

LAS MUJERES Y LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

La insoportable “levedad” del género en la Unión Europea

Octavio Salazar Benítez

“El hombre y la mujer, elementos ambos de la familia, forman igualmente, si puede decirse así, las dos partes del Estado; de un lado, los hombres, de otro, las mujeres; de suerte que, dondequiera que la Constitución ha dispuesto mal lo relativo a las mujeres, es preciso decir que la mitad del Estado carece de leyes”.

ARISTÓTELES, *La Política*. Cap. V, Libro II.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS CONQUISTAS DE LAS MUJERES EN EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN EUROPEA. 3. LAS MUJERES EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA. 3.1. La igualdad de hombres y mujeres como objetivo de la Unión Europea; 3.2. Las mujeres en la Carta de Derechos de la Unión; 3.3. Las mujeres en las instituciones europeas. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN.

La Red de Ciudadanas de Europa, en una Declaración titulada “El futuro de Europa y la democracia paritaria”, solicitó al Parlamento Europeo, a la Comisión y al Consejo que la perspectiva de género estuviese presente en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea en un doble sentido. De una parte, que la Convención que iba a encargarse de redactar el texto respondiera al principio de la democracia paritaria. De otra, que la perspectiva de género y la igualdad real entre hombres y mujeres se proyectasen en el contenido del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (en adelante, TCE).¹ Ambos objetivos, como veremos, han sido ignorados en gran medida en un texto en el que la “ciudadanía” sigue operando como un concepto excluyente y en el que no se han plasmado todas las conquistas que las mujeres habían alcanzado en el proceso de construcción europea.

Basta con repasar la composición de la Convención encargada de redactar el texto para comprobar que la presencia de las mujeres no sólo no respondió al principio de paridad sino que fue prácticamente anecdótica en cada uno de los sectores representados. Así, y junto a una Presidencia y Vicepresidencia masculina, de los 15 representantes de los Jefes de Estado o de gobierno de los Estados miembros sólo hubo 2 mujeres, de los 30 representantes de los parlamentos nacionales las mujeres fueron sólo 2, sólo hubo 5 entre los 15 representantes del Parlamento Europeo, ninguna entre los representantes de la Comisión y sólo 2 entre los representantes de los países candidatos a la adhesión. Incluso entre los distintos observadores que participaron en el proceso la presencia de la mujer fue ridícula². De

¹ La Red había denunciado con anterioridad la falta de legitimidad de la Convención para el Futuro de Europa desde la perspectiva de género. Así, por ejemplo, en el comunicado emitido antes de que la misma iniciara sus trabajos el día 28 de febrero de 2002. Esta denuncia se reiterará en las diversas toma de posiciones que irá haciendo públicas la Red de Ciudadanas europeas, las cuales pueden consultarse en la página web www.redciudadanas.org.

² Además hay que recordar que la presencia de las mujeres en la Convención que redactó la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, posteriormente incorporada al TCE, fue muy limitada. La Convención contó con sólo un 16% de mujeres.

esta manera, y aunque el mismo proceso que ha dado lugar a la mal denominada Constitución Europea no haya respondido a lo que tradicionalmente hemos entendido por “proceso constituyente”, podemos poner en duda la legitimidad del texto resultante desde su misma génesis en cuanto que ésta ha respondido a la tradicional concepción jerárquica de la diferencia entre el hombre y la mujer³.

Pero es que, además, y es lo más importante, si analizamos el contenido del TCE, descubrimos que la aplicación del llamado *mainstreaming* de género ha sido más bien tímida. Las omisiones eran ya muy evidentes en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y se han confirmado en el texto de un tratado al que sin ningún reparo podemos calificar como “conservador” y poco atento a las conquistas sociales que el feminismo ha alcanzado en Europa. Algo que se pone claramente de manifiesto en la opción por un modelo “neoliberal” de mercado – el art. I.3 habla de una “*economía social de mercado altamente competitiva*” -⁴ que supondrá la profundización en las desigualdades y la continuidad de una organización social patriarcal⁵. Ello unido a la tímida apuesta por la efectividad de derechos sociales, lo cual repercutirá indudablemente en las mujeres que asumirán una vez más una serie de prestaciones que los poderes públicos han ido olvidando y que el mercado seguirá dejando en manos de las que tradicionalmente han sido las “cuidadoras” de los sectores más vulnerables y desprotegidos de la población.

2. LAS CONQUISTAS DE LAS MUJERES EN EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN EUROPEA.

Esta valoración inicial de la “mal denominada” Constitución europea sorprende sobre todo si tenemos en cuenta lo que en términos “europeístas” se ha denominado el “acervo comunitario”. Debemos recordar que la Unión Europea ha constituido en los últimos años el marco más avanzado en la redefinición del papel de la mujer en la sociedad así como en la adopción de políticas de superación de las dificultades que tradicionalmente le han impedido integrarse en condiciones de igualdad con el hombre en la vida laboral⁶. En todo caso, y como bien se ha

³ Como ha señalado Sylvianne Agacinski, es necesario incorporar a los modelos político y jurídico “la lógica de lo mixto”, reconociendo la “igual y diferente” humanidad de las mujeres. *Política de sexos*. Taurus. Madrid, 1998. Pp. 25, 42.

⁴ A esa proclamación inicial podríamos añadir otras muy significativas como la del art. III-283 en la que, en relación a las políticas de empleo, se dice que la Unión y los Estados miembros se esforzarán en “desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable, así como unos mercados laborales capaces de reaccionar rápidamente a la evolución de la economía”.

⁵ Un ejemplo puede bastar para poner de relieve cuáles son realmente los objetivos prioritarios del Unión Europea. En el Informe de la Unión Europea de 20 de febrero de 2004 se llamó la atención a varios países europeos – Grecia, Portugal, Italia y también España - en relación a sus políticas de empleo y, en concreto, a sus elevadas tasas de desempleo femenino. Pero el reproche no se basaba tanto en la consideración de una igualdad real de hombres y mujeres sino más bien en la estabilidad del sistema económico en el sentido de que si las economías de estos Estados quieren ser competitivas deberán procurar el trabajo tanto de hombres como de mujeres pues de lo contrario se pondrá en riesgo el endeudamiento familiar.

⁶ Un exhaustivo repaso de estas “conquistas” puede verse en Teresa Freixes Sanjuán, “La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea”, *Mujer y Constitución en España*. C.E.P.C. Madrid, 2000. Pp. 43-80. En concreto sobre las sentencias citadas véase Araceli Mangas Martín, “Jurisprudencia europea en materia de no discriminación por razón de sexo: discriminaciones

señalado, la política de género en la Unión Europea aún sigue atrapada en el “dilema de Wollstonecraft”, es decir, en las contradicciones que surgen por el hecho de que todas las medidas diseñadas para aumentar la igualdad de género acaban teniendo efectos negativos sobre las mujeres, debido al contexto patriarcal en que se aplican.⁷

Originariamente el art. 119 del Tratado de Roma se limitaba a establecer el principio de igualdad formal concretado en la “igualdad de retribuciones entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo”. Dicho precepto empezó a ser superado a través de las tres sentencias *Defrenne* (*Defrenne 180/70, Rc. 1971; Defrenne II, 8 de abril de 1976; Defrenne III, 15 junio de 1978*), en las que el Tribunal de Justicia elevó el principio contenido en el art. 119 a rango de derecho fundamental directamente alegable por los ciudadanos comunitarios⁸. Al mismo tiempo, fue desarrollado a partir de la elaboración del Primer Programa de Acción Social de la Comunidad Europea de 1974, adoptándose una serie de directivas al hilo de los sucesivos programas comunitarios de promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres⁹. La primera de ellas fue la Directiva del Consejo 75/117/CEE, de 19 de febrero de 1975, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre los trabajadores masculinos y femeninos, a la que siguió la 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicabilidad 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 familiar y las condiciones de trabajo¹⁰.

directas”, en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*. Instituto de la Mujer: Madrid, 2000. Pp. 31-34.

⁷ Según este dilema, que alude a la escritora inglesa Mary Wollstonecraft, autora de la *Vindicación de los derechos de la mujer* (1792), las dos vías que las mujeres utilizan para alcanzar la ciudadanía son problemáticas. Un camino busca la equiparación con los derechos del varón, otro defiende que las mujeres poseen habilidades, intereses y necesidades que requieren un tratamiento diferenciado. Sobre este dilema, Carole Pateman en *The disorder of Women*. Polity Press. Cambridge, 1989. Citado por Emanuela Lombardo, “La política de género de la Unión Europea: ¿atrapada en el <<dilema de Wollstonecraft>>?”, *Género y Derechos Humanos*. Andrés García Inda y Emanuela Lombardo. Mira Editores. Huesca, 2002. Pp. 225 ss.

⁸ Sobre estas sentencias, véase David Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pp. 190-191.

⁹ Sobre la opción de aplicación progresivamente el principio de igualdad entre hombres y mujeres a través de directivas, véase David Ordóñez, *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*. Consejo General del Poder Judicial e Instituto de la Mujer, 1999. Pp. 69 ss.

¹⁰ En el ámbito de la seguridad social se adoptaron varias Directivas: la 79/7/CEE, que pretendía la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; la 86/378, relativa a la aplicación de dicho principio en los regímenes profesionales de la seguridad social (ésta fue modificada por la Directiva 96/97/CE, como consecuencia de la sentencia *Barber*). La Directiva 86/613/CEE se refería a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluida las agrícolas. En lo que se refiere a la protección de la maternidad, en 1992 se adoptó la Directiva 92/85/CEE, relativa a las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o esté en período de lactancia. Posteriormente se adoptó la Directiva 96/34/CEE relativa al permiso parental.

Una enumeración exhaustiva de todas las Directivas y demás instrumentos comunitarios relativos a la igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras puede verse en M^a Ángeles Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Civitas. Madrid, 2003. Pp. 56 ss. Véase también María Elósegui Itxaso, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres: un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación jurídica*. C.E.P.C. Madrid, 2003.

El principio de igualdad de trato fue evolucionando en las últimas décadas del siglo XX en una doble dirección. Por una parte, el concepto de discriminación fue adquiriendo una sustantividad propia. Por otra, la prohibición de discriminación pasó de ser “un mero principio de política económica a configurarse como un verdadero y propio derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en aspectos de la vida profesional muy alejados del original y restrictivo ámbito salarial”¹¹. La Unión Europea fue tomando conciencia de la necesidad de adoptar medidas que permitieran ir superando la desigualdad real que seguía existiendo entre hombres y mujeres. Así se fue plasmando en los distintos Programas de Acción Comunitaria para la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres¹². En concreto, el Cuarto Programa (1996-2000) estableció entre sus objetivos el llamado *mainstreaming* o “transversalidad de género” en todas las políticas y acciones de la Comunidad.

El Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 otorgó al principio de igualdad una dimensión jurídica distinta, tanto por el reconocimiento de su contenido complejo (igualdad, no discriminación, acciones positivas) como por su inserción en distintas partes del mismo, de lo que se desprende su posición transversal¹³. Ello suponía la consideración de la igualdad de hombres y mujeres en una doble dimensión: como finalidad interna de la acción global de la Unión Europea y como elemento estructural de la política social de la Unión y de los Estados miembros¹⁴. En concreto, se reiteró en el art. 141 lo establecido en el 119 del Tratado de Roma, añadiéndole un apartado, el 4º, que legitimaba la adopción de acciones positivas: “*Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado 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*”.¹⁵ Además, de conformidad con los arts. 2 y 3 TCE, la igualdad entre las mujeres y los hombres adquirió un carácter transversal a toda reglamentación jurídica y a toda acción

¹¹ Teresa Pérez del Río, *Mujer e igualdad: estudios en materia social y laboral*. Tomo I. Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla, 1999. P. 8.

¹² El primero de esos Programas se extendió hasta 1985. Posteriormente se han puesto en marcha cuatro más: 1986-1990, 1991-1995, 1996-2000 y el vigente que llega hasta el 2005.

¹³ Sobre el Tratado de Amsterdam véase *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*. Instituto de la Mujer. Madrid, 2001.

¹⁴ *La democracia paritaria en el Parlamento Europeo. Propuesta de recomendación*. Propuesta elaborada por el grupo transnacional de expertas coordinado por Teresa Freixes en el marco del proyecto dirigido por Paloma Saavedra Ruiz. Gijón, 1 de abril de 2001. P. 6. (documento consultado a través de la página web de la Red de Ciudadanas europeas: www.redciudadanas.org).

¹⁵ De esta manera se consolidaba lo establecido en el art. 16 de la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales: “Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A tal fin conviene intensificar donde quiera que ello sea necesario las actividades destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional.”

política (el llamado “*mainstreaming*” de género)¹⁶. Transversalidad que, como bien ha señalado Teresa Freixes, “lejos de poder ser considerada como un medio para promover únicamente los derechos de las mujeres, debe ser concebida como un instrumento para movilizar explícitamente hacia el objetivo de la igualdad el conjunto de las acciones y políticas generales”¹⁷. Por ejemplo, el principio de *mainstreaming* está presente en un instrumento tan importante como son los Fondos Estructurales (2000-2006). En las disposiciones generales sobre los mismos adoptadas formalmente por el Consejo se establece que “con su política de mejora de cohesión económica y social, la Comunidad pretende asimismo promover (...) la igualdad entre hombres y mujeres”. Además se afirma que con los Fondos Estructurales se pretende “contribuir a eliminar desigualdades y a promover la igualdad entre hombres y mujeres”.

La redacción del art. 141 supuso un significativo avance por tres razones. En primer lugar, porque admitía la compatibilidad de la acción positiva con el principio de no discriminación. En segundo lugar, porque, recogiendo la doctrina del TJUE, establecía el principio de igualdad de retribuciones en todo su alcance, como referido no a trabajos iguales sino también a trabajos de igual valor. Y, en tercer lugar, porque facilitaba la adopción de normas de derecho derivado en esta materia a través del procedimiento legislativo de codecisión con el Parlamento¹⁸.

Debemos recordar que con anterioridad todas las instituciones comunitarias se habían pronunciado a favor de las acciones positivas. Así, de las varias Directivas adoptadas, cabe destacar, en cuanto que ha constituido el principal referente en la jurisprudencia comunitaria, la citada *Directiva 76/207/CEE, del Consejo de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*. En concreto, dos apartados del art. 2 de dicha Directiva fueron sido utilizados por el TJUE en la valoración de las normativas nacionales que establecían alguna medida de discriminación positiva. El apartado 1º de dicho artículo preveía que “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”. En todo caso, y como establecía el apartado 4º del art. 2, la Directiva no obstaba “las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del art. 1”.

Posteriormente varias disposiciones insistirían en la adopción de medidas de promoción de igualdad de oportunidades para la mujer. Cabe recordar la Resolución del Consejo de 12-7-1982 sobre “Promoción de la igualdad de oportunidades para la

¹⁶ Emanuela Lombardo llamaba la atención sobre los “peligros” del *mainstreaming*: “existe el riesgo de que pueda utilizarse como una buena excusa para diluir el conocimiento sobre género y desmantelar la infraestructura creada para apoyar las políticas de género en la Unión Europea. En relación la dilución del conocimiento, el *mainstreaming* podría convertir la política de género en <<la responsabilidad de todos, pero el trabajo de nadie>>”. “La política de género de la Unión Europea: ¿atrapada en el <<dilema de Wollstonecraft>>?”, *Género y Derechos Humanos*, cit. P. 231.

¹⁷ Teresa Freixes, “La configuración de la igualdad entre las mujeres y los hombres”. Ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de D. Constitucional. Sevilla. Diciembre 2003.

¹⁸ Teresa Pérez del Río, *Mujer e igualdad...*, cit. Pp. 15-16.

mujer” o la Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer. El Consejo estableció en el tercer considerando de esta Recomendación que “las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los Gobiernos, de los interlocutores sociales, y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad”. Para ello se recomendaba a los Estados miembros la adopción de política de acción positiva “destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como a promover la participación de ambos sexos en el empleo, y que incluya medidas generales y específicas apropiadas, en el marco de las políticas y prácticas nacionales y que respeten plenamente las competencias de las partes sociales, al objeto de : a) eliminar o compensar los efectos perjudiciales que resultan para las mujeres que trabajan o que buscan un empleo, de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de una distribución tradicional de funciones entre hombres y mujeres en la sociedad; b) estimular la participación de la mujer en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en la que actualmente se encuentran infrarrepresentadas, en particular, los sectores de futuro, y en los niveles de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos...”

El Parlamento europeo también se ha manifestado en numerosas ocasiones partidario de las acciones positivas. Baste recordar la Resolución b4-1194/95, de 21 de septiembre, sobre la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Pekín, o la Resolución A4-286/96, de 15 de noviembre, sobre la aplicación de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la función pública. El 2 de marzo de 2000 el Pleno del Parlamento adoptó una Resolución sobre las mujeres en el proceso decisional en la que, además de referirse al “progreso notable” que el Tratado de Amsterdam suponía al reconocer la acción positiva como un medio legítimo para eliminar la desigualdad de hombres y mujeres en el trabajo, constataba la aún escasa presencia de la mujer en los órganos de decisión por lo que hacía un llamamiento a los Estados miembros y a los interlocutores sociales para que adoptasen medidas de discriminación positiva o inversa.¹⁹ Poco después, en concreto

¹⁹ Entiendo por “discriminación inversa” un tipo especial de acción positiva caracterizada por dos notas: la medida diferenciadora es discriminatoria, en cuanto que se refiere a un tipo muy especial de desigualdad, por rasgos como el sexo, la raza o similares, los cuales son inmodificables por los individuos que los portan y, además, suelen ser considerados por la sociedad de manera negativa; de otra, se suelen producir en situaciones de especial escasez (puestos de trabajo, cargos públicos, plazas de universidad...), lo que provoca al mismo tiempo un beneficio para algunos sujetos y un perjuicio para otros. Alfonso Ruiz Miguel, “Discriminación inversa e igualdad”, *El concepto de igualdad*. Amelia Valcárcel (comp.) Editorial Pablo Iglesias. Madrid, 1994. Pp. 80-82. En todo caso, estamos ante un concepto que suele utilizarse de manera imprecisa y no siempre coincidente por la doctrina, tal como pone de manifiesto David Giménez en *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit. Pp. 59, 76. Véanse también M^a Angeles Barrere Unzueta, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de la mujer*. Civitas, Madrid, 1997. Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. McGraw and Hill. Madrid, 1995; “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *La Ley*. N^o 484, 3 de febrero de 2000. P. 2; María Macías Jara, “Algunas precisiones en torno a la noción de acción positiva”, *Género y Derechos Humanos*, cit. Pp. 165-182.

el 8 de marzo de 2000, coincidiendo con el Día Internacional de la Mujer, la Comisión Europea adoptó su cuarto informe sobre la igualdad de oportunidades y propuso un nuevo programa marco (2000-2005) así como la adopción de una nueva Directiva. El equipo dirigido por la Comisaria europea de Empleo y Asuntos Sociales, Anna Diamantopoulou, estableció como objetivos estratégicos la igualdad en la vida económica, social y civil; la igual participación y representación, así como el cambio de roles y estereotipos de género.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha afirmado la configuración de la igualdad entre las mujeres y los hombres como un derecho fundamental, ha reconocido la prohibición de cualquier forma de discriminación y de las discriminaciones indirectas²⁰ y ha aceptado la inversión de la carga de la prueba en los pleitos en los que se alega discriminación²¹. Además se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la aplicación de medidas de discriminación positiva. De esa jurisprudencia es posible deducir, a diferencia de las posiciones mantenidas por las demás instituciones comunitarias, una preferencia inicial por el principio de igualdad formal, lo que le ha llevado a interpretar la legislación comunitaria con un estrecho margen para las acciones positivas.²² Dos sentencias definieron, no sin cierta confusión y con bastante polémica, la posición del TJUE con respecto a la discriminación positiva en el ámbito económico y social.²³ En concreto las que resolvían los asuntos *Kalanke* (sentencia de 17 de octubre de 1995) y *Marshall* (sentencia de 11 de noviembre de 1997). En la primera de ellas el Tribunal declaró contraria a la Directiva 76/207/CEE una ley del Land de Bremen que otorgaba preferencia a las mujeres en los ascensos de la función pública frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se tratara, estuvieran infrarrepresentadas. Se consideró que la prioridad absoluta concedida a las mujeres por la citada ley sobrepasaba los límites previstos por la Directiva, de forma que sustituía la promoción de igualdad de oportunidades por un “resultado”.²⁴

²⁰ Sería una discriminación “indirecta” la presente en una norma o acto que aparentemente no es discriminatorio pero que en la práctica sí produce efectos discriminatorios. Véanse por ejemplo los Asuntos Stad Lengerich y otros contra Angelica Helmig y otros, C-399/1992, Seymour Smith y Pérez contra el Reino Unido, C-167/1007; H. Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg, C-184/89.

