organizaciones internacionales, los Estados habrían encontrado un método extremadamente fácil para salvaguardar su imagen sin que pareciera que violaban el citado Convenio».

Rodríguez Vergara⁶² señala que «el corolario de la sentencia es manifiesto mientras más se vaya incrementando la importancia del derecho comunitario europeo en los Estados miembros, más difícil será eludir el control de estas normas por parte del TEDH».

López Basaguren⁶³ apunta que, lo que está en el trasfondo del asunto es el problema «de cuál es el juez supremo de los derechos fundamentales en Europa». Asimismo, señala que el riesgo de confrontación entre ambas jurisdicciones no parecía residir solo en divergencias interpretativas respecto al contenido de algunos derechos, sino en el hecho de que el Tribunal de Estrasburgo entrase a enjuiciar un asunto concerniente al derecho comunitario de un modo indirecto, esto es, por medio del examen de la actuación de una autoridad nacional en ejecución del derecho comunitario.

⁶¹ CHUECA SANCHO, A. G. (2004). Por una Europa de los Derechos Humanos: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En: FERNÁNDEZ SOLA, N. (coord.). *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*. Dykinson, p. 44.

⁶² RODRÍGUEZ-VERGARA, A. (2002). Ordenamiento comunitario y convención europea de derechos humanos. En: CORCUERA ATIENZA, J. (ed.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, Colección: Derecho y Sociedad*. Dykinson, pp. 113-114.

⁶³ LÓPEZ BASAGUREN, A. (2002). Comunidad Europea integración de ordenamientos y pluralidad de jurisdicciones en la protección de los derechos fundamentales. En: CORCUERA ATIENZA, J. (ed.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Dykinson, p. 148.

Corcuera⁶⁴ señala que:

«La sentencia Matthews ha puesto de manifiesto que no puede minusvalorarse la potencial conflictividad planteada por la actual existencia de una doble jurisdicción...Es más probable que, tras ella y pese a ella, sigan actuando el self-restraint del Tribunal de Justicia y la autocensura del TEDH que, hasta ahora, se había venido manifestando en la moderación de los controles en que los Estados Miembros son normalmente cuestionados por las medidas que adoptan en aplicación del Derecho comunitario».

En el mismo sentido, la STEDH, de 27 de abril de 1995, Asunto Piermont contra Francia.

En la STEDH, Asunto Senator Lines⁶⁵, se enjuicia sobre la normativa comunitaria y la actividad del TJCE. Se plantea recurso al TJCE por vulnerar el principio de presunción de inocencia y tutela judicial efectiva y derecho a ser oído por un tribunal independiente al negarse a no suspender una multa antes de la resolución del asunto principal. El recurso fue desestimado por el TJCE. Una vez se resolvió el asunto principal y se anuló la multa, la sentencia devino firme y la empresa recurre al TEDH para solicitar indemnización por la vulneración mencionada. En este asunto, son importantes las alegaciones de asociaciones de abogados y juristas que participaron en el proceso sobre la elusión de responsabilidad de los Estados transfiriendo competencias a una organización internacional no suscriptora del Convenio. No obstante, el TEDH desestimó el recurso al estimar que, producido un resultado satisfactorio al anular la multa, la empresa demandante no era «víctima» a los efectos del Convenio.

En la STEDH, Caso Bosphorus⁶⁶, el TEDH llega en el fondo del asunto y dice que, si los Estados adoptan medidas nacionales de aplicación del Derecho Comunitario, actúan como parte del Convenio y sus acciones están sujetas al control del Tribunal. En el Caso Bosphorus se establece la presunción *iuris tantum*, que se mantiene si los Estados no disponen

⁶⁴ CORCUERA ATIENZA, J. (2002). El reconocimiento de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: el final de un túnel. En: CORCUERA ATIENZA J. (coord.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Dykinson, pp. 75-76.

⁶⁵ STEDH, 10 de marzo de 2004, Caso Senator Lines GmH vs varios Estados; Demanda 56672/00.

⁶⁶ STEDH, 30 de junio de 2005, Caso Bosphorus airlines vs Irlanda; Demanda 45036/98.

de margen de apreciación si actúan en el marco del Derecho de la Unión Europea, si se cumplen dos requisitos: que el ordenamiento de la Unión ofrezca una protección equivalente al Convenio y que no haya disfunción de los mecanismos de control que prevé el Convenio para el respeto de los derechos fundamentales. En caso contrario, se considera que, pese a aplicar el derecho de la Unión, el Estado miembro ha violado el convenio.

En la STEDH, Asunto M.S.S. c. Bélgica⁶⁷, el TEDH sentencia que Bélgica violó el artículo 3 del Convenio, aunque Bélgica actuó en aplicación de una norma de derecho de la Unión que no deja margen de apreciación a sus Estados Miembros.

En la STEDH, Caso Michaud c. Francia⁶⁸, se condena al Estado francés por la transposición a su ordenamiento jurídico de las directivas de la Unión Europea sobre prevención del uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales al entender que hubo violación del artículo 8 del Convenio.

En la STEDH, Caso Povse v. Austria,⁶⁹ se cuestiona el derecho de la Unión Europea ante el TEDH, pero el Tribunal declaró la demanda inadmisibles por estimar que sí debía aplicarse la presunción de protección equivalente a la del ordenamiento jurídico de la Unión.

En la STEDH, Caso Boivin⁷⁰, a diferencia del Caso Bosphorus, Matthews o Cantoni, donde el TEDH entiende que los Estados demandados habían participado directa o indirectamente, no observa responsabilidad de los Estados puesto que la Eurocontrol, Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea, es una organización internacional con personalidad jurídica independiente de sus Estados miembros, donde los Estados no intervienen ni directa ni indirectamente.

En este asunto, si bien el TEDH dice que la protección de los derechos fundamentales por el sistema de resolución de conflictos de Eurocontrol no es «equivalente» al dado en la Sentencia Bosphorus, no admite la reclamación *ratione personae*.

En el Caso Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge, de 11 de febrero de 2003, el TJUE se pronuncia sobre materias contempladas paralelamente en el CEDH.

⁶⁷ STEDH, M.S.S. v. Belgium and Greece, (n.º 30696/09), de 21 de enero de 2011, punto 34.

⁶⁸ STEDH de 6 de diciembre de 2012, Caso Michaud c. Francia.

⁶⁹ STEDH de 18 de junio de 2013, Povse v. Austria, (n.º 3890/11).

⁷⁰ STEDH de 9 de diciembre de 2008, Caso Philip Boivin vs 34 Estados; Demanda 73274/01.

En la STJCE Caso Kromback y Bambersk⁷¹, el TJCE debía decidir una cuestión prejudicial sobre la ejecución en Alemania de una sentencia francesa por homicidio donde el señor Krombach fue juzgado sin su presencia y sin posibilidad de que un abogado le defendiera en su ausencia. El TJCE invoca la jurisprudencia del TEDH⁷² y el derecho de todo acusado a ser efectivamente defendido por un abogado como garantía de un proceso justo y que no pierde este derecho por el hecho de no estar presente. Con anterioridad, la STEDH⁷³ estimó que había existido violación del art. 6.1 y 6.3 del CEDH por vulneración del derecho a ser defendido por un abogado. Tanto el TJCE como el TEDH se pronunciaron en paralelo y, en sentencias que acabaron resolviendo en el mismo sentido, no hubo fractura jurisprudencial porque el TJCE aplicó la jurisprudencia del TEDH, pero sí evidenció los problemas de coexistencia que el Dictamen 2/13 del TJCE ha evidenciado.

En el Caso Melloni, se plantea ante el TJUE cuestión prejudicial en relación con el artículo 4bis, apartado 1.º, de la Decisión Marco 2002/584/JAI modificada en 2009/299/JAI. El TJUE sentencia que el art. 4 bis de la DM no permite condicionar la ejecución cuando el condenado en rebeldía tuvo conocimiento de la celebración del juicio y posibilidad de resolución por incomparecencia o dio mandato a un letrado para que lo defendiese; permite condicionar su compatibilidad con los arts. 47 y 48 de la CDFUE al no ser derechos absolutos, siempre que el acusado haya sido defendido por un letrado e informado de la fecha del juicio; rechaza que el artículo 53 CDFUE sea un estándar de mínimos y que los Estados puedan dar mayor nivel de protección al del derecho de la Unión.

El TJUE vuelve a basar la decisión sobre cuestión prejudicial planteada en jurisprudencia del TEDH. Se apoya para sentar esta conclusión en la doctrina del TEDH sobre el particular citando expresamente la Sentencia *Medenica vs Suiza*, la del Caso *Sejdovic v Italia* y *Haralampiev v Bulgaria*⁷⁴.

⁷¹ STJCE de 28 de marzo de 2000, Asunto C7/98 Dieter Krombach vs André Bambersk.

⁷² STEDH de 23-11-93, Asuntos *Poitrimol vs Francia*; STEDH de 22-09-94, *Pelladoah v Países Bajos y Van Geyseghe v Bélgica*.

⁷³ STEDH de 13 de febrero de 2001, Caso *Krombach*.

⁷⁴ STEDH de 14 de junio de 2001, *Medenica vs Suiza*; STEDH de 1 de marzo de 2006, *Caso Sejdovic v Italia*; STEDH de 24 de abril de 2012, *Haralampiev v Bulgaria*.

2.4. LA ADHESIÓN DE LA UE AL CEDH COMO VÍA DE SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS ENTRE AMBOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

El origen de las divergencias entre la jurisprudencia del TEDH y TJUE a la hora de interpretar el CEDH radica en el hecho que la UE no es parte del CEDH.

El Consejo de la UE solicitó al TJUE un dictamen sobre la adhesión de la Comunidad al CEDH. El TJUE, en su Dictamen 2/94⁷⁵, pone de manifiesto los impedimentos para la adhesión. El dictamen reafirma el *statu quo*⁷⁶ y dice que la Comunidad, basada en el sistema de atribución, carece de «competencias específicas expresas o implícitas» en esta materia⁷⁷.

