



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**PARTICIPACIÓN FEMENINA EN LOS
CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE
LAS EMPRESAS**

Presentado por:

Álvaro del Río Núñez

Tutelado por:

Maoly Carrasquero Cepeda

25 de Junio de 2020

Resumen

En el presente trabajo se investiga, desde una perspectiva jurídica, la infrarrepresentación de la mujer en el ámbito privado, haciendo especial énfasis en los consejos de administración de las grandes empresas que cotizan en bolsa. A tal efecto, se lleva a cabo un análisis teórico de los diferentes tipos de medidas de igualación de trato y su validez constitucional, centrándonos principalmente, en el estudio de las cuotas. En relación con estas, se plantea su viabilidad o no, la forma en que pueden ser implementadas por los Estados miembros, y si estas son, o no, el método indicado para mejorar esa escasa participación femenina en los puestos de poder de las empresas.

Abstract

In the current work, it will be studied, from a legal point of view, the problem about the scarce feminine representation in big companies' corporate boards. A theoretical analysis of the different types of equal treatment will be made, and their constitutional validity, focusing it mainly on the study of quotas. So then, this investigation it will be about the viability or not of these measurements, and, if this one is the best way of making improves in those power's positions in companies.

Palabras clave

Igualdad, género, igualdad de trato, discriminación, acciones positivas, discriminaciones inversas, cuotas, cuotas electorales, Unión Europea, Directiva, consejos de administración, CEO.

Key words

Equality, gender, equal treatment, discrimination, positive's action, affirmative action, reverse action, quota, electoral quota, EU, board, Chief Executive Officer.

ÍNDICE

1. **Introducción.**
2. **El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo.**
 - 2.1. **El principio de igualdad de trato.**
 - 2.1.1. Prohibición de discriminaciones directas.
 - 2.1.2. Prohibición de discriminaciones indirectas.
 - 2.1.3. Discriminaciones supuestas, presuntas o erróneas.
 - 2.1.4. Discriminación múltiple.
 - 2.2. **El principio de igualdad de oportunidades o mandato de acciones positivas.**
3. **Acciones positivas.**
 - 3.1. **Aproximación conceptual y marco normativo.**
 - 3.2. **Discriminación positiva y su distinción de la acción positiva.**
4. **Medidas de discriminación positiva implementadas por los Estados miembros.**
 - 4.1. **Cuotas de género en el ámbito electoral.**
 - 4.2. **Cuotas de género en los consejos de administración de las empresas: ¿el camino a seguir o una oportunidad perdida?**
 - 4.2.1. Propuesta de directiva: un intento por armonizar las regulaciones de los Estados miembros destinadas a mejorar la participación femenina en los Consejos de Administración.
 - 4.3. **Equidad de género en los consejos de administración de las sociedades mercantiles españolas.**
 - 4.3.1. Ley Orgánica de Igualdad 3/2007.
 - 4.3.2. Nueva Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.
5. **Conclusiones.**

Bibliografía.

1. Introducción.

Es público y notorio que las mujeres están infrarrepresentadas en las posiciones de liderazgo. Todo lo que rodea su situación, parece indicarnos, que existen una serie de restricciones invisibles, los famosos “techos de cristal”, generalizados en la mayor parte de áreas y sectores, que impiden a las mujeres alcanzar estos puestos de poder en igualdad de oportunidades respecto a los hombres.

El objeto que tiene este estudio es investigar el estado actual de la participación femenina en los consejos de administración de las grandes empresas, y plantear, en caso de existir infrarrepresentación, soluciones que tengan por finalidad alcanzar la paridad en los puestos de poder de éstas.

La incorporación a los órganos de gobierno de las grandes empresas, por parte de las mujeres, no debe presentarse, simplemente, como una cuestión de equidad e igualdad, sino que debe ser analizada en profundidad. Así, la mayor participación de las mujeres en los puestos de liderazgo no sólo es relevante para las organizaciones en cuanto a beneficios económicos, o como cumplimiento de la paridad deseada, sino que, de esta forma, se constituye como el medio idóneo para romper con los estereotipos sociales, que constituyen, actualmente, auténticos obstáculos en el desarrollo intelectual de la sociedad.

En este sentido, resulta de especial interés conocer si, dicha incorporación, vistos los avances alcanzados hasta la fecha, se tiene que llevar a cabo a través de una serie de medidas legislativas de carácter obligatorio, que establezcan unos porcentajes de puestos que deban ser ocupados por mujeres, o si, por el contrario, no se debe intervenir en los procesos de selección de los órganos de gobierno de las empresas privadas.

El trabajo comienza analizando en su primer capítulo, el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, en concreto, el principio de igualdad de trato, y el principio de igualdad de oportunidades. En relación con el principio de igualdad de trato, se examina, la prohibición de discriminación directa, indirecta, las discriminaciones supuestas, erróneas y presuntas, y las discriminaciones múltiples.

Esto, se plantea, desde la perspectiva de la jurisprudencia más significativa de las últimas décadas, tanto del TJUE, como del TEDH, de lo dispuesto en las Directivas

antidiscriminatorias (con su consiguiente transposición a nuestro ordenamiento jurídico), y de la doctrina más aceptada en la actualidad.

Posteriormente, el capítulo segundo se refiere a la igualdad de oportunidades y su contenido. En primer lugar, se analizan las acciones positivas, realizándose una aproximación conceptual del término, ya que, en el marco de la Unión Europea, todavía no contamos con una definición normativa. Pese a esto, esta figura si ha sido reconocida en diferentes instrumentos en el derecho de la Unión, entre ellos, la Directiva 2002/73/CE 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, la Resolución de 12 de julio de 1982, sobre la promoción de la igualdad de oportunidades, y la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, de 2008.

A continuación, y siguiendo el esquema del contenido del principio de igualdad de oportunidades, el siguiente epígrafe está dedicado a las discriminaciones positivas y su distinción de la figura de acción positiva. En particular, se estudia su concepto, el juicio de proporcionalidad que deben superar debido a su controvertida naturaleza, las diferencias con las acciones positivas, y su reconocimiento jurisprudencial en el TJUE.

El capítulo tercero está dedicado a las cuotas de género implementadas por los Estados miembros, es decir, aquellas medidas que establecen un porcentaje fijo o número para la nominación de un grupo específico infrarrepresentado. Primero, se tratan las cuotas de género en la esfera pública, particularmente en el ámbito electoral. En relación con estas, se plantean dos debates, en primer lugar, el existente en torno a su naturaleza jurídica, y el segundo, acerca de su conveniencia o no, con una serie de argumentos a favor y en contra. Además, se recogen los principales documentos que reconocen este tipo de cuotas, tanto a nivel internacional, entre los que destacan la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW), de 18 de diciembre de 1979, y la Plataforma de Acción de Pekín, aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres en 1995, como a nivel europeo, en la Recomendación 96/694/CE, y, en su Recomendación nº 3, de 2003, del comité de ministros.

Seguidamente, se examinan las cuotas de género en el ámbito privado, concretamente en los consejos de administración de las empresas. Las siguientes páginas se ocupan, principalmente, de la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo destinada

a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines. Asimismo, se explican sus antecedentes, y las críticas recibidas en el momento de su adopción.

Finalmente, para cerrar este capítulo, se trata la equidad de género en los consejos de administración de las sociedades mercantiles españolas, analizando, en este sentido: el Código Unificado de Buen Gobierno, la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y la Proposición de ley para garantizar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Por último, y para finalizar, se recoge una lista de las conclusiones que se han obtenido a lo largo del trabajo, en las que se valora si las cuotas son o no pertinentes y por qué, si son el método ideal para lograr la paridad en las empresas, o si, además de existir, deben ir acompañadas de otros mecanismos que las refuercen.

2. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo.

2.1. El principio de igualdad de trato.

El concepto de igualdad proviene de la tradición jurídica occidental, más concretamente, de los filósofos: Platón (*Leyes*, lib. VI, 757) y Aristóteles (*Política*, lib. II, principalmente, 1280a, 1282b y 1283a; y *Ética a Nicómaco*, lib. V, 1130- 1133): “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales” (*Política*, 1280a)¹.

Como regla general, “el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, prohíbe la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable”. En este sentido, “lo que veda el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según juicios de valor generalmente aceptados”². Este principio no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio especial de proporcionalidad (en sede constitucional) sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida³.

De esta forma, la igualdad de trato implicará que todas las personas tienen derecho a recibir un trato idéntico ante la Ley, es decir, busca que no exista ningún tipo de diferenciación o separación entre las personas.

En lo que respecta a la jurisprudencia, el TJUE, en distintas sentencias, precisa el significado del principio de igualdad de trato⁴. Entre estas, destaca la STJUE *Société Arcelor Atlantique et Lorraine y otros contra Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, de 16 de diciembre de 2008, por su importancia e innovación, al ser una de las primeras en reconocer y definir la vulneración del principio de igualdad de trato por discriminación. En particular, el apartado 23 conceptúa el principio general de igualdad de trato, “como un principio general del Derecho comunitario, que exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado”. Mientras, el apartado 25 alude a que “la

¹ REY MARTÍNEZ, Fernando. “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional? Anales de la Cátedra Francisco Suárez”. *Revista de Filosofía jurídica y política*, núm. 45, 2011, p. 167.

² REY MARTÍNEZ, Fernando. *El Derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: McGraw-Hill, 1995, p. 31.

³ *Ibidem*, p. 32.

⁴ Las sentencias de 13 de diciembre de 1984, Sermide, 106/83, Rec. p. 4209, apartado 28; de 5 de octubre de 1994, Crispoltoni y otros, C-133/93, C-300/93 y C-362/93, Rec. p. I-4863, apartados 50 y 51, así como de 11 de julio de 2006, Franz Egenberger, C-313/04, Rec. p. I-6331, apartado 33 reconocen y precisan el significado del principio de igualdad de trato.

vulneración del principio de igualdad de trato a causa de un trato diferente implica que las situaciones en cuestión son comparables, habida cuenta del conjunto de elementos que las caracterizan". Y, más adelante, el Tribunal nos establece las condiciones que tienen que aparecer para que exista una verdadera vulneración de este principio, señalando en su apartado 39 que: *"según la jurisprudencia, para que pueda achacarse al legislador comunitario haber vulnerado el principio de igualdad de trato, es necesario que éste haya tratado de manera diferente situaciones comparables, dando lugar a una desventaja para determinadas personas respecto de otras"*.

Al igual que la jurisprudencia, el derecho comunitario también ha examinado el principio de igualdad de trato, el cual, se ha ido reconociendo progresivamente hasta formar parte, en la actualidad, de la política social de la Unión Europea, integrando de esta forma el acervo comunitario. Su contenido propio vendrá, en gran medida, determinado por tres Directivas: la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, sobre la igualdad de trato por origen racial y étnico, que establece en su artículo 2.1 que *"a efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico"*, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, en relación con la igualdad de trato en el empleo, la cual, en su artículo 2.1 dispone que *"a efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1"*⁵, y la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, sobre la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación. Esta última, que modifica la Directiva 76/207/CEE indica en su artículo 1 que: *"la presente Directiva tiene por objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. A tal fin, contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere a: el acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional; las condiciones de trabajo, incluida la retribución; y los regímenes profesionales de seguridad social"*.

A continuación, una vez analizado tanto el desarrollo conceptual, como la interpretación jurisprudencial que ha hecho el TJUE, además del reconocimiento normativo en los diferentes instrumentos legislativos, estudiaremos el contenido propio del principio de igualdad de trato.

⁵ El artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, en relación con la igualdad de trato en el empleo establece: *"la presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato"*.

2.1.1. Prohibición de discriminaciones directas.

En el Derecho de la Unión, concretamente en las Directivas antidiscriminatorias, aparece recogida esta figura de las discriminaciones directas. Así, destacamos: el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE relativa a la igualdad de trato en el empleo, el artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres. En todos estos instrumentos, se define la discriminación directa como *“la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo”*.

A nivel jurisprudencial, aparece una primera referencia a este tipo de discriminación en la STJUE *Defrenne contra Sabena*, de 8 de abril de 1976⁶. Los hechos que dan lugar a esta sentencia son los siguientes: una azafata de la compañía aérea SABENA solicitó una compensación por la discriminación que decía haber sufrido, por razón de su sexo femenino, al haber percibido una retribución inferior a la percibida por los hombres que desempeñaban el mismo trabajo (auxiliar de vuelo) en tal compañía. El Tribunal de Justicia, en su sentencia (a causa de una petición de decisión prejudicial planteada por la Cour du travail de Bruselas) aclaró que el artículo 119 del TCEE (actual 157 TFUE) tiene efecto directo y vincula, tanto a toda la autoridad, como a los convenios colectivos, e incluso a los posibles contratos que existan entre particulares, prohibiendo, por lo tanto, las formas directas e indirectas o encubiertas de discriminación. Dicho artículo 119 imponía a los Estados miembros, una obligación de resultado, la cual debía cumplirse, imperativamente, en un plazo determinado (31 de diciembre de 1964), lo que implica, que la eficacia de este precepto no puede verse afectada por el hecho de que algunos Estados miembros no hayan adaptado su legislación para hacer realidad dicho objetivo. El Tribunal, dada la importancia económica del caso, admitió, excepcionalmente, *“limitar en el tiempo los efectos retroactivos del fallo al presente asunto y los que ya se hubieran establecido hasta la fecha”*. De esta forma, la sentencia estableció la obligación de corregir las posibles discriminaciones que se estuvieren cometiendo en ese mismo momento, por parte de los empleadores de la Comunidad, públicos y privados⁷.

⁶ Véase, para profundizar, las STJUE: el asunto *Defrenne contra Estado Belga* (80/70), de 25 de mayo de 1971, *Defrenne contra Sabena* (43/75), de 8 de abril de 1976, y *Defrenne contra Sabena* (149/77), de 15 de junio de 1978.

⁷ Véase para mayor énfasis, UGARTEMENDIA, Juan Ignacio. y BENGOEXTEA CABALLERO, Joxerramon. “Breves apuntes sobre las sentencias básicas del TJUE”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 33, 2014, p. 443 y ss.

El pronunciamiento del Tribunal impuso el efecto directo horizontal del artículo 157 TFUE, es decir, *“la prohibición de discriminación por razón de sexo en relación con la retribución por el mismo trabajo de igual valor”*. Primero, el apartado 18, establece la distinción entre discriminaciones directas e indirectas, en relación a esta materia: *“procede establecer una distinción dentro del ámbito de aplicación global del artículo 119, entre, por una parte, las discriminaciones directas y abiertas, que ya cabe advertir meramente sobre la base de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de retribución referidos en el citado artículo y, por otra parte, las discriminaciones indirectas y encubiertas que solamente pueden identificarse en función de disposiciones de desarrollo más explícitas, de carácter comunitario o nacional”*. El apartado 21, por su parte, dispone: *“que entre las discriminaciones directas que ya cabe advertir meramente sobre la base de los criterios que ofrece el artículo 119 (actual artículo 157), es preciso incluir, en especial, las que resultan de disposiciones de naturaleza legislativa o de convenios colectivos de trabajo, pudiéndose detectar tales discriminaciones mediante análisis meramente jurídicos”*. Y, posteriormente, su apartado 40, hace referencia expresa a lo que se debe entender por discriminación directa en el caso de que el supuesto de hecho sea la existencia de una diferencia por razón de sexo : *“...en particular en el caso de discriminaciones cuya causa directa sean disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajo, así como en el supuesto de retribución desigual de trabajadores femeninos y masculinos para un mismo trabajo, cuando este último se realice en un mismo establecimiento o servicio, privado o público”*.

A raíz de esta sentencia se adoptaron diversas Directivas, destacando la Directiva 75/117/CEE sobre aproximación de las leyes de los Estados miembros relativas a la aplicación del principio de igual retribución por igual trabajo para hombres y mujeres y la Directiva 76/207/CEE, sobre la aplicación del principio de igual trato a hombres y mujeres en lo relativo al acceso al empleo, formación profesional y promoción y condiciones de trabajo, siendo ambas refundidas por la Directiva 2006/54/CE, que engloba y modifica parcialmente lo recogido en las anteriormente mencionadas, y sigue estableciendo este principio de igualdad de retribución al que se hace referencia en el asunto *Defrenne*. De esta manera, el artículo 4 de la misma recoge: *“que para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo”*.

Más adelante, el TJUE, en el asunto *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra firma Feryn NV*⁸, aborda las declaraciones hechas por un empresario, en las que reconoce públicamente que, en el marco de su política de empleo, no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial. El objeto del Tribunal es dilucidar si tales declaraciones pudieran ser suficientes para calificar la política de contratación como discriminatoria.

En correspondencia, el Tribunal ofrece una respuesta positiva, de forma que las declaraciones *“bastan para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria, en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/43/CE”*, ya que *“pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar el empleo y por tanto dificultar su acceso al mercado de trabajo”*. De este modo, corresponde en tal caso al empleador probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato, lo que puede hacer *“demostrando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones”* (apartado 34).⁹

Respecto a la interpretación del concepto de discriminación directa, el TEDH establece que, *“deberá existir una diferencia de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares”* y ello *“a partir de características identificables”*¹⁰. Desde un punto de vista procesal, y con arreglo al CEDH, el demandante debe poder demostrar que se ha visto afectado directamente por la medida incriminada a fin de poder presentar la demanda (es decir, deberá probar su afectación directa para poder obtener la condición de víctima)¹¹. En cambio, con arreglo al Derecho de la Unión, puede establecerse la discriminación directa incluso si no existe ningún reclamante identificable que alegue haber sido víctima de dicha discriminación¹².

En cuanto a las consideraciones hechas por la doctrina en relación con la delimitación conceptual de esta figura, esta se define como *“toda norma o acto que dispense un trato diferente y*

⁸ Véanse los apartados 25 y 28 y el punto 1 del fallo para mayor énfasis, en relación con la STJUE, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV*, de 10 de julio de 2008.

⁹ Para mayor énfasis, véase: AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. “Manual de legislación europea contra la discriminación”, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p. 47 y ss.

¹⁰ Véanse, para profundizar, las sentencias del TEDH, *Biao contra Dinamarca* [GS], n.º 38590/10, 24 de mayo de 2016, apartado 89; TEDH, *Carson y otros contra Reino Unido* [GS], n.º 42184/05, 16 de marzo de 2010, apartado 61; TEDH, *D. H. y otros contra República Checa* [GS], n.º 57325/00, 13 de noviembre de 2007, apartado 175; TEDH, *Burden contra Reino Unido* [GS], n.º 13378/05, 29 de abril de 2008, apartado 60.

¹¹ Servicio del Jurisconsulto de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía General del Estado. “Guía práctica sobre la admisibilidad”, Consejo de Europa y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2014, p. 14, apartado 3b (Víctima directa).

¹² *Ibidem*, p.15.

*perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo, minoría étnica, minoría sexual, religiosa, etc. Así, la discriminación directa se produce cuando una persona recibe un trato menos favorable por alguno de estos motivos protegidos. El trato menos favorable será el resultante de la comparación entre la supuesta víctima y otra persona que no posea la característica protegida y se encuentre en una situación de similares características*¹³.

Concretamente, la discriminación directa por razón de sexo es “*la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable*”¹⁴. En palabras de SERRA, “*supone el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo, con independencia de los motivos que hayan movido al causante*”¹⁵.

Lo dicho hasta aquí en relación con la discriminación directa por razón de sexo, nos sitúa en aquel supuesto en el que una mujer se ve directa y manifiestamente perjudicada por la conducta que realiza un tercero, sabiendo que, de no haber sido una mujer, y si un hombre el que se encontraba en ese lugar, la actuación del tercero hubiese sido distinta, y, posiblemente, beneficiosa¹⁶.

En lo referente a la introducción de este concepto en los Estados miembros, a 1 de enero de 2018, todos los países examinados en el Informe elaborado por la Oficina de la Comisión Europea, es decir, los miembros de la UE (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía y Suecia), habían adoptado en su legislación una definición de discriminación directa. En todos estos países, hay una serie de elementos comunes en sus definiciones: la necesidad de demostrar el trato menos favorable, el requerimiento de una comparación con otra persona en situación similar pero de características diferentes, la oportunidad de utilizar un comparador del pasado, o un

¹³ REY MARTÍNEZ, Fernando. (2011), op. cit. p. 174-175.

¹⁴ Definición recogida en la Directiva 2006/54/CE, en su artículo 2; y en la Directiva 2010/41/UE, en su artículo 3.

¹⁵ SERRA CRISTÓBAL, Rosario. “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en *Discriminación versus diferenciación. (Especial referencia a la problemática de la mujer)*. RIDAURA MARTÍNEZ, María José; AZNAR GÓMEZ Mariano J. (coord.), Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 366.

¹⁶ En el caso específico español, el Tribunal Constitucional ha estimado que son contrarias a la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo, las siguientes discriminaciones directas: las cláusulas de celibato, que eran las normas que suspendían los contratos de trabajo para el personal femenino por causa del matrimonio (STC 7/1983); la disposición de la Ley de junio 19 de 1971, de protección a familias numerosas, que reservaba la titularidad de cabeza de familia al padre, y a la madre sólo en defecto de aquél (STC 241/1988); la norma que establecía que, en caso de separación y a falta de acuerdo de los padres, los hijos menores de siete años quedarían al cuidado de la madre (STC 144/2003); las discriminaciones por razón de embarazo (STC 166/1988).

hipotético comparador, y la declaración de que la discriminación directa no puede estar justificada¹⁷.

