



DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18090](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18090)

Recibido el 10 de junio de 2022
Aprobado el 2 de enero de 2023

NO..., SÍ..., MÁS BIEN, DEPENDE. CLAROSCUROS DE LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EUROPEA EN CONTEXTO LABORAL

NO..., YES..., RATHER, IT DEPENDS. CHIAROSCUROS OF POSITIVE ACTIONS IN THE EUROPEAN COMMUNITY JURISPRUDENCE IN LABOR CONTEXT

Aída FIGUEROA BELLO*

ORCID: 0000-0002-2699-642X

Resumen:

En el contexto europeo, las acciones positivas han configurado estrategias claramente polémicas, no exentas de notables dificultades, y el plano jurisprudencial no ha resultado ser la excepción. El Tribunal de Justicia comunitario ha sentado sus posturas, en la mayoría de los casos, rechazándolas con una rotunda negativa (Kalanke), para después imprimir una cierta flexibilidad (Marschall y posteriores sentencias), pero resolviendo con marcada agudeza y rigor jurídico en cuanto a los elementos condicionantes para que, tales medidas de igualdad sustancial puedan ser legitimadas y aplicadas. De ahí que, justamente estos dos casos, hayan marcado el parteaguas para considerar un antes y un después en materia de acciones positivas en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres en el contexto comunitario europeo. Los fallos

Abstract:

In the European context, positive actions have established clearly controversial strategies and notable difficulties and its jurisprudence is no exception. The European Court of Justice has established its verdicts, in most cases, on a determined rejection (Kalanke), but has then established a certain flexibility (Marschall and subsequent judgments). The ECJ has ruled with a marked sharpness and legal rigor regarding its constituting elements so that measures of substantial equality can be legitimized and applied. It is precisely these two cases which have marked a turning point and determine a before and after regarding positive actions and gender equality in the European Union. The jurisprudential rulings of the ECJ, contemplate as the only foundation, the recognition of formal equality, with liberal features of justice, and characterize an

jurisprudenciales del Tribunal de Justicia comunitario contemplan como único fundamento, el reconocimiento de la igualdad formal, con rasgos liberales de justicia, y caracterizan una diversidad interpretativa llena de vaivenes interpretativos, siguiendo un patrón europeo. Cabe mencionar que todos los asuntos se inscriben en la dinámica laboral propiamente dicha, tal peculiaridad no resulta sorprendente, atendiendo al origen de este derecho y principio fundamental de igualdad de trato entre mujeres y hombres, definiendo así, el TJ sus líneas jurisprudenciales, siendo éste, el eje conductor de sus resoluciones.

interpretive diversity full of interpretive fluctuations, following a European pattern. It is important to notice that all the cases are part of a labor environment, which is not surprising, as this is the origin of the equality between men and women, and it was the ECJ, the driving force behind its most important resolutions.

Palabras clave:

Tribunal de Justicia, acción positiva, igualdad sustancial, jurisprudencia en materia de igualdad entre mujeres y hombres, Unión Europea.

Keywords:

European Court of Justice, positive action, substantial equality, jurisprudence on equality between women and men, European Union.

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Kalanke: el inicio de un sinuoso camino en materia de igualdad sustancial. Marschall: un tanto despejado pero condicionado*. III. *La sentencia Badeck: ¡La tercera es la vencida!: evidente consolidación de las medidas de acción positiva*. IV. *Abrahamsson y Lommers: medidas de acción positiva en el entorno universitario laboral*. V. *Sentencia Briheche: no todo lo que brilla es oro*. VI. *Roca Álvarez y Maïstrellis: corresponsabilidad es la clave*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Referencias*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El objetivo principal de este trabajo es el estudio de las sentencias más relevantes que, en materia de acciones positivas laborales, el órgano jurisdiccional de la Unión Europea ha emitido, el Tribunal de Justicia (TJCE, TJ o bien, TJUE) —también conocido como Tribunal de Luxemburgo, aludiendo a su sede en esa ciudad europea— atendiendo al carácter evolutivo del proceso de construcción europea, e intentado evidenciar los claroscuros que, tanto sus decisiones, como sus razonamientos, han resultado determinantes para declarar la legitimidad y, por tanto, su debida aplicación de tales medidas preferentes en el ámbito jurídico de la integración europea. Dicho sea de paso, aun en el contexto europeo, han resultado estrategias claramente polémicas, sin estar exentas de notables resistencias. Sentando posturas que, en un primer momento, son a todas luces rechazadas, con una rotunda negativa (*Kalanke*), para después imprimir una cierta flexibilidad (*Marschall* y posteriores sentencias), pero resolviendo con marcada agudeza y rigor jurídico, en cuanto a los elementos y criterios condicionantes, para que puedan ser contempladas y aprobadas. De ahí que justamente

estos dos casos hayan sido el parteaguas para considerar *un antes y un después* en materia de acciones positivas en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres en el contexto comunitario europeo. Cabe mencionar que todos los asuntos se inscriben en la dinámica laboral propiamente dicha: tal peculiaridad no resulta sorprendente, atendiendo al origen de este derecho y principio fundamental de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

Para el logro de los objetivos señalados, en primer lugar hemos llevado a cabo la búsqueda y la respectiva selección de las sentencias aquí analizadas, en el recopilatorio jurisprudencial digitalizado de la Unión Europea *CURIA*, mismo que integra y compila su *Corpus iuris interpretatio* desde 1958 a nuestros días, marcándonos la pauta, la materia laboral, entorno que por excelencia ha tenido el protagonismo en el derecho fundamental en comento. En este mismo sentido, el presente trabajo cuenta con una metodología basada en un modelo analítico e interpretativo mediante el cual podremos identificar las posturas jurisprudenciales que dicho órgano jurisdiccional ha contemplado en sus pronunciamientos, cuáles han sido sus líneas interpretativas y argumentativas, qué criterios ha definido en cuanto a su legitimidad, su significado y alcance de las mismas, así como también los aspectos esenciales y característicos de cada uno de los asuntos planteados al Tribunal comunitario. Los casos que conforman las unidades de análisis de nuestro estudio son emblemáticos en la materia que nos ocupa, son las sentencias: *Kalanke, Marschall, Badeck, Abrahamsson, Lommers, Brichehe, Roca Álvarez y Maïstrellis*. Estas dos últimas sentencias en estricto sentido, más que acciones positivas, evidencian en gran medida, el doble filo de las medidas proteccionistas de la mujer, al reforzar los patrones socioculturales femeninos y masculinos. Decisiones todas que patentizan la complejidad que suponen este tipo de instrumentos de igualdad sustancial. No resulta sorprendente que los asuntos que analizaremos atienden, por un lado, al aspecto laboral, concretamente, al acceso del trabajo y a la promoción profesional, y por otra parte, a las condiciones de trabajo, particularmente respecto al permiso parental. Lo que una vez más revela el origen de la *cuestión social* de la igualdad entre mujeres y hombres. En tal sentido, baste recordar las emblemáticas sentencias *Defrenne I* (TJCE, 80/70), *Defrenne II* (TJCE, 43/75), y *Defrenne III* (TJCE, 149/77), con las cuales el Tribunal de Luxemburgo sentaría el origen y desarrollo de dicho derecho fundamental en la Europa comunitaria.