Mediante el Dictamen 2/13, el TJUE paralizó la adhesión de la UE al CEDH al estimar que el proyecto era incompatible con los Tratados de la Unión.

Jacqué J. P.⁷⁸ señala que «la UE deberá adherirse al CEDH toda vez que, la no adhesión podría suponer la interposición de un recurso por omisión ante el TJUE».

López Basaguren⁷⁹ apunta que la negativa del TJ podría originarse por querer mantener «su supremacía institucional frente a todas las demás jurisdicciones en concurrencia». Señala que la adhesión de la UE al CEDH pondrá fin a la jurisprudencia contradictoria existente en materia de derechos fundamentales y la consiguiente necesidad de establecer un orden normativo organizado que evite potenciales conflictos entre las jurisdicciones.

Rodríguez Vergara⁸⁰ refiere que:

«[...] el Tratado de Lisboa de 2009 introduce el art 6.1 pero el hecho que la CDFUE tenga eficacia jurídica vinculante no soluciona el

⁷⁵ Dictamen 2/94, EU: C: 1996:140.

⁷⁶ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (1996). Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica? *Revista de Instituciones Europeas*. 23, pp. 817-838

⁷⁷ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (1999). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid, Técno, p. 300.

⁷⁸ JACQUÉ, J. P. (2011). The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. *Common Market Law Review*. 4 (48), p. 995.

⁷⁹ LÓPEZ BASAGUREN, A. (2002). Comunidad Europea, integración de ordenamientos y pluralidad de jurisdicciones en la protección de los derechos fundamentales. En: CORCUERA ATIENZA, J. (coord.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Dykinson, p. 141.

⁸⁰ RODRÍGUEZ VERGARA, A. (2002). Ordenamiento comunitario y convención europea de derechos humanos. En: CORCUERA ATIENZA, J. (coord.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Dykinson, p. 113.

problema porque la CDFUE no deja del todo claro quién tiene la última palabra entre ambos tribunales. El art. 52.3 de la CDFUE no menciona o refiere la jurisprudencia del TEDH, que solo se recoge en el Preámbulo de la CDFUE».

Como señala Salinas de Frías⁸¹, «lo que es evidente es que con la adhesión de la UE al CEDH, la compatibilidad de la CDFUE, o de cualquier otra norma interna de la UE, con el citado CEDH correspondería al TEDH».

Robles Morchón⁸² señala:

«[...] no creer que la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio de 1950 añada nada nuevo, desde el punto de vista de los derechos protegidos, a lo alcanzado gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La propuesta puede ser interesante desde el punto de vista político, pero en la realidad de la protección jurídica de los derechos fundamentales no se conseguiría gran cosa. El Convenio representa efectivamente un mínimo ético, algo así como el código moral mínimo de las naciones civilizadas, no comparable con la amplitud de las Constituciones de los Estados miembros de la Comunidad. El standard de protección adoptado ya por el Tribunal permite pensar que los derechos reconocidos en el Convenio Europeo sólo son una parte de los derechos fundamentales comunitarios. Si el alcance de la CDFUE lo determina el TJUE, el alcance del CEDH lo determina el TEDH. Si la UE se convierte en parte del CEDH, el TEDH sería quien juzgaría la compatibilidad de la CDFUE u otra norma interna de la UE, con el citado CEDH».

Como señala Mangas Martín⁸³, con la incorporación de la UE al CEDH se lograría una relación armónica entre los órganos jurisdiccionales y «un control externo» respecto a los derechos humanos.

Sanz Caballero⁸⁴ dice que «la adhesión implicará la subordinación del TJUE al TEDH, de la misma manera que en la actualidad los Tribunales

⁸¹ SALINAS DE FRÍAS, A. (2000). *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Comares. Granada, Dykinson, pp. 115-116.

⁸² ROBLES MORCHÓN, G. (1988). *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*. Madrid, Ceura, p. 158.

⁸³ MANGAS MARTÍN, A. (2005). *La Constitución Europea*. Madrid, Iustel, pp. 223-224. Colección Biblioteca Jurídica Básica.

⁸⁴ SANZ CABALLERO, S. (2004). La contribución del Consejo de Europa al acervo de la Unión Europea en materia de Derechos Fundamentales: sinergias y divergencias de

Constitucionales nacionales están sometidos al TEDH». Fernández Sola⁸⁵ pone de manifiesto el «recelo por parte de los Estados miembros de la UE a la adhesión al CEDH y al control indirecto del TEDH a los actos procedentes de la UE». Corcuera Atienza⁸⁶ refiere que «resulta ineludible el reconocimiento al sistema europeo de la capacidad de determinación del estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales, al que deberán someterse, de forma necesaria, no solamente los ordenamientos constitucionales sino, igualmente, el ordenamiento comunitario».

Y Hermida del Llano⁸⁷ señala que:

«[...] la adhesión de la UE al CEDH va a producir efectos favorables: hay una mayor protección de los derechos fundamentales al poder acudir, una vez agotados los recursos judiciales internos, al TEDH; la UE se sitúa al nivel de los Estados miembros respecto al control por el TEDH de los derechos fundamentales; el CEDH se aplicará, no como mero principio general del derecho, por tanto se incorporará la jurisprudencia del TEDH en la interpretación de sus normas; el CEDH constituye el nivel mínimo de protección de los derechos humanos, esto deviene importante cuando la protección que ofrece la UE sea inferior a la del CEDH; la adhesión pondrá fin a los conflictos entre la jurisprudencia del TJUE y del TEDH; la adhesión es la única forma de someter a la UE al control del TEDH».

En mi opinión, confluyen varios razonamientos para justificar la conveniencia de la adhesión: la legitimación pasiva de la UE ante el TEDH en caso de adhesión con la posibilidad de demandarla directamente; si bien la adhesión sería prescindible desde el punto de vista material, ya que la UE tiene su CDFUE y su TJUE para su protección, es necesaria desde el punto de vista procesal, ya que si no ratifica el CEDH, la UE no quedará bajo el control jurisdiccional exterior del TEDH, y, por la atribución de competencias a la UE por parte de los Estados miembros, los particulares ven mermada la posibilidad de recurrir ante el TEDH.

ambos sistemas. En: FERNÁNDEZ SOLA, N. (coord.). *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*. Dykinson.

⁸⁵ FERNÁNDEZ SOLA, N. (2004). *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*. Dykinson, pp. 88-89.

⁸⁶ DÍEZ DE VELASCO, M. (2010). *Las Organizaciones Internacionales*. Tecnos, p. 714.

⁸⁷ HERMIDA DEL LLANO, C. (2010). Una salida a los conflictos entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo. *Revista Persona y Derecho*. 63, pp. 130-135.

2.5. EL TEDH Y LA APLICACIÓN DE SUS SENTENCIAS

El Consejo de Europa es la primera organización internacional que se crea tras la II Guerra Mundial en 1949 y estableció que sus miembros reconozcan el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. El TEDH asume las facultades de garantía y ningún Estado es admitido sin aceptar el Estado de Derecho.

El TEDH es el órgano judicial ante el que cualquiera que esté bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado y considere violados cualquiera de los derechos reconocidos en el CEDH puede recurrir.

El TEDH está integrado por un número de jueces igual al de las Altas Partes Contratantes. Los jueces actúan a título individual y no representan a sus países. Las funciones son los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y protocolos que le sean sometidos en relación con asuntos entre Estados, demandas individuales y opiniones consultivas del Convenio. EL TEDH juzga y resuelve en aplicación del Convenio y los protocolos, pero no extiende su función jurisdiccional al derecho interno de los Estados parte.

Pueden acceder tanto los Estados como los nacionales de dichos Estados. Solo cabe interponer demanda ante el TEDH después de agotar los recursos internos en plazo de 6 meses. Admitida la demanda, se intentará llegar a un arreglo amistoso; si se consigue, el TEDH cancelará el asunto mediante una resolución. En otro caso, dictará sentencia motivada y pública.

Respecto al impacto de las STEDH en el ordenamiento jurídico español, hay que referir que las sentencias son declarativas y dejan a los Estados los medios que deben utilizar en el ordenamiento interno para cumplirlas.

El problema que se plantea es el de ejecución. La única norma-marco de la ejecución es la prevista en el art. 46 del CEDH.

Los Estados parte en el Convenio se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal, las cuales son remitidas al Comité de Ministros, órgano del Consejo de Europa, encargado de velar por su ejecución. Si la STEDH constata una violación del CEDH, el Comité de Ministros invita al Estado a que le informe de las medidas que ha adoptado para acatarla. Si el Comité estima cumplida la STEDH, dicta resolución señalando el cumplimiento. Si el fallo no ha sido debidamente ejecutado, el Comité determina las medidas que se deben adoptar.

Sobre cuáles son las medidas y cómo se ejecutan no dice nada el CEDH.

En el derecho europeo es incontrovertible que las STEDH son declarativas y no ejecutivas. El TEDH carece de jurisdicción para ejecutar sus sentencias y se limita a transmitir la sentencia al Comité de Ministros para que vigile la ejecución.

En España, hasta 2015, no ha existido una regulación legal de la ejecución de las sentencias del TEDH, a fin de su integración en el sistema judicial español. En la práctica, el Gobierno, tras recibir notificación de la STEDH, se encarga de la ejecución a través de la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia. Esta falta de previsión legal ha supuesto un alto grado de incertidumbre e inseguridad jurídica. No obstante, esta situación no se podía prolongar tras la STEDH en el Asunto Inés del Río⁸⁸; era necesario dar una solución procesal al tema.

La reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, art. 5bis, prevé la interposición de recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el TEDH haya declarado que dicha resolución viola el CEDH y sus protocolos y los efectos persistan.

Asimismo, la Ley 41/2015 que modifica el art. 954 de la LCrim contempla la revisión de una resolución judicial firme.