²¹ Es decir, en estos casos es la empresa y no el trabajador o trabajadora quien debe demostrar que no ha habido discriminación (Asunto Nils Draehmpaehl contra Urania, C-180/1995). Esta jurisprudencia sería confirmada por la Directiva del Consejo 97/80/CE del 15 de diciembre de 1997 que imponía la carga de la prueba a la parte demandada en todos los litigios relativos a asuntos de discriminación por razón de sexo.

²² “Inquieta un tanto esta preocupación del Tribunal por preservar la igualdad formal que favorece a los hombres, y por evitar que los candidatos masculinos puedan ser injustamente discriminados, cuando en la realidad, la práctica demuestra que en la enorme mayoría de los casos las discriminadas son las candidatas femeninas y precisamente a igualdad de méritos”. Lucía Millán Moro, “Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: la igualdad formal *versus* igualdad sustancial”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Nº 3, enero-junio 1998. Pp. 196-197.

²³ Además de las obras citadas en el texto, sobre esta jurisprudencia véase Octavio Salazar Benítez, *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial*. Diputación Provincial, Universidad de Córdoba, 2001. Pp. 98 ss.

²⁴ Como señalara Manuel Atienza, lo que el Tribunal apunta es “que la Directiva podría ser compatible con un sistema de objetivos o *goals* que asigne una cierta puntuación al hecho de ser mujer, como parte de un determinado baremo que incluya un número suficientemente elevado – y quizás graduable – de *items*, de manera tal que el hecho de ser varón no se convierta en una

En este caso la mayor debilidad de la argumentación del Tribunal se encontraba en la consideración de la “igualdad de oportunidades” como una excepción al principio de “igualdad de trato”, cuando por el contrario son una dimensión necesaria de éste. Como nos recuerda David Giménez, “la igualdad de resultados sólo es un medio para conseguir el objetivo constitucional subyacente a la igualdad material: alcanzar la igualdad de oportunidades”.²⁵

Esta sentencia provocó no sólo un amplio debate doctrinal, sobre todo por la escasa solidez de la argumentación ofrecida por el Tribunal²⁶, sino también una inmediata labor de interpretación de las instituciones comunitarias. En concreto, la Comisión elevó una Comunicación al Parlamento europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia. La Comisión estimó que los efectos de la sentencia se limitaban al caso concreto y enumeró un total de seis tipos de acción positiva que no se verían afectadas por la sentencia Kalanke. Posteriormente, en el Documento COM (96) 93 final, de 2 de mayo de 1996, la Comisión propuso una modificación de la Directiva 76/207/CEE para dejar claro qué acciones positivas estaban permitidas por el Derecho comunitario. El 17 de abril de 1997 el Consejo decidió posponer el debate pues la mayoría de los Estados miembros no consideró necesaria la reforma. Una vez adoptado el Tratado de Amsterdam, la propuesta se reiteró en el Programa de Acción Social (1998-2000), adoptado por la Comisión Europea el 29 de abril de 1998. Sin embargo el Parlamento europeo rechazó el 8 de marzo de 1999 dicha propuesta.

La sentencia del caso Marshall, si bien no constituyó un giro jurisprudencial, sí que supuso una decisión más matizada que la del caso Kalanke al admitir el trato desigual en la asignación de los puestos de trabajo siempre que se respetase el parámetro de “proporcionalidad”.²⁷ La clave estaba en que la norma analizada en este caso contenía lo que el Tribunal denomina una “cláusula de apertura”. Ésta en cada caso particular garantizaba a los candidatos con igual capacitación que las candidatas que sus solicitudes fueran objeto de una apreciación objetiva que tuviera en cuenta todos los criterios relativos a los candidatos de ambos sexos y que se ignorara la preferencia concedida a las candidatas cuando uno o varios de esos criterios hicieran que la balanza se inclinase a favor de un varón. A pesar de estos matices, el Tribunal sigue manifestando una clara preferencia por la igualdad formal, al tiempo que considera las acciones positivas como una excepción al principio de igualdad de trato. De ahí que considere que el apartado 4 del art. 2 de la Directiva 76/207 haya de interpretarse restrictivamente. En conclusión, en esta sentencia “se aprecia la timidez del Tribunal al no afrontar el verdadero alcance y significado de la acción positiva y, dando un giro sobre su propia doctrina, refutar la interpretación formulada en la sentencia Kalanke. Antes al contrario, admite el espíritu de la acción positiva, pero lo sujeta a las condiciones impuestas por la doctrina de la sentencia

característica prácticamente insuperable para lograr la promoción”. “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa*. Nº 19, 1996. P. 122.

²⁵ David Giménez, *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, cit. Pp. 46-47.

²⁶ Teresa Pérez del Río, *Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral*, cit. P. 46; Miguel Rodríguez-Piñero, “Discriminaciones, igualdad de trato y acciones positivas”, *Relaciones laborales*. Nº 22, 1995. Pp. 81-92.

²⁷ David Ordóñez, *La igualdad de hombres y mujeres en el Derecho europeo*, cit. P. 266. Como señalara Fernando Rey, esta sentencia puede considerarse “como exponente de una nueva sensibilidad del Tribunal”. “El principio de igualdad”, *La Ley*, cit. P. 4.

Kalanke, lo que es del todo incompatible, pues en este pronunciamiento el TJUE rechazó todo lo que signifique una preferencia absoluta e incondicional en el acceso al empleo o en la promoción y, precisamente, la acción positiva produce ese efecto”.²⁸

El carácter vacilante de la jurisprudencia del TJUE sobre la “discriminación positiva” se volvió a poner de manifiesto tanto en la sentencia que resolvió el caso *Badeck* (sentencia de 28 de marzo de 2000) como en la del caso *Anderson* (sentencia de 6 de julio de 2000).²⁹ En ambas el Tribunal reiteró una interpretación restrictiva de la Directiva 76/207/CEE. En la primera de ellas se situó en la línea del caso *Marshall* apelando al establecimiento de una “cláusula de apertura” como elemento para efectuar la ponderación de la aplicación de acciones positivas por el legislador.³⁰ En la segunda, volvió a rechazar la preferencia de la mujer en el acceso a la función pública. El TJUE declaró ilegal una ley sueca que permitía el acceso femenino con menos cualificación y reiteró que las medidas de discriminación positiva sólo son compatibles con el Derecho Comunitario en dos casos: 1. Cuando no concedan de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos; 2. Cuando las candidatas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

En la sentencia del caso *Lommers* (de 19 de marzo de 2002) el TJCE analizó una medida orientada a facilitar a las funcionarias la conciliación entre sus obligaciones profesionales y materiales³¹. La medida en cuestión, adoptada por el Ministerio holandés de Agricultura, Patrimonio natural y Pesca, ponía a disposición del personal femenino del Ministerio un determinado número de plazas de guardería que en parte subvencionadas en parte por las beneficiadas y en parte por el propio Ministerio. El TJUE consideró que la medida se insertaba “en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades, en la medida que lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino el disfrute de ciertas condiciones

²⁸ Elisa Sierra, “La sentencia Marshall: ¿un avance de la acción positiva en el derecho comunitario? Comentario de la Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95”, *Actualidad Laboral*. Nº 22, 1998. P. 454. Sobre este caso pueden verse M^a Vittoria Ballestrero, “A proposito di azioni positive: Il L’eguaglianza del signor Marshall”, *Ragion pratica*. Nº 8, 1997. Pp. 97-108; Pedro López Anadón, “La discriminación positiva femenina (comentarios sobre la discriminación positiva surgida a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviembre de 1997, caso Marshall contra Nordheim-Westfalen)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Nº 323, 1997. Pp. 1-3; Silvia Sierra Hernáiz, “La sentencia Marshall: ¿un avance de la acción positiva en el Derecho comunitario? Comentario de la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 1997”, *Actualidad Laboral*. Nº 22, 1998. Pp. 443-454; M^a Ángeles Martín Vida, “Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia Marshall”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 53, 1998. Pp. 313-336.

²⁹ Un comentario de estas dos sentencias puede verse en Octavio Salazar Benítez, “La igualdad de hombres y mujeres en el acceso a la función pública en la jurisprudencia del TJUE: un ejemplo de la fragilidad de la discriminación positiva en el Derecho Comunitario”, *Violencia y género*. M^a Dolores Adam y M^a José Porro Herrera (eds.), *Violencia y género*. Universidad de Córdoba, 2003. Pp. 133-144. También en María Ángeles Martín Vida, “Los más recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de acciones positivas: los casos *Badeck* y *Anderson*”, *Art. 14 (una perspectiva de género)*. Nº 5, septiembre 2000. Pp. 9 ss.

³⁰ Antonio Javier Trujillo Pérez, “Comentario a la STJCE de 28 de marzo de 2000”, *Art. 14*. Nº 4, mayo de 2000. P. 13.

³¹ Se trata de un supuesto similar al que resolvió nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 128/87, de 16 de julio

de trabajo destinadas a facilitar la continuación y el progreso en su carrera profesional”.

La confusa jurisprudencia del TJUE acerca de las acciones positivas encontraría finalmente una respuesta en la reforma de la Directiva del Consejo 76/207 llevada a cabo en septiembre de 2002³². En concreto, el nuevo apartado 6 del art. 2 dispone que “Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”. Además la Directiva integró en el art. 1 el principio de *mainstreaming* de género y definió el principio de igualdad de trato como “la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa e indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar” (art. 2.1). Por primera vez se consideran el “acoso” y el “acoso sexual” como manifestaciones de la discriminación por razón de sexo (art. 2.3).³³.

También se considera discriminatorio el trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad (art. 2.7), además de hacer un llamamiento a los empresarios y responsables del acceso a la formación para que adopten medidas para prevenir toda forma de discriminación y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo (art. 2.5). Este llamamiento se completa con el realizado para fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales “a fin de promover la igualdad de trato mediante, entre otros, el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, los convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas” (art. 8 ter).

Pero el “activismo” de las instituciones europeas no se ha centrado sólo en la consecución de una igualdad real en el ámbito laboral o profesional. La Unión Europea se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la necesidad de remover las estructuras que siguen dificultando la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos sociales. Ya la Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, mostró la insuficiencia de las normas vigentes sobre la igualdad de trato, impulsando a los Gobiernos, los interlocutores sociales y los demás organismos competentes, a emprender acciones tendentes a compensar los efectos perjudiciales que las estructuras y los comportamientos sociales proyectan sobre la igualdad de oportunidades. Estas indicaciones se reiteraron en la Segunda Resolución del Consejo relativa al fomento de la igualdad de oportunidades para las mujeres (386Y0812 (02), de 24 de julio de 1986).