Si se parte de tales premisas resulta más que evidente que el derecho de igualdad y la prohibición de discriminación representa uno de los valores fundamentales de la Europa unida, en sus denominados *Tratados fundacionales* (derecho originario), así como también en la normativa de *derecho derivado*, conformada por las directivas comunitarias, jurisprudencia del TJUE, acuerdos, resoluciones, entre otros documentos jurídicos. Plasma en primera instancia el postulado de igualdad formal jurídica, para poco a poco ir transitando a una igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, esto es, una igualdad sustancial y material, y que para su logro, las acciones positivas representan, sin duda alguna, un instrumento de gran valía, cuyo fundamento jurídico dispone que, “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” (Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea [TFUE], 15/3/2022, artículo 157; Tratado de la Comunidad Europea [TCE], 15/3/2022, artículo 141). De igual modo expresa, “La

igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.” (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [CDFUE], 15/3/2022, artículo 23). Por su parte, también se disponía su base jurídica, expresando que, “La presente directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1o.” (Directiva 76/207 del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo [DE], 18/3/2022, artículo 2o.), normativa que con posterioridad será modificada por la Directiva 2002/73 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de septiembre de 2002.

Si bien estas medidas gozan de regulación normativa y legitimidad jurídica en los tratados comunitarios y en las directivas europeas —aunque tímida y limitadamente, dejando a discrecionalidad de los Estados miembros, su aplicación— será a través de la labor pretoriana del Tribunal de Luxemburgo, que de manera paulatina dichas estrategias puedan integrar un marco jurídico, brindándoles la debida legitimación en el contexto nacional de los países miembros de la Unión, sin estar exentas, como lo veremos, del cumplimiento de requisitos y condicionantes para que así sea.

De ahí que para abordar el tema de las acciones positivas resulte pertinente señalar que, desde el punto de vista conceptual, en la doctrina tales medidas han sido analizadas y estudiadas ampliamente. Por tanto, para efectos del estudio que nos ocupa, consideramos que bastará señalar que son instrumentos y herramientas para promover una mayor igualdad real, y remediar las desigualdades estructurales que históricamente han sido determinantes por razón de sexo, raza, color, etnia, religión, discapacidad u otras características, siendo insuficiente una igualdad meramente formal y jurídica (Marina Kapsar, 2021, p. 254). Particularmente para el presente trabajo, podríamos considerar que constituyen mecanismos para promover la igualdad de las mujeres en el empleo, debiendo necesariamente integrar toda una estrategia de igualdad de género (Christopher McCrudden, 2019, p. 6).

Ya adentrándonos en materia, en el ámbito jurisprudencial es necesario destacar el papel que la Corte comunitaria ha tenido en el desarrollo del principio de la igualdad de trato, mediante la interpretación y aplicación de la normativa comunitaria, de la que se han derivado importantes controversias. Se debieron resolver algunas sentencias en materia de igualdad entre mujeres y hombres, emitiendo así, sus posturas y criterios interpretativos en casos relacionados con la promoción del empleo en la administración pública, así como respecto al permiso parental. Concretamente, pronunciándose en relación con la interpretación de los artículos 2.1 y 2.4 de la Directiva 76/207, antes citada, y que justamente es la normativa que de manera puntual las consagra, misma que con posterioridad será objeto de modificación, en razón de la Directiva 2002/73 del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de septiembre de 2002, y ésta, a su vez, será derogada por la Directiva 78/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 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. Cabe aclarar que estas dos últimas directivas europeas suponen aspectos que exceden nuestro propósito central en este trabajo; sin embargo, de ser necesario, haremos las debidas referencias en su justa proporción temática.

II. KALANKE: EL INICIO DE UN SINUOSO CAMINO EN MATERIA DE IGUALDAD SUSTANCIAL. MARSCHALL: UN TANTO DESPEJADO PERO CONDICIONADO

De forma preliminar resulta interesante mencionar que en el ámbito europeo han sido Alemania y los países nórdicos los que en mayor número han desarrollado este tipo de medidas, principalmente en el terreno de la contratación laboral, otorgando preferencia a la candidata femenina respecto al candidato varón, en aras de conseguir una igualdad real y efectiva.

De ahí que al enfocarnos en el estudio de las acciones positivas resulta imprescindible referirnos al contenido de los artículos 2.1 y 2.4 de la Directiva europea 76/204/CEE, normativa que marcará el punto central para nuestro análisis de las sentencias aquí estudiadas. Por tanto, debemos señalar que el concepto del principio de igualdad de trato se define como “...la ausencia de toda discriminación por razón de sexo bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar” (DE, 18/3/2022, artículo 2.1). Por lo que corresponde a las acciones positivas, resulta un tanto curioso que dicha normativa —sin nombrarlas como tal— disponga que “la presente directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1o.” (DE, 18/3/2022, artículo 2.4). Y que, a nivel de técnica legislativa y con cierta suspicacia, diríamos que *ese detalle*, da cuenta de la apertura jurídica de tales medidas en contexto comunitario europeo (José García, 2002, p. 131).

En tal sentido, resultan de obligada referencia dos sentencias en particular, que marcarían la pauta en la tarea interpretativa del TJUE. Nos referimos al asunto *Kalanke* (TJCE, C-450/93) y al caso *Marschall* (TJCE, C-409/95). Ambas resoluciones judiciales relativas a la interpretación de los artículos 2.1 y 2.4 de la Directiva 76/207. Si bien en ambas sentencias se alude a la igualdad de trato entre mujeres y hombres —particularmente enfocada a otorgar preferencia a candidatas femeninas, en igualdad de capacitación con respecto a candidatos masculinos en el proceso de promoción profesional— los fallos también representan dos posiciones distintas en la línea interpretativa del TJ. En la primera (*Kalanke*), la Corte comunitaria se inclina por garantizar una igualdad formal, mientras que en la segunda (*Marschall*), pareciera que establece como vertiente interpretativa el principio de igualdad sustancial entre mujeres y hombres, pronunciamiento que resultaría decisivo para la aplicación de tales estrategias como instrumentos de igualdad real y efectiva. Veamos a detalle estos aspectos.

Transcurría la mitad de la década de los noventa cuando al Tribunal comunitario se le presenta lo que supondría el primer asunto en materia de acciones positivas, y que bien podríamos estimar, *una oportunidad de oro* para avanzar progresivamente en el logro de la igualdad sustancial, coyuntura que como constataremos, fue desaprovechada. Los efectos que provocó tal postura

jurisprudencial fueron contundentes, generando en su momento, una ola de críticas y debates de diversa índole (Samantha Moore, 1996; Beatriz Quintanilla, 1996; Lucía Ruano, 1995); las voces disidentes no se hicieron esperar ante tal decisión controversial; incluso la Comisión Europea se pronunció al respecto, mediante una Comunicación (COM (96) 88 final), documento en que afirmaba su legitimidad e invitaba a los países miembros a implementarlas, asentando que la no discriminación por razón de sexo constituía un derecho fundamental, un principio del derecho comunitario y, a la vez, un objetivo prioritario de la Unión Europea.