En mi opinión, la reforma operada, tanto por la Ley Orgánica 7/2015 como por la Ley 41/2015, devenía absolutamente necesaria a fin de lograr que, a través del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, el mismo procediese frente a sentencias judiciales firmes respecto a las que el TEDH haya estimado que las mismas son contrarias al CEDH y sus protocolos.

2.6. EL TJUE Y LA APLICACIÓN DE SUS SENTENCIAS

El TJUE es la institución jurisdiccional de la Unión cuya misión es interpretar y aplicar el derecho de la UE y se caracteriza por su funcionamiento y autoridad supranacionales. El TUE, en su art. 19, y el TFUE, en el art. 251, regulan su composición, organización, funcionamiento, procedimientos que conoce y los efectos de sus resoluciones. Se compone del Tribunal de Justicia y del Tribunal General. Los cometidos llevados a cabo por el TJUE se pueden sintetizar en: recursos directos contra Estados miembros o contra una institución, órgano u organismo de la Unión Europea, que serían los recursos de incumplimiento, anulación y omisión;

⁸⁸ STEDH de 21 de octubre de 2013, Asunto Inés del Río.

recursos indirectos que comprenderían las cuestiones sobre validez que se plantean ante un órgano jurisdiccional nacional, tal es el caso de las cuestiones prejudiciales, y las competencias en segunda instancia que comprendería el recurso de casación.

La UE tiene un ordenamiento jurídico autónomo. En virtud del principio de atribución, las competencias son atribuidas por los Estados miembros (EM) a la UE para que esta alcance los objetivos asignados. Los titulares de las competencias son los EM y su ejercicio por la UE deviene de la atribución de los EM en cuanto que titulares de las mismas. Por tanto, en cada EM coexisten dos ordenamientos jurídicos, el interno y el de la UE, que tiene los mismos destinatarios, los ciudadanos de cada EM.

El impacto de las STJUE en nuestro ordenamiento implica lo siguiente:

El TJUE ostenta el monopolio en la interpretación del derecho de la UE, ello significa que sus sentencias se integran en el sistema interno de cada EM con la misma primacía y efecto directo que la disposición supranacional interpretada. El ordenamiento jurídico de la UE se asienta en dos pilares: el efecto directo y la primacía. El efecto directo afecta al derecho originario y a los reglamentos de derecho derivado⁸⁹.

El principio de primacía del derecho de la UE, pese a no estar recogido en los tratados constitutivos, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se ha incorporado al acervo de la Unión y, en consecuencia, del derecho europeo. En cada Estado miembro surgen dos ordenamientos el de la Unión y el interno. Los problemas de colisión se resuelven mediante la consagración del principio de primacía del derecho de la Unión sobre el interno con relación a aquellas competencias cuyo ejercicio ha sido cedido por los EM en favor de la UE. El principio de primacía garantiza la aplicación uniforme del derecho de la Unión en los EM.

La jurisprudencia del TJUE ha consolidado los principios de efecto directo y primacía.

El TJUE ha sido garante de los derechos fundamentales desde los tratados constitutivos, donde primaba el silencio, hasta el Tratado de Lisboa, donde el art. 6 TUE configura la protección de los derechos fundamentales en la UE. El ordenamiento de la UE en muchos sentidos es un ordenamiento constitucional. En definitiva, en la UE hay un sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales donde el TJUE adquiere una mayor relevancia como garante de los mismos, semejante

⁸⁹ STJCE de 5/2/63, Van Gend and Loos,

al de los TC de los EM, y vinculado a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

El TJ, a través de sus sentencias, controla el cumplimiento del derecho de la Unión por los EM y las instituciones de la UE; por tanto, sus sentencias se integran en el sistema interno de cada EM con la misma primacía y efecto directo que la disposición interpretada. El TJ ha confirmado en jurisprudencia que el derecho de la UE es de obligado cumplimiento para los Estados⁹⁰.

El TJ, a través de su jurisprudencia, controla la aplicación correcta y uniforme del derecho de la Unión por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros; así, el art. 4 bis de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, refiere que los jueces y tribunales aplicarán el derecho de la UE de conformidad con la jurisprudencia del TJUE. Los Jueces de los EM tienen el deber de inaplicar la norma nacional, ya sea anterior o posterior, incompatible con el derecho de la Unión, obligación inherente al principio de primacía⁹¹.

En mi opinión, el TJUE al ser el máximo intérprete del derecho de la UE, conlleva a que sus sentencias forman parte del sistema interno de cada estado miembro y a que su jurisprudencia deba ser debidamente aplicada por los referidos estados miembros.

2.7. CONCLUSIONES

De lo anterior, se colige que, en el ámbito europeo, coexisten dos organizaciones internacionales en paralelo, la UE y el Consejo de Europa, donde todos los miembros de la UE pertenecen al Consejo de Europa. Cada una posee un tribunal con competencias en materia de derechos humanos y su coexistencia ha sido compleja.

Si bien la UE no es parte contratante del Convenio, el TEDH sí se ha pronunciado con relación a demandas cuyo objeto era el derecho de la Unión. Considero que la adhesión de la UE al CEDH sería necesaria para evitar los conflictos entre ambos tribunales internacionales y esto por varios motivos como: la legitimación pasiva de la UE ante el TEDH en caso de adhesión con la posibilidad de demandarla directamente. Si bien la adhesión sería prescindible desde el punto de vista material, ya que la UE tiene su CDFUE y su TJUE para su protección,

⁹⁰ STJCE de 15 de julio de 64, Costa c. ENE.

⁹¹ STJCE de 6 de abril de 1968, Caso Lück.

es necesaria desde el punto de vista procesal, ya que, si no ratifica el CEDH, la UE no quedará bajo el control jurisdiccional exterior del TEDH, y, por la atribución de competencias a la UE por parte de los Estados miembros, los particulares ven mermada la posibilidad de recurrir ante el TEDH.

De lo investigado se infiere que el TEDH es el órgano judicial ante el que cualquiera que esté bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado y considere violados cualquiera de los derechos reconocidos en el CEDH puede recurrir. Para la debida aplicación de las sentencias del TEDH, en España, hasta 2015, no ha existido una regulación legal de la ejecución de las sentencias del TEDH, a fin de su integración en el sistema judicial español. En mi opinión, la reforma operada, tanto por la Ley Orgánica 7/2015 como por la Ley 41/2015, devenía absolutamente necesaria a fin de lograr que, a través del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, sean revisables las sentencias judiciales firmes respecto a las que el TEDH haya estimado que las mismas son contrarias al CEDH y sus protocolos.

El TJUE es la institución jurisdiccional de la Unión cuya misión es interpretar y aplicar el derecho de la UE y se caracteriza por su funcionamiento y autoridad supranacionales. Considero que, al ostentar el TJUE el monopolio en la interpretación del derecho de la UE, ello implica que sus sentencias se integran en el sistema interno de cada EM con la misma primacía y efecto directo que la disposición supranacional interpretada. El TJUE al ser el máximo intérprete del derecho de la UE, conlleva a que sus sentencias forman parte del sistema interno de cada estado miembro y a que su jurisprudencia deba ser debidamente aplicada por los referidos estados miembros.

3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA UNIÓN EUROPEA

3.1. REGULACIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tratado de la CEE⁹² parte de una Comunidad que, en sus orígenes, se basa en una unión económica y, por ello, no incorpora un catálogo de

⁹² Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957.

derechos. No obstante, reconoce en dos artículos, el principio de no discriminación.

En el art. 6 se regula la no discriminación por razón de la nacionalidad. El art. 119 contempla la igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, al señalar que «cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo (...)». El art. 119 es el primer precepto que ha introducido una manifestación de un derecho social, como es el principio de no discriminación por razón de sexo, en la CEE, a pesar de su inicial inspiración económica⁹³.

El Tratado de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Maastricht⁹⁴, en el protocolo decimocuarto, que lo complementa, establece en el art. 6, «Acuerdo sobre política social», que los Estados parte deben garantizar la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, sin discriminación por razón de sexo, y cada Estado debe adoptar las medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar algún impedimento en sus carreras profesionales. Tanto el protocolo como el acuerdo que en él se incluye continúan la línea prevista en el art. 16 de la «Carta Comunitaria sobre Derechos Sociales Fundamentales»⁹⁵, en cuya virtud debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres, desarrollarse la igualdad de oportunidades e intensificar las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo.

Quintanilla Navarro (1996)⁹⁶ pone de manifiesto que, a través del art. 6 del acuerdo, es el propio Tratado quien asume el sentido unilateral de la protección contra la discriminación dirigido a las mujeres, al recogerse la justificación de acciones positivas en favor de estas junto con el principio de igualdad en materia retributiva. Pese a lo dispuesto en el protocolo, las acciones positivas no tienen un fundamento sólido hasta el Tratado de Ámsterdam.

⁹³ GOMEZ SÁNCHEZ, Y. (2023). *Constitucionalismo multinivel- Derecho de producción externa: Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Sanz y Torres, p. 15.

⁹⁴ Tratado de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Maastricht, firmado en la ciudad neerlandesa (Holanda).

⁹⁵ Carta comunitaria sobre derechos sociales fundamentales, de 9 de diciembre de 1989.

⁹⁶ QUINTANILLA NAVARRO, B. (1996). *Discriminación retributiva diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid, Marcial Pons, p. 124.

El Tratado de Ámsterdam⁹⁷ es el primer tratado constitutivo que recoge el sentido del principio de igualdad que se instaba desde las instituciones comunitarias y por el propio TJUE.

En el art. 2 se señala:

«La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer (...).»

El art. 3.2 refiere que la Comunidad tiene el objetivo de «eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad». El art. 12 regula la no discriminación por razón de nacionalidad. El art. 13 habilita al Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, a que adopte aquellas acciones que sean adecuadas «para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

El art. 137.1 señala que, a fin de lograr los objetivos del art. 136 relativos a eficacia de los derechos sociales y lucha contra el desempleo, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en algunos ámbitos, entre los que se encuentra «la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo».