En este sentido se ha insistido en la necesidad de promover la participación equilibrada de las mujeres en los procesos de toma de decisiones. Así, la Resolución

³² Véase José Antonio Montilla Martos, “Comentario a la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002”, *Art. 14. Una perspectiva de género*. Nº 11, diciembre 2002. Pp. 12-15.

³³ La Directiva, junto a la definición de lo que ha de entenderse por “discriminación directa” e “indirecta”, ofrece también una definición de “acoso” y “acoso sexual” (art. 2.2).

del Consejo relativa a la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión (186/C/CEE) de 27 de marzo de 1995, o la Recomendación 96/694 del Consejo de 2 de diciembre de 1996 relativa a la misma cuestión. En concreto, la Resolución de 18 de enero de 2001 sobre el Informe de la Comisión sobre la aplicación de dicha Recomendación propuso que se favoreciera el equilibrio de género en todas las políticas y en todas las comisiones, tanto en el seno de la Unión Europea como en los Estados miembros, con una participación que no debía ser inferior al 40% para cada género.

Estos objetivos no han dejado de reiterarse en la década de los 90. Así, en el Informe Anual 1997 relativo a la “Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea”, emitido tras la aprobación del Tratado de Amsterdam, la Comisión insistió en la aplicación de la transversalidad, cuyo objetivo es mejorar la calidad de las políticas y facilitar la determinación del peso del “género” en áreas políticas consideradas tradicionalmente neutras en este sentido. Para ello habría que introducir la dimensión del “género” como factor que asegurase la calidad de toda propuesta legislativa o documento político.

En la Conferencia Europea de París, celebrada del 15 al 17 de abril de 1999, bajo el lema “Mujeres y hombres al poder”, los ministros responsables de las políticas de igualdad de todos los Estados miembros acordaron que los gobiernos, las instituciones europeas y los partidos políticos deberían tomar las medidas necesarias para promover la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión. Incluso se planteó la necesidad de modificar los sistemas electorales o el modo de designación de los órganos consultivos.

El Informe de la Presidencia del Comité de Representantes Permanentes (COREPER), en el Consejo sobre “Trabajo y Asuntos Sociales” del 22 de octubre de 1999, acerca de la puesta en práctica del Programa de Acción de Pekín por parte de la Unión y los Estados miembros, confirmó la necesidad de incorporar la promoción de la igualdad entre las mujeres y los hombres en las esferas del poder y en la toma de decisiones. Para ello sería necesario aplicar medidas de acción positiva en los procesos de reclutamiento y en la formación de las candidaturas.

Finalmente señalar que la Comunicación de la Comisión de 7 de julio de 2000 y la Decisión de la Comisión de 19 de junio de 2000, ambas relativas al equilibrio entre las mujeres y los hombres en los comités y grupos de expertos creados por la Comisión, se inscriben en esta estrategia comunitaria. En ellas se prescribe el objetivo a medio plazo de alcanzar un mínimo de un 40% de personas de cada sexo en cada comité y grupo de expertos.

3. LAS MUJERES EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA.

3.1. La igualdad de hombres y mujeres como uno de los objetivos de la Unión Europea.

El Preámbulo del TCE no incluye ninguna referencia a la mujer ni a la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres. Al contrario, la inspiración en la “*herencia cultural, religiosa y humanista de Europa*” bien podría llevarnos a

pensar que se va a prorrogar la subordinación de la mujer, tal y como ha sido lo normal en la “tradicción” europea heredera del liberalismo³⁴. Ahora bien si hacemos una interpretación amplia, y generosa, de las proclamaciones del Preámbulo podríamos deducir que en él se halla implícito también el objetivo de la igualdad real entre hombres y mujeres. Si no fuera así no tendría sentido hablar del *avance* “por la senda de la civilización, el progresos y la prosperidad”, “sin olvidar a los más desfavorecidos”, o proclamar el deseo de “ahondar en el carácter democrático y transparente de la vida pública”. Además, desde el momento en que se afirma “la continuidad del acervo comunitario” se está incorporando al proyecto político que supone el TCE todas las conquistas igualitarias realizadas en las últimas décadas.

Llama la atención que desde el mismo Preámbulo, y será una constante a lo largo de todo el texto del Tratado, se utilice el genérico masculino, *ciudadanos*, debiendo entender incluido en el mismo a las mujeres³⁵. Pienso que sobre todo con un término tan sensible, y tan definitorio del estatuto jurídico y político del individuo como es el de “ciudadano”, debería haberse incorporado el femenino “ciudadana” y “ciudadanas” para que no quedara ninguna duda de la plena incorporación de la mujer a la ciudadanía, además de por la carga simbólica y ejemplificadora que habría tenido incluir dichos términos en este texto fundamental³⁶. En este sentido llama la atención que el art. I-10 cuando define la “Ciudadanía de la Unión” utilice una fórmula genérica en su primer apartado (“*Toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro posee la ciudadanía de la Unión...*”), y opte por el masculino plural en el segundo al definir cuáles son los principales derechos que corresponden a los “ciudadanos de la Unión”³⁷. En todo caso, el Título V de la Carta de Derechos,

³⁴ No podemos olvidar que el modelo liberal que hemos heredado se basaba en un “universalismo abstracto” que suponía una identificación de la ciudadanía con el “hombre burgués”. De esta manera, el pacto social era realmente un pacto entre hombres o, como lo ha denominado Celia Amorós, “una fraternidad de los varones”. “Igualdad e identidad”, *El concepto de igualdad*. Amelia Valcárcel (comp.). Ed. Pablo Iglesias. Madrid, 1994. P. 32. Como ha puesto de relieve Ferrajoli, el universalismo al que conducía la igualdad universal era un “falso universalismo”. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta. Madrid, 1999. P. 74.

³⁵ En este sentido debemos recordar que la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 se tomó como base el genérico “hombre”. Hubo que esperar a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena, para que se reconociera y se declarara formalmente que los derechos de las mujeres son también “derechos humanos”. Sobre esta cuestión véase Ana Angarita, “Protección y promoción de los derechos de la mujer”, *Género y Derechos Humanos*, cit. Pp. 213-223

³⁶ “Si los pensamientos se transmiten a través del lenguaje, cuidarlo y mejorarlo significa cuidar y mejorar los pensamientos, dejándolos así transmitir y ejecutar mejor las acciones que, en último término, se encargarían de mejorar, o no, la realidad”. Amelia Sanchís Vidal, “El uso sexista del lenguaje”, *Derecho y opinión*. Nº 7, 1999. P. 674. Sobre la relación lenguaje- género, véanse Deborah Tannen, *Género y discurso*. Paidós. Barcelona, 1996; Álvaro García Messeguer, *¿Es sexista la lengua española? Una investigación sobre el género gramatical*. Paidós. Barcelona, 1996; Delia Esther Suardiaz, *El sexismo en la lengua española*. Edición y traducción de José Luis Aliaga. Pórtico. Zaragoza, 2002; M^a Eugenia Fernández Fraile (coord.), *Género, lenguas y discursos*. Comares. Granada, 2001; Susan U. Philips, Susan Steele y Christine Tana, *Lengua, género y sexo desde una perspectiva comparada*. Abya-Yala. Quito, 1999.

³⁷ En este sentido la doctrina ha destacado cómo la Carta de Derechos de la UE proclama, junto a auténticos derechos humanos “universales”, otros que son exclusivos de los ciudadanos de la Unión. Sin embargo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos protege “a toda persona que esté sometida a la jurisdicción de un Estado que sea parte en el CEDH” (art. 1). Por lo tanto, se extiende también a inmigrantes, residentes, turistas,... Susana Sanz Caballero, “La contribución del Consejo de Europa al acervo de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales: sinergias y divergencias de ambos sistemas”, en *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Natividad Fernández Sola (coord.) Dykinson. Madrid, 2004. Pp. 81-82.

consagrado a la “Ciudadanía”, y en el que se conecta ésta con el ejercicio de los derechos políticos, deja muy claro que sólo los ciudadanos tendrán reconocido el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento europeo y en las municipales (arts. II-90 y II-100)³⁸. Ahora bien, el resto de derechos que se incluyen en este título se extienden a “toda persona” (derecho a una buena administración, art. II-101) y a “toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro” (derecho de acceso de los documentos y derechos a someter al Defensor del Pueblo Europeo los casos de mala administración en la actuación de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, arts. II-102 y II-103).³⁹

Aunque inicialmente el Tratado no se contemplaba la igualdad entre mujeres y hombres ni en los valores ni en los objetivos de la Unión, la redacción definitiva la ha incluido en sus artículos I.2 y I.3. Así, en el primero de dichos artículos, y tras proclamar como valores de la Unión “el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Derecho y el respeto de los derechos humanos”, se afirma que los mismos “son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y *la igualdad entre mujeres y hombres*”. Esta redacción me parece inadecuada desde el momento en que recoge una serie de valores como si estuvieran plenamente asentados en las sociedades europeas. Afirmación que en relación a la igualdad entre mujeres y hombres se contradice con la proclamación de la misma como un objetivo de la Unión en el art. I-3.3 (“*La Unión combatirá la exclusión social y la no discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño*”). Si el TCE incluye la lucha contra la no discriminación y la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres entre los objetivos de la Unión será porque la primera no se ha erradicado y porque la segunda, pese a los avances de los últimos años, sigue siendo una meta a alcanzar en las sociedades europeas.

El Título VI, consagrado de manera muy grandilocuente, a “la vida democrática de la Unión”, como si ésta fuera “una especie en peligro de extinción” y no el criterio articulador básico de la misma, tampoco recoge en su articulado una perspectiva de género. En él se proclama que “la Unión respetará en todas sus actividades el principio de *igualdad de sus ciudadanos* que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos” (art. I-45). De nuevo vuelven a existir sólo los “ciudadanos”, en éste y en todos los artículos del Título, y se pierde la oportunidad de haber introducido un principio que debería ser esencial para la “vida democrática de la Unión”. Es decir, junto a los principios de “igualdad democrática”, “democracia representativa” y “democracia participativa”, debería

³⁸ El concepto de “ciudadanía”, vinculado al de “nacionalidad”, ha sido siempre un concepto excluyente. Esa conexión, como ha señalado L. Ferrajoli, es “la mayor antinomia que aflige a los derechos fundamentales” en cuanto supone una diferenciación entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales” a partir de la categoría de “ciudadanía”. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza. Bari, 1990. P. 950. Véase también su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta. Madrid, 1999. P. 32.