Pues bien, en esta sentencia la cuestión jurídica que se plantea es si una normativa alemana, concretamente la *Landesgleichstellungsgesetz* (Ley en lo concerniente a la igualdad entre mujeres y hombres en la función pública) del *Freie Hansestadt Bremen* (Land alemán de Bremen), resultaba compatible con el derecho comunitario, normativa nacional mediante la cual se disponía que en caso de igual capacitación de dos candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción, se conceda preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando como tal situación cuando las mujeres no superen la mitad de los puestos de distinta categoría y niveles previstos en la clasificación profesional de la entidad pública. Derivaron así, dos materias planteadas al TJ relativas a la aplicación de los artículos 2.1 y 2.4 de la *Directiva 76/207/CEE* y relacionadas con el artículo 4o. de la *Landesgleichstellungsgesetz* (Ley en lo concerniente a la igualdad entre mujeres y hombres en la función pública de Bremen).

Los hechos significativos que dieron origen a la sentencia en análisis son los siguientes. El señor Eckhard Kalanke, quien era candidato a ocupar un puesto de *Referatsleiter beim Grünflächenamt der Stadt Bremen* (jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen), mismo empleo al que aspiraba la señora Heike Glißmann, también candidata; ambos con *Berufsbezeichnung Höherer Landschaftsingenieur* (título profesional de ingeniería superior paisajista), y también ambos con labores en la misma área: el primero desde 1973 y la segunda desde 1975; con la misma cualificación profesional y desempeño como técnicos de planificación de jardines. Habiéndose sometido con anterioridad a un Comité de Conciliación, éste declara que, si bien los dos candidatos contaban con la misma cualificación profesional, dicho órgano decide otorgar la preferencia a ocupar la plaza vacante a la señora. Glißmann, candidata del sexo femenino, con fundamento en el artículo 4o. de la Ley nacional mencionada, que expresaba lo siguiente, “1) Al efectuar la selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de juez, que no tenga fines de formación, se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas”, considerando que, “5) Existe infrarrepresentación de las mujeres cuando, en los distintos grados de salarios, sueldos y retribuciones de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio, las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos. También existirá cuando suceda lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama”.

Tal situación es sometida al Tribunal comunitario, que debía determinar si dicha norma nacional resultaba oponible a la Directiva europea en cuestión. En esta sentencia en particular, debemos destacar varios aspectos de enorme trascendencia. El primero de ellos —y quizá el de mayor gravedad— es referente a la gran ausencia de análisis y sobre todo, de argumentación interpretativa de la Corte comunitaria en su decisión (Ma. Belén Sánchez, 2003, pp. 123 y 124), esto

es, no estudia el fondo de la cuestión, y se limita meramente, a pronunciarse sobre los fines, y no los medios y formas expresados en el artículo 2.4 de la Directiva 76/207, cuando deben estimar la proporcionalidad de los requisitos exigidos en el artículo 40. de la Ley de Bremen, y sobre todo matizar el criterio de infrarrepresentación femenina. Así lo declara: “Ha de destacarse que esta disposición tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social.” (TJCE, *Kalanke*, C-450/93, apartado 18).

Se puede observar una línea interpretativa más que lineal y a todas luces restrictiva, y peor aún, sin mayores argumentos (María Ángeles Martín, 1998, p. 324), centrándose en los de carácter estrictamente formal, y qué decir en cuanto a su interpretación, claramente inexistente. Pues a pesar de que destaca la finalidad de toda acción positiva, paradójicamente declara que se trata de excepciones, y como tales —estima— se deben considerar de manera restrictiva. (TJCE, *Kalanke*, C-450/93, apartado 21).

Un segundo elemento que destacar es la notoria confusión y ambigüedad del órgano jurisdiccional con respecto a la normativa estatal en cuestión, dado que la misma, supone sí, un tratamiento desigual/preferencial a las mujeres, más no de manera automática (María Amparo Ballester, 1998, p. 749; María Vittoria Ballestrero, 1997; Estefanía Esparza, 2018; José Suay, 1985). Por consiguiente, resulta erróneo considerar su aplicación de forma incondicional o absoluta —esto es, como cuota rígida— puesto que deben atenderse dos condicionantes: la existencia de la infrarepresentación femenina, y la igual cualificación profesional de los candidatos de ambos sexos (Alfonso Ruiz, 1996, p. 135). Así lo declara: “Ahora bien, una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo.” (TJCE, *Kalanke*, C-450/93, apartado 16). El Tribunal comunitario emite una postura interpretativa jurisprudencial que se observa evidentemente restrictiva y limitada, en esencia, basada en el criterio de aplicación automática, absoluta e incondicional, y, por tanto, atendiendo únicamente al principio de igualdad formal, asumiendo una concepción parca y acotada de la igualdad, sin analizar la cuestión a fondo (Manuel Atienza, 1996, pp. 117 y 118).

Finalmente, un tercer argumento en lo concerniente a la violación del principio de igualdad de oportunidades, y relativa a la ley nacional en cuestión, declaran que,

Un sistema de dicha naturaleza, en la medida que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los niveles y grados de un servicio sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 de su artículo 2o. por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades. (TJCE, *Kalanke*, C-450/93, apartado 23).

En tal sentido, la Corte comunitaria interpreta de manera parcial la igualdad de oportunidades, estimándola sólo como punto de partida (María Vittoria Ballestrero, 2006, p. 96; Miguel Rodríguez, 1997, p. 103). Está claro que lleva a cabo criterios interpretativos que adolecen de una sólida fundamentación, y, sobre todo, limitados y lineales, resolviendo que la normativa nacional que

garantiza a las mujeres, una prioridad absoluta e incondicional en un nombramiento de promoción, sobrepasa los límites de la excepción relativa a la acción positiva (TJCE, *Kalanke*, C-450/93, apartado 24).

Un segundo caso emblemático en materia de acción positiva, es la sentencia *Marschall* (TJCE, C-409/95). El señor Helmutt Marschall laboraba como profesor titular en un centro educativo en la ciudad alemana de Schwerte, Renania del Norte-Westfalia, quien se presenta a un concurso para el puesto de *Qualifizierter Lehrer für die Sekundarstufe* (docente capacitado para la enseñanza secundaria de primer grado). Sin embargo, la *Bezirksregierung Arnsberg* (oficina de gobierno) le comunica su intención de reservar dicha plaza a una candidata, conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 25 de la *Beamtengesetz* (Ley de la Función Pública) del *Land de Nordheim-Westfalen*, que establecía tratamientos preferenciales —en los concursos de la promoción de la administración pública en el ámbito educativo— para mujeres, en igualdad de condiciones en cuanto a cualificación profesional y que se encontrasen infrarrepresentadas en el sector objeto de promoción laboral.