En el art. 141, los apartados 3 y 4 modifican el art. 119 y regulan con mayor profusión la igualdad de género:

«3. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o un trabajo de igual valor”. “4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad de hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado

⁹⁷ Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999, tras revisar el tratado de Maastricht.

miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

Es en el art. 141.4 TCE en el que se introducen las acciones positivas en los tratados comunitarios. Estas medidas de acción positiva van encaminadas, a tenor de la Declaración anexa n.º 28 al acta final de la Conferencia, a garantizar la igualdad de la mujer.

Balaguer Callejón (2005)⁹⁸ refiere que la importancia del art. 141 del Tratado de Ámsterdam, respecto al art. 119 del Tratado de Roma, deriva en pasar de reconocer la igualdad de salario a la igualdad en todos los ámbitos de las relaciones de género, incluida en este concepto de igualdad la posibilidad de que los Estados miembros puedan adoptar libremente medidas de acción positiva.

Gómez Sánchez (2023)⁹⁹ señala que la redacción dada al art. 141.4 del Tratado ha permitido una mayor extensión del principio de igualdad real entre los hombres y las mujeres, ya que en él se incorporó la cláusula habilitadora para la aplicación por los Estados de medidas de acción positiva.

Freixes Sanjuan (1999)¹⁰⁰ señala que, con el Tratado de Ámsterdam, se eleva a nivel de tratado lo que hasta ese momento se había regulado mediante normas de derecho derivado.

Rey Martínez (2004)¹⁰¹ pone de manifiesto que el derecho estadounidense, en el que encuentra su origen la *affirmative action*, y el derecho comunitario, constituyen el núcleo primario y de mayor influencia del derecho antidiscriminatorio.

⁹⁸ BALAGUER CASTEJÓN, M. L. (2005). La constitución europea y la igualdad de género. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Granada, Instituto Andaluz de Administración Pública. 3, p. 279.

⁹⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2023). *Constitucionalismo multinivel-Derecho de producción externa: Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Sanz y Torres, p. 15.

¹⁰⁰ FREIXES SANJUÁN, T. (1999). La igualdad entre las mujeres y los hombres, la no discriminación y las medidas de acción positiva en el Derecho internacional y Comunitario. En: Ponencia presentada al Congreso hacia una democracia paritaria. Toledo.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2000). *La Unión Europea en sus documentos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 97.

¹⁰¹ REY MARTÍNEZ, F. (2004). El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. *Cuadernos de derecho judicial*. 3, p. 84.

La CDFUE¹⁰², en su preámbulo, refiere la igualdad. El art. 20 regula la «igualdad ante la ley», se trata de una cláusula general de igualdad¹⁰³. Se establece la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, comprendiendo las acciones positivas sobre el sexo menos representado, en el art. 23; se prohíbe toda forma de discriminación por razón de sexo o de orientación sexual en el art. 21, y se regula la conciliación de la vida familiar y profesional en el art. 33.

Navas Castillo (2003)¹⁰⁴ señala que la carta admite, para la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres, la adopción, incluso, de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

Gómez Sánchez (2000)¹⁰⁵ refiere que la redacción del artículo 23 consagra las denominadas acciones positivas al establecer que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado e incorpora así los logros que la Unión ya había conseguido.

El Tratado de Niza¹⁰⁶ consolida, como lo hizo el Tratado de Ámsterdam, la compatibilidad de las medidas de acción positiva y el principio de no discriminación por razón de sexo. Incorpora el art. 13.2 para reforzar la referida consolidación.

En el Tratado de Lisboa¹⁰⁷, el principio de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo queda contemplado en el art. 157 TFUE.

El art. 153 TFUE regula la igualdad de oportunidades y de trato en empleo y ocupación. El art. 157 TFUE autoriza la acción positiva para empoderar a las mujeres. Y el art. 19 TFUE prevé la adopción de legislación para luchar contra la discriminación por motivo de sexo. La igualdad como valor se regula en los arts. 2 y 3.3 del TUE y, en el art. 8 TFUE, se promueve la igualdad a través de todas sus acciones.

¹⁰² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 en Niza.

¹⁰³ STJCE de 13 de noviembre de 1984, Racke, Asunto 283/83; sentencia de 17 de abril de 1997, C-15/95, EARL y sentencia de 13 de abril de 2000, C-292/97, Karlsson.

¹⁰⁴ NAVAS CASTILLO, A. (2003). *La Constitución Dogmática III: el principio de libertad y el principio de igualdad*. Colex, p. 20.

¹⁰⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2000). *Constitucionalismo multinivel- Derecho de producción externa: Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Sanz y Torres, p. 21.

¹⁰⁶ El Tratado de Niza fue un tratado elaborado por el Consejo Europeo entre los días 7 y 9 de diciembre de 2000 y firmado el 26 de febrero de 2001, para modificar los tratados vigentes. Entró en vigor el 1 de febrero de 2003.

¹⁰⁷ Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que pasa a denominarse TFUE, firmado el 13 de diciembre de 2007 en Lisboa (Portugal) y en vigor el 1 de diciembre de 2009.

3.2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL DESARROLLO DE LA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA EN LA UE

En un primer momento, el TJ solo se refiere a la igualdad en el ámbito salarial. En el Asunto Roks contra Bestur¹⁰⁸, se señala que, al aplicar la Directiva 76/207 y el antiguo art. 119 del Tratado, el concepto de retribución es comprensivo de toda prestación salarial o no y que las únicas excepciones a la igualdad son las que deriven del equilibrio financiero de los Estados, lo que exige una cierta progresividad en la introducción de medidas que erradiquen la desigualdad¹⁰⁹.

En el Asunto Nils Draehmpaehl¹¹⁰, se ha aceptado la inversión de la carga de la prueba cuando se interpone una demanda judicial alegando discriminación. Esta jurisprudencia ha sido posteriormente incluida en la Directiva 97/80/CE.

En los Asuntos Stad Lengerich, Douglas Jarvey Baber y Brunnhofer¹¹¹ se establece la igualdad de las remuneraciones por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor. Tal como refleja el art. 141.4 TCE, desde Ámsterdam.

En los Asuntos Carole Louise Webb, Onem, Stoeckel, Rummer, Johnston, Royal Marines, Dreil y Soeckel¹¹², se contemplan la igualdad de trato en el trabajo, la igualdad de trato relativa a la seguridad social y a la ayuda social, la conciliación entre la vida familiar y profesional.

En los Asuntos Jenkins, Bilka, Rinner-Kühn, Lrüger, Kowalsa, Gerster y Hill y Sapleton¹¹³, se dispone la organización no discriminatoria del trabajo a tiempo parcial.

En un segundo momento, la jurisprudencia del TJ interpreta la Directiva 76/207/CEE de forma amplia con relación a la maternidad y discriminación en el empleo.

¹⁰⁸ STJCE de 24 de febrero de 1994, Roks y otros contra Bestur van Bedrijfvereniging y otros. Asunto C343/92.

¹⁰⁹ STJCE de 9 de febrero de 1982, Elieen Garland/British Rail Engineering Limited, Asunto 12/81; STJCE de 8 de abril de 1976, Asunto 43/75, Caso Defrenne II.

¹¹⁰ STJUE, Asunto Nils Draehmpaehl C-180/1995.

¹¹¹ STJUE, Asunto Stad Lengerich C-149/77, Asunto Douglas Jarvey Baber C-262/88 y Asunto Brunnhofer C-381/99.

¹¹² STJUE, Asuntos Carole Louise Webb C-32/93; Onem C-13/93; Stoeckel C-345/89; Rummer C-237/85; Johnston C-222/84; Royal Marines C-273/97; Dreil C-256/98; y Soeckel C-345/98.

¹¹³ STJUE, Asunto Jenkins C-96/80; Asunto Bilka C-170/84 y Rinner-Kühn C-171/88; Asunto Krüger C281/97; Asunto Kowalsa C-33/89; Asuntos Gerster y Hill y Sapleton C-243/95.

En este periodo, podemos referir los Casos Dekker, Brown y Tele Danmark¹¹⁴. En el Asunto Mary Brown y Rentokil¹¹⁵, se analiza la imposibilidad de despedir a una trabajadora por ausencia de su puesto de trabajo debido a incapacidad laboral producida por un embarazo de riesgo. La ley inglesa permitía el despido objetivo por falta de asistencia, pero el TJ estima que aquí lo relevante es proteger la maternidad. El TJ señala que la maternidad y las circunstancias derivadas, embarazo y lactancia, constituyen el único elemento diferenciador entre la mujer y el hombre.

A medida que se avanza en temas de desigualdad relacionados con la maternidad, el TJ analiza los casos en que la aparente igualdad encierra discriminación laboral. Se habla de discriminación oculta o indirecta para designar aquellas conductas empresariales que aparentemente eran conformes a la legalidad, pero tenían efecto discriminatorio para las mujeres.

También se analiza la prohibición de discriminación sexual en el trabajo para determinadas profesiones. El Asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa¹¹⁶ refiere el acceso a puesto para vigilantes de cárceles mediante un concurso-oposición que es diferenciado por el sexo en la legislación francesa. El TJ exigirá a la ley francesa los requisitos de transparencia y control, utilizando el principio de proporcionalidad.

Después, el TJ se va refiriendo a la interdicción de la discriminación por género de forma más amplia, abarca la prohibición de discriminación por las condiciones o el puesto de trabajo.

En el Caso Proceso Penal v. Alfred Stoeckel¹¹⁷, se analiza la prohibición del trabajo nocturno únicamente a las mujeres. EL TJ determina que la ley nacional que consagre el principio de prohibición del trabajo nocturno únicamente para las mujeres incumple la Directiva 76/207.

En los Asuntos Nimz, Stad Lengerich, Seymour Smith y Pérez¹¹⁸, el Tribunal ha reconocido que la prohibición de todo tipo de discriminación incluye también las discriminaciones indirectas¹¹⁹.

¹¹⁴ STJUE de 8 de noviembre de 1990, Caso Dekker; de 30 de junio de 1998, Caso Brown; de 4 de octubre de 2001, Caso Tele Danmark.