La mayoría de los Estados miembros, además de definir esta figura en su legislación, lo hacen de forma equivalente respecto a las Directivas¹⁸. Pero, hay algunos casos en los que no es así, como en Francia o España. En el caso concreto de nuestro país, la definición recogida en la legislación encargada de transponer las Directivas 2000/43 CE y 2000/78/CE, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, no es igual a la establecida en dichas Directivas¹⁹. Esta, establece en su artículo 28, apartado primero, que se entenderá por discriminación directa: *“cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

Se puede considerar que, técnicamente, la Ley 62/2003 se adapta formalmente al contenido de las Directivas, aunque lleva a cabo una *“transposición de mínimos”*²⁰. Concretamente, esta legislación procede a realizar una reproducción de las definiciones de discriminación directa, indirecta y de acoso, con la única diferencia, que en el caso de las discriminaciones directas las dos Directivas antidiscriminatorias manifiestan: *“...una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada...”*, mientras que la Ley 62/2003, solo dice: *“...cuando una persona sea tratada de manera menos favorable”*.

¹⁷ CHOPIN, Isabelle, CONTE, Carmine y CHAMBRIER, Edith. “A comparative analysis of non-discrimination law in Europe”, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018, p. 49-53.

¹⁸ *Ibidem*, p. 52.

¹⁹ Esta transposición se llevó a cabo a través de un único acto jurídico, desarrollado en el Capítulo III (Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato) del Título II (De lo social) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, económicas y del orden social, de los artículos 27 a 43. Esta Ley entró en vigor desde el 1 de enero de 2004, y se caracteriza, por ser una “Ley de acompañamiento”, la cual modifica más de 50 actos legislativos, entre los que se incluyen disposiciones fiscales, administrativas y sociales. Es decir, nos encontramos con una materia tan heterogénea que puede resultar difícil de comprender y entender para la gran mayoría de la ciudadanía. Además, debe destacarse, que la transposición de las Directivas antidiscriminatorias a través de esta Ley no mereció ningún interés, ni a nivel político, ni por parte de la opinión pública, llegando a ser aprobada sin la existencia de un verdadero debate parlamentario, ni la correspondiente consulta con los agentes sociales. Véanse en este sentido algunas de las críticas formuladas por: CACHÓN RODRÍGUEZ, Lorenzo. “España y la Directiva 2000/43: de la ocasión perdida a una legislación general sobre igualdad de trato”, *Tiempo de Paz*, 2004, núm. 73, p. 13-22; DEDIOS RAMÍREZ HEREDIA, Jesús. “Algunas sospechosas ausencias en la transposición de la Directiva comunitaria relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico”, *Tiempo de Paz*, 2004, núm. 3 p. 23- 37.

²⁰ SEMPERE NAVARRO, Vicente. “La incorregible Ley de Acompañamiento y el principio de igualdad. A propósito de la Ley 62/2003”, *Actualidad jurídica*, núm. 608, 2004, p.45.

Dicha disparidad ya no se encuentra reflejada en la Ley Orgánica para la Igualdad (LOI), del año 2007. Esta, en su artículo 6, establece que se considera discriminación directa por razón de sexo, *“la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”*.

En este sentido, la LOI, apoyándose en el tenor de las Directivas antidiscriminatorias, equipara el peligro de sufrir discriminación a la discriminación efectivamente ocurrida. Es decir, *“no es necesario que se haya dado un trato menos favorable sino que basta con que exista el riesgo de que éste pueda darse”*²¹. Nuestro legislador, en este supuesto, estaría tipificando y sancionando, además de la discriminación efectivamente ocurrida, una conducta hipotética, una conducta que no ha llegado a tener lugar. Esto, podría dar lugar a problemas, tales como que el demandado tuviera que responder o justificar un comportamiento inexistente, o que el mismo tuviera que indemnizar un daño que, realmente, no ha tenido lugar²².

Esta definición de discriminación directa, establecida en el apartado primero del artículo 6, va más lejos que la contenida en la versión alemana, inglesa y francesa de la Directiva, en el sentido, de que estas, sólo exigen que la víctima haya sufrido efectivamente una conducta discriminatoria, no llegando a tipificar comportamientos hipotéticos²³.

2.1.2. Prohibición de discriminaciones indirectas.

El origen del concepto de discriminación indirecta se encuentra en Estados Unidos en 1971, en el caso Griggs contra Duke Power Company (1971). Los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento fueron los siguientes: el señor Willie Griggs y otros trabajadores afroamericanos demandaron a la empresa Duke Power por considerar que el método de ascenso establecido dentro de esta constituía una discriminación, puesto que exigía la

²¹ AGUILERA RULL, Ariadna. “Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2007, p. 6.

²² *Ibidem*.

²³ La definición inglesa de discriminación directa establece: *“cuando una persona es tratada de manera menos favorable, por razones de sexo, que lo hubiese sido otra persona en una situación comparable”*. Observando esta definición, podemos interpretar la diferencia en el tenor de la versión española de la Directiva como un error de traducción. En opinión de AGUILERA: *“se deberá, en caso de aprobarse el proyecto de ley en su versión actual, reducir teleológicamente la definición de discriminación directa, que sólo podrá ser aplicada a aquellos supuestos en que se ha dado efectivamente un trato menos favorable”*. *Ibidem*, p. 7.

tenencia de un diploma, además de la obtención de una calificación elevada en dos tipos de test (resultando constatado por la Corte que, las personas afroamericanas obtenían una nota media más baja, debido a que la formación académica recibida por los mismos era inferior). Por esto, Griggs, decidió denunciar esta conducta alegando que tras ella se escondía una discriminación hacia las personas afroamericanas²⁴. Este asunto fue el primero en el que la Corte Estadounidense introdujo la doctrina del “*disparate impact*”²⁵(lo que se conoce como discriminación indirecta). En esta sentencia la Corte declaró que, el Título VII de la Civil Rights Act, de 1964, no solo prohíbe la discriminación directa hacia los individuos por razón de su etnia u origen, como se había venido defendiendo en los últimos años, sino que, innova, afirmando que esta prohibición se extiende a aquellos actos que producen un efecto discriminatorio sobre los grupos protegidos, a pesar de ser aparentemente neutros. Por lo tanto, este caso incorpora, que, “*si se comprueba que una medida empresarial ha supuesto un impacto desproporcionado sobre un colectivo tradicionalmente discriminado, no corresponderá al sujeto afectado probar que nos encontramos ante una discriminación indirecta, sino que será el propio empleador el encargado de justificar la medida en relación a las necesidades empresariales*”²⁶.

De esta forma, esta sentencia introdujo dos grandes avances. Por un lado, supuso la entrada de una nueva forma de discriminación, distinta de la discriminación directa, que abarca aquellos supuestos en los que el trato desigual se oculta tras una apariencia de neutralidad. Y, por otro lado, introduce una novedad en relación con la carga de la prueba, ya que, a partir de este momento, la prueba no recaerá sobre el sujeto afectado, sino que será el empleador el que tendrá que probar la validez de las medidas adoptadas²⁷. El Tribunal Supremo norteamericano entendería a partir de este momento que, estas prácticas que aparentan ser neutras en el tratamiento de los diferentes grupos no podrán llegar a justificarse en la necesidad de la empresa, y por ello deben considerarse discriminatorias²⁸.

²⁴ Véase para mayor énfasis, SERRA CRISTÓBAL, Rosario. (2004), op. cit. p. 370.

²⁵ La Corte Suprema estadounidense señaló que el “*disparate impact*” se derivaba de la letra del Estatuto, que prohíbe someter a una persona a acciones de empleo desfavorables “a causa de su raza, color, religión, sexo, u origen nacional”. La Corte razonó que la prohibición del “*disparate impact*” era necesaria para evitar la discriminación prospectiva mediante el uso de prácticas neutrales, que opera para congelar el statu quo de las prácticas de empleo discriminatorias anteriores. A. SPANN, GIRARDEAU. “Disparate Impact”, *The Georgetown Law Journal*, núm. 98, 2010, p. 1145.

²⁶ MARTÍN VIDA, M^a. Ángeles. “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho Estadounidense”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, mayo-agosto, 2003, p. 162. Véase también SERRA CRISTÓBAL, Rosario. (2004), op. cit. p. 370.

²⁷ SÁEZ LARA, Carmen. “Las discriminaciones indirectas en el trabajo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 6, 1995, p. 68.

²⁸ *Ibidem*, p. 69.

En la jurisprudencia europea, se introduce este concepto a raíz de la STJUE, de 8 de abril de 1976, relativa al asunto *Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*. Esta sentencia pone de manifiesto que existen determinadas conductas que, a pesar de no ser, por su forma, discriminatorias, deben entenderse contrarias al principio comunitario que prohíbe la discriminación entre mujeres y hombres. En este asunto, el Tribunal interpreta la cuestión del efecto directo del artículo 119 del Tratado de Roma (el cual consagra el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo). En virtud de este artículo, el Tribunal realiza por primera vez, en su apartado 18, la distinción entre lo que denomina “discriminaciones manifiestas o directas” y las “discriminaciones ocultas o indirectas”; resultando ser estas últimas aquellas que “solo pueden ser identificadas por medio de disposiciones de aplicación más explícitas, ya sean de carácter comunitario o nacional”²⁹. El concepto de discriminación indirecta introducido aquí, es el que posteriormente desarrolla la jurisprudencia de este Tribunal³⁰.

Otra sentencia destacable en este ámbito, es la STJUE de 31 de marzo de 1981, el caso *Jenkins contra Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* En esta ocasión, la Sra. Jenkins considera la existencia de una discriminación indirecta hacia las mujeres trabajadoras de la empresa Kingsgate, puesto que, en esta, se otorga una retribución diferente a los trabajadores a tiempo parcial y tiempo completo, cobrando un 10% menos la hora quienes trabajan a tiempo parcial. De esta forma, en un primer momento, podría parecer que nos encontramos ante un criterio impuesto por la empresa para premiar a los trabajadores que estuvieran contratados a tiempo completo, pero resulta que la inmensa mayoría de trabajadores a tiempo completo son hombres, mientras que la gran mayoría de trabajadores a tiempo parcial son mujeres, contratadas bajo estos parámetros por sus circunstancias familiares. En consecuencia, el Tribunal, al fallar sobre la cuestión planteada, establece: primero, en su apartado 9, que, “teniendo en cuenta que la finalidad del artículo 119 es garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por un mismo trabajo, las diferencias de trato existentes entre los trabajadores a tiempo completo y tiempo a parcial, sólo vulnerarán dicho artículo, cuando dicha diferencia constituya una discriminación indirecta, al afectar a los trabajadores parciales, y estar este grupo formado principalmente por mujeres”. Y, segundo, en su apartado 15, que “una diferencia de retribución entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial sólo constituye una discriminación prohibida

²⁹ Para profundizar en la distinción que lleva a cabo el Tribunal, en relación al artículo 119 del Tratado de Roma, véase: BARRERE UNZUETA, M^a. Ángeles. “Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres”, *Anuario filosofía del derecho*, núm. 34, 2018, p. 59-60.

³⁰ SERRA CRISTÓBAL, Rosario. (2004), op. cit. p. 371.

por el artículo 119 del Tratado si es en realidad un medio indirecto para reducir la cuantía de la retribución de los trabajadores a tiempo parcial en razón del hecho de que este grupo de trabajadores está integrado, de manera exclusiva o preponderante, por mujeres”.

También es reseñable el asunto *Hill y Stapleton contra The Revenue Commissioners y Department of Finance*, de 17 de junio de 1998. En este caso, el TJUE consideró la existencia de una discriminación indirecta por razón de género, por cuanto que se produjo un incremento anual en el salario de los trabajadores a tiempo completo, mientras que este incremento en el salario de los trabajadores a tiempo parcial no era anual, sino que era necesario, tener dos años de trabajo. El apartado 24 de esta sentencia establece que *“el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón del sexo”*, mientras que el apartado 34 contiene la excepción a ese supuesto: *“únicamente sería distinta la valoración cuando la diferencia de trato entre ambas categorías de trabajadores se justificara por razones objetivas, ajenas a toda discriminación por razón de sexo”*.

Como se puede comprobar, estos casos en los que se presenta la cuestión de la discriminación indirecta hacia las mujeres ocurren en el ámbito laboral, principalmente en lo relativo al trabajo a tiempo parcial llevado a cabo por las mujeres y el trabajo a tiempo completo desarrollado por los hombres³¹. Por lo tanto, se puede advertir que, el ejemplo clásico de la discriminación indirecta será éste, aquel en el que el conflicto surge en relación con el trabajo a tiempo parcial o a jornada completa. La razón se encuentra en el hecho de que, históricamente, se han aprovechado más mujeres que hombre de la posibilidad de trabajar a media jornada. AGUILERA afirma, en este sentido, que: *“aquellas medidas que supediten la concesión de determinadas ventajas a la condición de trabajar un mínimo de horas al mes, perjudicarán por lo general a más mujeres que hombres y podrán ser por tanto consideradas discriminatorias, sino están justificadas”*³².

De la misma forma que el TJUE introduce este concepto a través de su jurisprudencia, este también ha sido incorporado en el texto de varias Directivas. Así, el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78/CE relativa a la igualdad de trato en el empleo, el artículo

³¹ Otros asuntos en los que aparece reflejada la discriminación indirecta hacia las mujeres en el marco de relaciones laborales en la jurisprudencia europea son: el caso *Rinner-Kühn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung* (STJUE de 13 de julio de 1989), el caso *Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg* (STJUE de 7 de febrero de 1991), el caso *Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg* (STJUE de 27 de junio de 1990), o el caso *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main* (STJUE de 23 de octubre de 2003).

³² AGUILERA RULL, Ariadna. (2007), op. cit. p. 9.

2, apartado 2, letra b) de la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, establecen la definición normativa de esta figura. Estos instrumentos califican la discriminación indirecta como *“la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”*.

En cuanto a la delimitación conceptual de esta discriminación por la doctrina, podemos decir que, de manera general y uniforme, se sigue el concepto recogido en los instrumentos normativos europeos. En este sentido, según REY, *“las discriminaciones indirectas son aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros respecto del sexo de los que derivan, por la desigual situación de hombres y mujeres afectados (o de mayorías y minorías étnicas, etc.), consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorables que tienen sobre los miembros de uno y otro sexo (de ahí que a este tipo de discriminación se la denomine también discriminación de impacto)”*³³.

Dicho de otra manera, la discriminación indirecta por razón de sexo se referirá a la situación, en la cual, bajo una aparente neutralidad de condiciones a las que quedan sometidos ambos sexos, sigue existiendo una discriminación. Esto es, a pesar de que parezca, por la forma, que no se está cometiendo ninguna discriminación, si se analizan por completo los elementos de las relaciones establecidas entre las personas, será notable la desigualdad en el trato que se da a las mismas. *“Cuando se habla de que la discriminación indirecta no debe de estar justificada, no debe entenderse que existan motivos que justifiquen esta discriminación, sino que, dicha práctica, para que no sea sancionada, debe estar unida a una finalidad legítima y los medios empleados para obtener este propósito deben ser adecuados y necesarios”*³⁴.

En conclusión, estamos ante una discriminación, que se diferencia de la discriminación directa en la dificultad de su prueba, puesto que esta resulta mucho más complicada, al encontrarse “oculta” la discriminación, tras un trato indiferenciado. Dicha actuación, no será contraria a derecho cuando el criterio o práctica puedan justificarse objetivamente, como se ha dicho antes, con una finalidad legítima³⁵.

³³ REY MARTÍNEZ, Fernando. (1995), op. cit. p. 44 y ss. En el mismo orden de ideas, profundizar con SÁEZ LARA, Carmen. (1995), op. cit. p. 67.

³⁴ SÁEZ LARA, Carmen. (1995), op. cit. p. 67.

³⁵ *Ibidem*, p. 68.

Los presupuestos que, en su conjunto, dan lugar a esta forma de discriminación son los siguientes:

- Se trata de una medida caracterizada por su contenido neutro. El hecho de que sea una medida aparentemente imparcial, nos permite diferenciar esta discriminación indirecta de la discriminación directa, ya que estamos ante *“un supuesto en el que la medida adoptada no es aparentemente discriminatoria, pero sin embargo, lleva aparejada un trato menos favorable a los trabajadores de un sexo determinado”*.
- Provoca efectos desfavorables para trabajadores de un cierto sexo. Para saber si los trabajadores de un sexo determinado resultan discriminados respecto de los del otro sexo, *“no basta con que la medida o regla afecten mayoritariamente a un sexo determinado, sino que entre el grupo de los trabajadores beneficiados por ella, con respecto a los perjudicados, la proporción entre los sexos debe ser considerablemente distinta”*.
- El tercer presupuesto está basado en la causalidad. Para estar frente a un caso de discriminación indirecta, debe concurrir, además de los dos presupuestos anteriormente analizados, *“una relación causal entre el sexo de los trabajadores afectados y los efectos discriminatorios o perjudiciales de la medida adoptada por el empleador”*⁸⁶.

En cuanto a la transposición de este concepto, un gran número de Estados miembros lo han introducido, de forma análoga a las Directivas, en sus legislaciones, entre ellos: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía y Suecia. Únicamente observamos un Estado miembro en el que no existe legislación alguna que prohíba la discriminación indirecta, Irlanda³⁷.

En el caso concreto español, esta definición ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que en su artículo 28.1 c establece que se entenderá que estamos ante una situación de discriminación indirecta *“cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión*

³⁶ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “La discriminación laboral indirecta”, *Revista de Derecho*, núm. 12, 2001, p. 76-78.

³⁷ CHOPIN, Isabelle., CONTE, Carmine. y CHAMBRIER, Edith. (2018), op. cit. p. 53-54.

o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”.

A su vez, la LOI, en su artículo 6, párrafo 2º, también recoge el término, advirtiendo que: *“se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.*

En base a estos conceptos, es necesario recalcar que, la definición que recoge nuestro ordenamiento jurídico cumple con lo dispuesto y exigido en las Directivas antidiscriminatorias.

2.1.3. Discriminaciones supuestas, presuntas o erróneas.

Las discriminaciones supuestas, presuntas o erróneas son *“aquellas discriminaciones basadas en una presunción acerca de otra persona que no es fácticamente correcta, es decir, la situación en la que una persona o grupo de personas son objeto de discriminación por algún rasgo concreto como consecuencia de una apreciación errónea”*³⁸.

A nivel normativo, no existe legislación que prevea una definición de este tipo de discriminaciones. Sin embargo, en el Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Directiva de igualdad racial) y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva de igualdad en el empleo), de 17 de enero de 2014, se ha admitido que, las situaciones en las que una persona es víctima de discriminación directa debido a una suposición o percepción errónea de características protegidas, también están prohibidas por las Directivas. Así, el apartado 4.5 de dicho Informe se indica que: *“de la jurisprudencia nacional existente se desprende que la Comisión considera que las Directivas también prohíben las situaciones en las que una persona es víctima de discriminación directa debido a una suposición o percepción errónea de características protegidas; por ejemplo, si un candidato no es seleccionado para un puesto porque el empresario indebidamente considera que es de un determinado origen étnico u homosexual”*³⁹.

³⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando. (2011), op. cit. p. 174-175.

³⁹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco

El TJUE no se ha pronunciado ni ha interpretado hasta ahora las discriminaciones supuestas, presuntas o erróneas, recogidas en el Informe de la Comisión, pero si lo ha hecho el TEDH en el asunto *Timishev contra Rusia*, de 13 de diciembre de 2005, donde el reclamante alegó que se le había prohibido pasar un control de entrada a una determinada región por su origen étnico checheno. El TEDH lo consideró corroborado por los documentos oficiales que denotaban la existencia de una política de restricción del movimiento de las personas con este origen étnico (los agentes de la frontera habían recibido instrucciones de denegar el acceso a los ciudadanos de tal origen). Por otra parte, el Tribunal no admitió como válida la explicación del Estado ruso debido a las contradicciones en su alegación de que la víctima se había retirado voluntariamente tras denegársele la prioridad en la cola y admitió que el reclamante había sido objeto de discriminación por razón de su origen étnico⁴⁰.

Concretamente, el Tribunal, en su apartado 56, establece que *“un trato diferente a las personas en situaciones importantes similares sin un objetivo y justificación razonable, constituye una discriminación, y que una discriminación debido a la etnicidad real o percibida de una persona es una forma de discriminación racial”*.

En la gran mayoría de los Estados miembros (entre ellos: Estonia, Alemania⁴¹, Italia, Letonia, Lituania, Malta⁴², Polonia y Rumania), este tipo de discriminación, o no está estipulada en sus respectivas legislaciones, o lo está, pero no consta ninguna prohibición expresa y, por lo tanto, solo la futura interpretación judicial nos aclarará el concepto y la protección de esta figura⁴³. En otros países, si se recoge como tipo diferenciado, la discriminación por asociación o supuesta. Por ejemplo, en Croacia, observamos que la ley regula la discriminación basada en *“conceptos erróneos”*⁴⁴. Aunque en este caso, si se tipifica su prohibición, todavía no existe jurisprudencia que interprete esta discriminación basada en una percepción o suposición errónea de una determinada característica. En Austria, por su parte, las notas explicativas de la Ley de igualdad de trato, especifican claramente, que

general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”, Bruselas, 17.1.2014 COM(2014) 2 final, p.10, apartado 4.5 (Discriminación por motivos de asociación, suposición y percepción).