Ante tal hecho, el señor Marschall presenta una alegación a la misma oficina gubernamental, que fue desestimada debido a que, si bien ambos candidatos contaban con mismos méritos profesionales, la candidata debía ser promovida forzosamente, conforme a la normativa nacional citada, pues el número de mujeres era menor con respecto a los varones. Dadas tales circunstancias, el señor Marschall interpone un recurso ante el *Verwaltungsgericht Gelsenkirchen* (Tribunal Administrativo de la región) solicitándole su promoción laboral. Dicho órgano jurisdiccional consideró pertinente someter la cuestión ante la Corte comunitaria, planteándosele, de nueva cuenta, la misma cuestión interpretativa, al igual que en el caso *Kalanke*, relativa al apartado 1 y 4 del artículo 2o. de la Directiva 76/207, y que, como podremos constatar, da un *giro hermenéutico* (Carlo Gimeno y María Isabel Rofes, 1998, p. 231; Elisa Sierra, 2018, p. 59), respecto a su postura interpretativa, al resolver de forma más precisa los criterios que pueden tomarse en cuenta para analizar, si en este caso, la diferencia de trato estaría objetivamente justificada.

Resulta interesante señalar que tanto el caso *Marschall*, como la sentencia *Kalanke*, se refieren a la promoción laboral. Es más, el TJ se pronunciaría en términos similares, pero no iguales, es decir, retomando los mínimos argumentos declarados en el asunto *Kalanke*, pero esta vez —sentencia *Marschall*— fijando matices y criterios de puntual trascendencia. Uno de ellos, con respecto a la posibilidad que el candidato varón, cuente con elementos que resulten determinantes para ser preferido en los puestos laborales, a lo que el TJ denominaría *cláusula de apertura*. (TJCE, *Marschall*, C-409/95, apartado 24). Criterio jurisprudencial que definirá el inicio de una interesante evolución jurisprudencial en materia de acciones positivas, al asumir primero una línea interpretativa claramente restrictiva, examinada en el caso *Kalanke* (Rafael Sastre, 2004, p. 16); en el asunto *Marschall* postula claroscuros en cuanto a la legitimidad de tales estrategias, advirtiendo requisitos y condicionamientos concretos. Esto es, *flexibilizando* o *atenuando* (Walter Oppenheimer, 1997) la preferencia automática de las candidatas femeninas, siempre y cuando se tomen en consideración aquellos motivos que pudiesen favorecer al candidato masculino. En tal sentido, se puede percibir al TJ con una mayor sensibilidad social, tomando en consideración la existencia de patrones socioculturales que, en gran medida, determinan el predominio de

situaciones de hecho en la estructura social europea, generando tratamientos discriminatorios (TJCE, *Marschall*, C-409/95, apartado 26).

Sin embargo, tal consideración no determinará su fallo, ya que si bien admite la compatibilidad de estas medidas con el derecho comunitario, también enuncia matices en su pronunciamiento interpretativo, pues “...esta norma nacional que favorece especialmente a las candidatas femeninas no puede garantizar a las mujeres la preferencia absoluta e incondicional en una promoción sin sobrepasar los límites de la excepción establecida en esta disposición (sentencia Kalanke, antes citada, apartados 21 y 22). (TJCE, *Marschall*, C-409/95, apartado 32).

En este mismo sentido, el Tribunal *reconoce* que la mera igualdad formal no necesariamente supone la eliminación de discriminaciones, sino que se requieren medidas dirigidas a la efectiva igualdad de oportunidades, y acepta las *bondades* y *virtudes* de tales estrategias, que *podrán* ser implementadas de forma automática: cuando predomine una infrarrepresentación femenina, y en caso de igualdad de méritos de ambos candidatos.

En comparación al asunto *Kalanke*, en el fallo *Marschall*, el TJ emitiría una mayor argumentación interpretativa, al reconocer la legitimidad de las acciones preferentes a las candidatas femeninas (Miguel Rodríguez-Piñero, 1996, p. 7), concibiendo la denominada *clausura de apertura* (Rafael Palomino, 2008, p. 498), y aplicando a manera de excepción, la preferencia de la mujer, si concurren circunstancias, motivos o criterios específicos en el candidato masculino que determinasen su preferencia. (TJCE, *Marschall*, C-409/95, apartado 33).

Si bien tal pronunciamiento muestra una línea interpretativa favorable, con respecto a las medidas de acción positiva, mantiene una concepción básica de la igualdad de trato de corte estrictamente formal, y que le impide asumir una visión de apertura, sustancial para contemplar una igualdad material y efectiva.

III. LA SENTENCIA BADECK: ¡LA TERCERA ES LA VENCIDA!: EVIDENTE CONSOLIDACIÓN DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Un tercer asunto es el caso *Badeck* (TJCE, C-158/97), en el cual el TJ emitiría su fallo estableciendo de manera explícita los condicionamientos necesarios para considerar si una normativa nacional es compatible a lo dispuesto por la Directiva 76/207.

En esta sentencia también se plantea la validez de medidas de promoción de la mujer relacionadas al acceso a puestos de trabajo, acceso a la formación, y a las entrevistas de trabajo, debiendo el Tribunal comunitario examinar la interpretación del apartado 1o. y 4o. de la Directiva 76/207, con respecto a la *Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und zum Abbau von Diskriminierung von Frauen in der öffentlichen Verwaltung* (Ley alemana del Land de Hesse sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres), normativa que postulaba la eliminación de la discriminación de las mujeres en la administración pública, cuya inconstitucionalidad sería planteada por diversos diputados del Parlamento alemán, sujeta a un procedimiento de control de legalidad, por considerar algunos de sus preceptos contrarios a la Constitución estatal de Hesse.

Es de llamar la atención este caso en particular, puesto que representará la primera sentencia que el Tribunal comunitario examinaría —una vez entrado en vigor el Tratado de Ámsterdam— y consagraría la plena validez de las medidas de acción positiva (Heike Dieball, 2000, p. 264). Pues bien, este asunto se origina a raíz del *Normenkontrollverfahren* (procedimiento de control de legalidad) de la *Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung* (Ley del Land de Hesse sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la administración pública), a instancia del señor Georg Badeck —normativa cuya finalidad correspondía a lograr la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a cargos públicos mediante la adopción de planes de promoción relativos a las condiciones de acceso, de trabajo y de carrera de la mujer— quien consideró que dicho plan de promoción laboral le suponía tratamientos discriminatorios. Examinemos sus elementos interpretativos más significativos.

El criterio interpretativo que declara el TJ es relativo al establecimiento de ciertos requisitos a los que se deben ajustar aquellos tratamientos que concedan preferencia a mujeres en los sectores en los que se encuentren infrarrepresentadas, condicionamientos que determinarán su adecuación al derecho comunitario, reafirmando así los fallos expresados en las dos sentencias anteriores: *Kalanke* y *Marschall*.