¹¹⁵ STJUE de 30 de junio de 1998, C-394/96, Asunto Mary Brown y Rentokil Initial UK Ltd.

¹¹⁶ STJUE de 30 de junio de 1988, 318/86. Asunto Comisión de las Comunidades Europeas, contra República Francesa.

¹¹⁷ STJUE de 25 de julio de 1991, Asunto C-345/89, proceso penal contra Alfred Stoeckel.

¹¹⁸ Asunto Nils Draehmpaehl C-180/1995.

¹¹⁹ Asuntos Stad Lengerich C-339/1992, Seymour Smith y Pérez C-167/1997 y Nimz C-184/89.

En los Asuntos Jenkins, Bilka, Rinner-Kühn, Lünger, Kowalsa, Gerster y Hill y Sapleton¹²⁰, se dispone la organización no discriminatoria del trabajo a tiempo parcial.

En los Asuntos Carole Louise Webb, Onem, Stoeckel, Rummer, Johnston, Royal Marines, Dreil y Soeckel¹²¹, se contempla la igualdad de trato en el trabajo, la igualdad de trato relativa a la seguridad social y a la ayuda social y la conciliación entre la vida familiar y profesional. Esto inspira el art. 137.i) TCE; la Directiva 2002/73/CE, que reforma la antigua de 1976 y la decisión del Consejo de 13 de marzo de 2000; el Reglamento 1260/1999, de 21 de junio 1999, relativo a las disposiciones generales sobre los Fondos estructurales; la Directiva del Consejo 93/104/CE sobre la organización del tiempo de trabajo, y la Directiva del Consejo 97/81/CE, de 15 de diciembre 1997, acuerdo marco entre sindicatos y patronato sobre el trabajo a tiempo parcial.

La Directiva 97/80/CE del Consejo, relativa a la Carga de la Prueba en los Casos de Discriminación por Razón de Sexo, se refiere a la inversión en la carga de la prueba. En el Caso Bilka-Kaufhaus contra Karín¹²², el TJ señala que, si se comprueba que una medida perjudica de forma mayoritaria a las mujeres, pesa sobre el Estado la prueba de la justificación.

En el Asunto P. M. Enderby contra Frenchay¹²³, el TJ señala que, cuando se trata de empresas privadas, la discriminación aparente se puede razonar por el empresario y la valoración acerca de la discriminación compete al juez nacional.

En el Asunto Nils Draehmpaeh¹²⁴, se ha aceptado la inversión de la carga de la prueba cuando se interpone una demanda judicial alegando discriminación. Esta jurisprudencia ha sido posteriormente incluida en la Directiva 97/80/CE.

Las acciones positivas en el ámbito profesional, al principio, son interpretadas en sentido restrictivo.

¹²⁰ STJUE, Asunto Jenkins C-96/80; Asuntos Bilka C-170/84 y Rinner-Kühn C-171/88; Asunto Krüger C281/97; Asunto Kowalsa C-33/89; Asuntos Gerster y Hill y Sapleton C-243/95.

¹²¹ Asuntos Carole Louise Webb C-32/93; Onem C-13/93; Stoeckel C-345/89; Rummer C-237/85; Johnston C-222/84; Asunto Royal Marines C-273/97; Asunto Dreil C-256/98; y Asunto Soeckel C345/98.

¹²² STJCE de 13 de mayo de 1986, Caso Bilka-Kaufhaus GmbH contra Karín Weber von Hartz.

¹²³ Sentencia de 27 de octubre de 1993, Asunto C-127/92, de P.M. Enderby contra Frenchay Health Authority.

¹²⁴ Asunto Nils Draehmpaehl C-180/1995.

El Asunto Kalanke¹²⁵ originó un gran debate doctrinal¹²⁶. La Sentencia Kalanke, trae causa en el asunto relativo a la provisión del puesto de jefe de departamento del servicio de espacios verdes en la ciudad de Bremen, a cuya plaza concurren el Sr. Kalanke y la Sra. Glissman.

La ley del *land* Bremen¹²⁷, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública, dispone que, a igualdad de capacitación para el puesto superior, se da preferencia a la candidata femenina si, en ese sector, las mujeres están infrarrepresentadas, hecho que se produce si el sexo femenino no cubre, al menos, la mitad de los puestos.

El TJUE falló que la ley del *land* Bremen se opone a la Directiva 76/207/CEE, al señalar, en síntesis, que el art. 2.4 de la directiva debe interpretarse restrictivamente; que la normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o

¹²⁵ STJUE de 17 de octubre de 1995, C-450/93, Kalanke.

¹²⁶ GIMÉNEZ GLUTCH, D. (1998). *Una manifestación polémica del principio de igualdad*. Tirant lo Blanch, pp. 191 y ss.

REY MARTÍNEZ, F. (1996). La discriminación positiva de mujeres: comentario a pro-CHARPENTIER, L. (1996). L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité. *Revue trimestrielle de droit européen*. 32(2), pp. 281 y ss.

COUSTEL I. (1996). La jurisprudencia de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance, Chronique des arrêts, Politique sociale. Arrêt Kalanke. *Revue du marché unique européen*, pp. 191-192

DURAN Y LALAGUNA, R. (1997). Derechos de la mujer y ordenamiento comunitario europeo. *Noticias de la Unión europea*. 145, pp. 21 y ss.

MOORE, S. (1996). Social policy.-Nothing positive from the Court of Justice. *European Law Review*, pp. 156 y ss.

PRECHAL, S. (1996). Case C-450/93, Kalanke v. Freie hansestadt Bremen (1995) ECR I-3035. *Common Market Law Review*, pp. 1255 y 1258.

QUNITANILLA NAVARRO, B. (1996). La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso Kalanke versus Glissmann. *Actualidad laboral*. 1, pp. 145 y ss.

RIVERO ORTEGA, R. (1996). Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de las mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *Revista española de derecho administrativo*. 90, p. 321 y ss.

GIMÉNEZ GLUTCH, D. (1998). *Una manifestación polémica del principio de igualdad*. Tirant lo Blanch, pp. 191 y ss.

REY MARTÍNEZ, F. (1996). La discriminación positiva de mujeres: comentario a propósito de la sentencia del TROFES PUJOL, M. I. (1996). Sentencia de 17 octubre de 1995, C-450/93, Kalanke: Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Directiva 76/207/CEE. Apartado 4 del artículo 2. Promoción. Igual capacitación de candidatos de distinto sexo. Preferencia por las candidatas femeninas. *Cuadernos europeos de Deusto*. 14, pp. 175 y ss.

RUANO, L. (1995). Acciones positivas y discriminación positiva. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Año V, 227, pp. 1 y ss.

SCARPONI, S. (1995). Pariopportunitá e frauenquoten davanti alia Corte di Giustizia. *Revista Diritto Europeo*, pp. 717 y ss.

¹²⁷ Ley del Land Bremen, de 20 de noviembre de 1990.

promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el art. 2.4 de la directiva; que la ley nacional establece un sistema de cuotas rígidas, y que la ley nacional sustituye la igualdad de oportunidades por la de resultado. Este fallo fue objeto de crítica por la doctrina¹²⁸.

Atienza Rodríguez (1996)¹²⁹ entiende que, detrás de la decisión del tribunal, se encuentra el hecho de que la Ley del *land* Bremen solo considera una propiedad para constatar la igualdad de capacitación: la clasificación en el mismo nivel del convenio colectivo. Refiere que el tribunal quiso señalar que, además de la clasificación en el mismo nivel y de la pertenencia al sexo infrarrepresentado, se deberían considerar otros aspectos para la promoción.

Alemany García (1999)¹³⁰ señala que, a sentencia del Caso Kalanke, se aproxima al contenido de la decisión posterior del Caso Marschal, al ser necesario posibilitar la consideración de otros factores para la promoción además de la igual capacitación y la pertenencia al sexo infrarrepresentado.

También las instituciones comunitarias fueron críticas con la sentencia. La Comisión Europea y el Parlamento Europeo consideran un retroceso en una jurisprudencia que, hasta ese momento, era tendente a favorecer a las mujeres. La Comisión remitió al Parlamento Europeo y al Consejo una comunicación sobre la interpretación de la Sentencia Kalanke donde establecía que:

«[...] el Tribunal de Justicia sólo ha condenado la característica particular de la Ley del Estado de Bremen que consiste en el automatismo de la medida, que concede a las mujeres un derecho absoluto e incondicional en materia de nombramiento o de promoción, por ello, el único tipo de sistema de cuotas que es ilegal es el sistema abso-

¹²⁸ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (1996). Un comentario al caso Kalanke. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. En: Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Centro de Estudios Constitucionales. 19, pp. 11-122.

GIMÉNEZ GLUTCH, D. (1998). *Una manifestación polémica del principio de igualdad*. Tirant lo Blanch, pp. 191 y ss.

REY MARTÍNEZ, F. (1996). La discriminación positiva de mujeres: comentario a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto Kalanke. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 47, pp. 309-332.

RUIZ MIGUEL, A. (1996). La discriminación inversa y el caso Kalanke. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 19, pp. 123-140.

¹²⁹ ATIENZA, M. (1996). Un comentario al caso Kalanke. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 19, pp. 11-122.

¹³⁰ ALEMANY GARCÍA, M. (1999). La discriminación inversa como un medio de promover la igualdad. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. 11, pp. 95-113.

lutamente rígido que no prevé la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias individuales. De este modo, los Estados miembros y los empresarios son libres de recurrir a otras formas de acción positiva, incluidas las cuotas flexibles».

A fin de poner término a la controvertida Sentencia Kalanke, la Comisión propuso modificar el art. 2.4 de la Directiva 76/207 CEE, para permitir expresamente los tipos de acción positiva a los que no afecta la Sentencia Kalanke. Y es que entiende que «tal modificación interpretativa aclararía que las medidas de acción positiva están permitidas por el Derecho comunitario, con excepción de las cuotas rígidas, y garantizaría que el texto de la Directiva refleje con mayor claridad la verdadera situación jurídica que resulta de la Sentencia del Tribunal de Justicia».