³⁹ Deberíamos recordar que, de acuerdo el Tribunal Supremo norteamericano en la sentencia *Zobel vs. Williams* (1982), se viola la igual ciudadanía “cuando la sociedad organizada trata a alguien como un inferior, como parte de una casta dependiente o como un no-participante”. Citada por Fernando Rey Martínez en “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, en Andrés García Inda y Emanuela Lombardo (coord.), *Género y derechos humanos*, cit. P. 80.

haberse introducido el de “democracia paritaria” como criterio articulador de las instituciones europeas⁴⁰.

Recogiendo lo establecido en el Tratado de Ámsterdam, en la Parte III, dedicada a las “políticas y el funcionamiento de la Unión”, se consagra el llamado principio de *mainstreaming*. Es decir, la proyección del objetivo de la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer en todas las políticas que desarrolle la Unión (art. III-2). Y se insiste en el art. III-118: “En la definición y ejecución de las políticas y acciones contempladas en la presente Parte, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación *por razón de sexo*, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación laboral”.

En todo caso, no deberíamos olvidar las limitadas “conquistas” que desde que se proclamara en Amsterdam se ha alcanzado con el llamado *mainstreaming* de género. Como bien ha señalado Ana Rubio, “la Unión Europea en sus compromisos sobre la igualdad se centra exclusivamente en la igualdad de oportunidades y no realiza una revisión crítica de las desigualdades de poder que subyacen en las estructuras e instituciones (...) Es decir, el género sólo aparece de modo recurrente en las partes blandas de los compromisos económicos y no en las competencias más importantes y duras, entre las que cabe destacar la política comercial”.⁴¹

Parece evidente que éste es uno de los objetivos fundamentales de las políticas europeas ya que el art. III-124, dentro del Título II de la Parte III, dedicado a la “No discriminación y ciudadanía” plantea la posibilidad de que una ley o ley marco europea establezca las medidas necesarias para luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. No obstante, señala el apartado 2º de dicho artículo, la ley o ley marco europea podrá establecer los principios básicos de las medidas de fomento de la Unión y definir dichas medidas para apoyar las acciones emprendidas por los Estados miembros con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1º, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de éstos.

Sin embargo llama la atención que en la Sección dedicada específicamente a las políticas de empleo (Sección I, cap. III) no se haga ninguna mención al compromiso de la Unión y de los Estados miembros en la consecución de unas

⁴⁰ Son numerosísimos los documentos internacionales que en los últimos años han insistido en la el objetivo de alcanzar una participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones políticas. Podemos citar sólo a título de ejemplo los siguientes: La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979; la Cumbre Europea de Mujeres en el Poder, celebrada en Atenas en 1992; el Plan para remediar los desequilibrios actuales en la participación de los hombres y las mujeres en la vida política, adoptado por el Consejo Interparlamentario en marzo de 1994; la Declaración parlamentaria de Beijing de 1995; la Carta de Roma de 1996 o la Conferencia organizada por la Unión Interparlamentaria en Nueva Delhi en 1997 bajo el título “Hacia la colaboración entre hombres y mujeres en política”. En el ámbito europeo podemos destacar el Coloquio Regional europeo organizado por el Consejo de Europa en Estrasburgo en 1998, en el que se afirmó la necesidad de adoptar medidas de acción positiva para conseguir la paridad en los cargos públicos; la Recomendación 1413 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa a la representación paritaria en la vida política.

⁴¹ Ana Rubio Castro, “Género y desarrollo: internacionalización de los derechos humanos de las mujeres”, *Género y Derechos humanos*, cit. Pp. 308-309.

condiciones de igualdad en el acceso de la mujer al mercado de trabajo. En el art. III-209, incluido dentro de la Sección dedicada a la “Política Social”, se hace una remisión a la Carta Social Europea y la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales, y se incluyen los objetivos del fomento del empleo y la mejora de las condiciones de vida y trabajo, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y, finalmente, se habla de una genérica “lucha contra las exclusiones”⁴². En ésta habría que considerar incluida la lucha contra la exclusión que sigue sufriendo la mujer en el terreno laboral ya que ésta es la que sigue soportando más paro, más precariedad laboral y salarios más bajos en los países europeos⁴³.

Incluso debería haberse previsto el respeto por la igualdad de hombres y mujeres al definir los criterios que guiarán la acción exterior de la Unión Europea. En concreto, el art. III-93 dice que la acción de la Unión Europea en la escena internacional se basará, entre otros, en los principios de democracia, en la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, así como en el respeto a la dignidad, la igualdad y la solidaridad. No habría estado de marcar incluir expresamente el respeto de los derechos de la mujer que en muchos países del ámbito no europeo son permanentemente vulnerados. Sobre todo cuando se afirma que “La Unión procurará desarrollar relaciones y crear asociaciones con terceros países y organizaciones internacionales, regionales o mundiales que compartan los mismos valores”.

Sí se contiene una referencia explícita en el art. III-210, en el cual se concretan los ámbitos en que la Unión apoyará y complementará la acción de los Estados miembros para alcanzar los objetivos mencionados en el art. III-209. En concreto se incluye “*La igualdad entre mujeres y hombres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo*”. En el amplio listado que incluye el art. III-210 debería haberse mencionado específicamente el ámbito en el que radican las mayores dificultades para lograr una plena igualdad. Me refiero al de la conciliación entre la vida laboral y la familiar. Algo que sí especifica la *Carta*

⁴² Hay que recordar que la *Carta Social Europea* no se refiere en ningún momento al principio de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Sólo se refiere específicamente a la protección de la madre trabajadora (Principios, Arts. 8, 17). La *Carta Comunitaria de Derechos Sociales fundamentales* sí que incluye entre sus principios la igualdad entre hombres y mujeres. En concreto en su art. 16 dispone que “Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional.”

⁴³ Con citar sólo algunos datos es fácil demostrar el “largo camino” que aún le queda por recorrer a las mujeres en Europa. Por ejemplo, la tasa de empleo femenino en Europa fue en 2003 del 56% frente al 73% del masculino; el porcentaje de mujeres con el salario mínimo es casi dos veces superior al de los hombres; como media, el salario de las mujeres es inferior en un 15% al de los hombres; la pensión media en 2001 era de 405 euros para la mujer y de 650 para el hombre; en el 2001 había un 33,4% de mujeres con trabajos a tiempo parcial frente al 6,1% de hombres; un 14% de mujeres tiene un contrato temporal frente al 12,4% de hombres; o sólo un 24% de los directores de empresas son mujeres. Son algunos de los datos recogidos por Pascale Joannin en *L'Europe, une chance pour la femme*. Fundación Robert Schuman. París, 2004.

europaea de derechos sociales fundamentales (art. 16)⁴⁴ y que por ejemplo aparecía reflejado en el Reglamento 1260/1999 del 21 de junio de 1999, relativo a las disposiciones generales sobre los Fondos estructurales. En él se establecía 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, comprendiendo en ella la conciliación entre la vida familiar y la profesional.⁴⁵

Esta Sección dedica un artículo, el III-124, al principio de igualdad de retribución entre “trabajadoras” y “trabajadores” (es la única ocasión en que el texto incluye una referencia a los dos géneros) por el mismo trabajo o por un trabajo de igual valor. Un principio que sin duda forma parte de lo que se denomina el “acervo comunitario”. En este artículo se define qué se entiende por “retribución” y se explica que por igualdad de retribución, sin discriminación de sexo, hay que entender: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra se fije con arreglo a una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo sea igual para un mismo puesto de trabajo.

Se establece además que una ley marco europea establecerá las medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor.

A continuación se incorpora un principio ya establecido en el Tratado de Ámsterdam: “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre mujeres y hombres en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de una actividad profesional o a prevenir o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. De esta manera, el TCE otorga legitimidad a la adopción de medidas de acción positiva por parte de los Estados miembros siempre que se apliquen en el ámbito profesional⁴⁶.

⁴⁴ En concreto el art. 16 de la Carta Comunitaria de Derechos sociales fundamentales dispone que “Conviene asimismo desarrollar las medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”.

⁴⁵ Este objetivo ha sido reiterado en numerosas ocasiones en los últimos años. Así se introdujo en la Agencia para la política social (Comunicación de la Comisión COM (2000) 379 final), en los acuerdos del Consejo de Lisboa del 23 y 24 de marzo de 2000, en la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y asuntos sociales (300y073102) del 29 de junio de 2000 relativa a la participación equilibrada de los hombres y las mujeres en la actividad profesional y la vida familiar, La nota del Comité de Representantes Permanentes del 17 de noviembre de 2000 insistiendo en la promoción de una mejor articulación de las responsabilidades profesionales y familiares; el V Programa de Acción Comunitario para los años 2001-2005; la Recomendación del Consejo (2002/178/CE) del 18 de febrero de 2002 sobre la aplicación de las políticas de trabajo en los Estados miembros y la Resolución del Parlamento europeo del 28 de enero de 1999 sobre la protección de la familia y los niños. Véase al respecto Teresa Freixes, “La configuración de la igualdad...”, cit.

⁴⁶ Hay que tener en cuenta que, como afirma Fernando Rey, las prohibiciones de discriminación tienen dos efectos: la prohibición absoluta de cualquier trato jurídico diferenciado y perjudicial por el mero hecho de pertenecer al colectivo social que sufre la discriminación y la licitud de acciones positivas en su favor. “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *Género y derechos humanos*, cit. P. 88.

Volvemos a encontrar a las “mujeres” en la Sección 2ª del Capítulo IV, dedicada a las “Políticas sobre controles de las fronteras, asilo e inmigración”. En concreto se prevé, entre los objetivos a cubrir por la una ley o ley marco europea, la “lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños”. Además entre los ámbitos delictivos considerados de mayor gravedad se incluye, junto a la trata de mujeres y niños, su explotación sexual (art. III-271, Sección 4ª: Cooperación judicial en materia penal).⁴⁷

3.2. Las mujeres en la Carta de derechos de la Unión Europea.

Como sabemos el TCE ha incorporado a su texto la Declaración de Derechos proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2002⁴⁸. Una Carta en la que las mujeres tampoco tienen ningún protagonismo, aunque en este caso el legislador haya optado por fórmulas impersonales como “Se reconoce” o bien el genérico “Toda persona” para reconocer la titularidad de derechos y libertades. Una fórmula que, además, puede llevarnos al debate de si sólo los ciudadanos de la Unión, es decir los nacionales de los Estados miembros, son los titulares de esos derechos. Es curioso, por ejemplo, como al reconocer el derecho al trabajo, el art. II-75 reconozca en su apartado 1º que “*Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada*”, pero en su apartado 2º, cuando reconoce la libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado

⁴⁷ Ya en el año 1998 la Comisión Europea presentó al Consejo y al Parlamento Europeo una Comunicación sobre medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres. Las mismas fueron completadas por el Parlamento en la Resolución A5-0127/2000, de 19 de mayo, en la que se solicitó una definición armonizada de la misma que permitiera una similar tipificación de este delito en todos los Estados miembros y el reconocimiento de la extraterritorialidad y jurisdicción universal para el mismo. En diciembre de 2000 se presentó una Propuesta de Decisión Marco del Consejo sobre la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y laboral, la cual fue aprobada en junio del 2001.