Pues bien, el primero de ellos concierne al lineamiento ya expresado en la sentencia *Kalanke*, relativo a la inadmisibilidad de aquel sistema de medidas que otorguen, de forma automática, absoluta e incondicional, tratamientos preferentes a las candidatas femeninas, con respecto a candidatos masculinos con igual capacitación. Un segundo condicionamiento —expresado en el fallo *Marschall*— y que se refiere a que las candidaturas deberán ser estimadas de forma objetiva, tomando en consideración las situaciones particulares de índole personal de los candidatos. De esta manera, la Corte de Justicia integra estos dos criterios interpretativos. (TJCE, *Badeck*, C-158/97, apartado 23). Por consiguiente, el TJ asume una postura reiterativa en cuanto a su matiz interpretativo declarado en las dos sentencias previas —*Kalanke* y *Marschall*— insistiendo su negativa respecto al sistema que establezca cuotas de forma rígida, es decir, medidas que dispongan prioridad absoluta y automática a las mujeres (Ilaria Viarengo, 2001, p. 65), en aquellos sectores en los que se encuentren infrarrepresentadas. De tal manera que el TJ retomaría el camino andado (Ascensión Elvira, 2002, p. 72), especialmente la línea interpretativa examinada en la sentencia *Marschall*, tomando como elemento crucial la denominada *cláusula de apertura*, al mismo tiempo que cuestionaría cinco sistemas particulares contemplados en la legislación local germana, para dar acceso equitativo a los puestos de servicio público: cuota de resultado flexible, cuota académica de resultado flexible, cuota estricta de formación, cuota de entrevista y, por último, cuota para entidades colectivas.

De tal suerte, la Corte comunitaria considera tres criterios puntuales en su posición interpretativa: El primero de ellos es relacionado con la forma de la medida dispuesta en la Ley nacional, optando por una cuota de resultado flexible, atendiendo a las características y circunstancias específicas del sector o ámbito en el que se pretende aplicar la acción positiva, esto es, sin uniformidad ni automatismo, sino cuando la infrarrepresentación opere como indicio de la existencia de una situación que resulte desfavorable para las mujeres. (TJCE, *Badeck*, C-158/97,

apartado 28). No cabe duda que el TJ niega el carácter automático del sistema de cuota de resultado flexible, que cuando los candidatos tengan la misma cualificación, se deba preferir a la candidata mujer (*Marschall*) rechazando la forma rígida, automática y cerrada del régimen de cuotas cuestión muy diversa a las cuotas de resultado flexible, al considerarlo un sistema lícito, aun y cuando llegue a afectar el resultado (Miguel Rodríguez-Piñero, 1997, p 108).

Una segunda cuestión es referente al respeto del principio del mérito, esto es, la valoración de la aptitud, experiencia y cualificación profesional en relación con los requisitos y exigencias que se establecen en el puesto a desempeñar. Un tercer elemento es que a igual cualificación entre candidatos de uno u otro sexo, la aplicación de la medida de acción positiva estará condicionada a que no exista ningún motivo o rango jurídico superior, que cancele la preferencia en favor de la mujer para que se otorgue el puesto de trabajo, al candidato masculino. Conviene añadir que el término *rango superior jurídico* empleado por la Corte comunitaria, si bien imprime *novedad*, también genera ambigüedad, porque ni el propio órgano jurisdiccional emite interpretativamente su sentido, lo que supone, sí, una cuestión novedosa, pero a la vez, oscura, limitativa y restrictiva. Ello puede ser atenuado con lo expresado por el presidente del *Land* quien fundamenta este motivo en el Estado social y en la protección del matrimonio y de la familia (Peter A. Köhler, 2000; Amparo Merino, 2002; Elisa Sierra, 2000). Y que se refieren a aspectos de la realidad social que determinan la situación de evidentes desventajas y desigualdades para colectivos sociales (Kristina Küchhold, 2001, p. 119), entre los que se encuentran las mujeres. (TJCE, *Badeck*, C-158/97, apartado 34).

Otro de los aspectos en suma relevantes de esta sentencia, es la línea interpretativa de corte teleológica-extensiva desarrollada por el TJ, al considerar como uno de los objetivos fundamentales de la acción positiva, la reserva, no de puestos de trabajo, sino de plazas de formación profesional para las candidatas femeninas, en cuyas áreas persiste una infrarrepresentación femenina, y a igual cualificación profesional con respecto a los candidatos varones, planteándose la idoneidad, la capacidad y el desempeño profesional, como los principales criterios de selección (Steve Mazurana *et. al.*, 2002, p. 456). De ahí que estime tales medidas de acción positiva, compatibles con lo previsto en el artículo 2.4 de la Directiva 76/207. Así lo declara: “La disposición controvertida en el procedimiento principal se inserta en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades. Lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino plazas de formación profesional para obtener una cualificación con miras a un acceso posterior a puestos cualificados en la función pública” (TJCE, *Badeck*, C-158/97, apartado 52). Así, el TJ declara la finalidad de la normativa germana: una mayor cualificación para acceder a puestos en la función estatal, apartado que ilustra otra de las directrices interpretativas del Tribunal —la de tipo genética— cuyo objetivo es lograr una mayor presencia femenina en puestos académicos de formación profesional.

Por tanto, en la sentencia *Badeck*, el Tribunal de Justicia se muestra evidentemente más receptivo a admitir las medidas de acción positiva, atendiendo los criterios puntuales expresados, marcos interpretativos que, sí o sí, sentarían nítidamente, un antes y un después, en el ámbito de formación y promoción laboral, al sentar su labor interpretativa extensiva y en clara congruencia con lo expresado por parte del legislador comunitario, en el artículo 141, apartado 4, del Tratado de Ámsterdam (Teresa Pérez del Río, 2005, p. 49), y con los diversos programas y estrategias comunitarias implementadas. Sin embargo, no deja de ser significativo que atendiendo los

razonamientos sentados en esta sentencia, niegue los criterios discriminatorios de selección, pronunciándose sólo de forma implícita, y no ya, de manera abierta y evidente (Ángel Arias, 2001, p. 50), lo que sin duda abonaría a la polémica visión y aplicación de las medidas de igualdad sustancial.

A pesar de lo anterior, sin duda alguna, el caso *Badeck* representaría el parteaguas en lo que se refiere a la visión interpretativa de evidente apertura en materia de acciones positivas, en obviada a sus específicas particularidades, sentando los alcances y límites de tales medidas. Aunque claro está, sin estar exenta de *posibles riesgos de confusión* (Linda Waddington y Mark Bell, 2011, p. 1512), expandiendo el carácter instrumental de tales medidas.

IV. ABRAHAMSSON Y LOMMERS: MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN EL ENTORNO UNIVERSITARIO LABORAL

Ahora bien, un cuarto asunto en el que el TJ debía pronunciarse respecto a la validez de las acciones positivas en el marco de la interpretación del artículo 2o., apartados 1 y 4, de la *Directiva 76/207/*, es la sentencia *Abrahamsson* (TJCE, C-407/1998), que surge a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el *Överklagandenämnden för Högskolan* (Comisión de Recursos de los Establecimientos de Enseñanza Superior), sobre un concurso universitario para acceder a una plaza docente en el área de las ciencias de la hidrosfera en la Universidad de Göteborg, y en el que se determinaría la compatibilidad del derecho comunitario respecto a la *jämställdhetslagen* (Ley nacional sueca sobre la igualdad entre los sexos). Normativa que establece, en el sector de la enseñanza superior, una discriminación positiva en la contratación en favor de candidatos que pertenezcan al sexo que esté infrarrepresentado, al contemplar en su numeral 3 que: “Al candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea las aptitudes suficientes... se le concederá la preferencia frente al candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado, si ello fuere necesario para nombrar al candidato del sexo infrarrepresentado”. Sin embargo, la limitación se expresa en los términos siguientes: “No obstante, se excluirá la discriminación positiva cuando la diferencia entre las capacitaciones de los candidatos sea tan importante que de ella resultaría una vulneración de la exigencia de objetividad en el momento de la contratación”. Revisemos este asunto.