Esta interpretación de la Comisión se incorpora en la nueva redacción del art. 141 a través del Tratado de Ámsterdam y se consolida con carácter definitivo por el TJUE en la Sentencia Marschall.

En conclusión, cabe señalar que el Tribunal admite excepcionalmente un tratamiento diferenciado cuando concurren razones objetivas y sea proporcionado. Dado su carácter excepcional, las acciones positivas han de ser interpretadas en sentido restrictivo. Esta sentencia originó una gran trascendencia mediática al no conceder preferencia a favor de la mujer en el caso de igualdad de capacitación y subrepresentación en un determinado empleo. Fue objeto de amplio análisis por la doctrina¹³¹, que fue muy crítica con esa sentencia e intentó implantar el criterio de proporcionalidad, y condicionó la jurisprudencia posterior. En el Asunto Kalanke se analiza un sistema de cuotas flexible, ya que la norma controvertida prevé una preferencia a favor de las mujeres, a igualdad de capacidad y méritos en relación con el puesto de trabajo, y si existe infrarrepresentación de las mujeres. La Comisión, en su comunicación¹³², al referirse a la sentencia Kalanke, define la acción positiva.

Personalmente comparto las críticas a la referida sentencia. La referencia a que el art. 2.4 de la directiva ha de interpretarse restrictivamente deviene excesiva y carente de una fundamentación adecuada. Asimismo,

¹³¹ ATIENZA M. (1996). Un comentario al caso Kalanke. *Cuadernos Jurídicos*. 39.

MARTÍN VIDA, M. A. (1998). 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*. 18, pp. 313-336.

REY MARTÍNEZ, F (1996). La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), asunto Kalanke. *REDA*. 47.

¹³² COM (96) 88 final, Bruselas, 27 marzo 1996, cit., p. 3.

discrepo en la consideración relativa a que la ley nacional alemana conceda preferencia absoluta e incondicional a la mujer, toda vez que la ley supe-dita la preferencia de la mujer a la igualdad de capacitación e infrarrepresentación de la mujer.

Tras las previsiones del Tratado de Ámsterdam, el Tribunal amplía el ámbito de aplicación de las acciones positivas.

El Asunto Marschall¹³³, objeto de análisis, se ha elaborado a la luz del Tratado de Ámsterdam, aunque todavía no estaba en vigor. La Sentencia Marschall, se refiere a un caso surgido en Alemania. Marschall es profesor titular de una escuela y presenta candidatura para una plaza de grado superior, junto a otra candidata mujer. La referida candidata tiene la misma capacitación que Marschall y el organismo público informó a este la intención de promover a la mujer, al amparo del art 25.5 de la Ley de la Función Pública del *land* (disposición controvertida) que dice:

«Cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor».

La cuestión prejudicial tiene por objeto determinar si los arts. 2.1 y 4 de la Directiva 76/207/CEE¹³⁴, *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*, se oponen a la disposición controvertida.

La Directiva 76/207/CEE, en el art. 2 señala:

«1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

4. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1».

¹³³ STJUE, de 11 de noviembre de 1997, C-409/95, Asunto Marschall,

¹³⁴ Directiva 76/207/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 9 de febrero de 1976.

La fundamentación del TJ se centra en dos parámetros:

- En primer lugar, la directiva está encaminada a garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. El TJUE afirma que el hecho de que los candidatos de sexo diferente presenten igual capacitación no significa por sí solo que tengan iguales oportunidades, ya que, incluso en la hipótesis de una misma capacitación, existe la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos, en perjuicio de las candidatas femeninas, debido, particularmente, a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel, a las capacidades de la mujer en la vida activa y al temor, por ejemplo, a que las mujeres interrumpan más frecuentemente su carrera; a que, debido a las tareas del hogar y familiares, organicen su jornada laboral de forma menos flexible, o a que se ausenten más a menudo debido a embarazos, partos y períodos de lactancia. Por tanto, el propio TJ reconoce que igualdad de oportunidades no implica ausencia de discriminación. El TJ justifica que la norma controvertida está en el ámbito de aplicación del art. 2.4 de la directiva al dar preferencia a las mujeres infrarrepresentadas a igualdad de capacitación, sin perjuicio de la cláusula de apertura. Así, el TJ cambia el criterio respecto al Asunto Kalanke, donde se concluye que la medida sustituye la igualdad de oportunidades por la de resultados. Si bien la disposición controvertida en el caso Marschall incorpora una cláusula de apertura, que después analizaremos, esto no interfiere en el fin de la medida, que sigue siendo el mismo.
- En segundo lugar, la «cláusula de apertura» en la disposición controvertida señala que las mujeres no tienen preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor. El TJUE considera, a diferencia de lo que ocurría con la normativa en la Sentencia Kalanke, que en la disposición controvertida, que contiene una cláusula de apertura, no sobrepasa los límites a igualdad de capacidad, 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 sexo masculino.¹³⁵ El TJ, posiblemente al conocer el

¹³⁵ STJUE de 11 de noviembre de 1997, C-409/95, Sentencia Marschall.

peligro de discriminación para las mujeres que pudiera conllevar la cláusula de apertura, añade que esos criterios no podrán ser discriminatorios para las candidatas femeninas.

Las acciones positivas sobre el sexo menos representado en una categoría profesional concreta no son contrarias al principio de igualdad de trato si se aplican en circunstancias de equivalencia objetiva de currículos profesionales. Por tanto, el TJ cambia el criterio restrictivo sobre la imposibilidad de favorecer a la mujer cuando concurre igualdad meritosa. Al igual que en el Asunto Kalanke, el sistema de cuotas es flexible; la única diferencia es que, en el asunto Marschall, la legislación controvertida establece una cláusula de apertura y, en el Asunto Kalanke, no hay esa cláusula.

La Comisión considera que la Sentencia Marschall es un avance al establecer «la legalidad de los planteamientos de acción positiva cuando permiten un cierto grado de flexibilidad en su aplicación (no automática)» y señala que «el art 141.4 del nuevo Tratado de Ámsterdam no cambiará esta situación con su entrada en vigor».

Gómez Sánchez (2023)¹³⁶ refiere que, a partir de los Casos Kalanke y Marschall, los casos de discriminación inversa podrían ser compatibles con la Constitución al tomar en cuenta, por ejemplo, la marginación específica de la mujer en el ámbito concreto y, en todo caso, al eliminar cláusulas generales de preferencia, posiblemente, más discutibles.

Freixes Sanjuán (2014)¹³⁷ señala que, en el Asunto Marschall, las acciones positivas sobre el sexo menos representado en una categoría profesional concreta no son contrarias al principio de igualdad de trato si se aplican en circunstancias de equivalencia objetiva de currículos profesionales.

Rodríguez Piñero (1997)¹³⁸ refiere que la legitimidad de las medidas de acción positiva está plenamente consagrada y ello se refleja en la sentencia del caso Marschall, al excluirse las que encierran un sistema de cuotas automático y cerrado.

Personalmente, estimo que la sentencia está mejor fundamentada. Como lectura crítica, cabe señalar que el TJUE, al fallar sobre el caso

¹³⁶ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2023). Igualdad y no discriminación. En: *Seminario La Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Organismos de igualdad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 26.

¹³⁷ FREIXES SANJUÁN T. (2014). La igualdad de mujeres y hombres en el derecho de la Unión Europea. Especial referencia a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En: PASTOR GOSÁLBEZ, I. (coord.). *Integración europea y género*, p. 34.

¹³⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO M. (1997). Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marschall del TJCE. *Relaciones laborales*. 24, p. 7.

Marschall en 1997, analiza una directiva que tiene más de veinte años de vigencia y, por lo tanto, hubiese convenido una interpretación más actualizada y acorde con los objetivos de la directiva.

El Asunto Badek¹³⁹ analiza la compatibilidad de la ley del *land* Hesse¹⁴⁰ con la Directiva 76/207/CEE. La norma establece que, cuando las mujeres están infrarrepresentadas, en un caso concreto de igualdad de cualificación entre una candidata y un candidato, las decisiones de selección deben favorecer a la candidata, cuando no se oponga a ello ningún motivo de rango jurídico superior. El TJUE refiere la compatibilidad con la directiva. La ley establece que los criterios, que habitualmente perjudican la promoción de mujeres —como edad, antigüedad, tiempo transcurrido desde la última promoción—, solo serán válidos si son determinantes en relación con la capacidad y la competencia de las candidatas y candidatos. Asimismo, dispone:

«[...] no podrán tomarse en consideración ni la situación familiar ni los ingresos del cónyuge. El trabajo a tiempo parcial, los permisos o el aplazamiento de la terminación de los estudios motivados por el cuidado de hijos o de familiares, no podrán afectar de forma negativa a la evaluación de la actividad profesional ni a la promoción profesional. Esto no supondrá la equiparación sistemática de los permisos a los períodos de empleo».

Esta sentencia afirma estas acciones en la función pública cuando se revelen necesarias para asegurar el respeto de los objetivos de los planes de promoción de las mujeres, a condición de que la reglamentación garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos; que las medidas de acción positiva sean aplicadas en forma temporal, y que se adopten en supuestos de calificaciones equivalentes entre candidatos del sexo opuesto.

En mi opinión, el Asunto Kalanke, Asunto Marshall y Asunto Badek son el claro ejemplo de la configuración de las acciones positivas.

En el Asunto Abrahamsson¹⁴¹, la norma controvertida decía:

¹³⁹ STJUE de 28 de marzo de 2000, Asunto Badeck, C-195/97.

¹⁴⁰ Ley del Land Hesse sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración Pública, adoptada el 21 de diciembre de 1993.

¹⁴¹ STJUE 6 de julio de 2000, Asunto Katarina Abrahamsson, Asunto C-407/98.

«[...] un candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea capacitación suficiente para el puesto, podrá ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, siempre que la diferencia entre las respectivas capacitaciones no sea tan considerable como para que la aplicación de dicha regla vulnere la exigencia de objetividad en el momento de la contratación».