⁴⁰ Para mayor énfasis, TEDH, *Timishev contra Rusia* (nº 55762/00 y 55974/00), 13 de diciembre de 2005, apartados 40-44.

⁴¹ En Alemania, en cuanto a la discriminación en el empleo, la Ley General de Igualdad de Trato (Sección 7.1) contiene una declaración explícita que recoge que la prohibición de discriminación se extiende a las características supuestas.

⁴² En Malta, la Ley de Igualdad de Oportunidades en relación con las personas con discapacidad del año 2000 prohíbe explícitamente la discriminación supuesta (artículo 3.1 b) específicamente respecto al motivo de la discapacidad.

⁴³ CHOPIN, Isabelle, CONTE, Carmine y CHAMBRIER, Edith. (2018), op. cit. p. 44.

⁴⁴ Croacia reconoce esta figura en su Ley de Antidiscriminación, del año 2008, artículo 1.3.

también existirá discriminación cuando el autor, “*asuma o suponga el motivo de esta*”⁴⁵. En este caso, además, el Tribunal supremo austriaco reconoció que, la atribución por parte del perpetrador de esta característica protegida sería suficiente⁴⁶.

Aun así, hasta el momento, ninguna legislación de los países miembros contempla todas estas categorías señaladas al mismo tiempo⁴⁷.

2.1.4. Discriminación múltiple.

La discriminación múltiple es una figura jurídica que tiene su origen en la doctrina y jurisprudencia norteamericana de finales de los años 80. Fue introducida como término por Kimberlé W. Crenshaw⁴⁸ para dar respuesta a una situación muy concreta y especial. Esta consistía en la doble discriminación que sufrían las mujeres negras, por su doble condición de ser mujer y, además, ser miembro de la minoría negra. El objetivo de esta autora era denunciar, con este nuevo concepto, que “*tanto la teoría feminista como el movimiento antirracista tendían a tratar el género y la raza como categorías excluyentes entre sí*”, y, además, “*centraban solo el examen de las discriminaciones a las experiencias de los miembros más privilegiados de ambos colectivos (mujeres blancas y hombres negros), ignorándose el otro tipo de discriminación específica basada en el efecto combinado del sexo y la raza*”⁴⁹. Así, buscó aproximarse a las diferentes formas en que pueden interactuar la raza y el sexo en el ámbito laboral, conformando para las mujeres afroamericanas “*una experiencia que no puede ser aprehendida desde una mirada unidimensional de la discriminación*”⁵⁰.

Para Crenshaw, “*el enfoque en los grupos más privilegiados marginaliza a aquellas minorías que tienen múltiples barreras e imposibilita la interposición de reclamaciones que no puedan enmarcarse en un solo motivo de discriminación*”⁵¹. Por lo tanto, entiende esta autora que al limitar el examen de las discriminaciones a las experiencias de los miembros más privilegiados de las minorías (los

⁴⁵ Austria, por su parte, reconoce esta figura en la Ley Gazette 35/2004, “*Viennese Anti-Discrimination*”, en su artículo 3.1.

⁴⁶ Reconocimiento que lleva a cabo la Corte Suprema Austriaca en su decisión n° 9ObA40/13t, de 24 de Julio de 2013

⁴⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando.; GIMÉNEZ GLUCK, David. *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías perspectivas*, Madrid: Fundación IDEAS, 2010, p. 34.

⁴⁸ CRENSHAW, Kimberlé. “Demarginalizing the Intersection o/Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, núm. 1, 1989, p. 139-167.

⁴⁹ CARRASQUERO CEPEDA Maoly. “La discriminación múltiple en Europa”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 75, enero-junio, 2020, p. 43-44.

⁵⁰ SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana. “Discriminación múltiple”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 20, 2015, p. 314.

⁵¹ CRENSHAW, Kimberlé. (1989), op. cit. p. 146.

hombres negros y las mujeres blancas), se margina del análisis a aquellas que sufren múltiples barreras que no pueden ser comprendidas como consecuencia de rasgos de discriminación aislados y, por tanto, las mujeres negras son “invisibilizadas”⁵². Además, “crea una distorsión en el análisis del racismo y del sexismo porque las concepciones operativas de la raza y del sexo se basan en experiencias que realmente representan solo un subconjunto de un fenómeno mucho más complejo”⁵³.

El primer reconocimiento jurídico de la discriminación múltiple, en el ámbito internacional, se produce en la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, en el año 2001, en la que se hace especial referencia al deber que los Estados tienen de “promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las víctimas, aplicando una perspectiva de género que reconozca las múltiples formas de discriminación que pueden afectar a las mujeres, y que el disfrute de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales es indispensable para el desarrollo de las sociedades en todo el mundo”⁵⁴. Por otra parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer también ha enfatizado en su Recomendación General N° 28 que la discriminación contra la mujer por motivos de sexo y género “está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género”⁵⁵.

A nivel europeo, y en lo que respecta a su ordenamiento jurídico, ninguna norma prohíbe de manera explícita la discriminación múltiple, como una figura diferente (en cuanto a su forma y sus características) de la discriminación por un único motivo⁵⁶. Aun así, el término sí que aparece mencionado en las Directivas antidiscriminatorias (Directiva 2000/43/CE, Directiva 2000/78/CE y la Directiva 2006/54/CE) para subrayar el hecho de que “las mujeres, a menudo, son víctimas de este tipo de discriminación”⁵⁷. También se incluye la discriminación múltiple en la

⁵² REY MARTINEZ, Fernando. “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, septiembre-diciembre, 2008, p. 257.

⁵³ CRENSHAW, Kimberlé. (1989), op. cit. p. 140.

⁵⁴ Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, celebrada en la ciudad de Durban (Sudáfrica).

⁵⁵ Recomendación general núm. 28 del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, agosto de 2009, párrafo 7.

⁵⁶ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly. (2020), op. cit. p. 46.

⁵⁷ La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, en su apartado 14 establece que: “en la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”.

Decisión 750/2000/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación, en la cual se reitera la idea de que “*la población femenina es a menudo víctima de múltiples discriminaciones*”, y se invita a los Estados miembros, a la elaboración de nuevas prácticas y políticas en la lucha contra la discriminación, incluida la múltiple⁵⁸.

En la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se protege también este tipo de discriminación. Así, en la enmienda número 12 se incluye entre las discriminaciones a prohibir: “*por consiguiente, la legislación debe prohibir la discriminación directa e indirecta, múltiple y por asociación por los motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual o género en una serie de campos distintos del mercado de trabajo, que cubran la protección social, la educación y el acceso y suministro de bienes y servicios, como por ejemplo la vivienda, los transportes, las asociaciones y la salud. Debe asimismo ofrecer medidas para garantizar la igualdad de acceso de las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual o una combinación de estas características específicas, y de las personas a ellas vinculadas, a los ámbitos amparados*”.

Por su parte, en su disposición número 16, se incorpora este concepto de discriminación múltiple dentro de lo que se entiende por discriminación: “*se entiende que la discriminación incluye la discriminación directa e indirecta, la discriminación múltiple, el acoso, las instrucciones para discriminar y la denegación de ajustes razonables*”.

Junto con su inclusión como forma de discriminación, también se establece su protección en la enmienda número 23: “*La presente Directiva tiene asimismo en cuenta la discriminación múltiple. Dado que la discriminación puede darse por dos o más motivos de los enumerados en los artículos 12 y 13 del Tratado CE, en la aplicación del principio de igualdad de trato, la Comunidad, en virtud del artículo 3, apartado 2, y del artículo 13 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades relacionadas con el sexo, el origen racial o étnico, la discapacidad, la orientación sexual, la religión o las convicciones, la edad, o con una combinación de estos motivos, y el fomento de la*

⁵⁸ La Decisión 750/2000/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación, dispone, en su apartado 4: “*en la aplicación del programa, la Comunidad persigue, de conformidad con el Tratado, la eliminación de las desigualdades y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular teniendo en cuenta que las mujeres son a menudo víctimas de múltiples discriminaciones*”. Para mayor énfasis, véase: AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, “Manual de legislación europea contra la discriminación”, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p. 58 y ss.

igualdad, cualquiera que sea la combinación de características relativas a los mencionados motivos que reúna una persona. Deben preverse procedimientos jurídicos eficaces para hacer frente a las situaciones de discriminación múltiple. En particular, los procedimientos jurídicos nacionales deben garantizar que un demandante pueda exponer todos los aspectos de una demanda por discriminación múltiple en un único procedimiento”.

Además, en el Informe de 2007 para la Comisión Europea sobre discriminación múltiple, se recomienda a los Estados que:

- *“1. ° Sus instituciones de investigación desarrollen los marcos conceptuales para analizar las experiencias, situación e identidad de grupos interseccionales e investiguen cómo y dónde se manifiesta la discriminación múltiple institucional.*
- *2. ° Incorporen en sus legislaciones antidiscriminación el concepto de la discriminación múltiple.*
- *3. ° Este concepto debe ser también introducido en las políticas, estrategias, planes de acción, presupuestos, ayuda financiera, etc., de las instituciones de la Unión.*
- *4. ° El Tercer Sector realice foros y redes de trabajo para promover la comprensión, el diálogo y la cooperación entre los diversos factores de discriminación. La Comisión europea deberá destinar fondos a este fin.*
- *5. ° Los agentes sociales y los organismos nacionales de promoción de la igualdad (organismo, por cierto, del que aún carece nuestro país incumpliendo clamorosamente una obligación comunitaria) deben promover la innovación entre los empleadores y proveedores de servicios en respuesta a la discriminación múltiple, por ejemplo, financiando proyectos piloto. Deben desarrollarse y promoverse buenas prácticas en el empleo y la provisión de servicios.*
- *6. ° Los Estados deben recopilar datos estadísticos teniendo en cuenta todos los factores de discriminación prohibida.*
- *7. ° Los organismos públicos de cada Estado y los organismos de promoción de la igualdad deben ser entrenados en la identificación y el manejo de los casos de discriminación múltiple”⁵⁹.*

Observando estas recomendaciones, se advierte que, en el seno de la Unión Europea, se busca fomentar que sus instituciones y los respectivos Estados miembros adopten la perspectiva de la discriminación múltiple en relación con las políticas de igualdad de oportunidades o acciones positivas de las minorías protegidas por el Derecho antidiscriminatorio⁶⁰.

⁵⁹ Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades. *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Comisión Europea, 2007, p. 53-56.

⁶⁰ REY MARTINEZ, Fernando. (2008), op. cit. p. 273-274.

El TJUE, por su parte, y a pesar de la existencia de estos informes y recomendaciones donde examina este tipo de discriminación, no ha reconocido hasta el momento el concepto de discriminación múltiple, y tampoco ha apreciado ni interpretado la posibilidad de la existencia de diferentes efectos jurídicos entre casos de discriminación basados en un solo motivo o en varios⁶¹.

En cambio, el TEDH, en el asunto *B.S. contra España*, de 24 de julio de 2012, si ha llegado a identificar una discriminación múltiple. En este caso, una mujer de origen nigeriano que ejercía la prostitución, sostuvo que había sido agredida física y verbalmente en un control de identidad llevado a cabo por la policía española, habiéndose vulnerado el artículo 14 del Convenio (en relación con el 3) el cual prevé: *“el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”*.

La demandante afirmó que otras mujeres con “características europeas” ejerciendo idéntica actividad, en la misma zona no fueron abordadas por las fuerzas del orden. Esta esgrimió que su condición de mujer, negra y prostituta, la convierte en especialmente vulnerable a los ataques discriminatorios, y que la interacción de estas tres condiciones debía considerarse esencial para el correcto examen de los hechos⁶². Además, para la demandante, queda claro que la naturaleza repetitiva de los controles a los cuales fue sometida, así como los insultos racistas y sexistas de los que fue objeto, y la respuesta de los órganos jurisdiccionales internos a sus denuncias, prueba la existencia de tal discriminación. Por su parte, el Estado español se opuso a esta tesis y consideró que la demandante no aportó el menor conjunto de índices que apoyara la idea de que la demandante hubiera sido víctima de una discriminación en base al ejercicio de la prostitución por su parte, o al origen africano. Observa que las acciones policiales en el lugar de los hechos apuntan, indistintamente, al colectivo de las personas que ejercen la prostitución, colectivo que incluye también a mujeres de origen europeo.

Lo relevante de esta sentencia, es que el Tribunal reconoció que los órganos jurisdiccionales españoles *“no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución, faltando con ello a la obligación que les incumbía, en virtud del*

⁶¹ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly. (2020), op. cit. p. 49.

⁶² En este, véanse STEDH, *B.S. contra España*, de 24 de julio de 2012, demanda núm. 47159/08, apartados 29 y 61.

artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 3, de adoptar todas las medidas posibles para ver si una actitud discriminatoria hubiera podido, o no, desempeñar algún papel en los sucesos”⁶³.

Este será el primer caso en el que el TEDH se muestra a favor de reconocer la posible existencia de varios factores discriminatorios que deben concurrir a la vez para dar lugar a una forma específica de discriminación, la discriminación múltiple. Aun así, no ha profundizado en la interpretación del concepto.

A nivel doctrinal, el concepto de discriminación múltiple es difuso. Pero, en una aproximación a su definición, podemos decir que *“son aquellas situaciones en las que dos o más factores o rasgos de discriminación interactúan entre sí produciendo una forma específica de discriminación. Un ejemplo puede ser el de las mujeres de minorías étnicas, doblemente discriminadas por su género y su etnia, de una manera específica, diferente y más grave, que la que sufren los varones de su mismo grupo étnico”⁶⁴.*

Admitido que se trata de una discriminación en la que concurren diversos rasgos al mismo tiempo, no tendría excesivo interés estudiar las diferentes posibilidades que pueden llegar a conformar su contenido, es decir, las posibles manifestaciones que la configuran, ya que la lista de posibles combinaciones sería demasiado larga (por ejemplo, mujeres de minorías étnicas, mujeres discapacitadas, mujeres homosexuales y transexuales, mujeres mayores, mujeres dentro de confesiones religiosas, discapacitados de minorías étnicas, mayores discapacitados, jóvenes homosexuales, etc.)⁶⁵

Para REY, *“la utilidad del concepto de discriminación múltiple pasaría por su uso sólo en los supuestos en los que concurren dos o más rasgos sospechosos configurando una discriminación específica que no sufren ni los miembros del grupo mayoritario, ni (y esto sería realmente lo peculiar del concepto) los miembros de la mayoría “privilegiada” del grupo minoritario”*. En otras palabras, la discriminación múltiple sólo debería utilizarse para identificar los casos en los que exista *“una minoría (invisible y peor tratada) dentro de la minoría”⁶⁶.*

Aunque la UE ha reconocido el significado de discriminación múltiple, como hemos dicho, nombrándola en las Directivas europeas referidas, solo algunos Estados miembros han provisto sus legislaciones de disposiciones concretas en esta materia⁶⁷. Entre estos Estados, por ejemplo, se encuentra Portugal, que adoptó en 2017 una prohibición explícita de la discriminación múltiple, entendiendo esta como *“la combinación de dos o más factores de discriminación”*. Grecia, por su parte, aprobó inicialmente una disposición en 2011 referida a

⁶³ *Ibídem*, apartado 71.

⁶⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. (2011), *op. cit.* p. 176.

⁶⁵ REY MARTÍNEZ, Fernando. (1995), *op. cit.* p. 47.

⁶⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando. (2011), *op. cit.* p. 176-177.

⁶⁷ CHOPIN, Isabelle., CONTE, Carmine. y CHAMBRIER, Edith. (2018), *op. cit.* p. 45-46.

la discriminación múltiple en el ámbito laboral, y años más tarde se contempló la prohibición completa de esta discriminación en la Ley de Igualdad 4443/2016⁶⁸.

En el caso específico español, la legislación que se encargó de trasponer las Directivas 2000/43 CE y 2000/78/CE, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, no hace referencia a este tipo de discriminación. Por el contrario, la LOI, aunque tampoco la define, si la menciona en su artículo 20, indicando: *“que al objeto de hacer efectivas las disposiciones contenidas en esta Ley y que se garantice la integración de modo efectivo de la perspectiva de género en su actividad ordinaria, los poderes públicos, en la elaboración de sus estudios y estadísticas, deberán: d) Diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención”*.

Por último, con relación a la pronunciación de la jurisprudencia española en algún caso de discriminación múltiple, contamos una sentencia reciente, la STC 3/2018, de 22 de enero, donde se aprecia por el Tribunal Constitucional una discriminación múltiple, por discapacidad y edad.

En esta resolución, el intérprete supremo de la Constitución española dispone, en su fundamento jurídico N.º 5, que se conocerá por discriminaciones múltiples, *“las situaciones de discriminación que pueden afectar de manera simultánea a más de un derecho humano. Los supuestos más frecuentes se refieren al sexo y al origen étnico, y/o a la condición de inmigrante de los afectados, pero desde luego no cabe descartar otras combinaciones posibles”*.

Los hechos correspondientes a este caso son: el recurrente presentaba una minusvalía psíquica por trastornos de la personalidad del 65%, resolviendo reconocérsele por ello la condición de minusválido. Con motivo de esta condición, el usuario solicita un servicio de atención residencial para personas con discapacidad intelectual y la prestación económica vinculada al servicio. Este se ve denegado por el hecho de que el solicitante tiene 67 años, y no cumple con el requisito de edad para acceder a una plaza de atención residencial para personas con discapacidad.

Tras recurrir ante todos los organismos jurisdiccionales nacionales correspondientes y no obtener resultado favorable alguno, el demandante solicitó amparo ante el Tribunal Constitucional, por la vulneración de dos derechos fundamentales, del artículo 14 y 24 de la CE.

⁶⁸ El artículo 2 de esta ley indica que: *“la inspección del trabajo supervisa la aplicación del principio de igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico, la religión u otras creencias, discapacidad, edad u orientación sexual, teniendo en cuenta los casos de discriminación múltiple”*.

En relación con la discriminación múltiple, el Tribunal Constitucional advierte: “*que esa discriminación del recurrente lo es, en primer término, por razón de su discapacidad conforme al ordenamiento de protección ya analizado en el fundamento 5, toda vez que el resultado de la aplicación de aquella norma autonómica ha conllevado, se insiste, la pérdida del derecho a la asistencia médica que necesita por su discapacidad psíquica. Que el criterio que funda esa norma se identifique con una circunstancia de orden personal (podría haber sido de otro tipo), como es la edad, configura una segunda causa de discriminación que no desplaza, sino que se suma, a la anterior (discriminación múltiple), en cuanto el recurrente no va a tener la atención que necesita, tanto para su salud como para su integración social, frente a quienes en su misma situación de discapacidad sí disponen de dicha asistencia únicamente por no tener 60 años (apartado 6, letra e). Así, “al facilitar que se materializara la situación de discriminación múltiple por razón de edad y de discapacidad del recurrente, en los términos que se han sucedido, aquéllas vulneraron su derecho a la no discriminación del art. 14 CE, cuyo contenido venimos a interpretar de acuerdo con los Convenios internacionales suscritos por España en la materia (art. 10.2 CE), que expresamente han invocado el recurrente y el Ministerio Fiscal en sus escritos. Lo que conduce, como ya se adelantó, a estimar este motivo del recurso sin que resulte necesario ya acometer el examen de la queja referida a la lesión del derecho al recurso (art. 24.1 CE)”*”.

De este modo, para RON, la discriminación manifestada en este caso, “*es una discriminación pluricausal*”⁶⁹, es decir, se compone de más de una causa. Primero, “*por razón de la discapacidad, toda vez que el resultado de la aplicación de la norma autonómica ha conllevado la pérdida del derecho a la asistencia médica por discapacidad psíquica*”. A esta situación, se debe añadir, que “*el criterio que fundaba esa norma se identificase con una circunstancia de orden personal como es la edad debe configurar una segunda causa de discriminación que no desplaza, sino que se suma, a la anterior*”⁷⁰.

2.2. El principio de igualdad de oportunidades o mandato de acciones positivas.

“*La igualdad de trato no es suficiente para compensar las distintas posiciones de los miembros de los grupos sociales que han soportado, en el pasado, una discriminación estructural y prolongada*”⁷¹. Por eso, esta, reclama como complemento, la igualdad de oportunidades.

REY define la igualdad de oportunidades como “*el mandato a los poderes públicos de que promuevan acciones positivas o tratos jurídicos diferentes y favorables a los ciudadanos en cualquier situación de desventaja*

⁶⁹ RON LATAS, Ricardo Pedro. “Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad, año 2018”, *Femeris*, núm. 2, 2018, p. 220.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 224.

⁷¹ REY MARTINEZ, Fernando. *Derecho antidiscriminatorio*. Pamplona: Aranzadi/Thomson Reuters, 2019, p. 61.

*fáctica. Tratos jurídicos mejores a personas en situaciones de hecho peores*⁷². En este sentido, entiende el autor: “que la igualdad de trato y de oportunidades son dos caras de una misma moneda y no una regla y su excepción”⁷³.

Este mandato de acciones positivas es “*la verdadera medida del Estado social*”, y su principal objetivo es redistribuir todos los bienes sociales (trabajo, educación, servicios sociales, etc.) entre los diferentes grupos que existen dentro de una sociedad. Entre las acciones positivas que integran este principio, siendo de distinta naturaleza e intensidad, podemos localizar: “*una beca de estudios, de comedor o de transporte, una subvención para que jóvenes o mujeres emprendan alguna actividad empresarial, la gratuidad de servicios públicos como la educación obligatoria, las prestaciones médicas y farmacéuticas en España, el derecho a la seguridad social, etc*”. Por esto, observamos que “*las acciones positivas no se dan sólo en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio, sino que afectan a toda la población y a las políticas públicas*”⁷⁴.