El caso se origina por la demanda interpuesta por el señora Abrahamsson y el señor Anderson —ambos candidatos a ocupar la vacante docente en la universidad sueca— a razón de la decisión de la autoridad universitaria en otorgar la plaza docente en disputa, a una tercera candidata, la señora Folvegist, al estimarse que, aun cuando existía diferencia de méritos en favor del señor Anderson, ello no resultaba suficiente para lesionar la condición de objetividad en la asignación de los puestos de trabajo, decisión que fue confirmada por el tribunal sueco, quien de acuerdo a las alegaciones expuestas por las partes, declarararía al señor Anderson como el candidato más competente. No obstante, el tribunal nacional expuso que el nombramiento de la señora Folvegist —al ser la candidata seleccionada— no suponía vulneración alguna del requisito de objetividad en la asignación de la plaza docente, aun y cuando contaba con méritos académicos menores para ello; elemento clave que como veremos, definirá la línea interpretativa del TJ para declarar la invalidez de dicha normativa sueca con respecto a la Directiva comunitaria 76/207. En tal sentido lo declara:

Por el contrario, según esta normativa, un candidato a un empleo en la función pública que pertenece al sexo infrarrepresentado y que posee la capacitación suficiente para dicho empleo debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado, si dicha medida fuere necesaria para nombrar al candidato del sexo infrarrepresentado (TJCE, *Abrahamsson*, C-407/1998, apartado 51).

Por tanto, el TJ considera que, en definitiva, se había concedido de manera automática la contratación docente a la señora Folgevist, sin haberse valorado objetivamente los méritos y cualidades profesionales de las y los candidatos, confirmando así las directrices hermenéuticas sentadas, tanto en el asunto *Marschall*, como en la sentencia *Badeck* (Encarnación Fernández, 2005; María Vittoria Ballestrero, 2006). A este respecto, el TJ asume una línea de interpretación evidentemente limitativa y restrictiva en cuanto a la aplicación de la acción positiva como instrumento o medio para otorgar y favorecer a una persona de un sexo en particular, sin la debida valoración objetiva. Así lo afirma:

De ello se deduce que la normativa controvertida en el litigio principal concede automáticamente la preferencia a los candidatos del sexo infrarrepresentado, siempre que estén suficientemente capacitados, con el único requisito de que la diferencia entre los méritos de los candidatos de cada uno de los sexos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos. (TJCE, *Abrahamsson*, C-407/1998, apartado 52).

En esencia, son dos los aspectos en los que el TJ centra su línea argumentativa. El primero, la preferencia automática a la señora Folgevist y, por consiguiente, la ausencia de valoración y examen objetivos de las condiciones y cualificaciones profesionales del conjunto de las y los candidatos, como criterios determinantes para la aplicación de las medidas de igualdad sustancial (Peter A. Khöler, 2000, p. 64). De modo que declara lo siguiente:

A este respecto, es importante destacar que el alcance de este requisito no se determina de forma precisa, de modo que la selección de un candidato, entre aquellos que tengan las capacitaciones suficientes, se basa, en definitiva, en el mero hecho de que pertenezca al sexo infrarrepresentado, incluso cuando los méritos del candidato así seleccionado sean inferiores a los de un candidato del sexo opuesto. Por añadidura, no se realiza un examen objetivo de las candidaturas que tenga en cuenta las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos. De ello se deduce que dicho método de selección no puede estar legitimado por el artículo 2o., apartado 4, de la Directiva. (TJCE, *Abrahamsson*, C-407/1998, apartado 53).

Un segundo elemento de su directriz interpretativa y argumentativa corresponde al método de selección, considerándolo desproporcionado con respecto a la finalidad u objetivo de tales instrumentos de igualdad material. (TJCE, *Abrahamsson*, C-407/1998, apartado 55). Sin la menor duda, y en comparativa a los criterios interpretativos trazados en el caso *Badeck*, resulta más que evidente que en esta sentencia, el TJ desarrollaría su labor interpretativa bajo las mismas líneas hermenéuticas, pero emitiendo su fallo en sentido negativo, quién a manera de *vaivenes hermenéuticos*, declararía incompatible con el derecho comunitario, la ley sueca que permite el acceso femenino con menos cualificación (El País, 2000). Definitivamente, este asunto supone un punto de inflexión y de desconcierto, en el que el TJ soslaya el objetivo central de toda medida de acción positiva —lograr la igualdad material entre mujeres y hombres— al interpretar, bajo una tesitura claramente positivista, y teniendo como eje rector de su directriz jurisprudencial, la exigencia de objetividad en la selección de las aptitudes de las personas candidatas al puesto vacante, al estimar que se otorgó la plaza vacante de manera absolutamente arbitraria (Paul Hodapp

et al. 2002, p. 38; Steve Mazurana *et al.* 2002, p. 453), elemento interpretativo que soporta la línea sustancial de argumentación jurisprudencial.

Otro caso que resulta igualmente destacable es el asunto *Lommers* (TJCE, C-476/99), en el que el TJ sentaría las bases interpretativas en materia de condiciones de trabajo, estimándolas como tal, la prestación del servicio de guarderías, como se establece en el contenido normativo de la Directiva 76/207, para así favorecer el desarrollo profesional de las mujeres. Revisemos algunos de sus aspectos más relevantes.

Este asunto se origina por la solicitud presentada por el señor Lommers —quien laboraba en el *Ministerie van Landbouw Natuurbeheer en Visserij* (Ministerio de Agricultura, del Patrimonio Natural y Pesca) en Países Bajos, y cuya esposa desempeñaba una actividad laboral para otro empleador— y que consistía en la reserva de una plaza en una guardería para su hijo, que estaba próximo a nacer, petición que le fue denegada, en razón de que la institución sólo contemplaba el acceso de tales servicios para funcionarios en casos de emergencia, fundamentada en la circular núm. P 93-7841 adoptada el 15 de noviembre de 1993. Y en ella se disponía para su personal femenino, un determinado número de plazas de guardería, de las que algunas, correspondían a un servicio proporcionado por el propio Ministerio. Así lo disponía: “Los servicios de guarda de hijos están reservados, en principio, exclusivamente al personal femenino del Ministerio, salvo en caso de urgencia, que corresponderá apreciar al director”.

Ante esta desestimación, el señor Lommers acudió a otra instancia, la *Commissie Gelijke Behandeling* (Comisión de Igualdad de Trato), solicitándole se pronunciara sobre la postura expresada por el Ministerio referido y la *Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen* (Ley relativa a la igualdad de trato entre mujeres y hombres) en cuyo artículo 10. expresaba que, “En el servicio público, la autoridad competente no podrá hacer distinciones entre hombres y mujeres...— entre otros supuestos—, en las condiciones de trabajo...”; sin embargo, en su numeral 50. disponía que, “Se podrán establecer excepciones a los artículos 10. , 20. , 30. y 40., cuando la distinción que se efectúe tenga por objeto situar a las mujeres en una posición privilegiada con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de hecho y guarde una relación razonable con la finalidad y el objetivo que se pretende alcanzar”.