⁴⁸ En el Proyecto de los primeros artículos (1al 16) del Tratado Constitucional presentado por el *Presidium* a la Convención el 6 de febrero de 2003 se disponía en su art. 5 que “la Carta de los Derechos Fundamentales forma parte integrante de la Constitución”, pero se dejaba abierta la cuestión técnica de cómo se produciría esa integración. Se plantearon dos opciones: bien en una segunda parte independiente de la misma Constitución, o bien en un protocolo anejo a ella. Sobre la significación jurídica de la Carta y su integración en la futura Constitución europea, véase Álvaro Rodríguez Bereijo, “La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y la protección de los derechos humanos”, en *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, cit. Pp. 11-36. Sobre el proceso que llevó a la Carta de Derechos véase Carlos Ruiz Miguel “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. C. Ruiz Miguel (coord.) Universidad de Santiago de Compostela, 2004. Pp. 13 ss. De la amplia bibliografía sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea, véase Angel F. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Bosch. Barcelona, 1999; M. Pi i Llorens, *La derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*. Ariel. Barcelona, 1999; . A. Salinas de Frías, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Comares. Granada, 2000; A. Fernández Tomás, *La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001; Antonio López Castillo, “Algunas consideraciones en torno a la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*. Nº 113, 2001. Pp. 43 ss.; F.J. Matia Portilla, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Civitas. Madrid, 2002; Francisco Rubio Llorente, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 64, 2002. Pp. 13 ss.; Javier García Roca, “Originario y derivado en el contenido de los derechos fundamentales de la Unión”, *Revista de Estudios Políticos*. Nº 119, 2003.

miembro, utilice el término “ciudadano” para referirse al titular de la misma. No cabe duda de que, como se ha señalado reiteradamente, “en el marco del Derecho comunitario el individuo es pensado o concebido, antes que nada, como *homo economicus*: de ahí que el reconocimiento de sus derechos fundamentales tenga lugar también en tanto que operador económico, y no en consideración de su dignidad humana”.⁴⁹

De entrada, el Preámbulo de la Carta no deja de sorprendernos por lo discutible de algunas de sus afirmaciones. Hablar, por ejemplo, del “patrimonio espiritual y moral” de la Unión puede llevarnos, en el tema que nos ocupa, a resucitar viejos fantasmas de la sociedad liberal y masculina. E incluso habría que subrayar lo paradójico de expresiones como “Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”. Si, como ya hemos señalado, no todas las personas son “ciudadanas”, ¿cómo es posible que la Unión sitúe a la persona en el “centro de su actuación”? Sólo encontramos una referencia genérica a la “igualdad” entre los valores “indivisibles y universales” en los que se funda la Unión Europea, aunque la apertura que se contiene al final del Preámbulo nos permite hacer una interpretación extensiva de la Carta de acuerdo con las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas sociales aprobadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De esta manera, y de forma implícita una vez más, debemos entender incorporado todo el “acervo comunitario” en materia de igualdad de hombres y mujeres, además de la interpretación que de la misma ha realizado el Tribunal de Estrasburgo.⁵⁰

La Carta dedica su Título III al principio de “Igualdad”. En él reconoce el principio de la igualdad formal ante la ley (art. II-80) y el correlativo de la prohibición de no discriminación por una serie de motivos entre los que se encuentra el sexo (Art. II-81)

El art. II-83 se refiere expresamente a la igualdad entre mujeres y hombres, la cual “deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”. Con una redacción poco afortunada, el artículo pretende reflejar los ámbitos en los que más han avanzado en los últimos años las políticas comunitarias (empleo, trabajo, retribuciones) aunque ello no debería implicar el olvido de otros ámbitos donde el objetivo de la igualdad real es todavía una quimera (ámbito familiar, los cargos públicos, la sexualidad, las relaciones de poder en general).⁵¹

⁴⁹ Marta Requejo Isidro, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación”, *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, cit. P. 239.

⁵⁰ Véase al respecto Teresa Freixes Sanjuán, “La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea”, cit. Pp. 60-64. También en David Ordóñez, *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*, cit. Pp. 342 ss.

⁵¹ Esta redacción fue contestada por varios colectivos de mujeres. En concreto, el Lobby Europeo de Mujeres contestó el hecho de que en el artículo no se reconocan de manera más fuerte la igualdad de género en todas las áreas de forma incondicional. Emanuela Lombardo, “Algunas consideraciones sobre la igualdad de género en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, en

Además dicho artículo legitima la adopción de medidas de discriminación positiva con el objetivo de lograr esa igualdad real: “*El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado*”. De nuevo la redacción vuelve a ser pacata y se habla de “sexo menos representado”, tal vez pensado más en un hipotético futuro donde los papeles pueden llegar a invertirse que el presente en el que sin lugar a dudas son las mujeres las menos representadas.

Creo que era mucho más afortunada la redacción del art. 141.4 del Tratado de Ámsterdam en el cual se consideraban no tanto como una excepción al principio de igualdad sino como un instrumento para hacer real dicho principio: “Con objeto de *garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres...*”. Además la redacción del art. 141.4 era mucho más generosa ya que reconocía la adopción de medidas de acción positiva no sólo cuando se tratara de facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales sino también para “evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

Al igual que se recoge en un apartado específico la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad (art. 21.2), no hubiera estado de más recoger de manera expresa la discriminación por razón de sexo que es la única de carácter transversal y a la que siempre aparecen sumadas otros motivos de discriminación o de situaciones en que se encuentre la mujer. Por ejemplo, la mujer inmigrante sufre una doble discriminación: por el hecho de ser mujer y por el hecho de ser inmigrante. O una menor, o una discapacitada, una mujer mayor, ha de añadir a las singularidades de ese momento vital o de su estado físico las tradicionales limitaciones ligadas al simple hecho de ser mujer

En todo el Título IV, dedicado a la “Solidaridad”, y en el que se contemplan derechos laborales, hay que destacar que sólo se utiliza el genérico masculino y así se habla de “trabajadores” o “empresarios”. Llama la atención que se dedique un artículo a “la prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo” (art. II-92) y no se mencionen las mujeres como colectivo especialmente vulnerable en este ámbito.

Además, bajo el ambicioso rótulo de “Vida familiar y vida profesional”, el art. II-93 únicamente reconoce la protección contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño⁵². Habría que subrayar cómo se habla del despido por una “causa relacionada con la maternidad”, la cual obviamente sólo puede afectar a las mujeres, pero ni siquiera en este caso se hace referencia explícita a las mismas como titulares del derecho y se prefiere utilizar la expresión “toda persona”. Igualmente se hace una distinción entre el ya consolidado “permiso pagado por maternidad” y el “permiso parental” al que no se le añade el dato de la retribución. De esta manera, la Carta sigue reflejando un reparto de roles en el que radica la mayor parte de las dificultades que aún siguen

Natividad Fernández Sola (coord.), *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, cit. P. 337.

⁵² En esta materia, el “acervo comunitario” está constituido por la Directiva 76/207 sobre igualdad de trato en el empleo; la Directiva 76/207, sobre igualdad de trato en el empleo; la Directiva 92/85 sobre protección de la maternidad en el ámbito laboral y la Directiva 96/34 sobre permisos parentales.

teniendo las mujeres para incorporarse a la vida pública. Es decir, se sigue manteniendo la concepción de que son las mujeres las que deben asumir principalmente las responsabilidades familiares.⁵³ Se ha perdido la oportunidad de impulsar una reordenación de los “espacios” y de los “tiempos” de manera que se fomente un reparto más equilibrado de responsabilidades familiares entre el hombre y la mujer, una mayor visibilidad del trabajo realizado en el ámbito familiar y una reformulación de las horas medidas todavía por los relojes masculinos. En definitiva, como bien ha señalado Joan Subirats, de articular una nueva forma de entender trabajo y vida cotidiana.⁵⁴

Por otra parte, el art. II-94 se limita a incluir entre las prestaciones de seguridad social y los servicios sociales la protección en casos como el de la maternidad.⁵⁵

El título V dedicado, como ya he apuntado, a la “Ciudadanía” tampoco contiene ninguna referencia específica a las mujeres. Habría sido oportuno que al reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos, y entendemos que también de las ciudadanas, se hubiera incluido la obligatoriedad de las cuotas electorales femeninas en la regulación del sufragio pasivo.

Junto a las omisiones señaladas, podríamos señalar otras que guardan una íntima relación con la situación de las mujeres en los países europeos. Así, cuando en el art. II-63 se reconoce el “derecho a la integridad de las personas” y se especifican por ejemplo una serie de prohibiciones en el marco de la medicina y la biología, llama la atención que no se haga mención a una serie de prácticas que atentan singularmente contra la integridad física o psíquica de la mujer. Algunas de ellas especialmente alarmantes, como puede ser la violencia de género⁵⁶, que es un problema presente en todos los Estados miembros de la Unión, y otras tal vez no tan preocupantes por los porcentajes más escasos en que se presentan pero que en los próximos años pueden aumentar debido a la inmigración. Me refiero a violaciones de los derechos humanos como la mutilación genética o a expresiones “culturales” que

⁵³ Emanuela Lombardo, “Algunas consideraciones sobre la igualdad de género...”, cit. P. 345.

⁵⁴ Joan Subirats, “Conectando vida, trabajo y política”, *Ellas. Catorce hombres dan la cara*. Ares y Mares. Barcelona, 2001. P. 216.

⁵⁵ También se ha reivindicado que en este artículo se incluyera la protección del trabajo “no retribuido”, el cual en gran medida es realizado por mujeres. De ahí la propuesta de reconocer una “renta básica” que permitiera luchar contra la progresiva “feminización” de la pobreza. Véase al respecto Emanuela Lombardo, “Algunas consideraciones sobre la igualdad de género...”, cit. P. 346.