Ahora bien, la igualdad de oportunidades no es un principio ilimitado. En este sentido, cabe preguntarse si la fórmula “*tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual implica o no que el Estado esté obligado a la creación de la igualdad fáctica*”. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha considerado en diversas decisiones que sí: “*quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad jurídica*”⁷⁵. El principio de igualdad de hecho o de Estado social no es una regla, sino un principio que puede ser desplazado por otros principios contrapuestos, como, precisamente puede ser, el de la igualdad jurídica⁷⁶. Alrededor de esta idea, encontramos dos posturas contrapuestas en la doctrina, primero, una parte de ella considera que “*la creación de una diferenciación que sirva para la igualdad de hecho está ordenada sólo si a favor de ese mandato puede aducirse razones suficientes*”⁷⁷, mientras que la otra, estima que, “*la simple constatación de la desigualdad fáctica es suficiente fundamentación. La igualdad de oportunidades es un mandato constitucional de parificación y, por ello, legitima un derecho desigual. Por el contrario, la igualdad de iure entendida como contrapuesta radicalmente a la igualdad de facto actuaría como un instrumento de conservación del statu quo desequilibrado entre personas y grupos*”⁷⁸.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ REY MARTÍNEZ, Fernando. (2011), op. cit. p. 178.

⁷⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. (2019), op. cit. p. 61-62.

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 368.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 374.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 376.

⁷⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando. (2019), op. cit. p. 62.

Hay que mencionar además, que está igualdad, “*es una igualdad substantiva*”, que no sólo incluye la igualdad de trato, sino también de oportunidades e, incluso, en algunas ocasiones, de resultados. Así, por lo tanto, mientras que la igualdad de resultados, en la “*metáfora de la carrera*”, es la línea de llegada, y por ello cumplirá la función de asegurar que todos los corredores (pertenecientes al grupo subordinado de que se trate en el caso concreto) la alcancen, la igualdad de oportunidades hace referencia a la línea de salida, es decir, esta buscará impedir que alguno de los pertenecientes a dicho grupo comience la competición más atrás. “*De esta forma, en el momento en el que se igualan las oportunidades, el desarrollo de la carrera, el resultado, dependerá del mérito y trayectoria de cada corredor individual. La igualdad de oportunidades no impide resultados desiguales, sino una carrera injusta*”. Este mandato, contará con la ventaja de que los miembros de la mayoría social no podrán impugnarla por la existencia de un trato preferencial hacia los miembros de las minorías, ya que lo único que hace es “*asegurar una competición justa desde el inicio*”⁷⁹.

3. Acciones positivas.

3.1. Aproximación conceptual y marco normativo.

En el marco de la Unión Europea todavía no contamos con una definición normativa de acción positiva. No obstante, la Comisión ha expresado y reconoce de una manera genérica, que el concepto de acciones positivas “*comprenderá todas las medidas dirigidas a contrarrestar los efectos de discriminación en el pasado, a eliminar la discriminación existente y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, especialmente en relación con tipos niveles o niveles de empleo donde los miembros de un sexo están infrarrepresentados*”⁸⁰.

A pesar de ello, estas si se encuentran recogidas en el derecho de la Unión. El primer acto legislativo que las reconoce es la Directiva 76/207/CEE, aprobada al amparo del artículo 235 TCEE, para extender la aplicación de la igualdad de trato entre trabajadores masculinos y femeninos en las materias de acceso al empleo, formación y promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en la cual, se presentaba a las acciones positivas como excepción al principio de igualdad de trato, no como un complemento a este. De esta forma, en el artículo 2, apartado 4 de esta, se establece que: “*la presente Directiva no obstará las medidas*

⁷⁹ *Ibidem*, p. 63.

⁸⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 27 de marzo de 1996 (COM (96) 88 final), sobre la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de Octubre de 1995 en el asunto C-450/93 Kalanke.

encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1”.

Posteriormente, el Consejo, en la Resolución de 12 de julio de 1982, sobre la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer, defenderá el refuerzo de la acción encaminada a asegurar el respeto del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, la promoción de la igualdad de oportunidades en la práctica mediante acciones positivas y medidas apropiadas para la realización de tales objetivos. En particular, los artículos 2 y 3 de esta Resolución disponen: *“que se llevará a cabo el cumplimiento de la igualdad de trato, mediante el refuerzo de los derechos individuales y la realización de la igualdad de oportunidades en la práctica, y en particular, mediante programas de acción positiva”.*

El 23 de septiembre de 2002 se aprobó la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, actualizándose las disposiciones que habían sido adoptadas hace más de veinte años, recogidas en la Directiva 76/207/CEE, teniendo además en cuenta la nueva jurisprudencia del TJUE en esta materia y las dos Directivas antidiscriminatorias aprobadas en el año 2000, la Directiva 2000/78/CE y la Directiva 2000/43/CE.

Esta Directiva 2002/73/CE, en su artículo 2.8 pone de manifiesto que: *“los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres”*⁸¹. Mientras, la Directiva 2000/78/CE, en su artículo 7 establece: *“con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1”*, y la Directiva 2000/43/CE, en su artículo 5: *“con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto”.*

En el año 2006 fueron derogados varios actos legislativos, y sustituidos por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en

⁸¹ El apartado 4 del artículo 141 del TFUE establece: *“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”.*

asuntos de empleo y ocupación. Esta Directiva define la discriminación directa, la indirecta, el acoso y el acoso sexual y anima a los empresarios europeos a adoptar medidas preventivas para luchar contra el acoso sexual, pretendiendo endurecer las sanciones en caso de discriminación y, además, prevé la creación, en los Estados miembros, de organismos encargados de promover la igualdad de trato entre mujeres y hombres. Al mismo tiempo, recoge acerca de las acciones positivas en su artículo 3 que: *“los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral”*.

Por último, en el año 2008, la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, tenía, como principal objetivo: *“crear un marco para la prohibición de la discriminación por estos motivos y establece un nivel mínimo homogéneo de protección en la Unión Europea para las personas que han sufrido una discriminación de este tipo”*. En concreto, y en relación con las acciones positivas, esta Propuesta de Directiva, establece en su artículo 5 que: *“con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas por motivo de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

Al mismo tiempo, esta figura ha sido conceptualizada de forma general por la doctrina, existiendo diferentes definiciones, basadas, en su mayoría, en los mismos rasgos característicos. Para MARTIN las medidas de acción positiva *“serían todas aquellas medidas, diversas en sus manifestaciones, que tienen como destinatarios directos a personas que están o han estado discriminadas o que se hallan en una situación de desventaja estructural como consecuencia de su pertenencia a un cierto colectivo, pertenencia determinada por la posesión de un rasgo inmutable y definitorio de su identidad”*. Además, afirma que estas tienen el objetivo de poner fin a esa situación de desventaja, y con ello reducir los niveles de desigualdad., y así, *“llegar a alcanzar mayores cotas de igualdad real en la comunidad”*⁸².

⁸² MARTIN VIDA, M^a. Ángeles. *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid: Civitas, 2002, p. 39-40.

Véase en este sentido y con el objeto de profundizar: RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Discriminación inversa e igualdad*, en VALCARCEL, Amelia. *El concepto de igualdad*. Madrid: Pablo Iglesias, 1994, p. 80; GARCIA AÑON, José. “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”, *Cuadernos electrónico de Filosofía del Derecho*, núm. 2, marzo, 1999, p. 6; GÍMENEZ GLUCK, David. (1999), op. cit. p. 69; y REY MARTINEZ, Fernando. (1995), op. cit. p. 85-86.

A partir de este concepto y teniendo en cuenta que las medidas de acción positiva buscan favorecer a determinadas personas o grupos que están o han estado en el pasado discriminados o que se hallen en una situación de desventaja⁸³, podemos determinar los rasgos característicos de esta figura.

En primer lugar, el beneficiario de este tipo de acciones debe encontrarse en una situación de desventaja, producto de su pertenencia a un cierto colectivo, y que a su vez, vendrá determinada por la posesión de algún rasgo completamente inmutable (el cual será definitorio de su identidad)⁸⁴. Esto es lo que precisamente define a los fenómenos de discriminación, *“la existencia de un elemento colectivo grupal (aunque los que se van a ver perjudicados o beneficiados sean personas concretas), unido a la posesión de un rasgo inmutable, el cual no será determinante por sí mismo de ninguna inferioridad”*⁸⁵.

Así, mientras que la discriminación puede fundarse en la posesión de un rasgo inmutable (raza, sexo, discapacidad física o psíquica) o en el ejercicio de un derecho fundamentalísimo, ambos ligados siempre a la dignidad humana, las acciones positivas por otra parte y de acuerdo con GIMÉNEZ *“solo pueden adjudicarse en función de los primeros, es decir, en función de rasgos inmutables y transparentes, con el objetivo de evitar que personas que no los poseen, puedan conseguir los beneficios que estas comportan, actuando de forma fraudulenta”*⁸⁶.

El segundo elemento, hace referencia al beneficio inmediato que supone el hecho de que la medida de acción positiva se ponga en práctica. Además, este beneficio deberá ser exclusivo para esa persona o ese colectivo. Así, se entiende que este se concederá en cuanto una persona es miembro de un determinado colectivo, y por lo tanto, poseedora ese rasgo definitorio⁸⁷.

Y, por último, el tercer elemento alude a la finalidad perseguida por la medida, es decir, la de poner fin a la situación de desventaja que tiene su origen en una historia pasada y continuada de discriminación en perjuicio de determinados colectivos, y de forma inmediata, la de reducir los niveles de desigualdad entre estos (y sus integrantes) y el resto de la sociedad: en definitiva, la de alcanzar mayores cotas de igualdad real en el seno de esa comunidad⁸⁸.

⁸³ REY MARTINEZ, Fernando. (1995), op. cit. p. 86.

⁸⁴ MARTIN VIDA, M^a. Ángeles. (2002), op. cit. p. 38.

⁸⁵ GÍMENEZ GLUCK, David. *Una manifestación polémica del principio de igualdad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 67.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 68.

⁸⁷ MARTIN VIDA, M^a. Ángeles. (2002) op. cit. p. 39.

⁸⁸ *Ibíd.*

Así las cosas, los Estados miembros sí que han instaurado en sus ordenamientos estas acciones positivas, promulgando disposiciones legislativas que las reconocen y permiten⁸⁹. La excepción entre ellos es Letonia: la ley letona ni permite ni prevé ningún tipo de acción positiva para la igualdad de sexo, excepto un tipo de cuota blanda, relativa a la elección de jueces en órganos autónomos. El otro caso especial es Lituania, país en el que la acción positiva se define en la ley como: *“aquellas medidas temporales específicas establecidas”*, sin embargo, no existen leyes vigentes que permitan tomar medidas positivas⁹⁰.

Ahora bien, aunque estas se permitan en los Estados miembros, en muchos de estos países, las medidas de acción positiva no están muy extendidas y apenas se consideran una prioridad de la legislatura, los interlocutores sociales o los propios empresarios. Casi siempre que encontramos dichas medidas en la legislación, lo hacemos más frecuentemente en el ámbito del sector público, estableciendo un cumplimiento obligatorio. En oposición, en el sector privado, tales medidas son, en general, voluntarias. Solo en unos pocos países existen obligaciones para el sector privado. Es el caso, por ejemplo, de los planes de igualdad dispuestos en la legislación finlandesa⁹¹.

En España, las acciones positivas aparecen recogidas en la LOI, del año 2007, concretamente, en su artículo 11, que dispone: *“con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”*.

En cambio, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que se encarga de la transposición de las Directivas antidiscriminatorias del año 2000, reconoce las medidas de acción positiva en relación con el origen étnico o racial en su artículo 30 disponiendo que: *“para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten por razón de su origen racial o étnico”*, y, en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo,

⁸⁹ Las acciones positivas son reconocidas en los siguientes Estados miembros: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, República Checa, Suecia. TIMMER, Alexandra. SENDEN, Linda. *A comparative analysis of gender equality law in Europe*. Bruselas: Comisión Europea, 2018, p. 13.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*, p. 14.

en su artículo 35, establece que: “*para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección*”.

3.2. Discriminación positiva y su distinción de la acción positiva.

La expresión de discriminación positiva se refiere “*a cualquier regla de aplicación selectiva*”. Concretamente, “*discriminar positivamente es tratar de manera diferente a aquellos que son diferentes dando más a los que tienen menos*”. Es decir, se toma en consideración una desigualdad de facto y se busca intentar reducirla en la medida de lo posible⁹².

Para NOGUEIRA, las reglas de discriminación inversa pueden conceptualizarse “*como aquellas que establecen temporalmente un trato diferenciado a favor de sectores en objetiva situación de marginación, con la finalidad de lograr una igualación de oportunidades en forma real, su adecuada integración social y acceso a los derechos formalmente consagrados en el ordenamiento jurídico*”⁹³.

Las medidas de discriminación inversa son aquellas que afectan directamente al resultado, estableciendo condiciones o requisitos que pueden llevar a provocar una diferencia considerable entre los sexos y cuyo único fundamento es la igualdad de resultado que se persigue con dicho tipo de acción⁹⁴. Por lo tanto, a través de estas medidas se pretende establecer una reserva de un número mínimo de plazas, asignando un determinado porcentaje, o atribuyendo calificaciones especiales o preferencias para los grupos que se encuentran socialmente en desventaja, a los que se intenta favorecer⁹⁵. Lo particular y que hace “especiales” a las discriminaciones inversas, es que se producen en situaciones en las que hay una especial escasez, y esto implica que el beneficio que estas suponen para el grupo

⁹² URTEAGA, Eguzki. “Las políticas de discriminación positiva”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 2009, p. 182-183.

⁹³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006, p. 828. Para profundizar más en la conceptualización de esta figura: BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Vol. I. Buenos Aires, 1993. p. 388.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ ARANDA ALVAREZ, Elviro. *Discriminación por razón de sexo en el ámbito político: los problemas de las cuotas electorales*, en PEREZ ROYO, Javier., URIAS MARTINEZ, Joaquín., CARRASCO DURAN, Manuel. *Derecho Constitucional para el siglo XXI*. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 782.

favorecido (mujeres, minorías raciales...) tenga como contrapartida insalvable, el perjuicio de las otras personas no pertenecientes a dicho grupo⁹⁶.

Siguiendo un punto de vista estrictamente jurídico, *“una regulación por cuotas o preferencias reservadas a mujeres, de forma sistemática, solo podrá tener existencia, sea admitida o no su legitimidad jurídica, como excepción a la regla de prohibición de discriminación directa”*⁹⁷. Las discriminaciones positivas o inversas implicarán un trato diferente o perjudicial por razón de sexo.

Por lo tanto, y como consecuencia de lo “agresivo” de su naturaleza, deberán ser siempre interpretadas restrictivamente, con sometimiento a un severo escrutinio de razonabilidad, (bajo la aplicación del principio de proporcionalidad) el cual, según REY constará de los siguientes elementos:

- *“El principio de mínima intervención o necesidad”*: de acuerdo con este principio, sólo podrá acudirse a la regulación por cuotas cuando no fuera posible lograr el mismo objetivo en un sector concreto y en un tiempo razonable a través de medidas menos extremas.
- *“Objetividad de la situación de discriminación”*: habrá de acreditarse objetiva y fehacientemente (principalmente, a través de estadísticas) la desigualdad de hecho arraigada y profunda (la subrepresentación femenina) en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate.
- *“Transitoriedad de la discriminación inversa”*: la cuota tiene carácter transitorio. Su establecimiento y duración deberá limitarse estrictamente al período de tiempo necesario para lograr la igualación de las condiciones de vida entre hombres y mujeres en el sector social donde el colectivo femenino estuviera subrepresentado. Entonces, la cuota o preferencia no podrá actuar nunca como una exclusión absoluta y permanente del sector de población excluido.
- *“Principio de utilidad o idoneidad”*: deberá considerarse útil e idónea para conseguir el fin constitucional de la redistribución de bienes y, por lo tanto, deberemos descartar cualquier intervención que sea inútil.
- *“Legalidad”*: como estas medidas tienden a afectar a una materia tan sensible para el Estado de Derecho como son los derechos fundamentales, las discriminaciones inversas en el Derecho público sólo podrían establecerse mediante ley; únicamente las garantías que ofrece el procedimiento legislativo, la pluralidad y la publicidad,

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ REY MARTINEZ, Fernando. (2019), op. cit. p. 63.

podrían legitimar, desde el punto de vista procesal, la adopción de medidas de discriminación inversa o positiva⁹⁸.

Así las cosas, y a partir de la caracterización de las medidas de discriminación inversa, podríamos decir que se diferencian de las acciones positivas en que: 1) Las acciones positivas llegarán a todas las facetas de la vida social, mientras que las diferentes formas de discriminación positiva nos las encontraremos en escenarios, por el contrario, limitados. 2) Las acciones positivas están destinadas a cualquier tipo y forma de discriminación social, mientras que las discriminaciones positivas se establecen para paliar sólo rasgos muy particulares de discriminación: la raza, el género y la discapacidad. 3) Las discriminaciones positivas provocan un “*daño colateral*” concreto en las personas que pertenecen al grupo social mayoritario, tienen carácter único y excepcional, y estarán sujetas a una estricta interpretación sujeta al principio de proporcionalidad⁹⁹.

De este modo, “*mientras que las medidas de acción positiva son deberes constitucionales que se imponen a los poderes públicos, e incluso a particulares, las cuotas serán la excepción a la regla de la igualdad de trato*”, lo que significa que sólo podrán ser establecidas en supuestos tasados, y bajo unas determinadas condiciones. Además, como ya hemos mencionado al hablar del riguroso escrutinio que deben soportar, “*estas deberán perseguir un interés general primordial (sólo podremos acudir a ellas cuando a través otros medios, menos lesivos, no sea posible lograr el mismo objetivo), deberán ser adecuadas (a la finalidad perseguida), proporcionadas (en relación a su configuración), temporales (en el sentido de que deberán ser derogadas en cuanto se subsane la desigualdad que buscan equilibrar), y, en nuestro ordenamiento sólo podrán ser establecidas por ley*”¹⁰⁰.

A nivel jurisprudencial, el TJUE ha desempeñado un importante papel en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, y el reconocimiento de las discriminaciones positivas en el marco comunitario. Algunas de las sentencias más relevantes al respecto son:

La Sentencia *Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt*, de 17 de octubre de 1995. Esta, será el origen de una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, los cuales

⁹⁸ REY MARTINEZ, Fernando. “La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la Sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 14 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 47, 1996, p. 326-327.

⁹⁹ REY MARTINEZ, Fernando. (2019), op. cit. p. 65.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 66.

establecen con carácter general, el principio de igualdad de trato, que exige *“la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente”*; y por su parte, el apartado cuarto indica que el principio de igualdad de trato establecido en el apartado segundo: *“no obstará a la adopción de 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”*.

Para contextualizar el caso, cabe decir, que el problema aparece en la última fase de un proceso de selección destinado a cubrir un puesto de jefe de Sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen, al cual optaban dos candidatos clasificados en el mismo grado retributivo, un varón (Eckhard Kalanke) y una mujer (Heike Glissmann). El órgano administrativo de selección consideró desde un primer momento que los dos candidatos gozaban la misma capacitación (dato probado por todos los órganos judiciales alemanes concedores posteriormente del asunto). Por otra parte, el artículo 4 de la Ley del Land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública, aplicable al caso concreto, disponía que *“en el caso de que dos candidatos de distinto sexo y con la misma capacitación concurrieran a una promoción, se concedería de forma automática la preferencia a las candidatas femeninas, siempre que en sector al cual se pretendiese promocionar las mujeres se encontrasen subrepresentadas”* (entendiendo que existe esta cuando las mujeres no cubran al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trate). Así, y en aplicación de esta disposición, se otorgó preferencia a la mujer. El señor Kalanke, que no estaba de acuerdo con la decisión tomada y se sentía perjudicado, acudió a la jurisdicción laboral esgrimiendo dos argumentos: primero, que poseía una capacitación superior a la de su competidora y segundo, que el régimen de cuotas del Land de Bremen era contrario a la Constitución del Land, a la Constitución Federal y al Código Civil alemán. Su demanda fue desestimada tanto por el Tribunal de Trabajo como, en apelación, por el Tribunal de Trabajo del Land. El señor Kalanke recurre, finalmente, en casación ante el Tribunal Federal de Trabajo, el cual plantea la cuestión prejudicial al TJUE acerca de la posibilidad de si la Ley del Land de Bremen (el cual, como hemos visto, otorgaba preferencia en el acceso y promoción dentro de la función pública a las candidatas femeninas sobre los masculinos bajo las condiciones de subrepresentación) se opone o no a la Directiva 76/207/CEE.