En vista de la sentencia del 8 de octubre de 1996, expresada por el *Arrondissementsrechtbank te 's- Gravenhage* (Tribunal de Distrito en La Haya, Países Bajos), a través de la cual desestimaba el recurso interpuesto por el señor Lommers, quien habiendo transcurrido un mes presentó recurso de apelación contra tal sentencia, al *Centrale Raad van Beroep* (Junta Central de Apelación) alegando una evidente exclusión para resultar beneficiario de dicha medida, argumento que el órgano jurisdiccional nacional planteó al Tribunal de Luxemburgo, debiendo pronunciarse respecto a resolver si resulta oponible —a lo previsto en el artículo 20., apartados 10., y 40., de la Directiva 76/207— una normativa establecida por un empleador, que reserva exclusivamente a las trabajadoras las plazas de guardería subvencionadas por él, de las que un trabajador únicamente puede disfrutar si se encuentra en una situación de urgencia, cuya apreciación corresponde al empleador.

Una primera acotación significativa de este fallo, es en cuanto a la línea interpretativa de corte extensiva que desarrolla el TJ, contemplando el servicio de guarderías subvencionadas por el empleador, inserto en el concepto de condiciones de trabajo (TJCE, *Lommers*, C-476/99, apartado 26).

Un segundo aspecto es referente al ámbito que aborda este caso, y que en materia de igualdad entre mujeres y hombres, se ha configurado como un factor determinante: la conciliación de la vida familiar y laboral, temática en la que la gran mayoría de los casos, las mujeres han sido quienes se ven obligadas a compaginar ambos espacios. Hay que señalar que, a primera vista, se pudiera estimar que los pronunciamientos del TJ contribuyen y legitiman el reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres, al contemplar la preferencia en el goce de este servicio, a las trabajadoras; sin embargo, el TJ declara que

...una medida como la controvertida en el litigio principal tiene, ante todo, un carácter práctico. En efecto, la puesta a disposición de plazas de guardería permite que el trabajador no tenga que afrontar las incertidumbres y las dificultades que caracterizan la búsqueda de una guardería para su hijo que resulte al mismo tiempo adecuada y asequible. Así pues, una medida de esta índole tiene como objeto y como efecto principales, particularmente en un contexto caracterizado por una oferta insuficiente de plazas de guardería, facilitar el ejercicio de la actividad profesional de los trabajadores afectados. (TJCE, *Lommers*, C-476/99, apartado 29).

Por consiguiente, el Tribunal de Luxemburgo tomará como un primer elemento sustancial para emitir su criterio interpretativo, la persistente infrarrepresentación femenina en el Ministerio de Agricultura, ya no solo en un sector específico, sino también en áreas de mayor jerarquía laboral. Por lo que, a su criterio, resulta compatible la aplicación de medidas de acción positiva, con el objeto de paliar los efectos discriminatorios que resultan de una situación de desventaja de las mujeres, respecto a las condiciones laborales, quienes ante las dificultades de búsqueda de servicios de guardería, se ven obligadas a renunciar a su empleo. De igual modo, destaca una de las características principales de las medidas de acción positiva, que en principio y en apariencia, suponen un tratamiento desigual, dirigidas al fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Un segundo elemento, en suma relevante y en el que perfilará su argumentación interpretativa —a nuestro criterio, de manera por demás sólida y contundente—, es lo relativo a la existencia de una mayor demanda de servicios de guardería, frente a la oferta limitada de las mismas, interpretando que la reserva de plaza de guardería resulta en favor de las mujeres trabajadoras, y si bien constituye una distinción de trato basada en el sexo, debe cumplir una serie de requisitos que definan su adecuación a la normativa comunitaria como una excepción a un derecho fundamental conforme a lo dispuesto por la Directiva 76/207. Así lo manifiesta:

En el presente asunto, es necesario tener en cuenta, no obstante, la circunstancia de que en el contexto de una oferta insuficiente, como ha quedado señalado anteriormente el número de plazas de guardería disponibles en virtud de la medida controvertida en el litigio principal es, en sí mismo, limitado y que existen listas de espera para las funcionarias del Ministerio de Agricultura, de modo que ni siquiera estas *últimas* están seguras de poder obtener una plaza. (TJCE, *Lommers*, C-476-99, apartado 33).

En este mismo sentido, el TJ asume la oferta insuficiente de plazas para acceder al servicio de guardería, como un obstáculo para las mujeres trabajadoras del Ministerio estatal. Por tanto,

podemos identificar una segunda línea interpretativa del TJ en clave teleológica, al afirmar que la medida nacional en cuestión, si bien pudiese perpetuar y generar el reparto de obligaciones de forma tradicional y desigualitario entre mujeres y hombres —al excluir a los padres funcionarios del goce de esta prerrogativa— ésta tiene como objetivo central el goce de determinadas condiciones de trabajo dirigidas a favorecer el desarrollo de las carreras profesionales de las mujeres trabajadoras.

Del mismo modo, el TJ considera un elemento de *rango jurídico superior*, el cuidado y la atención a los hijos pequeños como un factor legítimo (*Marschall, Badeck*), que a manera de *resquicio*, rompe el carácter automático de la medida en favor de las mujeres trabajadoras, debiéndose estimar aspectos personales con miras a la vigencia de un Estado social de derecho (Amparo Merino, 2002, p. 118; Elisa Sierra, 2018, p. 60), medidas que deberán estar objetivamente justificadas por una finalidad legítima, así como también observándose si los medios resultan ser los adecuados y necesarios.

Aunado a lo anterior, el TJ lleva a cabo un *matiz* interpretativo al declarar que la medida en cuestión no supone la exclusión total de los funcionarios en el goce del servicio de guardería, sino que corresponderá al empleador apreciar sus solicitudes en el caso de urgencia (Gianni Arrigo y Guiseppe Casale, 2017, p. 252), estimando como tal, aquellos supuestos en los que de manera exclusiva corresponda a los funcionarios masculinos el cuidado y la educación de sus hijos (TJCE, *Lommers*, C-476/99, apartado 45). Esquema interpretativo que dota al empleador de una gran discrecionalidad (Amparo Merino, 2002, pp. 123-126), al ser quien estimará el curso de las solicitudes de aquellos funcionarios masculinos que pretendan acceder a una plaza de servicio de guardería.

V. SENTENCIA BRIHECHE: NO TODO LO QUE BRILLA ES ORO

Un caso no menos interesante es el asunto *Briheche* (TJCE, C-319/03), en el que de nueva cuenta se plantea la validez de una normativa nacional mediante la cual se reservan a las viudas que no se hayan vuelto a casar, la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público, con respecto a la interpretación de la Directiva europea en estudio.