⁵⁶ Debemos recordar que en las dos últimas décadas la UE aprobó una serie de Recomendaciones para que los Estados miembros acomodaran su legislación y servicios a la lucha contra la violencia sobre las mujeres. El Parlamento europeo lo hizo por primera vez en su Resolución A-44/1986. Posteriormente se aprobó la Resolución A-0349/94, sobre las violaciones de las libertades y los derechos fundamentales de las mujeres, que trataba las problemáticas de las diferentes costumbres culturales y de la violencia que se ejerce contra las mujeres en situaciones de vulnerabilidad. La Resolución 14-0250/97, de 16 de septiembre, aprobó una “Campaña europea sobre Tolerancia Cero ante la Violencia contra las Mujeres”. La Recomendación de la Comisión Europea (Conferencia de Colonia, 29 y 30 de marzo de 2000) establece un listado de medidas efectivas para la prevención de la violencia contra la mujer. También se contempla en el nuevo Programa de acción comunitario sobre la igualdad entre las mujeres y los hombres (período 2001-2005). Además en 1997 se puso en marcha la iniciativa DAPHNE dirigido fundamentalmente a las ONG’S que trabajan en el ámbito de la violencia doméstica. Véase al respecto Inmaculada Montalbán Huertas, *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2004. Pp. 38-42.

suponen un atentado contra la integridad y libertad de la mujer (por ejemplo los matrimonios forzados o la poligamia tolerados en algunas culturas). En este sentido, el art. II-79, que establece que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”, debería haber incluido una referencia a todas las formas de violencia de género.⁵⁷

También habría sido oportuno incorporar junto al reconocimiento del “derecho a la vida” (art. II-62) y a la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas (art. II-63), la libertad de controlar la fertilidad. Una reivindicación reiterada por los colectivos de mujeres y que podría haber ofrecido un marco de referencia para la regulación del aborto como un derecho de la mujer embarazada.

Otro ámbito en el que deberían haberse introducido una dimensión de género es el derecho de asilo, el cual se reconoce en el art. II-78 “dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con la Constitución”. Es evidente que las solicitudes de asilo presentan rasgos específicos cuando son presentadas por mujeres en cuanto que éstas sufren penas específicas o tratos inhumanos o degradantes establecidos por leyes o por normas sociales o costumbres⁵⁸, como podría ser la mutilación genética.⁵⁹ Hubiera sido además una clara apuesta por la consecución de una política de asilo de la Unión Europea “más acorde con los valores humanos intangibles que con los mudables intereses estatales”⁶⁰.

3.3. Las mujeres en las instituciones europeas.

A pesar de que los distintos órganos de la Unión Europea se han pronunciado en diversas ocasiones sobre la necesidad de lograr una participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones⁶¹, llama la atención que el TCE no haya

⁵⁷ Emanuela Lombardo, “Algunas consideraciones sobre la igualdad de género...”, cit. P. 343.

⁵⁸ Emanuela Lombardo, “Algunas consideraciones sobre la igualdad de género...”, cit. P. 343-344. Sobre este tema véase Pablo Santolaya Machetti, “Derecho de asilo y persecución relacionada con el sexo”, en *Mujer y Constitución en España*, cit. Pp. 565-594.

⁵⁹ Así se reconocía en el Informe del Parlamento Europeo emitido en junio de 2001 en el que se expresaba el deseo de que la Comisión y el Consejo, así como los Estados miembros, tomen medidas relativas a la protección de la concesión de permisos de residencia y a la protección de las víctimas de estas prácticas y reconozcan el derecho de asilo a las mujeres, jóvenes y niñas que se encuentren en riesgo de ser mutiladas geníticamente. Elena Valenciano, “La igualdad de género y la defensa de los derechos de las mujeres en la Unión Europea tras el Tratado de Amsterdam”, *Género y Derechos Humanos*, cit. P. 267.

⁶⁰ Natividad Fernández Sola, “Valores e intereses en la protección de los derechos humanos por la Unión Europea. El caso de la política de asilo”, en *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, cit. P. 230.

⁶¹ El Parlamento Europeo se ha pronunciado sobre esta cuestión en diversas ocasiones. Así, en su Resolución sobre la participación de las mujeres en los órganos de decisión, de 11 de febrero de 1994, en el Documento referente al Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Recomendación 96/694 del Consejo de 2 de diciembre de 1996 relativa a la participación equilibrada de mujeres y hombres en los procesos de toma de decisión; en la Resolución sobre la representación de la mujer en el proceso decisorio de 24 de mayo de 1996; la Resolución de 15 de julio de 1998 sobre la elaboración de un proyecto de procedimiento electoral uniforme fundando en principios comunes para la elección de los Diputados al Parlamento europeo, en la que se recomendaba tener en cuenta el objetivo de la paridad entre hombres y mujeres en la confección de listas; en su Resolución de 2-3-2000 sobre las mujeres en el procesos decisionales, o la del 15 de junio de 2000 en la que solicita la aplicación de las

incorporado dicho principio en los capítulos relativos al funcionamiento de las instituciones. A ello habría que sumar las numerosas ocasiones en que el Consejo de Europa se ha pronunciado a favor de la aplicación de medidas que favorezcan la presencia de la mujer en los órganos representativos. Fácilmente podríamos concluir que el principio de paridad debería interpretarse como parte de esas tradiciones constitucionales comunes de las que habla el art. I-9 TCE o el Preámbulo de la Carta de derechos de la Unión⁶².

La sorpresa es mayor si repasamos si repasamos los datos que nos siguen mostrando que aún estamos muy lejos de una presencia equilibrada de hombres y

disposiciones de la Plataforma de Pekín sobre la representación equilibrada. Por otra parte, su Resolución sobre representación de las mujeres en los interlocutores sociales de la Unión Europea de 25 de septiembre de 2002 constató la débil representación de las mujeres en dicho ámbito

También el Consejo ha abordado la participación de las mujeres en numerosas ocasiones. Así, en la Recomendación relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer de 13 de diciembre de 1984; en su Segunda Resolución relativa al fomento de la igualdad de oportunidades para las mujeres de 24 de julio de 1986; la Resolución de 27 de marzo de 1995 relativa a la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión; la Recomendación 96/694 de 2 de diciembre de 1996 sobre la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones o la Decisión de 20 de diciembre de 2000 por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres. la Decisión de la Comisión de 19-06-2000 relativa al equilibrio entre los hombres y mujeres en el seno de los comités y de los grupos de expertos.

Por su parte, la Comisión Europea ha incluido las políticas de paridad en el marco de la integración de la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres. Por ejemplo, en su Comunicación de 7 de julio de 2000 y la Decisión de la Comisión de 19 de junio de 2000, ambas relativas al equilibrio entre hombres y mujeres en comités y grupos de expertos creados por la Comisión se prescribió el objetivo de alcanzar un mínimo de 40% de personas de cada sexo en cada comité y grupo de expertos.

⁶² El art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho al ejercicio de los derechos del Convenio en condiciones de igualdad y no discriminación, siendo el derecho de participación política uno de los derechos garantizados por el *Protocolo nº 3*. El Consejo ha puesto a la firma de los Estados el *Protocolo nº 12 al Convenio de Derechos Humanos* situado bajo su ámbito de aplicación el ejercicio de todo derecho previsto por la ley, sin discriminación alguna, fundada especialmente sobre, entre otros, el sexo. Por otra parte, la IV Conferencia Ministerial Europea, celebrada en Estambul en noviembre de 1997 aprobó una Declaración en la que se proponían “Estrategias multidisciplinares tendentes a promover la igualdad entre las mujeres y los hombres como criterio fundamental de la democracia”. También se abordó la cuestión en el Coloquio Regional Europeo, organizado con la finalidad de contribuir a la conmemoración del 50 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la evaluación de la aplicación de la Declaración y del Programa de acción de Viena celebrada en Estrasburgo en septiembre de 1998. El Comité de Ministros se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el tema: Recomendación relativa al tratamiento integral de la igualdad entre las mujeres y los hombres de 7 de octubre de 1998 o la Respuesta a la Asamblea Parlamentaria sobre la Recomendación 1413 sobre la Representación paritaria en la vida política (12 de enero de 2000). Pero ha sido la Asamblea Parlamentaria la que en más ocasiones se ha pronunciado al respecto: Recomendación relativa a la posición de las mujeres en la vida política (1008/1985), la Resolución relativa a la igualdad entre los hombres y las mujeres (Resolución 855/1986); la Resolución relativa a la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres (Resolución 1018/1994); la Recomendación relativa a la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres (Resolución 1229/1994), la Recomendación 1269/95 relativa a un proceso tangible de los derechos de las mujeres a partir de 1995; la Recomendación 1413/1999 sobre la representación paritaria en la vida política, la Resolución 1216/2000, de 17 de mayo de 2000, acerca del seguimiento de la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre las Mujeres o la Propuesta de Recomendación de 9 de octubre de 2000 sobre la participación de las mujeres europeas en los procesos de decisión. También el Congreso de los Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa ha impulsado la adopción de medidas que conduzcan a asegurar una presencia equitativa de las mujeres en los órganos regionales: Recomendación 69 (1999) y la Resolución 85 (1999) sobre la participación de las mujeres en la vida política en las regiones europeas.

mujeres en las mismas. Por ejemplo, en la presente legislatura del Parlamento europeo el porcentaje de eurodiputadas es de 30,3% (sólo 222 de un total de 732). Ese porcentaje es el que aproximadamente se mantiene en el resto de instituciones y órganos⁶³, y al que ni siquiera se ha llegado en la Convención encargada de redactar el TCE.

Como ya he señalado, habría sido oportuno recoger el principio de democracia paritaria en el Título VI dedicado a la “vida democrática de la Unión”. Principio que no es más que una concreción del objetivo de “la igualdad entre mujeres y hombres” que aparece prácticamente en el pórtico del TCE (art. I-3)⁶⁴. Al no incluirlo se ha obviado el programa transformador que supone la “paridad”, no sólo en cuanto a la presencia de las mujeres en los órganos públicos, sino en cuanto reordenación de los espacios públicos y privados⁶⁵, rechazándose el enorme potencial “educador” que podría haber tenido la consagración de dicho principio en la Constitución europea. No parece que se haya tenido en cuenta que para reequilibrar la jerarquía existente entre hombres y mujeres, como bien ha señalado Ana Rubio, son necesarias “alternativas estructurales”. Sin éstas, “el cambio será un cambio de palabras, no de realidades”.⁶⁶

El principio de democracia paritaria podría haberse reflejado en diversos apartados⁶⁷. De entrada debería haber estado previsto entre los objetivos del marco institucional de la UE (art. I-19). Partiendo de esa proclamación general debería haberse concretado en la regulación del Parlamento Europeo. El art. I-20 especifica el número de diputados, que el carácter proporcional del sistema electoral y el mínimo de diputados por Estado miembro⁶⁸. Aquí podría haberse incluido la obligatoriedad de que en dicho sistema electoral se respetase una presencia paritaria de hombres y mujeres en las candidaturas.⁶⁹

⁶³ Sobre la presencia de la mujer en los cargos públicos representativos y la constitucionalidad de las cuotas electorales femeninas véase Octavio Salazar Benítez, *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial*, cit.