El Tribunal Federal de Trabajo alemán aceptó como hechos probados tanto que los dos candidatos tenían la misma capacitación para cubrir el puesto, como que existía subrepresentación de las mujeres en el Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen (apartado 14). Y, además, concluyó una serie de datos relevantes para el caso, entre ellos, y dispuestos en el apartado 16: *“1.º que en el caso no se trataba de un régimen de cuotas rígido, que*

reservara a las mujeres un determinado porcentaje de puestos vacantes independientemente de su capacitación, sino que se trataba de un régimen de cuotas que dependía de la aptitud o capacitación de los candidatos; 2.º que este régimen de cuotas era compatible con el Derecho constitucional alemán; 3.º que dicha regulación tampoco era contraria a la Directiva comunitaria citada; 4.º e, incluso, que un régimen de cuotas como el controvertido en el asunto podría contribuir a superar, en el futuro, las desventajas sufridas actualmente por las mujeres y que perpetúan las desigualdades del pasado". Al persistir las dudas sobre la adecuación de dicho régimen de cuotas a la normativa comunitaria, el Tribunal Federal de Trabajo alemán dio paso a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La Sentencia se apoyará, en gran medida, en las recomendaciones del Abogado General, G. Tesauró, que en su escrito de conclusiones de 6 de abril de 1995, sostuvo que en nombre de la igualdad entre los sexos, principio reconocido en la Directiva 76/207/CEE, una reglamentación como la alemana, en base a la cual las mujeres se beneficiasen de un derecho de preferencia por la única razón de estar subrepresentadas en un determinado nivel profesional es inaplicable por su contradicción con el Derecho comunitario. El Abogado General argumentó contra el sistema de cuotas lo siguiente: *"el trato preferencial a favor de las mujeres se justifica en una situación general de desventaja debida a las discriminaciones sufridas en el pasado y a las dificultades relacionadas con la realización de la doble jornada"* (refiriéndose al trabajo doméstico y extradoméstico); y que, *"es evidente que dichas dificultades no se resuelven ciertamente con regímenes de cuotas y otros sistemas similares desprovistos de cualquier interés para ese fin"*. Este, por otro lado, sí que admite que el artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE, autoriza las acciones positivas, pero sólo *"para aumentar el umbral inicial de la categoría desfavorecida, a fin de garantizar una situación real de igualdad de oportunidades"*¹⁰¹.

Además, el Tribunal considera que una reglamentación como la contenida en el artículo 4 de la Ley del Land de Bremen se opone al artículo 2.1 (principio de igualdad de trato) de la referida Directiva 76/207/CEE. La base de su argumentación es que *"una norma nacional que establece en una promoción que las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que están subrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo"* (apartado 22). Para el TJUE las acciones positivas, por lo menos en esta sentencia, representan excepciones al principio de igualdad y a la prohibición de

¹⁰¹ Conclusiones del Abogado General, el sr. G.TESAURÓ, presentadas el 6 de abril de 1995, Kalanke y otros, Conclusión nº 18.

discriminación por razón de sexo, y no complementos necesarios de estos derechos, sin los cuales no pueden llegar a realizarse plenamente¹⁰².

REY, realiza una crítica a esta sentencia, no tanto a su fallo, sino más bien a la argumentación jurídica en la que basa dicho fallo, concretamente, la ausencia de esta. Así, destaca que *“en contra de lo sostenido en esta sentencia, la igualdad de oportunidades no puede considerarse, ni mucho menos, una excepción al principio de igualdad de trato, sino una dimensión necesaria de éste. Cuestión distinta son las cuotas y preferencias, que sí constituyen una excepción”*. De igual manera, no se distingue entre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (las acciones positivas) y la discriminación inversa (cuotas y preferencias reservadas a mujeres)¹⁰³.

A raíz de la sentencia Kalanke, la Comisión Europea propuso al año siguiente, una primera enmienda a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, pues se aceptaba ya, que cada vez más normas (adoptadas en el pasado) no estaban siguiendo la realidad cambiante y no bastaban para luchar contra la discriminación y la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres, en los respectivo al empleo, y a la promoción profesional. Dicha reforma culminó con la ya citada Directiva 2002/73/CE, modificando la anterior en varios preceptos e incluyendo otros, entre ellos, un nuevo apartado 8 en su artículo 2 que indica que *“los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado del artículo 14 del Tratado con objeto de garantizar en la practica la plena igualdad entre hombres y mujeres”*. Esta Directiva fue sustituida años más tarde por la Directiva 2006/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Posteriormente, la doctrina de esta sentencia se ve ligeramente matizada, esta vez, en relación con el artículo 141 del TCEE (actual artículo 157 TFUE) en la *Sentencia Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen*, de 11 de noviembre de 1997. En este caso, el señor Marschall trabajaba para el Land de Nordrhein-Westfalia como profesor titular y presentó su candidatura para una plaza de rango superior. El conflicto surge, en el momento en el que el correspondiente organismo público le informa de la intención de nombrar a una candidata (con igual capacitación que Marschall) para dicha plaza, conforme a la normativa aplicable por el Bezirksregierung Arnsberg, la cual establecía que: *“en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del correspondiente puesto de promoción de una carrera, tengan un menor*

¹⁰² MARTIN VIDA, M^a. Ángeles. (2002), op. cit., p. 74.

¹⁰³ REY MARTINEZ, Fernando. (1996), op. cit. p. 317 y ss.

*número de mujeres que de hombres, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, en caso de igual capacitación (aptitud, competencia y prestaciones profesionales) de candidatos de uno y otro sexo, salvo que concurran en la persona de un candidato de sexo masculino motivos particulares que inclinen la balanza a su favor*¹⁰⁴.

El Tribunal distingue este asunto del planteado en la sentencia Kalanke y defiende que *“incluso en caso de igual capacitación, existe la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos, en perjuicio de las candidatas femeninas, debido, particularmente, a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa”* (apartado 29), y por lo tanto, se debe estudiar el citado artículo 141 del TCEE. En este sentido, dice el Tribunal que: *“puede estar incluida en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2 (de la Directiva 76/207/CEE) una norma nacional conforme a la cual, en caso de promoción, las mujeres que presenten igual capacitación que los candidatos de sexo masculino tienen derecho, sin perjuicio de la cláusula de apertura, a un trato preferente en los sectores en los que están infrarrepresentadas, puesto que tal norma puede contribuir a servir de contrapeso a los efectos perjudiciales para las mujeres derivados de las actitudes y comportamientos descritos anteriormente y a reducir, de esa forma, las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social”* (apartado 30).

Es decir, a juicio del Tribunal, el impulso de la igualdad a través de acciones positivas en las legislaciones nacionales es necesario. No obstante, estas medidas deberán respetar los principios de mérito y capacidad, para que el órgano decisorio no tenga que decantarse automáticamente y de forma obligatoria hacia la candidata, en esas situaciones en las que el cómputo en la calificación fuese igual¹⁰⁵. *“El Tribunal acoge así la distinción, formulada por el Abogado General, entre medidas establecidas para remover los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar los mismos resultados a partir de las mismas condiciones, y las disposiciones que rebasan los límites de la Directiva, es decir, aquellas que confieren un resultado de antemano”*¹⁰⁶.

En ninguno de estos dos casos analizados por el TJUE nos encontramos ante planes de reserva de un determinado porcentaje de puestos en ciertas categorías que deban ser necesariamente cubiertos por mujeres. Por consiguiente, para MARTIN: *“el hecho de que tanto en el caso Kalanke como en Marschall, las respectivas disposiciones controvertidas condicionasen la promoción de la mujer igualmente cualificada a una infrarrepresentación femenina (representación que estaría por debajo*

¹⁰⁴ Apartado 5 del artículo 25 de la Beamtengesetz (Ley de la Función Pública del Land), de 1 de mayo de 1981.

¹⁰⁵ PALOMINO, Rafael. “La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 9, 2008, p. 497.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 498.

del 50%) en la categoría a la cual aspiraba, no convierte este modelo de “discriminación inversa” en un modelo de reserva de plazas o cuotas”. Esto se explica partiendo de: en primer lugar, exigir a la mujer una cualificación idéntica a la del varón candidato para así poder acogerse al beneficio del posible trato preferente, y segundo, el porcentaje al que se refiere es una simple condición para la aplicación de dicho trato preferente en favor de la candidata, ya que será este porcentaje el indicativo de una desigualdad real entre hombres y mujeres¹⁰⁷.

El tercer pronunciamiento que se debe destacar será la Sentencia *Badeck y otros, con intervención de: Hessische Ministerpräsident contra Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, de 28 de marzo de 2000. En esta ocasión, el Tribunal se pronunció de forma favorable a la compatibilidad con la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, de cinco modelos distintos de acción positiva en favor de las mujeres contenidos en la Ley del Land de Hessen sobre la Igualdad de Derechos entre Mujeres y Hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración pública. Estos cinco modelos de acción positiva (contenidos en la ley) tratados en la sentencia en su apartado 12 son:

- El primero, que otorgaba preferencia a las candidatas femeninas en caso de igualdad de cualificación entre candidatos seleccionados de distinto sexo, en los sectores de la función pública en los que las mujeres estuviesen infrarrepresentadas, siempre que fuese necesario para la consecución de los objetivos numéricos vinculantes diseñados en el correspondiente plan de promoción de la mujer.
- El segundo, obligaba a que los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer, para puestos de provisión temporal pertenecientes al servicio científico o auxiliares, previesen un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representasen entre estudiantes, licenciados o doctores en cada especialidad.
- El tercer modelo, aplicable en el ámbito de la función pública, reservaba a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación, en aquellas profesiones en las que estaban infrarrepresentadas, que requerían una formación especializada y respecto a las cuales el Estado no proporcionaba en régimen de monopolio la formación requerida.
- El cuarto, garantizaba que las mujeres cualificadas, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, fuesen convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas.

¹⁰⁷ MARTIN VIDA, M^a. Ángeles. (2002), op. cit. p. 84.

- Respecto al último modelo, el nombramiento de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y de control, al menos la mitad de los miembros han de ser mujeres.

Este asunto había llegado a conocimiento del Tribunal en abril de 1997 a través de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal estatal del Land de Hessen, ante el cual se estaba desarrollando un procedimiento de control de legalidad a instancia de cuarenta y seis diputados del Parlamento. Estos dudaban de que las medidas de acción positiva contenidas en dicha Ley fuesen compatibles con la Constitución del Land, en concreto, con los principios de selección de las personas más capacitadas y de igualdad de trato, además de con la Directiva mencionada. En este caso, el Abogado General abandona la tradicional concepción de la acción positiva como una excepción al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación y acoge, en la línea del Tratado de Ámsterdam, la tesis de que *“la igualdad sustancial e igualdad formal no son realidades auténticas sino complementarias, y que entonces, ni la previsión de acciones positivas es una excepción al principio de no discriminación, ni ha de ser objeto de interpretación restrictiva”*¹⁰⁸. Este razonamiento le lleva a admitir la legitimidad de las medidas de acción positiva, no sólo cuando se dirigen a garantizar la igualdad de oportunidades en el punto de partida (lo que el propio TJUE había afirmado en el caso Kalanke), sino también la de aquellas que inciden directamente sobre la inserción social de los miembros de los colectivos que tradicionalmente se encuentran en situaciones de desventaja, dándoles así, una preferencia efectiva en la contratación y en la promoción¹⁰⁹.

El último de los casos al que debemos hacer referencia es la *Sentencia Katarina Abrahamsson y Leig Anderson contra Elisabet Fogelqvist*, del 6 de julio del 2000. Aquí el Tribunal falló rechazando un modelo de acción positiva diseñado en Suecia para incrementar la presencia de mujeres como docentes en las instituciones de enseñanza superior del país escandinavo. Se cuestionaba un modelo de promoción preferente, similar a los analizados en el caso Kalanke y Marschall, pero con una diferencia notable entre ellos, y es que una mujer con una cualificación inferior a la del candidato varón había llegado a ser preferida, en aplicación de la normativa comentada, como profesora de Ciencias de la Hidrosfera en la Universidad de Gotemburgo, en el marco de la política de la universidad que trataba de incrementar el número de mujeres docentes. El sistema sueco, orientado a favorecer la contratación de mujeres en este ámbito, autorizaba a la administración a contratar o promover al candidato

¹⁰⁸ Conclusiones del Abogado General, el sr. A. SAGGIO presentadas el 10 de junio de 1999, Badeck y otros, Conclusión nº 26.

¹⁰⁹ MARTIN VIDA, M^a. Ángeles. (2002), op. cit. p. 86.

del sexo infrarrepresentado, incluso aunque no apareciese como el candidato más idóneo (si se tuviesen en cuenta los méritos y su cualificación), siempre y cuando la diferencia de méritos no fuese tan grande como para que vulnerase las exigencias objetivas que deben seguirse en cualquier proceso de selección¹¹⁰.

En este caso, la razón a la que alude el Tribunal para rechazar el modelo diseñado por la normativa sueca es la ausencia de la cláusula de apertura, pesando más que el hecho de que pueda llegar a ser seleccionada una persona cuyos méritos, pese a ser suficientes para desempeñar el puesto de que se trate, sean inferiores a los de un candidato del sexo opuesto. Aunque el Tribunal considera, en su apartado 55 que: *“la medida concreta resulta desproporcionada en relación con el fin que se pretende conseguir, no vincula de una manera clara dicha falta de proporcionalidad al elemento del mérito, sino que parece ligarla a la ausencia de la cláusula de apertura”*.

Se asienta así la jurisprudencia de que *“para que un modelo de medidas de acción positiva pueda ser considerado compatible con el Derecho comunitario, todas las candidaturas presentadas a un procedimiento de selección han de poder ser valoradas individualmente (cláusula de apertura), para que la instancia decisoria tome en consideración las circunstancias particulares que puedan concurrir en la persona de los candidatos que no puedan beneficiarse de la acción positiva”*¹¹¹.

En otras palabras, se exige que no se conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una equivalente cualificación a la de sus compañeros masculinos y, en segundo lugar, que se incluya una cláusula de apertura que posibilite que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las particularidades concretas de cada sujeto. El Tribunal de Luxemburgo, además, acepta en el caso *“Badeck”*, en su apartado 51, la legitimidad de medidas de acción positiva sumamente rígidas en su diseño (modelos puros de reserva de plazas) siempre que *“no supongan la atribución directa del bien escaso al miembro del colectivo tradicionalmente marginado pero sí una mejora para tales sujetos de la igualdad real de oportunidades para alcanzarlo”*.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 87.

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 91-92.

4. Medidas de discriminación positiva implementadas por los EEMM.

4.1. Cuotas de género en el ámbito electoral.

Las cuotas en política pueden definirse como una medida de discriminación inversa que establece un porcentaje fijo o número para la nominación o representación de un grupo específico, en este caso mujeres. Este porcentaje, en la mayoría de los casos tendrá la forma de porcentaje mínimo, y podrá variar entre 20, 30 o 40%. Son generalmente usadas para aumentar la participación de grupos subrepresentados en la toma de decisiones puestos, por ejemplo, en parlamentos, gobiernos y consejos locales¹¹².

DAHLERUP distingue dos dimensiones en este tipo de cuotas. La primera se refiere a dónde se encuentra ubicado dicho sistema de cuotas obligatorio: si en la constitución o ley electoral o si, por otra parte, se encuentran en los estatutos de los partidos¹¹³. Así, las cuotas legales de candidatos incluidas en la constitución y las leyes electorales de un país se dirigen a la composición de género de las listas electorales de todos los partidos políticos, por ejemplo, aquellas que exigen la presencia de un mínimo de mujeres candidatas. Mientras que, por el contrario, las cuotas electorales que se encuentran en los estatutos de los partidos políticos son aceptadas voluntariamente por los miembros de cada partido y adoptan la forma de requisitos internos del partido para nominar al menos un número mínimo o porcentaje de mujeres para cargos electos¹¹⁴. La segunda dimensión a la que se refiere el autor explica el nivel de selección y proceso de nominación en el que se utilizan las cuotas de género. Esto hace referencia al objetivo que pueda tener el sistema de cuotas, que generalmente será cambiar el género de la composición de diferentes ámbitos, como podrán ser: el grupo de potenciales candidatos, los llamados aspirantes; los candidatos que se acaban presentando a las elecciones; y los propios elegidos¹¹⁵.

Las razones que justifican este tipo de medidas radican en el hecho de que *“las mujeres son la mayoría de la población y no hay obstáculo formal, es decir, trato jurídico diferente y peyorativo, que les impida convertirse en representantes en idénticas condiciones que los varones”*. Así, para REY: *“el problema de las cuotas no nos debería remitir en ningún momento a un problema de una minoría (ya que las mujeres son la mayoría), ni de una minoría en desventaja (no todas las mujeres están en esa situación). No se trata de un problema de igualdad de oportunidades sociales o económicas; no es un problema del Estado social. Es, más bien, un problema del Estado democrático”*. Y esto es así, porque las cuotas electorales de género,

¹¹² DAHLERUP, Drude. “Electoral Gender Quota Systems and their implementation in Europe”, Bruselas: Parlamento Europeo, 2011, p. 16.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 17.

¹¹⁵ *Ibidem*.

*“lo que intentan es dar una respuesta al déficit de ciudadanía (un déficit democrático, por tanto) que sufren las mujeres a causa de la presencia de estereotipos, históricamente arraigados en la sociedad, que las desplazan y discriminan a los ámbitos privados de la existencia y al cuidado de los suyos y las expulsan de los escenarios públicos, entre ellos, cabe destacar, el de la participación política”*¹¹⁶. Así las cosas, en base a lo anterior, el motivo por el que se empiezan a implementar estas cuotas es claro, la infrarrepresentación femenina en el ámbito de la participación pública.

En relación con la naturaleza jurídica de estas medidas, encontramos diversidad de opiniones en la doctrina. GARCÍA es uno de los autores que las califica como medidas discriminación positiva. Para él, en *“los supuestos de reservas de puestos en instituciones de representación política, como por ejemplo, en asambleas legislativas. Nos encontramos con cuotas en las que la reserva no se produce en el proceso sino en el resultado al guardar puestos determinados. En estos casos, las cuotas deberíamos considerarlas como supuestos de discriminación inversa”*. Encuentra la justificación a su calificación en dos motivos: *“a) al puesto sólo pueden acceder personas de un sexo, el infrarrepresentado; b) hay escasez o limitación de puestos. Sin embargo, el establecimiento de estas medidas se entendería justificado si cumple con los requisitos antes apuntados al caracterizar las medidas de acción afirmativa (situación anterior e histórica de desventaja, medidas contextuales temporales y transitorias, justificación por medio de un juicio de razonabilidad y proporcionalidad...)”*¹¹⁷. Por su parte, BARREIRO define esta figura como *“un tipo de acción afirmativa que constituye un mecanismo para acelerar la igualdad de hecho”*, cuyo objetivo es garantizar la efectiva integración de mujeres en cargos electivos de decisión de los partidos políticos y del Estado¹¹⁸.

Siguiendo a REY, advertiremos que la propia exigencia de un determinado porcentaje electoral mínimo para ambos sexos, *“no debe ser calificada como una discriminación positiva por el simple hecho de no lesionar derecho concreto alguno, dado que no existe un derecho subjetivo (ni fundamental) a ir como candidato en las listas electorales”*¹¹⁹. Es decir, en opinión del autor, la calificación de la cuota electoral como una medida de discriminación positiva o inversa carece de sentido, ya que deja de existir daño a un posible derecho vulnerado.

¹¹⁶ REY MARTINEZ, Fernando. *Cuotas 2.0. un nuevo enfoque de las cuotas electorales de género*. México, DF: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 41-42.

¹¹⁷ GARCÍA AÑÓN, José. "Representación política de las mujeres y las cuotas", *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 11, 2002, p. 366.

¹¹⁸ BAREIRO, Line. *Cuota de género en Igualdad para una democracia incluyente. Participación política igualitaria de las mujeres: deber ser de la democracia*. BAREIRO, Line. y TORRES Isabel. (coord.), Costa Rica: Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 8.

¹¹⁹ REY MARTINEZ, Fernando. (2013), op. cit. p. 42. La primera persona en reclamar este nuevo enfoque ha sido: BIGLINO, Paloma. "Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada (Comentarios a la STC 12/2008)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008.

En tal caso, si esta figura no cumple con las características esenciales para calificarla de discriminación positiva ni de acción positiva, siguiendo a REY, se puede decir las cuotas electorales de género serán una técnica, una garantía contra la discriminación indirecta o de impacto que sufren las mujeres en el escenario de la participación política. Y, en sí mismas, *“constituirán una garantía contra una discriminación indirecta de tipo institucional”*¹²⁰.

Con las cuotas electorales no se estaría dando un trato diferente y favorable a las mujeres respecto de los hombres, sino que, más bien, se trataría de revertir, a través de una medida jurídica, la continua discriminación social que impide que las mujeres accedan de hecho a los cargos públicos¹²¹.

Doctrinalmente, se distinguen dos corrientes argumentales principales, a su favor o en su contra. Entre los argumentos a favor encontramos, entre otros:

- las asambleas políticas deberían tener la obligación de reflejar la presencia de la totalidad de los grupos sociales y puesto que las mujeres conforman la mitad de la población, estas tendrían derecho a ocupar la mitad de los escaños;
- que la representación política no se referirá sólo a mérito y competencia, sino que también hace hincapié en el hecho de que esta se basa en representar a la población;
- por otra parte, también se argumenta, que estas cuotas como tal, no discriminan a los hombres, sino que, más bien, suprimen las barreras existentes hoy en día hacia las mujeres;
- las cuotas se conceptúan como el método más rápido para aumentar el número de mujeres electas. Estas aceleran el proceso, ya que conducen a grandes cambios, en cuanto al número de mujeres elegidas, en un corto periodo de tiempo;
- las mujeres son mejor representadas por mujeres, desde el momento en el que estas entienden mejor el significado de igualdad, y lo que esto representa para ellas, que los hombres.
- el hecho de incluir a las mujeres contribuye a aumentar la legitimidad democrática. Esto significa que el régimen democrático cumplirá escrupulosamente con el principio de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos¹²².