Aquí, el TJUE dispone que dicha norma contraviene la directiva, ya que posibilita dar preferencia al sexo infrarrepresentado aun cuando no tengan la misma calificación que los competidores del otro sexo, con la única condición de que la diferencia entre los méritos de los candidatos de cada uno de los sexos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos. El Tribunal entiende que se trata de una preferencia automática, sin criterios claros y que no da margen al examen de las situaciones particulares.

Esta sentencia regula la forma de interpretar la equivalencia de calificaciones para permitir la aplicación de la acción positiva cuando la diferencia entre los méritos de los respectivos candidatos no es de tal importancia como para originar un resultado contrario a la exigencia de objetividad que debe presidir su adopción.

En el Asunto Julia Schnorbus¹⁴², se cuestiona la ley del *land* Hesse sobre el acceso a las prácticas jurídicas preparatorias anteriores al segundo examen de la carrera de Derecho. La norma controvertida otorga prioridad a los candidatos que hubieran prestado servicio militar. El TJUE falla la compatibilidad de la ley con el derecho comunitario al estar ante una discriminación indirecta, justificada por razones objetivas para contribuir a compensar el retraso sufrido en los estudios derivado de la prestación del servicio militar obligatorio, y no implica una preferencia absoluta.

El Asunto Lommers¹⁴³ versa sobre la reserva de plazas de guardería para las funcionarias del Ministerio de Agricultura holandés.

De lo expuesto, concluyo que, al observar la evolución que ha tenido el TJUE en relación con las acciones positivas y dentro de estas con las medidas de discriminación positiva, verifico que la jurisprudencia del TJUE ha partido de la igualdad salarial, como criterio de igualdad entre mujeres y hombres, hasta llegar a las acciones positivas. A partir de la segunda mitad

¹⁴² STJUE de 7 de diciembre de 2000, Asunto Julia Schnorbus. C-79/99.

¹⁴³ STJUE de 19 de marzo de 2002, Asunto Lommers, C-476/99.

de los noventa, el TJUE analiza medidas de acción positiva relativas a la adjudicación de puestos de trabajo favorables a la mujer.

3.3. ANÁLISIS DOCTRINAL

A tenor de lo anterior, se expone el parecer de la doctrina con relación a las acciones positivas:

Navas Castillo¹⁴⁴ señala que las acciones positivas son acciones promocionales que se dirigen a corregir la situación de especial marginación en la que se encuentran determinados colectivos en atención a su menosprecio social. La discriminación inversa, o también denominada discriminación positiva, es una categoría de acción positiva más incisiva y eficaz¹⁴⁵. Las medidas de discriminación inversa no inciden en el «punto de partida», sino en el «punto de llegada», de modo que, con ellas, se garantiza el resultado propuesto. El perjuicio directo de los derechos de terceros hace precisa la interpretación restrictiva de este tipo de medidas, ya que, fuera de la finalidad perseguida, dicha discriminación inversa se transforma en constitucionalmente no admisible¹⁴⁶.

Ruiz Miguel (1994)¹⁴⁷ refiere que esta es la razón de que las discriminaciones inversas tengan lugar en contextos de «especial escasez», como son puestos de trabajo, listas electorales, etc.

Charpentier (1996)¹⁴⁸ señala que el objetivo de las acciones positivas consiste en el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y uno discriminado. Una vez conseguida la igualdad, las acciones positivas deben cesar; por lo tanto, deben ser medidas transitorias¹⁴⁹.

Rey Martínez (2004)¹⁵⁰ refiere que las medidas de acción positiva y, por ende, la discriminación inversa se configuran como aquellos instrumentos que vienen a completar la no discriminación por razón de sexo,

¹⁴⁴ NAVAS CASTILLO, A. (1999). La no discriminación por razón de sexo y la discriminación inversa en el marco europeo. En: GÓMES SÁNCHEZ, Y. *Los derechos de Europa*. 1.^a ed. 2.^a Reimpresión. Estudios de la UNED), p. 16.

¹⁴⁵ NAVAS CASTILLO, A., *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁶ NAVAS CASTILLO, A., *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁷ RUÍZ MIGUEL, A. (1994). Discriminación inversa e igualdad. En: VALCARCEL, A. *El concepto de Igualdad*. Madrid, Pablo Iglesias, p. 80.

¹⁴⁸ CHARPENTIER, L. (1996). *L'arrêt Kalanke*, p. 294. ISSN: 1028-3625.

¹⁴⁹ CHARPENTIER, L., *op. cit.*, pp. 288 y 295

RUANO, L. *Acciones positivas*, p. 2.

¹⁵⁰ REY MARTÍNEZ, F. (2004). El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. *Cuadernos de derecho judicial*. 3, p.97.

con la única finalidad de que el principio de igualdad de sexos sea real y efectivo.

Giménez Gluck (1996)¹⁵¹ señala que son las cuotas las medidas por excelencia de las discriminaciones inversas. Hay dos tipos de cuota: la cuota rígida, discriminación inversa en estado puro, y la cuota flexible, denominada por este autor como discriminación inversa racionalizada. Una cuota es rígida cuando establece una preferencia para el grupo discriminado con independencia de los méritos de las personas. Por tanto, la cuota rígida se impone sin tener presente ningún otro factor, como pudiera ser la diferencia en el mérito o capacidad, etc. Es una discriminación inversa constitucionalmente no admisible. Una cuota es flexible cuando la preferencia para el grupo discriminado requiere igualdad de méritos y puedan considerarse circunstancias excepcionales. Se trata de una cuota constitucionalmente admisible.

Trujillo Pérez (2000)¹⁵² analiza la diferencia que establece el Tribunal entre cuotas rígidas y flexibles; Martín Vida (2000)¹⁵³ aborda los requisitos que el TJ requiere en las acciones positivas, que son, que no se establezca la concesión automática e incondicional de puestos a las mujeres y que concurren cláusulas que establezcan aperturas flexibles, y Freixes Sanjuan (2014)¹⁵⁴ apunta que el TJUE ha precisado minuciosamente la aplicación de estas acciones positivas.

De lo expuesto, concluyo que el Tratado de Ámsterdam consolida las medidas de acción positiva, en concreto las de discriminación inversa, que se concretan en sistemas de cuotas. El reconocimiento de estas medidas en un tratado vincula al TJUE, que tiene que aplicarlas en sus sentencias.

El primitivo sentido de igualdad, como igualdad de remuneraciones, se amplía a la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos del derecho de la Unión y para los Estados miembros, que, desde el Tratado de Ámsterdam, se convierte en un auténtico mandato imperativo.

¹⁵¹ GIMÉNEZ GLUCK, D. (1996). *Una manifestación polémica de Cuadernos el principio de igualdad*. Tirant lo Blanch, pp. 83 y ss.

¹⁵² TRUJILLO PÉREZ, A. J. (2000). En art. 14 una perspectiva de género. *Boletín de información y análisis jurídico*. 4. Sevilla, IAM.

¹⁵³ MARTÍN VIDA, M. A. (2000). Los más recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de acciones positivas: los casos Badeck y Anderson. *En art. 14 una perspectiva de género*. 5. Sevilla, IAM.

¹⁵⁴ FREIXES SANJUÁN, T. (2014). La igualdad de mujeres y hombres en el derecho de la Unión Europea. En: PASTOR GOSÁLBEZ, I. *et al.* (coord.). *Integración Europea y Género, Integración europea y género*, p. 34. ISBN 978-84-309-6170-2

Es un sistema hábil para lograr la igualdad de género en los ámbitos en que la mujer está infrarrepresentada, siempre que no se trate de un sistema de cuotas rígidas, en cuyo caso devendría inconstitucional.

Por tanto, la acción positiva es, jurídicamente, una excepción al principio de igualdad de trato que debe cumplir los requisitos de necesidad, objetividad y proporcionalidad. En los supuestos de igualdad curricular, se opta por el sexo infrarrepresentado en la categoría profesional de que se trate, a fin de remover los obstáculos que impidan la igualdad.

3.4. POSICIÓN DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS, A TRAVÉS DE SU NORMATIVA, SOBRE MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA, EN GENERAL, Y DE DISCRIMINACIÓN INVERSA, EN PARTICULAR

Por último, en este apartado, se hace referencia, siguiendo un orden cronológico, a las diversas directivas, reglamentos, resoluciones y recomendaciones relativas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en sus diversas manifestaciones. Así mismo, se hace alusión a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer al señalar que el principio de igualdad de trato no puede impedir que los Estados mantengan medidas específicas destinadas a evitar o compensar las desventajas sufridas por razón de sexo. A tal efecto, referimos las siguientes normas:

La Directiva del Consejo 75/117 CEE¹⁵⁵, *relativa a la Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referente a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos*, desarrolla el art. 119 del TCEE.

Balaguer Callejón (2005)¹⁵⁶ señala que la directiva amplía el concepto de «igual trabajo», a «trabajo de igual valor», lo que comprende todos aquellos trabajos que sean homologables. Exige, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional, se base en criterios comunes a ambos sexos, para evitar las discriminaciones.

La Directiva del Consejo 76/207 CEE¹⁵⁷, regula la 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.

La directiva regula en el art. 1.1. el «principio de igualdad de trato»; en el art. 2.1 que «el principio de igualdad de trato supone la ausencia de

¹⁵⁵ Directiva del Consejo 75/117 CEE, de 10 de febrero de 1975.

¹⁵⁶ BALAGUER CASTEJÓN, M. L. (2005). La constitución europea y la igualdad de género. *Revista de derecho constitucional europeo*. 3, p. 278.

¹⁵⁷ Directiva del Consejo 76/207 CEE, de 9 de febrero de 1976.

toda discriminación por razón de sexo» y, en el art. 2.4, dice: «la presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades que afecten a las oportunidades de las mujeres [...]». Esta directiva incluye las acciones positivas.

La Directiva del Consejo 79/7 CEE¹⁵⁸, *relativa a la Aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social*, desarrolla el principio de igualdad de trato previsto en la Directiva 76/207.