⁶⁴ Como bien afirma Ángeles Martín Vida, “la democracia paritaria supone más que la defensa de una simple cuota de participación: supone reconocer que la verdadera democracia no puede existir sin una representación igualitaria de los dos sexos, y ello en el marco además de una estrategia, beneficiosa para todos, de rediseño de las relaciones entre varones y mujeres a todos los niveles y una transformación en profundidad de las relaciones sociales y de los repartos de roles. Las cuotas electorales son uno de los instrumentos para lograr aquel objetivo”. *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Civitas. Madrid, 2003 P. 204.

⁶⁵ Octavio Salazar Benítez, “Las horas de las mujeres”, *Ámbitos. Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades*. Nº 11, 2004. P. 61.

⁶⁶ Ana Rubio Castro, “Género y desarrollo: internacionalización de los derechos humanos de las mujeres”, *Género y derechos humanos*, cit. P. 296.

⁶⁷ Véase el estudio *La democracia paritaria en la construcción europea*. C.E.L.E.M. Madrid, 2000.

⁶⁸ Es una decisión acertada optar por el sistema proporcional que es el que favorece en mayor medida la presencia de la mujer en los órganos representativos. Así se desprende del Informe promovido por la Comisión *Sistemas electorales en Europa: evaluación del impacto de género* (DG 5, 1999). En el mismo sentido, Pascale Joanin, *L'Europe, une chance pour la femme*, cit. Pp. 31-33. Sobre la idoneidad del sistema proporcional véase también la justificación de la Propuesta de Recomendación *La democracia paritaria en el Parlamento Europeo*, cit. Pp. 21-22. También Octavio Salazar, *Las cuotas electorales femeninas...*, cit. Pp. 54-56.

⁶⁹ Por ejemplo, en la Propuesta de Recomendación elaborada por el grupo de expertas dirigido por Teresa Freixes se proponía lo siguiente: “En la confección de las listas se respetará el principio de la paridad, incluyendo alternativamente hombres y mujeres en la candidatura. Las direcciones de los partidos políticos y de los grupos o coaliciones electorales, se responsabilizarán de la aplicación de

En la propuesta de Recomendación sobre “La democracia paritaria en el Parlamento europeo” elaborada por el grupo de expertas coordinado por la Prof^a. Teresa Freixes, se incluían otra serie de extremos del sistema electoral que podrían coadyuvar a una mayor presencia de las mujeres en el Parlamento Europeo. Entre ellos, la circunscripción electoral única en cada Estado miembro, un umbral mínimo o barrera electoral de por lo menos el 4% de los votos emitidos, el establecimiento de incompatibilidades y la limitación de mandatos, la posibilidad del voto preferencial, la indicación del género de cada candidato en las listas o el condicionamiento de la financiación pública de los partidos al cumplimiento de los objetivos de la democracia paritaria.⁷⁰ Estos criterios deberían tenerse en cuenta en la futura regulación de un procedimiento electoral uniforme.

En el mismo sentido debería haberse previsto el principio de paridad en la composición de las distintas instituciones (Consejo de Ministros, art. I-23; Comisión Europea, art. I-26, Tribunal de Cuentas, art. I-31), así como en los distintos órganos consultivos previstos (Comité de las Regiones, Comité Económico y Social: art. I-32).

Además, y tal como había solicitado la Red de Ciudadanas Europeas, deberían haberse creado una serie de órganos responsables de las políticas de igualdad de oportunidades. Al menos se deberían haber previsto los tres siguientes:

- Una Dirección General de Igualdad, directamente vinculada a la Presidencia de la Comisión, con una estructura que permitiera una coordinación permanente con el resto de las direcciones generales y que vigilase la incorporación de una perspectiva de género en todas las políticas de la Unión.
- Un Defensor/a Adjunto/a al Defensor del Pueblo especializado/a en género, de manera que se perfeccionasen los instrumentos de protección de los derechos de las mujeres.
- Un Observatorio de Género, como órgano independiente encargado del seguimiento y evaluación de las políticas de igualdad en la Unión Europea, así como del traslado de las propuestas realizadas por los distintos sectores institucionales y sociales a la Dirección General de Igualdad y a los demás órganos e instituciones de la Unión.

4. CONCLUSIONES

De acuerdo con todo lo expuesto, el TCE no ha supuesto un avance significativo en cuanto a la consecución de la igualdad de hombres y mujeres en el ámbito europeo. Aunque éste aparece como uno de los principios orientadores de la Unión, no se han agotado todas las posibilidades que habría supuesto aplicar correctamente el *mainstreaming* de género en los contenidos orgánicos y dogmáticos del Tratado. Incluso se puede detectar un cierto retraimiento en la plasmación de objetivos y normas que previamente las instituciones comunitarias habían incluido en sus actos y resoluciones. Es sorprendente que no se haya incorporado la democracia paritaria o la representación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de

los objetivos de la democracia paritaria”. *La democracia paritaria en el Parlamento europeo*, cit. p. 19.

⁷⁰ *La democracia paritaria en el Parlamento europeo*, cit. Pp. 19-20.

decisiones cuando la misma se había consolidado como un objetivo de las instituciones comunitarias reiterado en numerosos pronunciamientos. Democracia paritaria que, como ha subrayado la Red de Ciudadanas Europeas, “no significa sólo una mayor participación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones, sino el reconocimiento de una transformación social, con reflejo de lo político, que ha cambiado el contrato social que asignaba distintos papeles en función del género y que ha estado vigente durante siglos”⁷¹. La sorpresa es mayor cuando además el TCE incluye expresamente un apartado dedicado a la “vida democrática” de la Unión y a los principios que han de presidirla⁷².

Las políticas de igualdad de género, que deberían haberse merecido un capítulo específico a la altura de otras políticas reseñadas en el TCE, no se han considerado un objetivo prioritario. Faltan concreciones de este objetivo general de igualdad además de mecanismos que aseguren la realización del mismo. Una opción que se pone de manifiesto desde el mismo lenguaje excluyente de las mujeres que se utiliza en el texto. Los redactores del mismo deberían haber tenido presente que las palabras no sólo reflejan unos valores y una determinada realidad sino que también sirven como instrumentos de modificación de un “imaginario colectivo” que sigue respaldando una posición subordinada de la mujer.

Por otra parte, no deberíamos olvidar, como oportunamente ha señalado Fernando Rey, que “cuando un Derecho neutral se enfrenta a un estado de desequilibrio social entre los sexos y, paralelamente, se enfrenta a una situación de superior importancia del grupo de los varones en el ámbito de las elites políticas y sociales, entonces no puede desempeñar una función de igualación y se llega, por el contrario, a una toma de partido unilateral a favor de los hombres y en detrimento de las mujeres. En otras palabras, en una situación de desigualdad real y efectiva de las mujeres, la adopción de un Derecho <<neutro>> no es una decisión neutral”.⁷³

Como en tantas otras cuestiones, se ha perdido la oportunidad de que la Constitución europea se convierta en algo más que un simple texto refundido de tratados y de sistematización de un nebuloso a veces “acervo comunitario”. Incluso en materia de género podemos afirmar que el texto no ha incorporado el acervo sobre la igualdad entre las mujeres y los hombres ya consolidado jurídicamente en el seno de la Unión. Creo que la Constitución, en cuanto instrumento clave para articular una unión política capaz de coexistir junto a la económica, debería haber sido un instrumento también de transformación en esta materia. Una apuesta que debería

⁷¹ La paridad supone una “interpretación política de la diferencia entre los sexos: aquella deja de ser el pretexto de una segregación para convertirse en la legitimación de un reparto. La paridad plantea que el interés por la cosa pública y las responsabilidades que se derivan recaen igualmente sobre los hombres y las mujeres. Este reparto constituye la toma en consideración de las diferencias entre los sexos sin una jerarquización, según los esquemas tradicionales, ni tampoco una neutralización, según el concepto universal”. Sylvianne Agacinski, *Política de sexos*, cit. P. 158.

⁷² Parece haberse olvidado además que, por ejemplo, en la Conferencia Europea promovida por la Comisión Europea en abril de 1999, bajo el lema “Mujeres y hombres al poder”, los Ministros de todos los Estados miembros se comprometieron a impulsar medidas que garantizaran la igualdad real de hombres y mujeres en los órganos de decisión.

⁷³ Fernando Rey Martínez, “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *Género y Derechos Humanos*, cit. Pp. 93-94.

haber supuesto la adopción de un enfoque más holístico de la política de género que fuera capaz de remover todos los cimientos del sistema patriarcal ⁷⁴.

Porque, en definitiva, estamos hablando de ciudadanía, de las condiciones en que articulamos una “igual ciudadanía”. Esa ciudadanía que aún hoy sigue arrastrando la cola inmensa de un modelo que excluyó a la mujer y que la situó en la difícil posición de la que todas, ciudadanas o no, europeas o extracomunitarias, desean escapar Convencidas, y convencidos también algunos, como ya afirmara Stuart Mill en 1862, que “las relaciones sociales entre ambos sexos son malas en sí mismas, y forman hoy uno de los principales obstáculos para el progreso de la humanidad; entiendo que deben sustituirse por una igualdad perfecta, sin privilegio ni poder para un sexo ni incapacidad alguna para el otro”.⁷⁵

⁷⁴ Como bien señala Emanuela Lombardo, “el objetivo debería ser no sólo introducir medidas <<para mujeres>> sino también combatir los espacios consolidados de poder masculino a todos los niveles. Este tipo de política requeriría cambios en los estilos de vida de los hombres para obtener la igualdad de género, por ejemplo, mediante la promoción activa de la redistribución equitativa de las responsabilidades de trabajo y hogar entre los sexos”. “La política de género de la UE: ¿atrapada en el <<dilema de Wollstonecraft>>?”, cit. P. 241.

⁷⁵ John Stuart Mill, *La esclavitud femenina*. Edición “...de la luna”. 2003. P. 27.