¹²⁰ *Ibidem*, p. 43.

¹²¹ REY MARTINEZ, Fernando. (2019), *op. cit.* p. 135.

¹²² *Ibidem*, p. 128-129. El primero en hacer referencia a estas dos posturas enfrentadas es cuando se habla de la validez de las cuotas electorales de género es DAHLERUP, Drude: *Electoral Gender Quota Systems and their implementation in Europe*, European Parliament, Brussels, 2011, p 25 y ss.

De otro modo, en contra de las cuotas electorales de género encontramos los siguientes argumentos:

- la representación política tiene como objeto ideas e intereses, no cuestiones de género ni divergencias entre los grupos sociales. Esta representación tiene que ser un asunto de mérito, por lo que, debe permitir que el candidato mejor preparado para el trabajo obtenga el puesto en juego;
- en la medida en que las cuotas dan prioridad a un grupo concreto (en este caso, las mujeres), lesionan la igualdad de trato y de oportunidades del contrapuesto (los hombres), por lo que podrían considerarse discriminatorias. Es decir, estas cuotas, secundan y benefician a un único grupo, quedando los candidatos con mejor cualificación del otro, relegados;
- la lesión que producen estas cuotas al derecho de los partidos políticos de elegir sus propios candidatos a través de sus métodos. Por esto pueden llegar a considerarse antidemocráticas, porque los militantes primero, y luego los votantes, deberían tener la última palabra sobre quién les representa, no una norma preestablecida;
- el hecho es que, la gran mayoría de mujeres, no querrían ser elegidas solo por ser mujer. *“Estas cuotas contribuyen a fomentar la sospecha de que las mujeres han sido promocionadas gracias a su género y no a su talento”*¹²³.

Como muestran estas listas, los argumentos a favor y en contra se basan en diferentes hipótesis, referentes, en su mayoría, a conceptos fundamentales tales como igualdad, representación y derechos. Así, mientras que los detractores argumentan que las cuotas están en conflicto con los principios de igualdad de trato y de no discriminación y se convierten en una forma de discriminación hacia los hombres, los defensores discrepan de estas ideas, manifestando que no son una forma de discriminación en contra de los hombres, sino una respuesta a la discriminación en contra de las mujeres, además de un esfuerzo que impida la existencia de mecanismos de exclusión presentes y futuros. *“Las cuotas son un intento de conseguir justicia”*¹²⁴. En este sentido, *“mientras que los detractores de las cuotas basan sus argumentos en la noción liberal clásica de igualdad, como igualdad de oportunidades y la supresión de barreras formales, los defensores basan sus argumentos en la noción de igualdad como una igualdad de oportunidades real o incluso una igualdad de resultados”*¹²⁵.

¹²³ REY MARTINEZ, Fernando. (2019), op. cit. p. 130.

¹²⁴ DAHLERUP, Drude. (2007), op. cit. p. 26.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 27.

A pesar de este debate en torno a su legitimidad, las cuotas electorales han sido acogidas por los principales documentos internacionales y europeos en la materia, lo que ha tenido una indudable importancia para la proyección de estas en los diferentes ordenamientos nacionales. Así, las cuotas electorales han sido recogidas a nivel internacional en los arts. 3 y 4.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW), de 18 de diciembre de 1979, que disponen: *“los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”*, y *“la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”*.

Además, se encuentran formuladas como uno de los doce objetivos estratégicos de la Plataforma de Acción de Pekín, aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres en 1995. Concretamente, en relación a las cuotas electorales, se propone a los gobiernos: *“comprometerse a establecer el objetivo del equilibrio entre mujeres y hombres en los órganos y comités gubernamentales, así como en las entidades de la administración pública y en la judicatura, incluidas, entre otras cosas, la fijación de objetivos concretos y medidas de aplicación a fin de aumentar sustancialmente el número de mujeres con miras a lograr una representación paritaria de las mujeres y los hombres, de ser necesario mediante la adopción de medidas positivas en favor de la mujer, en todos los puestos gubernamentales y de la administración pública”*.

Existe un objetivo claramente definido en el documento consistente en lograr un equilibrio entre los sexos en el proceso de designación, así como en los procesos de toma de decisiones¹²⁶.

Estos documentos han sido importantes para las políticas en este ámbito, a escala nacional e internacional, así como para la legitimación de las exigencias de las organizaciones de mujeres de cara a lograr el equilibrio entre los sexos en la escena política¹²⁷.

¹²⁶ DAHLERUP, Drude, FREINDENVALL Lenita. *Sistemas electorales de cuotas de género y su aplicación en Europa*. Colaboran STOLT, Eleonora. BIVALD, Katarina. y PERSSON-WEIS, Lene., Women in Politics Research Centre (WIP), Departamento de Ciencias Políticas, Universidad de Estocolmo, en colaboración con International IDEA, Bruselas: Parlamento Europeo, 2008, p. 9.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 10.

Por otra parte, en el orden regional europeo, también se ha trabajado de forma activa en este ámbito. Primero, el Consejo, en su Recomendación 96/694/CE, 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión, recomienda a los Estados miembros: *“adoptar una estrategia integrada de conjunto, destinada a promover la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones y a desarrollar o crear a tal efecto las medidas adecuadas, tales como, en su caso, medidas legislativas, y/o reglamentarias y/o de incentivación”*. Más adelante, el Comité de Ministros, en su Recomendación nº 3, de 2003, sobre la participación equilibrada de mujeres y hombres en los procesos de decisión política y pública, dispone que se debe *“considerar posibles cambios constitucionales y/o legislativos, incluidas medidas de acción positiva, que pudieran facilitar una participación más equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión política y pública”* y *“considerar la aprobación de reformas legislativas destinadas a establecer umbrales de paridad en las candidaturas a las elecciones locales, regionales, nacionales y supranacionales. Cuando existan listas proporcionales, considerar la posibilidad de establecer la alternancia de mujeres y hombres”*¹²⁸. Asimismo, el Informe del Comité de Igualdad entre mujeres y hombres e igualdad de género del Parlamento de la Unión Europea de 2011, aprobado el 5 de marzo de 2012, en su párrafo 32, observa que *“el uso de cuotas electorales ha tenido efectos positivos sobre la representación de las mujeres y da la bienvenida a los sistemas de paridad legislativa y cuotas de género introducidas en Francia, España, Bélgica, Eslovenia, Portugal y Polonia e invita a los Estados miembros con representación particularmente baja de mujeres en las asambleas políticas a considerar la introducción de medidas de este tipo”*.

Llegados a este punto, resulta conveniente resaltar que, al analizar el desarrollo de estas cuotas en nuestro continente observamos que, en general, los países pertenecientes a la UE realizaron notorios avances en 2018, al alcanzar un promedio regional del 28´5% de presencia de mujeres en los parlamentos nacionales de los Estados miembros. Las cámaras altas sufrieron ligeros incrementos respecto de las cámaras bajas y únicas, en números, el porcentaje entre ambas cámaras varió del 31´4% al 28´2%¹²⁹.

De todos los países que celebraron elecciones en 2018, en relación con las cámaras bajas, Italia tuvo los mejores resultados entre los grandes Estados europeos, ascendiendo la cifra de parlamentarias del 28´4% al 35´7%. Otro país que también experimentó un fuerte

¹²⁸ Recomendación N°3 del Comité de Ministros sobre la participación equilibrada de mujeres y hombres en los procesos de decisión política y pública, Consejo de Europa, 12 de marzo de 2003, primer epígrafe (Medidas legislativas y administrativas), puntos 1 y 3.

¹²⁹ LENA KROOK, Mona. *Las mujeres en el parlamento en 2018: perspectiva anual*. Ginebra: Unión Interparlamentaria (UIP), 2019, p. 4.

incremento en relación con la presencia de mujeres en el parlamento ha sido Letonia, que pasó del 19% al 31%¹³⁰.

De entre los grandes Estados europeos, el que mejores resultados obtuvo en cuanto a representación femenina, fue Italia, donde la cifra de parlamentarias pasó del 28´4% al 35´7%. Dicha mejora encuentra parte de su justificación en la nueva Ley electoral italiana aprobada en 2017, en la que se estipula una cuota del 50% de presencia femenina en las listas electorales, además del requisito del componente de representación proporcional, y una cuota de 40% en el componente mayoritario del sistema electoral mixto del país¹³¹.

En el caso de España, esta aparece catalogada por el Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE), como un país de “*buenas prácticas*” en cuanto a cuotas electorales, entendiéndose por “*buenas prácticas*” aquellas cuotas electorales que funcionan a través de dos características propias, cruciales para su efectividad: en primer lugar, la medida debe incorporar sanciones efectivas: las listas que no cumplen con las normas no están permitidas. Y, en segundo lugar, está estructurado de tal forma, que evita que a las mujeres se les asignen sistemáticamente lugares al final de la lista, ya que la cuota del 40% se aplica no solo a la lista en su totalidad, sino también a cada grupo de cinco candidatos¹³².

Estas, se introdujeron en el año 2007 en la Ley Orgánica del 5/1985, del Régimen Electoral General, a través de la disposición adicional segunda de la LOI 3/2007, de 22 de marzo. Específicamente el artículo 44 bis dispone que: “*las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico*”. Por otra parte, se indica que “*lo previsto en el artículo 44 bis de esta ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en los municipios con un número de residentes igual o inferior a 3.000 habitantes*” y “*lo previsto en el artículo 44 bis de esta ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en las islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes*”. Además, en España, tanto a nivel nacional como autonómico,

¹³⁰ *Ibidem*, p. 5.

¹³¹ Estos porcentajes se encuentran establecidos en la Ley de paridad de género en las listas electorales, la Ley 165/2017, aprobada en 2017.

¹³² GABRIELA DAZAROLA, Leichtle. “Leyes de cuotas de género”, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile, Asesoría Técnica Parlamentaria, 2018, p. 10-11.

se establece la anulación de las candidaturas que no cumplan los requisitos legales sobre la distribución de los candidatos por sexo (artículo 44 bis).

En las últimas elecciones acontecidas en nuestro país, concretamente el pasado 10 de noviembre de 2019, el Congreso se constituyó con un 9% menos de mujeres respecto al anterior, pasando de 166 diputadas a 151. Si bien, cabe advertir, que esta pasada legislatura, concluida en el mes de septiembre, supuso el Congreso más paritario de la historia de nuestro país, alcanzando la cifra de 47% de mujeres.

A pesar de este descenso en el número de mujeres elegidas como representantes de los ciudadanos, se continúa cumpliendo con el régimen de paridad dispuesto en la LOREG, ya que la presencia femenina supone, actualmente, el 43'1% de la Cámara baja.

Como conclusión y en consecuencia a lo estudiado acerca de las cuotas electorales de género, *“debemos advertir que el potencial del talento femenino debe aprovecharse más y mejor”*. Para REY, la perspectiva de las instituciones europeas sobre este asunto, observable en los diferentes informes, recomendaciones y planes que recogen estas cuotas, se puede resumir, a modo de síntesis, en que: *“discriminar a las mujeres no sólo viola derechos fundamentales, sino que es ineficiente desde el punto de vista económico, social y político ya que infrutiliza el talento de un gran sector de la población”*. Por lo tanto, las mujeres deben participar en todos los procesos de toma de decisiones porque lo contrario no sólo lesiona su derecho de participación y de no sufrir discriminación por razón de género, sino también porque no es congruente, ni inteligente. En este marco, *“las cuotas electorales de género, que inicialmente se contemplaron con sospecha en Europa, se observan ahora como una medida inteligente de progreso”*, es decir, se enmarcan en el objetivo de un crecimiento sostenible, inclusivo e inteligente¹³³.

4.2. Cuotas de género en los consejos de administración de las empresas: ¿el camino a seguir o una oportunidad perdida?

En comparación con otros ámbitos de la sociedad, especialmente con el sector público, la menor representación de las mujeres en los consejos de administración de las grandes empresas es especialmente significativa.

Esta desigualdad de género en los consejos de administración de las empresas cotizadas en la UE se observó, tanto por las instituciones europeas, como por la gran mayoría de Estados

¹³³ REY MARTINEZ, Fernando. (2019), op. cit. p. 131.

miembros, como una pérdida del potencial de crecimiento económico, tanto en lo que respecta a la gobernanza, como a los resultados financieros de la propia empresa¹³⁴.

Así las cosas, y teniendo en cuenta el éxito que ha tenido el establecimiento de cuotas en el ámbito público a nivel europeo, los principales actores internacionales han intentado, mediante una serie de propuestas, informes y recomendaciones, implementarlas en el marco económico, con el objetivo de combatir ese persistente desequilibrio de género existente en el sector privado. La instauración de estas medidas se ha basado en la necesidad de invertir, eficazmente, la inercia de esos comportamientos que dejan sistemáticamente a la mayoría de las mujeres altamente cualificadas fuera de estos ámbitos¹³⁵.

Dos Recomendaciones del Consejo, de los años 1984 y 1996, instaban a que el sector privado aumentase la presencia de mujeres en todos los niveles de la toma de decisiones, en particular, mediante programas de acción positiva, y a que la Comisión adoptase medidas para alcanzar un equilibrio de la participación de género en ese ámbito. En este sentido, la Recomendación 84/635 CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer, dispone que: *“se recomienda a los Estados miembros que adopten una 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”*, con el objetivo, entre otros, de: *“estimular la participación de la mujer en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en los que actualmente se encuentran infrarepresentadas, en particular, los sectores de futuro, y en los niveles superiores de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos”*.

Por su parte, la Recomendación 96/694/CE, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión, recomienda a los Estados miembros: *“adoptar una estrategia integrada de conjunto, destinada a promover la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones y a desarrollar o crear a tal efecto las medidas adecuadas, tales como, en su caso, medidas legislativas, y/o reglamentarias y/o de incentivación”*.

¹³⁴ CURTIS, Mary. SCHMID, Christine. Struber, Marion. *Gender diversity and corporate performance*, Zurich: Credit Suisse Research Institute, 2012.

¹³⁵ Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, apartado 1.

Más adelante, la Comisión Europea ha reiterado su apoyo a una mayor participación de las mujeres en puestos de responsabilidad, tanto en su Carta de la Mujer, como en su Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015, al tiempo que ha publicado varios informes en los que hacía balance de la situación¹³⁶. En el Pacto Europeo por la Igualdad entre hombres y mujeres para 2011-2020, adoptado el 7 de marzo de 2011, el Consejo reconoció que las políticas de igualdad de género son vitales para el crecimiento económico, la prosperidad y la competitividad, y exhortó a emprender acciones para fomentar la igualdad de participación de las mujeres y los hombres en la toma de decisiones a todos los niveles y en todos los ámbitos, con el fin de aprovechar plenamente todos los talentos. El Parlamento Europeo ha pedido reiteradamente a las empresas y los Estados miembros que incrementen la participación de las mujeres en los órganos de toma de decisiones y ha invitado a la Comisión a presentar propuestas legislativas para alcanzar la masa crítica del 30% de mujeres miembros de los órganos de gestión en 2015 y el 40 % en 2020¹³⁷.

4.2.1. Propuesta de Directiva: un intento por armonizar las regulaciones de los EEMM destinadas a mejorar la participación femenina en los Consejos de Administración.

Como se ha observado, durante las últimas décadas, tanto los Estados miembros, como las instituciones de la Unión Europea han intentado, a través de diversos instrumentos, promover la igualdad de género en la toma de decisiones a nivel empresarial, principalmente, con el objetivo de aumentar la presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas.

A pesar de estas recomendaciones, informes, planes, etc. el incremento del número de mujeres en estos puestos ha progresado muy lentamente, pasando de un 13,7% en el año

¹³⁶ Véase: el Informe de la Comisión: “More women in senior positions” (“Más mujeres en puestos de responsabilidad”), de enero de 2010; el Documento de Trabajo de la Comisión: “The Gender Balance in Business Leadership” (“El equilibrio entre los géneros en el liderazgo empresarial”), de marzo de 2011 (SEC(2011) 246 final); el Informe de situación: “Women in economic decision-making in the EU” (“Las mujeres en la toma de decisiones económicas en la UE”), de marzo de 2012; y el Documento de Trabajo de los servicios de la Comisión: “Progress on equality between women and men in 2011” (“Avances en la igualdad entre mujeres y hombres en 2011”), de abril de 2012 (SWD(2012) 85 final).

¹³⁷ Véase p. ej., la Resolución de 6 de julio de 2011, sobre las mujeres y la dirección de las empresas (2010/2115 (INI)), y la Resolución de 13 de marzo de 2012, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea–2011 (2011/2244 (INI)).

2012 a un 19'3% en el primer trimestre de 2020¹³⁸. Además de esta leve evolución, se tiene que destacar, que este avance no ha sido igual en los Estados miembros, encontrándonos con diversos resultados en función de la regulación de cada uno de ellos (desde medidas vinculantes hasta la autorregulación). Esta falta de unificación legislativa a nivel nacional ha conducido a una fragmentación de los marcos legislativos en toda la UE, y, con ello, a la perduración del principal problema, la cantidad de obstáculos a los que se tienen que enfrentar las mujeres altamente cualificadas en su camino hacia los puestos de más poder de las grandes empresas.

Son estos, los motivos que dieron lugar a que el Parlamento Europeo y el Consejo, en el año 2012, llevaran a cabo la Propuesta de Directiva destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas, para buscar poner fin a esta continua situación de infrarrepresentación, aprovechar plenamente la diversidad de candidatos capacitados, y, con ello, contribuir a lograr la paridad entre mujeres y hombres.

Para STAN, el principal objetivo de esta Propuesta es *“aumentar el equilibrio de género en los consejos de administración de las empresas europeas (siempre en situaciones donde se presente igualdad en las cualificaciones) y avanzar en el camino de la creación de un marco legislativo común”*¹³⁹. En su amplia Exposición de motivos, se pone de manifiesto que: *“tiene por objeto promover la igualdad de género en la toma de decisiones económicas y aprovechar plenamente el vivero de candidatos capacitados existente, a fin de alcanzar una representación de los géneros más equitativa en los consejos de administración de las empresas, contribuyendo así a los objetivos de la Estrategia Europa 2020. La Directiva propuesta conducirá a derribar las barreras con que se topan las mujeres que aspiran a puestos en los consejos y a mejorar la gobernanza y los resultados de las empresas”*.

Además, se hace especial referencia a la fragmentación de los enfoques aplicados en los Estados miembros. Fragmentación que abarca desde la desregulación absoluta en la materia, hasta el desarrollo de una legislación vinculante (que conlleva la correspondiente imposición de sanciones), situación, que da lugar a discrepancias y plantea importantes barreras a la hora de afrontar el problema de infrarrepresentación femenina existente¹⁴⁰. Tal divergencia, se ve reflejada en que: *“las legislaciones nacionales, si es que llegan a abordar el problema, están evolucionando*

¹³⁸ Véase el avance, a lo largo de los años, de la presencia de mujeres en los puestos ejecutivos en: EIGE (European Institute for Gender Equality). (28 de Junio de 2019). *Gender Statistics Database*, Lithuania, EU. Recuperado de <https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/data-talks/legislative-quotas-can-be-strong-drivers-gender-balance-boardrooms.com>.

¹³⁹ STAN, Loredana. “Igualdad de género en los consejos de administración empresariales”, *Prospectiva europea*, 2013, p. 19

¹⁴⁰ *Ibidem*.

en distintas direcciones. Algunos Estados miembros han propiciado un modelo de «cumplir o dar explicaciones», con arreglo al cual las empresas que no cumplen el objetivo de un equilibrio de género deben explicar los motivos para no hacerlo. Otros han establecido directamente un objetivo de equilibrio de género jurídicamente vinculante, con sanciones. Algunos Estados miembros se centran en las empresas cotizadas, mientras que otros lo hacen en las grandes empresas (con independencia de si cotizan o no) o solo en las empresas de propiedad estatal. Algunos Estados miembros dirigen sus medidas a los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas, mientras que otros incluyen tanto a los administradores ejecutivos como no ejecutivos de los consejos de administración de las empresas cotizadas”, y añade: “esta evolución distinta de las legislaciones nacionales ha conducido a una fragmentación de los marcos legislativos en toda la UE, lo que ha dado lugar a unas obligaciones jurídicas incoherentes y difíciles de comparar”¹⁴¹.

Con la adopción de esta Directiva, se busca homogeneizar y armonizar los ordenamientos jurídicos nacionales, eliminar las barreras del mercado interior, ofrecer mayor seguridad jurídica a aquellas empresas cotizadas que operan a escala transfronteriza y, principalmente, lograr un mínimo común de equilibrio de género en los consejos de administración de las mayores empresas de la Unión Europea¹⁴².

En relación con las disposiciones específicas de la Propuesta, los dos primeros artículos hacen referencia al objeto y a una serie de definiciones relacionadas con la materia. Así, el artículo 1 establece que: “la presente Directiva establece medidas destinadas a garantizar una representación más equilibrada de hombres y mujeres entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas en bolsa, estableciendo medidas dirigidas a acelerar el avance hacia la consecución del equilibrio de género, dando a las empresas el tiempo suficiente para tomar las disposiciones necesarias”.

Mientras que la disposición segunda, define los conceptos de: empresa cotizada, consejo de administración, administrador, administrador ejecutivo, administrador no ejecutivo, sistema de administración de estructura monista, sistema de administración de estructura dual, PYMES y empresa pública.