La resolución del Consejo de 12 de julio de 1982, relativa a la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer.

La Recomendación del Consejo 84/635, de 13 de diciembre, relativa a la Promoción de Acciones Positivas en favor de la Mujer, recomienda a los Estados políticas destinadas a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional.

La resolución del Consejo de 7 de junio de 1984, relativa a las Acciones Tendentes a combatir el Paro Femenino.

La Directiva del Consejo 86/378 CEE¹⁵⁹, *relativa a la Aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social*.

La resolución del Consejo de 24 de julio de 1986, relativa al Fomento de la Igualdad de Oportunidades para las Mujeres.

La Directiva del Consejo 86/613 CEE¹⁶⁰, *relativa a la Aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad*.

La Recomendación de la Comisión 87/567, de 24 de noviembre de 1987, sobre la Formación Profesional de las Mujeres.

La resolución del Consejo de 22 de junio de 1994, *relativa a la Promoción de la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres mediante la acción de Fondos Estructurales Europeos*.

La recomendación del Consejo sobre la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión de 1996¹⁶¹, la resolución sobre la participación de las mujeres en la toma de decisio-

¹⁵⁸ Directiva del Consejo 79/7 CEE, de 19 de diciembre de 1978.

¹⁵⁹ Directiva del Consejo 86/378 CEE, de 24 de julio de 1986.

¹⁶⁰ Directiva del Consejo 86/613 CEE, de 11 de diciembre de 1986.

¹⁶¹ Recomendación del Consejo, n.º 96/694, de 2 de diciembre 1996.

nes comunitarias de 1994¹⁶² y la Conferencia Europea de París de 1999¹⁶³ establecen la participación equilibrada en la toma de decisiones políticas, económicas y sociales.

La Directiva 96/97¹⁶⁴ modifica la Directiva del Consejo 86/378 CEE, relativa a la *Aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social*.

La Directiva 97/80 CE¹⁶⁵, relativa a la Carga de la Prueba en los Casos de Discriminación por Razón de Sexo. El art. 4 regula la carga de la prueba.

La Directiva 98/52 CE¹⁶⁶ amplía la Directiva 97/80 CE para Reino Unido e Irlanda del Norte.

El Reglamento 1260/1999¹⁶⁷, relativo a las Disposiciones Generales sobre los Fondos Estructurales, disponía ya de la perspectiva de género en la configuración y evaluación de los fondos estructurales.

El Reglamento 1784/1999¹⁶⁸, relativo al Fondo Social Europeo, ha incorporado también medidas para una utilización del Fondo encuadrada en la igualdad entre las mujeres y los hombres.

Freixes Sanjuán¹⁶⁹ refiere que el reglamento establece que la Unión y los Estados miembros deben procurar que las acciones de los fondos y las otras políticas comunitarias sean coherentes con la igualdad transversal, de modo que comprendan la conciliación familiar y profesional.

La Directiva 2002/73/CE¹⁷⁰ modifica la Directiva 76/207/CEE e incluye las acciones positivas. El art. 2 dice «los estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el art. 141.4 del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres». Esta directiva regula el acoso, el acoso sexual y la discriminación indirecta por primera vez. El art. 1. bis se refiere a la transversalidad de las disposiciones legislativas en las políticas y actividades públicas, que han de tener en cuenta «de manera activa» el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres. Reconoce la distinción, que se reflejaba en la jurisprudencia, entre discriminación directa e indirecta. Define el acoso sexual

¹⁶² Resolución sobre participación de las mujeres en toma decisión comunitaria (A3-0035/94, de 11 de febrero de 1994).

¹⁶³ Conferencia Europea de París, de 17 de abril 1999.

¹⁶⁴ Directiva 96/97, de 20 de diciembre de 1996.

¹⁶⁵ Directiv 97/80 CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997.

¹⁶⁶ Directiva 98/52 CE del Consejo, de 13 de julio de 1998.

¹⁶⁷ Reglamento 1260/1999, de 21 de junio de 1999.

¹⁶⁸ Reglamento 1784/1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio 1999.

¹⁶⁹ FREIXES SANJUÁN, T. (2021). *El techo de cristal*, p. 19.

¹⁷⁰ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de septiembre de 2002, que modifica la anterior Directiva 76/207/CEE.

en el trabajo. Regula la interdicción de la discriminación en el acceso al empleo. El art. 3 regula la obligación de respetar la igualdad en el acceso al mercado laboral.

Balaguer Callejón (2004) indica qué modifica la Directiva 76/207/CEE y desarrolla el art. 141.3 del TCE. Asimismo, señala que esta directiva ha motivado el desarrollo de nuestra legislación laboral al modificar el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Procedimiento Laboral, para adaptar a la normativa comunitaria¹⁷¹.

Freixes Sanjuán¹⁷² refiere que esta directiva concreta por primera vez en el derecho comunitario vinculante, con plazos para su establecimiento, las medidas con que cuentan los tratados vigentes, desde el de Ámsterdam, en relación con las discriminaciones indirectas, las acciones positivas, la prohibición del acoso sexual y las medidas de igualdad en el empleo y el trabajo.

La Directiva 2004/111/CE, en el art. 6, «Acción positiva», dispone: «con el objeto de garantizar la plena igualdad en la práctica entre hombres y mujeres, el principio de igualdad de trato no impedirá a los Estados miembros mantener o adoptar medidas específicas destinadas a evitar o compensar las desventajas sufridas por razón de sexo» y aplica la igualdad de trato a las relaciones de consumo.

La Directiva del Consejo 2004/113/CE¹⁷³ regula el tratamiento de la imagen de cada uno de los dos sexos en los medios de comunicación y la publicidad; la cooperación al desarrollo, la ciencia y la educación y la formación profesional continuada a lo largo de la vida; las medidas contra la violencia sobre las mujeres y los niños, y la igualdad en el acceso a bienes y servicios.

La Directiva 2004/23¹⁷⁴, *relativa a la Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*, en la que se subraya que la igualdad de trato abarca el acceso al empleo, la formación profesional, la promoción y la totalidad de las condiciones de trabajo.

En mi opinión, la no discriminación por razón de sexo implica, en primer lugar, que no se dé discriminación directa, que tiene lugar si el trato diferencial proviene de una norma o acto jurídico. En segundo lugar,

¹⁷¹ BALAGUER CASTEJÓN M. (2004). Derecho comunitario y derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. 1, p. 384.

¹⁷² FREIXES SANJUÁN, *op. cit.*

¹⁷³ Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004.

¹⁷⁴ Directiva 204/23, de 5 de julio del 2006.

la prohibición de discriminación indirecta, que se da en los supuestos en que, pese a no haber una discriminación formal, hay situaciones de desigualdad sobre un colectivo. En tercer lugar, posibilitar acciones positivas entendidas como aquellas cuyo objeto es corregir la situación marginal de determinados colectivos. Las acciones positivas parten de la situación de inferioridad y discriminación en que tradicionalmente se han visto las mujeres y se basan en la igualdad promocional.

3.5. CONCLUSIONES

De lo expuesto, concluyo que las acciones positivas parten de la situación de inferioridad y discriminación en que tradicionalmente se han visto las mujeres. Las acciones positivas se basan en la igualdad promocional, se definen como un tipo de acciones que se traducen en un trato formalmente desigual y beneficioso para el colectivo que sufre la discriminación. Medidas, por otra parte, cuya legitimidad se ha admitido, al hilo de analizar la situación de inferioridad en que se encuentra la mujer en el ámbito laboral. En este orden de ideas, la desigual situación de partida que padece la mujer puede ser corregida mediante este tipo singular de medidas y, al mismo tiempo, con la eliminación de normas protectoras del trabajo femenino que puedan suponer en sí mismas una barrera al acceso real de la mujer al mundo del trabajo, en igualdad de condiciones con los varones.

Asimismo, de la investigación llevada a efecto resulta que la acción positiva exige la concurrencia de dos requisitos: que la desigualdad subsista y se acredite fehacientemente, y que se trate de medidas de carácter temporal, pues, de lo contrario, podrían devenir en inconstitucionales.

Dentro de la acción positiva está la «discriminación inversa» o «discriminación positiva», cuyo objeto es favorecer a colectivos menospreciados socialmente por razón del sexo, la raza o minusvalía física o psíquica. Frente a la «acción positiva», que incide en el punto de partida de los derechos de los colectivos marginados, sin lesionar derechos de terceros, pues no garantiza el resultado (cursos de formación, orientación profesional), la «discriminación inversa o positiva» incide en el punto de llegada de los derechos de esos colectivos. Las medidas de discriminación inversa, por excelencia, son las cuotas en procesos de selección. Las «cuotas flexibles» son aquellas que se imponen considerando otros factores en el proceso de selección como pueden ser el mérito, la capacidad, etc.

En consecuencia, estimo que las medidas de acción positiva y, en concreto, las de discriminación inversa son instrumentos para evitar la discri-

minación, sobre todo si la marginación es por razón de género, e intentar una igualdad real y efectiva. El TC, en la misma línea que el TJUE, ha consolidado la validez de las acciones positivas y, dentro de estas, de las medidas de discriminación inversa mediante el establecimiento del sistema de cuotas flexibles, en aras de la consecución de una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. Esta tendencia progresiva prevista en el derecho de la Unión Europea tanto originario como derivado y en la jurisprudencia del TJUE se ha consolidado en la legislación interna de los estados democráticos europeos.

De lo anterior deduzco que la igualdad en materia de género y su regulación ha sido más avanzada en el ámbito de la Unión Europea que en el derecho interno de los Estados miembros. A su vez, donde mayor avance se produce es en el derecho laboral.

De lo anterior se colige que la regulación a nivel europeo en comparación con los Estados no es lineal al no ser homologables las categorías jurídicas estatales y europeas, ni respecto al nivel de aplicación de las normas, ni en la dogmática jurídica. Pero el estándar de mínimos obliga a los Estados a legislar de forma homogénea con la UE, lo que ha supuesto un importante avance en su legislación interna.