El artículo 3 de la Propuesta especifica el ámbito de aplicación de esta, excluyendo a las empresas que tengan la consideración de pequeñas y medianas (las PYMES¹⁴³), puesto que se considera que para ellas, estas medidas supondrían una carga desproporcionada.

¹⁴¹ Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, apartado 1, párrafo 3º.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Estas se definen en la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (DO L 124 de 20.5.2003), artículo 2, apartados segundo y tercero.

Concretamente, esta disposición recoge: *“la presente Directiva no se aplicará a las pequeñas y medianas empresas”*.

Y, el artículo 4, es el encargado de establecer que: *“los Estados miembros velarán por que las empresas cotizadas en cuyos consejos los miembros del género menos representado ocupen menos del 40 % de los puestos de administrador no ejecutivo, realicen los nombramientos para esos puestos basándose en un análisis comparativo de las cualificaciones de cada candidato, mediante la aplicación de unos criterios preestablecidos, claros, formulados de forma neutra y carentes de ambigüedades, con objeto de alcanzar el citado porcentaje a más tardar el 1 de enero de 2020 o, si las empresas cotizadas son empresas públicas, a más tardar el 1 de enero de 2018”*.

Dicha cuota, considerada una medida de discriminación inversa, ni atenta contra el derecho de igualdad ni provoca una discriminación injustificada porque no se vulnera el criterio más relevante en la selección de puestos de trabajo, el mérito. Así, en la Propuesta se hace expresa referencia a que, habiendo candidatos de ambos géneros con la misma cualificación se dará prioridad al candidato del sexo menos representado a menos que una evaluación objetiva, que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona, incline la balanza a favor del candidato del otro género (artículo 4.3). Por ello, la cuota es perfectamente compatible con la jurisprudencia del TJUE en materia de acción positiva, que expresa que en algunos casos se puede conceder prioridad al género menos representado en la selección para el acceso al empleo o a la promoción, siempre que el candidato del género menos representado tenga la misma cualificación que su competidor del otro género¹⁴⁴.

En suma, con esta cuota, la Propuesta pretende obligar a las empresas a realizar nombramientos para los mencionados puestos ejecutivos, a través de un procedimiento de selección basado en un análisis, en el cual se llevará a cabo una comparación de las cualificaciones de cada candidato/a, aplicando unos criterios *“preestablecidos, claros, formulados de forma neutra y carentes de ambigüedades”*¹⁴⁵. De esta forma, se abre la posibilidad, a que si una persona candidata del sexo menos representado tiene la misma cualificación que otra del sexo más representado, se seleccione a la primera, lo que, en la práctica, acarrearía la entrada de candidaturas femeninas cualificadas. A pesar de esto, las empresas cotizadas sí que estarían obligadas a comunicar, a petición del candidato no seleccionado, los criterios de cualificación

¹⁴⁴ Véase para mayor énfasis los asuntos: C-450/93 Kalanke (1995), C-409/95 Marschall (1997), C-158/97 Badeck (2000), C-407/98 Abrahamsson (2000)).

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Amalia. *Mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles: una aproximación al Derecho Francés*. Valladolid: Vicerrectorado Campus de Palencia, Universidad de Valladolid, 2011, p. 23.

en que estuvo basada su posible selección, la evaluación objetiva y, cuando corresponda, las consideraciones que hicieron que la balanza se inclinase a favor de una persona candidata del otro sexo¹⁴⁶.

Por otra parte, esta medida dispuesta en la Propuesta afecta únicamente a los administradores no ejecutivos, perdiendo, de esta forma, eficacia, ya que no impone un objetivo para los administradores ejecutivos, los cuales representan los verdaderos núcleos de poder de la empresa¹⁴⁷. Esto se dispone, tanto en el propio artículo 1, dónde se especifica que: *“la presente Directiva establece medidas destinadas a garantizar una representación más equilibrada de hombres y mujeres entre los administradores no ejecutivos de las empresas...”*; como en el artículo 4, el cual se refiere en su totalidad, a los *“objetivos relativos a los administradores no ejecutivos”*.

A pesar de esto, si se establecen medidas adicionales para las empresas, debiendo estas asumir compromisos individuales con el fin de lograr el equilibrio de género entre los administradores ejecutivos, cumpliendo los mismos plazos previstos para los administradores no ejecutivos¹⁴⁸. Así lo establece el apartado 1 del artículo 5: *“los Estados miembros velarán porque las empresas cotizadas contraigan compromisos individuales en relación con la representación equilibrada de ambos géneros entre los administradores ejecutivos, que deberán alcanzarse a más tardar el 1 de enero de 2020, o antes del 1 de enero de 2018 cuando las empresas cotizadas sean empresas públicas”*.

Para ejecutar este objetivo en el tiempo estimado, la Propuesta establece, en primer lugar, que las cuotas deben ser vinculantes e ir siempre acompañadas de un sistema de sanciones, las cuales se caracterizan por ser efectivas, proporcionales y disuasorias, y que en caso de incumplimiento, incluyesen, entre otras, la imposición de multas administrativas o la

¹⁴⁶ TOBIAS OLARTE, Eva. *Des-pa-ci-to: Equilibrio de géneros en los consejos de administración de las empresas europeas*, II Premio Investigaciones Feministas en materia de Igualdad, Gobierno de Aragón, 2017, p. 20.

¹⁴⁷ En este sentido, observa, ESCRIBANO GÁMIR que el núcleo de poder se encuentra en los miembros ejecutivos, y es ahí donde hubiera sido significativa la representación paritaria. ESCRIBANO GÁMIR, M^a Cristina. *El acceso de la mujer a los consejos de administración de las sociedades mercantiles: igualdad de género y poder de decisión en el derecho español*, en MARTÍN LÓPEZ, M^a Teresa y VELASCO RETAMOS, José Manuel (coord.). *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Madrid: Civitas, 2014 p. 117-118.

¹⁴⁸ La Propuesta de Directiva define, en su artículo número 2, como “administrador no ejecutivo” a aquel miembro de un consejo de administración de estructura monista que no sea administrador ejecutivo, y todo miembro de un consejo de control en un sistema de administración de estructura dual.

declaración de nulidad o anulación del nombramiento o la elección de los administradores no ejecutivos que incumplan las disposiciones nacionales (artículo 6)¹⁴⁹.

En la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva, de 20 de noviembre de 2013, se llevó a cabo una ampliación de este catálogo de sanciones y se incluyeron: *“la exclusión de licitaciones públicas; la exclusión parcial de la concesión de financiación con cargo a los Fondos Estructurales de la Unión; y, la disolución obligatoria de la empresa implicada, dispuesta por un órgano judicial competente, en caso de infracción grave y reiterada”*¹⁵⁰.

La utilización de estas medidas de carácter sancionador encuentra su justificación en el éxito que ha tenido la implantación de cuotas, con sus respectivas sanciones en caso de incumplimiento en determinados países, los cuales han dejado de lado el modelo de *“comply or explain”* (modelo de *“cumplir o dar explicaciones”*). Con arreglo a este modelo, el cual es típico de las reglas de buen gobierno corporativo, las empresas que no cumplen con el objetivo de un equilibrio de género deben explicar los motivos por los que no lo hacen. Esto implica que se deja a la discrecionalidad de la empresa la observancia o no de la cuota¹⁵¹.

Por otro lado, también se incluye en la Propuesta una obligación a los Estados miembros, la cual consiste en exigir a las empresas cotizadas que faciliten de forma anual información a las autoridades nacionales competentes sobre la representación de géneros en sus consejos, distinguiendo entre administradores ejecutivos y no ejecutivos. Cuando la empresa no haya alcanzado el objetivo, esta información deberá incluir los motivos por los que no se hayan alcanzado los compromisos y una descripción de las medidas que la empresa hubiese tomado o tiene intención de tomar en el futuro para cumplir con los mismos (apartado 2 del artículo 5).

Llegados a este extremo podemos afirmar que la Propuesta presenta ambigüedades desde el momento que emprende su marcha, puesto que esta afecta únicamente a los administradores no ejecutivos, y por lo tanto, la cuota pierde eficacia en la medida que no consigue aumentar la representación femenina en los verdaderos núcleos de poder de la empresa, es decir en los administradores ejecutivos, donde apenas existe, como hemos dicho, un 19´3%¹⁵² de mujeres

¹⁴⁹ La Propuesta de Directiva establece una lista no exhaustiva de posibles sanciones, como las multas administrativas y la nulidad o anulación del nombramiento o elección de los administradores no ejecutivos en el apartado núm. 2 del artículo 6.

¹⁵⁰ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2013, enmiendas 39, 60 y 61.

¹⁵¹ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly. (2015), op. cit. p.97.

¹⁵² EIGE (European Institute for Gender Equality). (Junio-Diciembre, 2019). *Gender Statistic database: Largest listed companies: CEOs and executives*, Lithuania, EU. Recuperado de https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicator/wmidm_bus_bus_wmid_comp_compex.

en toda la Unión Europea¹⁵³. En un primer momento, la Comisión sí que llevo a cabo la recomendación de que la cuota abarcara tanto a los administradores ejecutivos como a los no ejecutivos, ya que se consideraba que esta sería la forma más conveniente de aumentar la participación de la mujer en los consejos. Sin embargo, debido a las críticas que generó esta disposición, la afectación a los administradores ejecutivos se redujo a una mera recomendación¹⁵⁴.

Este sistema de cuotas en el ámbito empresarial propuesto por la Comisión Europea no recibió todo el apoyo esperado. Así, las negociaciones entre los Estados miembros que integran el Consejo demuestran que, aun estableciéndose en su momento, un consenso sobre la necesidad de lograr el equilibrio de género en los consejos de administración de las empresas, existían discrepancias respecto de los medios necesarios para conseguir el cambio perseguido. De esta forma, mientras que algunos Estados miembros eran partidarios de mantener la autorregulación (Reino Unido, Dinamarca, Estonia, Croacia, Hungría, Eslovaquia y Países Bajos), otros abogaron por un enfoque más directo y ambicioso, proponiendo la introducción de objetivos y sanciones vinculantes (Bélgica, Francia, Italia, Lituania, Letonia, Malta, Portugal, Rumania, Finlandia, Luxemburgo, Polonia, Irlanda, Grecia, Chipre y Eslovenia)¹⁵⁵.

El debate sobre la posible adopción de la Propuesta fue retomado recientemente, presentándose una nueva redacción del texto en la que se reconoce la cláusula de flexibilidad¹⁵⁶ introducida por la presidencia italiana y se establece un nuevo calendario de aplicación de la Directiva, para el año 2022. Pero, una vez más, algunos Estados miembros mantuvieron reservas en torno al planteamiento de la Comisión (entre otros, Reino Unido, Dinamarca o Países Bajos) y el texto no fue aprobado. Esta falta de consenso entre los Estados para apoyar la modificación sugerida, revela una ausencia de voluntad política a nivel comunitario para mejorar la situación de la mujer en la toma de decisiones económicas¹⁵⁷.

¹⁵³ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly. (2015), op. cit. p. 99.

¹⁵⁴ HUERTA VIESCA, M^a. Isabel. (2013), op. cit. p. 245.

¹⁵⁵ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly. (2015), op. cit. p. 102.

¹⁵⁶ Esta cláusula de flexibilidad, establecida en el artículo 4b, permite a los Estados miembros conseguir los objetivos de la Propuesta a través de sus propios métodos, siempre y cuando las medidas que hayan tomado sean igualmente efectivas o hayan alcanzado progresos cercanos al objetivo exigido del 40% de participación del sexo menos representado.

¹⁵⁷ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly. (2015), op. cit. p. 103.

Aunque la principal causa de que dicha Propuesta no saliese adelante fue la falta de voluntad política de algunos Estados miembros¹⁵⁸, debemos hacer referencia a las deficiencias que esta presenta y que será necesario corregir de cara a su futura aprobación e implementación. “*Esta propuesta puede y debe ser más ambiciosa (en cuanto a su aplicación a las pequeñas y medianas empresas y a los administradores ejecutivos, que son los que representan el verdadero núcleo de poder dentro de las empresas) y se debe revisar también el plazo de transposición si se quiere lograr un cambio significativo. Junto con estas medidas, sería preciso incorporar un conjunto de acciones específicas dirigidas tanto a la modificación de la cultura organizacional como a desarrollar políticas de conciliación de la vida profesional y la vida familiar*”¹⁵⁹.

4.3. Equidad de género en los consejos de administración de las sociedades mercantiles españolas.

Las acciones positivas en los consejos de administración de las empresas fueron inicialmente introducidas en nuestro país en 2006, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) mediante el Código Conthe, el cual era un informe del grupo especial de trabajo sobre el buen gobierno de las sociedades cotizadas. El resultado de este se plasmó en una propuesta de Código Unificado de Buen Gobierno y un conjunto de Recomendaciones complementarias (que mantienen su naturaleza voluntaria) dirigidas al Gobierno, a la CNMV y a las instituciones financieras españolas.

Será en este último texto donde se recoge una recomendación sobre diversidad de género, la número 15, que requería que las empresas que tuvieran un escaso número de mujeres en los consejos explicaran los motivos de esa situación y las iniciativas que pudiesen tomar por ellas mismas para corregirla. Además, se exigía la no existencia de barreras que obstaculizaran la selección de consejeras. Es decir, en este primer momento nos encontramos en presencia de una “*cuota blanda*”, denominada así ya que el cambio se dejaba a voluntad de las empresas¹⁶⁰.

¹⁵⁸ HUERTA VIESCA fue de los primeros autores en anticipar que la propuesta era arriesgada y encontraba complicado el camino que le esperaba en su tramitación, si es que conseguía ir adelante. HUERTA VIESCA, M^a Isabel, (2013), op. cit. p. 220.

¹⁵⁹ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly. (2015), op. cit. p.102.

¹⁶⁰ CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén. *Comentarios laborales de la ley de igualdad entre mujeres y hombres*, coord. por MERCADER UGUINA R. Javier. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 438-439.

4.3.1. Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Posterior a este acontecimiento, se adopta en 2007, la Ley de Igualdad, tratando de “imitar” el modelo noruego.

El anteproyecto de LOI contenía una propuesta aún más exigente que el texto definitivamente aprobado. Respecto a la primera redacción del Anteproyecto de Ley de Igualdad, se observan, con el artículo 75 algunas diferencias. El artículo 70.1 del Anteproyecto disponía que *“las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una composición equilibrada entre mujeres y hombres en un plazo de cuatro años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, incorporando, al menos, un diez por ciento anual de mujeres”*¹⁶¹. Mientras, la disposición vigente, el actual artículo 75, establece que *“las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley”*¹⁶². Como se puede observar, entre esas diferencias, destaca el alargamiento del periodo concedido a las empresas para la consecución de estos objetivos, que pasa de cuatro años en la redacción inicial, al doble en la disposición final¹⁶³.

La Exposición de motivos de la LOI señala que *“es finalidad de esta medida que el criterio prevalente en la incorporación de consejeros sea el talento y rendimiento profesional, ya que para que el proceso esté presidido por el criterio de imparcialidad, el sexo no debe constituir un obstáculo como factor de elección”*. Y la Disposición adicional primera nos aclara que, *“se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”*.

La invocación de este principio en relación con la composición de los consejos de administración de las sociedades se impondrá a los organismos públicos, y sólo será recomendado a las empresas privadas. Así, en relación con estas empresas privadas, la previsión tiene un alcance reducido, por el propio ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la norma. Primero, desde la perspectiva subjetiva, sólo alcanza a las sociedades mercantiles

¹⁶¹ Artículo 70, apartado primero del Anteproyecto de la Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres.

¹⁶² Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, artículo 75 de participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles.

¹⁶³ RODRÍGUEZ GONZALEZ, Amalia. (2011), op. cit. p. 13.

obligadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias no abreviada, y, por otra parte, desde el punto de vista objetivo, sólo afecta a nombramientos en el Consejo de Administración¹⁶⁴.

Esta Ley estableció un periodo de ocho años para que las sociedades mercantiles (las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada) alcanzaran una presencia equilibrada de mujeres en sus consejos de administración. El art. 258 del Texto Refundido de Sociedades de capital de 2010, indica cuales son las sociedades que pueden presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada: *“las cuentas anuales comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria”*, y que son las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades en comandita por acciones las que deberán elaborarlas. Por lo tanto, se entiende que el legislador se dirige a sociedades de grandes dimensiones, excluyendo a las pequeñas y medianas empresas. En particular el modelo está orientado principalmente hacia las sociedades anónimas de notoria importancia¹⁶⁵.

Para incentivar el cumplimiento de dicha Ley, no se impuso ninguna sanción, sino que se creó un *“beneficio”* para las empresas que promovieran la igualdad, una serie de ventajas en la contratación con la administración pública y la recepción de subvenciones.

Por otra parte, con la excepción del principio de presencia equilibrada en los consejos de administración de las sociedades, la Ley no predeterminó que otro tipo de actividades puede realizar una empresa en el marco de la responsabilidad social corporativa en materia de igualdad. No obstante, deja un espacio *“abierto”* a que las empresas privadas puedan asumir la realización voluntaria de otras acciones de responsabilidad social (en el artículo 73 de la Ley)¹⁶⁶.

En relación con los actores intervinientes en el debate acerca de la legitimidad de esta ley, cabe destacar dos de las organizaciones empresariales más representativas, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (Cepyme), que en su participación en el Consejo Económico y Social (CES), mostraron su absoluta oposición a las cuotas, basándose en el argumento de la meritocracia, como se desprende del voto particular al Dictamen 8/2006 del CES al anteproyecto de Ley de Igualdad: *“las empresas se rigen fundamentalmente por criterios de eficiencia e idoneidad [...] La exigencia de porcentajes o cuotas prefijadas resulta incompatible con dichos criterios o*

¹⁶⁴ CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén. (2007), op. cit. p. 440.

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ GONZALEZ, Amalia. (2011), op. cit. p. 15; y CAMPUZANO LAGUILLO Ana Belén. (2007), op. cit. p, 440-443.

¹⁶⁶ *Ibíd*em, p. 449.

*principios, por lo que el CES considera que no puede hacerse prevalecer la consideración del sexo sobre el criterio de la capacidad y el interés general o el específico de competitividad de las empresas”*¹⁶⁷. Es decir, estos dos órganos formularon objeciones relacionadas con la libertad de empresa (art. 38 CE) a la inclusión de la medida de acción positiva recogida en este precepto de la LOI¹⁶⁸.

El desacuerdo con las cuotas se dejó notar también en la gran mayoría de las mujeres directivas, fundándose estas en el temor a que, si se alteraban de manera exógena a las empresas las “*reglas del juego*”, los méritos de las mujeres que ya ocupaban esos cargos fueran puestos bajo sospecha¹⁶⁹.

La reciente Ley de Sociedades de Capital (Ley 31/2014) en lugar de recoger la cuota de un mínimo de 40 por ciento para cualquiera de los dos sexos que establece la Ley de Igualdad, se limita a incluir la recomendación de “*intentar conseguir una representación equilibrada*”. De esta forma, el artículo 529 bis, apartado segundo, modificado por el artículo 2.8 de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, establece que: “*el Consejo de administración deberá velar porque los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad respecto a cuestiones, como la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesionales y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres*”. Así las cosas, los comités de selección de las empresas deberán fijar sus propios objetivos para el sexo infrarrepresentado, elaborar instrucciones concretas para conseguir tal objetivo y dar cuenta de los progresos realizados¹⁷⁰. Este nuevo marco se completa con la elaboración de un nuevo Código de Buen Gobierno Corporativo en 2015, rebajando la aspiración inicial del 40% al 30%, limitándose a las sociedades cotizadas y posponiendo el plazo a 2020¹⁷¹.

El gobierno español, en 2018, propuso que los consejos de administración de las empresas sean obligatoriamente paritarios a partir de 2023. El Grupo Socialista fue el encargado de

¹⁶⁷ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. “Informe del año 2006”, p.17.

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ GONZALEZ, Amalia. (2011), op. cit. p. 14.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 15.

¹⁷⁰ Recogido esto, en el artículo 540, letra c, apartado sexto de la Ley 31/2014: “*...incluyendo sus objetivos, las medidas adoptadas, la forma en la que se han aplicado, en particular, los procedimientos para procurar incluir en el consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres y los resultados en el período de presentación de informes, así como las medidas que, en su caso, hubiera acordado respecto de estas cuestiones la comisión de nombramientos*”.

¹⁷¹ Recomendación número 14, Código de Buen Gobierno de las Sociedades Corporativas, apartado 3.2 (La estructura y composición del consejo de administración), subapartado 3.2.1 (Tamaño, diversidad, y política de selección de consejeros).

registrar en el mes de marzo, la *“Proposición de ley para garantizar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”*.

La disposición final primera de esta Proposición, en su punto sexto, modificará el artículo 75 de la LOI con la siguiente redacción: *“la composición del consejo de administración de las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias deberá cumplir con el principio de presencia equilibrada a partir del año 2023”*¹⁷².

Mientras, que la LOI establecía un periodo de 8 años, desde su promulgación, esta modificación marca una fecha concreta para cumplir con el principio de presencia equilibrada, el cual según la Disposición adicional primera de la LOI significa que: *“se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”*.

Para cumplir con lo dispuesto, la Propuesta de ley dispone en el apartado 1 del artículo 6, que: *“los poderes públicos están obligados a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”*.

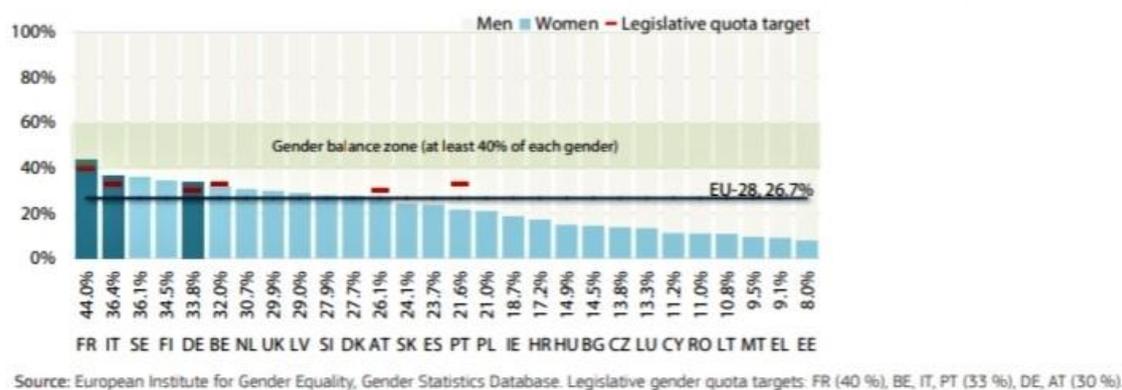
Además, trata de manera concreta la obligación empresarial de respetar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, deber dispuesto en el artículo 45.1 de la LOI, de 22 de marzo de 2007. Este, en muchas ocasiones, no ha sido adecuadamente cumplido, principalmente, por la insuficiencia de un elenco de medidas expresamente reguladas, las cuales, no solo evitarían cualquier tipo de discriminación entre mujeres y hombres, de acuerdo con el principio de igualdad de trato, sino que también ayudarían a progresar en la equiparación del ejercicio de derechos y obligaciones¹⁷³.

Hoy en día, la presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas en España, aunque se mantiene por debajo de la media europea, ha mejorado en los últimos años. El porcentaje de mujeres consejeras para el total de las empresas cotizadas es del 18% (siendo de casi 24% en el caso de las empresas del Ibex y del 15% en el caso de las compañías

¹⁷² Disposición final primera de la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, apartado sexto (Modificación del art. 75).

¹⁷³ Exposición de motivos de la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, apartado sexto, párrafo segundo.

que no cotizan en este selectivo)¹⁷⁴. Ese dato cercano al 24% (23,7%) de representación femenina en los puestos no ejecutivos de las grandes empresas, además de no llegar a la media europea (27%), sitúa nuestro país a mitad de tabla entre los Estados miembros (como observamos en el siguiente gráfico), ubicándonos lejos de las cifras de países de nuestro entorno, como Francia (44%) o Italia (36,4%). En países como Suecia (36,1%), Finlandia (34,5%) y Alemania (33,2%), las mujeres representan al menos un tercio de estos puestos en los consejos de administración. Mientras tanto, las últimas posiciones las ocupan Malta, Grecia y Estonia, países en lo que las mujeres no representan más del 10%.



Estos resultados en los países de la UE demuestran que las mejoras en la representación femenina en los consejos de administración de empresas han sido más significativas en aquellos países que han implementado cuotas o algún tipo de medida al respecto. Así, Francia, Italia, Bélgica y Alemania, han venido aplicando cuotas previstas en la legislación, mientras que la gran mayoría de países de la UE, entre los que se encuentran: Dinamarca, Irlanda, Grecia, España, Países Bajos, Austria, Polonia, Eslovenia, Finlandia, han optado por un enfoque diferente, basado en medidas restrictivas en aquellas compañías propiedad del Estado o en aplicar estas sin sanciones. Desde estos Estados miembros, se ha fomentado la autorregulación. En el resto (Bulgaria, República Checa, Estonia, Croacia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Rumanía y Eslovaquia) no se han tomado acciones con relación al progreso de las mujeres en el ámbito de los consejos de administración de las empresas¹⁷⁵.

¹⁷⁴ CONDE RUIZ, J. Ignacio, GARCÍA, Manuel, YAÑEZ, Manuel. *Diversidad de Género en los Consejos: el caso de España tras la Ley de Igualdad*. Madrid: FEDEA y Universidad Complutense de Madrid, 2018, p. 10.

¹⁷⁵ COMISIÓN EUROPEA. “Report on equality between women and men in the EU”, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, 2019, p. 28-29.

En relación con los administradores ejecutivos, la situación es más preocupante, advirtiéndose una menor presencia de mujeres en estos puestos y una evolución considerablemente lenta. Según datos recogidos por el EIGE, en el primer trimestre del 2020, la media europea de presencia femenina en puestos ejecutivos se establece en 19'3%. Si estudiamos al detalle la situación, país por país, se pueden observar diferencias entre unos Estados y otros. Entre los que poseen el porcentaje más alto, se encuentran: Bulgaria (29'7%), Estonia (32%), Letonia (29'2%), Lituania (30'1%), Rumanía (32'4%), mientras que en la otra cara de la moneda, están: República Checa (10'9%), Alemania (14'5%), Croacia (10%), Italia (12'8%), Luxemburgo (6'1%), y Austria (6'3%), como países con menor número de mujeres en los puestos ejecutivos.

Nuestro país, se vuelve a encontrar por debajo de la media europea, estableciéndose el porcentaje de mujeres en los puestos ejecutivos, para el total de las empresas cotizadas, en el 16'3%.¹⁷⁶

¹⁷⁶ EIGE (European Institute for Gender Equality). (Junio-Diciembre, 2019). *Gender Statistic database: Largest listed companies: CEOs and executives*, Lituania, EU. Recuperado de https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicator/wmidm_bus_bus_wmid_comp_compex. Para profundizar en la distribución de los consejeros en España, véase CONDE RUIZ, J. Ignacio, GARCÍA, Manuel, YAÑEZ, Manuel. *Diversidad de Género en los Consejos: el caso de España tras la Ley de Igualdad*. Madrid: FEDEA y Universidad Complutense de Madrid, 2018, p. 10.

5. Conclusiones.

Completado el análisis acerca de la participación de las mujeres en los consejos de administración, podemos advertir que, el presente trabajo, nos ha permitido conocer en profundidad la situación actual de las mujeres respecto de los hombres en cuanto a la ocupación de los puestos de poder de las grandes empresas, y la necesidad o no de disposiciones obligatorias para alcanzar la paridad en este sector, su forma, y su legitimidad.

Así las cosas, de este examen, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Teniendo en cuenta el éxito que han tenido las cuotas de género en el ámbito electoral, principalmente en el marco europeo, y la escasa participación de las mujeres en los núcleos de poder de las empresas en los últimos años, tanto las instituciones europeas, como los Estados miembros, han buscado, a través de diversas medidas, implementarlas en el sector privado. Esto se ha constituido, en las últimas décadas, como uno de los grandes retos de la política europea en materia de igualdad de género.
2. Como instrumento más reciente e importante en el que se incluyen disposiciones relativas a las cuotas en la esfera privada, encontramos, en el ámbito europeo, la *“Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por las que se establecen medidas afines”*, de 14 de noviembre de 2012, cuyo principal objetivo es aumentar el equilibrio de género en los consejos de administración de las empresas europeas y avanzar en el camino de armonizar el marco legislativo de todos los Estados miembros, estableciendo, entre sus disposiciones, una medida de discriminación inversa, una cuota, con la que se pretende alcanzar una presencia del 40% del género menos representado entre los administradores no ejecutivos en los consejos de administración de las empresas que coticen en bolsa.

La Propuesta no ha sido aprobada por diversos motivos. Primero, por la falta de entendimiento entre los Estados miembros en cuanto a la forma de llevar a cabo el objetivo propuesto y, por otro lado, por las deficiencias que presenta. Principalmente, esta afecta únicamente a los administradores no ejecutivos, por lo tanto, no es todo lo eficaz que se presupone, ya que no consigue aumentar la representación femenina en los verdaderos núcleos de poder de la empresa, en los administradores ejecutivos. Además, de cara a su futura implementación, es necesario que la Propuesta se aplique

no solo a las grandes empresas cotizadas, sino también a las PYMES. Por último, el plazo de transposición de las disposiciones de la Directiva debe ser un plazo efectivo.

3. Hoy en día, a pesar del esfuerzo realizado, la presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas en Europa se sigue manteniendo por debajo de los umbrales de igualdad deseados.

Según datos recogidos por el EIGE, en el primer trimestre del 2020, la media europea de presencia femenina en puestos no ejecutivos se establece en 27%. Si estudiamos al detalle la situación, país por país, se pueden observar algunas diferencias entre unos Estados y otros; entre los que poseen el porcentaje más alto, se encuentran: Francia (44%), Italia (36,4%), Suecia (36,1%), Finlandia (34,5%) y Alemania (33,2%), mientras que en la otra cara de la moneda, están: Malta, Grecia y Estonia como países con menor número de mujeres en estos puestos, no llegando al 10% de representación.

Siguiendo la evolución europea, el porcentaje de mujeres en estos puestos en nuestro país, se sitúa en el 23,7%, teniendo en cuenta el total de empresas cotizadas (llegando a alcanzar casi el 24% en las empresas del Ibex, y el 15% en el caso de las compañías que no cotizan en este selectivo).

4. Desafortunadamente, los datos que observamos, tanto en España, como en la mayoría de los Estados miembros, evidencian que las cuotas obligatorias son inevitables para lograr una mejora en la presencia de las mujeres en el ámbito económico, porque, basándonos en las experiencias acontecidas hasta la fecha, queda demostrado que, sin la existencia de determinadas disposiciones, las mujeres no conseguirán alcanzar, en igual medida que los hombres, los puestos de poder referidos.

En estos términos, establecer normas de carácter obligatorio, puede considerarse arbitrario e injustificado, pero nos encontramos ante situaciones, en las que una mujer, estando igual o mejor cualificada que un hombre, es relegada sin concurrir una causa objetiva que justifique tal desplazamiento. Esto, ocurre, principalmente, por la mentalidad que permanece aún en la sociedad actual, en la cual se sigue viendo a la mujer, incompetente para ocupar los altos puestos de una gran empresa.

5. Una vez expuesta la necesidad de su existencia, hay que afirmar la validez constitucional de estas medidas. Para ello, las cuotas se deben establecer bajo la aplicación del principio de proporcionalidad, que consta de los siguientes elementos: mínima intervención o necesidad; existencia objetiva de una situación de

discriminación; temporalidad; y el deber de considerarse como el método más idóneo entre las posibles soluciones. Además, a nuestro juicio, las cuotas deben estar obligatoriamente establecidas por ley.

Por otro lado, es necesario que sean respetuosas con los principios de mérito y capacidad para que, de esta forma, en el caso de que un candidato, del sexo menos representado, tenga la misma cualificación que otro del sexo más representado, se seleccione al primero. Dicha comparación de cualificaciones entre candidatos se regirá por unos criterios preestablecidos, claros, carentes de ambigüedades, y expuestos de forma neutra.

6. También, es importante advertir que no solo se tiene que considerar instaurar una serie de disposiciones de carácter obligatorio como son las cuotas, sino que, además, deben ir acompañadas de otras medidas específicas, igual o más importantes, que apoyen las anteriormente citadas, y que tengan como propósito, tanto modificar la cultura existente actualmente en el ámbito empresarial, como desarrollar nuevas políticas de flexibilización, destacando, la conciliación de la vida laboral y familiar, y el establecimiento de cambios en nuestro modelo educativo.

Es decir, si los Estados miembros sólo adoptan cuotas para fomentar la contratación de la mujer en el ámbito empresarial, y a su vez, no toman decisiones en otros sectores, especialmente, como se ha dicho, en la educación, la propia formación profesional, o la conciliación, la iniciativa inicial puede resultar escasa e ineficiente, y con ello, no alcanzar el fin perseguido.

7. En definitiva, y como idea final, conviene destacar que, las medidas a las que nos referimos tienen la obligación de ir destinadas a conseguir un cambio, tanto en la mentalidad, como en aquellas situaciones en las que existe una verdadera desigualdad fáctica entre el hombre y la mujer.

Cuando cambie la coyuntura, se dejen atrás estos viejos modelos y se comiencen a dar oportunidades por igual, independientemente del sexo, raza o cualquier otro motivo de discriminación, nos encontraremos ante una sociedad más justa e imparcial, y con ello, dejarán de ser necesarias tales medidas.

Bibliografía.

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. “Manual de legislación europea contra la discriminación”, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011.

AGUILERA RULL, Ariadna. “Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

ARANDA ALVAREZ, Elviro. *Discriminación por razón de sexo en el ámbito político: los problemas de las cuotas electorales*, en PEREZ ROYO, Javier., URIAS MARTINEZ, Joaquín., CARRASCO DURAN, Manuel. *Derecho Constitucional para el siglo XXI*. Navarra: Aranzadi, 2006.

A. SPANN, GIRARDEAU. “Disparate Impact”, *The Georgetown Law Journal*, núm. 98, 2010.

BARRERE UNZUETA, M.^a. Ángeles. “Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres”, *Anuario filosofía del derecho*, núm. 34, 2018.

BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Vol. I. Buenos Aires, 1993.

BIGLINO, Paloma. “Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada (Comentarios a la STC 12/2008)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008.

BILBAO UBILLOS, Juan María. “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 18, 2006.

BILBAO UBILLOS, Juan María. REY MARTINEZ, Fernando. *Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional*, coord. por Aragón Reyes, M. y Martínez-Simancas, J. *La Constitución y la práctica del Derecho*, tomo I, Madrid: Aranzadi/BCH, 1998.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “La discriminación laboral indirecta”, *Revista de Derecho*, núm. 12, 2001.

CACHÓN RODRÍGUEZ, Lorenzo. “España y la Directiva 2000/43: de la ocasión perdida a una legislación general sobre igualdad de trato”, *Tiempo de Paz*, 2004, núm. 73.

CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén. *Comentarios laborales de la ley de igualdad entre mujeres y hombres*, coord. por MERCADER UGUINA R. Javier. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

CARRASQUERO CEPEDA Maoly. “La discriminación múltiple en Europa”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 75, enero-junio, 2020.

CHOPIN, Isabelle. CONTE, Carmine. y CHAMBRIER, Edith. “A comparative analysis of non-discrimination law in Europe”, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018.

CONDE RUIZ, J. Ignacio, GARCÍA, Manuel, YAÑEZ, Manuel. *Diversidad de Género en los Consejos: el caso de España tras la Ley de Igualdad*. Madrid: FEDEA y Universidad Complutense de Madrid, 2018.

CRENSHAW, Kimberlé. “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, núm. 1, 1989.

CURTIS, Mary. SCHMID, Christine. Struber, Marion. *Gender diversity and corporate performance*, Zurich: Credit Suisse Research Institute, 2012.

DAHLERUP, Drude. “Electoral Gender Quota Systems and their implementation in Europe”, Bruselas: Parlamento Europeo, 2011.

DAHLERUP, Drude, FREINDENVALL Lenita. *Sistemas electorales de cuotas de género y su aplicación en Europa*. Colaboran STOLT, Eleonora. BIVALD, Katarina. y PERSSON-WEIS, Lene., Women in Politics Research Centre (WIP), Departamento de Ciencias Políticas, Universidad de Estocolmo, en colaboración con International IDEA, Bruselas: Parlamento Europeo, 2008.

DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, ASUNTOS SOCIALES E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Comisión Europea, 2007.

EIGE (European Institute for Gender Equality). *Gender Statistic database: Largest listed companies: CEOs and executives*, Lithuania, EU, 2020. Recuperado de https://eige.europa.eu/genderstatistics/dgs/indicator/wmidm_bus_bus__wmid_comp_compex.

ESCRIBANO GÁMIR, M.^a Cristina. *El acceso de la mujer a los consejos de administración de las sociedades mercantiles: igualdad de género y poder de decisión en el derecho español*, en MARTÍN LÓPEZ, M^a Teresa y VELASCO RETAMOS, José Manuel (coord.). *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Madrid: Civitas, 2014.

GABRIELA DAZAROLA, Leichtle. “Leyes de cuotas de género”, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile, Asesoría Técnica Parlamentaria, 2018.

GARCIA AÑÓN, José. “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”, *Cuadernos electrónico de Filosofía del Derecho*, núm. 2, marzo, 1999.

GARCÍA AÑÓN, José. "Representación política de las mujeres y las cuotas", *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 11, 2002.

GÍMENEZ GLUCK, David. *Una manifestación polémica del principio de igualdad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HUERTA VIESCA, M.^a Isabel. “En torno a la Propuesta de Directiva comunitaria sobre equilibrio de género e igualdad en los consejos de administración de las sociedades cotizadas de la Unión Europea”, COM (2012) 614 final, 2012/0299 (COD), *Revista de Derecho de Sociedades*, 2013.

LENA KROOK, Mona. *Las mujeres en el parlamento en 2018: perspectiva anual*. Ginebra: Unión Interparlamentaria (UIP), 2019.

MARTÍN VIDA, M.^a Ángeles. “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho Estadounidense”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, mayo-agosto, 2003.

MARTIN VIDA, M.^a. Ángeles. *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid: Civitas, 2002.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006.

PALOMINO, Rafael. “La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 9, 2008.

REY MARTINEZ, Fernando. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, ¿De qué hablamos cuándo hablamos de igualdad constitucional?*, 45, 2011.

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

REY MARTÍNEZ, Fernando.; GIMÉNEZ GLUCK, David. *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías perspectivas*, Madrid: Fundación IDEAS, 2010.

REY MARTINEZ, Fernando. “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, septiembre-diciembre, 2008.

REY MARTINEZ, Fernando. *Derecho antidiscriminatorio*. Pamplona: Aranzadi/Thomson Reuters, 2019.

REY MARTINEZ, Fernando. “La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la Sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 14 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 47, 1996.

REY MARTINEZ, Fernando. *Cuotas 2.0. Un nuevo enfoque de las cuotas electorales de género*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Amalia. *Mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles: una aproximación al Derecho Francés*. Valladolid: Vicerrectorado Campus de Palencia, Universidad de Valladolid, 2011.

RON LATAS, Ricardo Pedro. “Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad, año 2018”, *Femeris*, núm. 2, 2018.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Discriminación inversa e igualdad*, en VALCARCEL, Amelia. *El concepto de igualdad*. Madrid: Pablo Iglesias, 1994.

SÁEZ LARA, Carmen. “Las discriminaciones indirectas en el trabajo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 6, 1995.

SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana. “Discriminación múltiple”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 20, 2015.

SEMPERE NAVARRO, Vicente. “La incorregible Ley de Acompañamiento y el principio de igualdad. A propósito de la Ley 62/2003”, *Actualidad jurídica*, núm. 608, 2004.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario. “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en *Discriminación versus diferenciación. (Especial referencia a la problemática de la mujer)*. RIDAURA

MARTÍNEZ, María José; AZNAR GÓMEZ Mariano J. (coord.), Valencia: Tirant Lo Blanch alternativa, 2004.

SOTO, Clyde. *Cuota de género en Igualdad para una democracia incluyente*. BAREIRO, Line. y TORRES Isabel. (coord.), Costa Rica: Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.

STAN, Loredana. “Igualdad de género en los consejos de administración empresariales”, *Prospectiva europea*, 2013.

TOBIAS OLARTE, Eva. *Des-pa-ci-to: Equilibrio de géneros en los consejos de administración de las empresas europeas*, II Premio Investigaciones Feministas en materia de Igualdad, Gobierno de Aragón, 2017, p. 20.

UGARTEMENDIA, Juan Ignacio. y BENGGOEXTEA CABALLERO, Joxerramon. “Breves apuntes sobre las sentencias básicas del TJUE”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 33, 2014.

URTEAGA, Eguzki. “Las políticas de discriminación positiva”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 2009.

Normativa referenciada

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

Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW), de 18 de diciembre de 1979.

Recomendación 84/635 CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer.

Recomendación 96/694/CE, 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión.

Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, sobre la igualdad de trato por origen racial y étnico.

Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, en relación con la igualdad de trato en el empleo.

Decisión 750/2000/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación.

Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002.

Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, sobre la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación.

Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, 2 de julio de 2008.

Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Propuesta de Directiva del parlamento europeo y del consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, 14 de noviembre de 2012.

Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General.

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Jurisprudencia citada

STJUE, *Defrenne contra Sabena*, de 8 de abril de 1976.

STJUE, *Jenkins contra Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*, de 31 de marzo de 1981.

STJUE, *Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt*, de 17 de octubre de 1995.

STJUE, *Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen*, de 11 de noviembre de 1997.

STJUE, *Hill y Stapleton contra The Revenue Commissioners y Department of Finance*, de 17 de junio de 1998

STJUE, *Badeck y otros, con intervención de: Hessische Ministerpräsident contra Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, de 28 de marzo de 2000.

STJUE, *Katarina Abrahamsson y Leig Anderson contra Elisabet Fogelqvist*, de 6 de julio del 2000.

STEDH, *Timishev contra Rusia*, de 13 de diciembre de 2005.

STJUE, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV*, de 10 de julio de 2008.

STJUE, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine y otros contra Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, de 16 de diciembre de 2008.

STEDH, *B.S. contra España*, de 24 de julio de 2012.

STC 3/2018, Recurso de amparo promovido por *don A.R.S. contra las resoluciones de la Comunidad de Madrid y de las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del Tribunal Supremo*, de 22 de enero de 2018.