La sentencia se origina por la controversia planteada entre el señor Serge Briheche, —de 48 años, viudo, sin haber contraído segundas nupcias, con un hijo a su cuidado, y candidato a superar varias oposiciones (procesos de selección para el acceso a la función pública)— y el *Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Education nationale y Ministre de la Justice* (Ministro del Interior, Ministro de Educación Nacional y el Ministro de Justicia de la administración pública francesa) para un puesto de trabajo como auxiliar o secretario administrativo, procesos administrativos en los que le fueron denegadas sus solicitudes, atendiendo a que superaba la edad de 45 años. Dicha circunstancia constituye el punto medular del litigio, límite que de acuerdo a la *loi n° 2001-397, du 9 mai 2001, relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes* (Ley núm. 2001-397, del 9 de mayo de 2001, relativa a la igualdad profesional entre mujeres y hombres), en cuyo artículo 34 se incluía a los hombres solteros con al menos un hijo a cargo que se vean en la necesidad de trabajar, como beneficiarios de la supresión de los límites de edad para el acceso al empleo en el sector público. Ante varios recursos denegados presentados por el señor Briheche, el Tribunal

Administrativo de París decidió suspender el procedimiento y plantear la cuestión prejudicial al TJ. Exploremos los aspectos más destacados de este asunto.

Un primer apunte de esta sentencia es que el TJ fijará como directriz interpretativa inicial que se trata de un supuesto de discriminación directa por razón de sexo (Fernando Castillo de la Torre, 2005, p. 359; Ma. José Dilla 2005, p. 43; Teresa Pérez del Río, 2005, p. 165; Miquel Porret, 2010, p. 7), derivada de una medida, que se estima como acción positiva —por lo menos en primera instancia, por la normativa francesa— pero *a los ojos* de la Corte comunitaria, supondría un trato preferencial para las mujeres de manera automática. Así lo expresa:

Una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé, en materia de admisión a oposiciones externas convocadas para la selección de funcionarios, la exención del límite de edad para las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, entraña una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 3o., apartado 1, de la Directiva, en perjuicio de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación. (TJCE, *Briheche*, C-319/03, apartado 20).

Como tal, es recogido por el TJ, que expresamente rechaza tales medidas, puesto que suponen una discriminación directa por razón de sexo, al excluir de dicha normativa a los viudos. De acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo, tal medida nacional supone una prioridad absoluta e incondicional en favor de las mujeres, desproporcionada con el objetivo que se pretende (Cristina Córdoba, 2005, p. 35). De este modo lo declara:

Una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas en los sectores de la función pública debe considerarse compatible con el derecho comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de marzo 2000, Badeck y otros, C-158/97, Rec. p. I-1875, apartado 23). (TJCE, *Briheche*, C-319/03, apartado 23).

No cabe duda que observamos a un TJ fijar su línea jurisprudencial restrictiva y acentuadamente reiterativa, emitiendo su postura mediante un *reforzamiento hermenéutico* fundamentado en los criterios emitidos en asuntos previos (*Kalanke, Marschall, Lommers y Badeck*); esto es, basa su argumento interpretativo en el principio de igualdad formal, y omite desarrollar una labor interpretativa sustancial, limitándose a plasmar su directriz interpretativa en el principio de proporcionalidad. (TJCE, *Briheche*, C-319/03, apartado 24).

De ahí que el marco interpretativo del TJ se centró fundamentalmente en el debido cumplimiento del principio de proporcionalidad, que toda medida de acción positiva debe atender (Uladzislau Belavusau y Kristin Henrard, 2019, p. 633; Teresa Pérez del Río y María Zambonino, 2008, p. 54) orientadas a garantizar un justo equilibrio entre los objetivos y beneficios que se pretenden lograr, al suprimir una situación discriminatoria, con los medios e instrumentos empleados para conseguir tales fines (Jean-Louis Clergerie, 2005, p. 348; Christopher McCrudden, 2019, p. 47). Y que sin duda, implica una evidente subordinación del derecho individual a no ser discriminado, con miras a la igualdad material entre los grupos sociales menos representados. (TJCE, *Briheche*, C-319/03, apartado 28).

Resulta evidente que en esta sentencia el TJ reitera sus líneas y orientaciones interpretativas, declaradas en los asuntos Marschall, Badeck y Lommers, al expresar que toda excepción al principio general de igualdad de trato, debe estar supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos, que aun siendo aparentemente discriminatorias, el objetivo fundamental de tales medidas se dirige a eliminar o aminorar las desigualdades de hecho que existen en la realidad social (Kalanke, Marschall, Abrahamsson).

VI. ROCA ÁLVAREZ Y MAÏSTRELLIS: CORRESPONSABILIDAD ES LA CLAVE

Ahora bien, uno de los aspectos que sin duda trastoca el entorno laboral —concretamente en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, al modificar la carga horaria laboral— es el ámbito de la conciliación de las cargas familiares y laborales, en particular, al permiso de lactancia, también conocido como permiso parental. En tal sentido, el TJ ha tenido oportunidad de pronunciarse concretamente en dos asuntos: *Roca Álvarez* (TJUE, C-104/09) y *Maïstrellis* (TJUE, C-222/14).

El caso *Roca Álvarez* (TJUE, C-104/09) es un litigio judicial originado en España, en el que el TJ resolvería respecto a si la exclusión del derecho de permiso de lactancia para el padre trabajador por cuenta ajena se oponía a la normativa expresada en los artículos 20. y 50. de la anterior Directiva 76/207/CEE en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el entorno laboral, actual Directiva 2006/54. Justamente, resulta interesante, dada la postura jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, a todas luces de avanzada (Leone Candida, 2010, p. 515; Anne Flindall, 2010, p. 349), fijando planteamientos distintos y resolviendo otorgar el permiso parental a un progenitor masculino (Laura Capuccio, 2011, p. 167). A este respecto, es importante señalar que en el conjunto de las normativas nacionales, se contemplan diferentes modalidades de aplicación del permiso parental (María Amparo Ballester, 2017-II, p. 81); en España es el denominado permiso de lactancia y que solo se otorgaba a las madres trabajadoras por cuenta ajena. Revisemos sus pormenores.

El señor Pedro Roca laboraba para la empresa *Sesa Start España ETT, S. A.*, donde solicitó se le reconociera dicho permiso, en su calidad de progenitor, petición que le fue denegada, argumentando que su esposa era trabajadora por cuenta propia. Ante tal circunstancia, acudió al Tribunal Superior de Justicia de Galicia para recusar tal posición; que ratificada la negativa a concederle el permiso, aludiendo a que éste correspondía sólo a las madres trabajadoras de cuenta ajena.

Un primer aspecto a señalar es que el TJ declara que la medida que niega al señor Roca Álvarez, a disfrutar del permiso de lactancia, supone una discriminación directa por motivos de sexo (TJCE, C-104/09, apartado 25; María Amparo Ballester, 2016, p. 80; 2017-II, p. 73; José Carlos Fernández, 2010, p. 3). Un segundo aspecto es que, si bien es cierto, la finalidad original de tal permiso correspondió el conceder a la madre un tiempo que le facilitara atender la alimentación natural de su hijo. Tal medida ha experimentado una evolución, contemplándose así tanto la modalidad natural como artificial (Olga Fotinopoulou, 2010-II, p. 127 y ss.): está última se traduce en un mero tiempo de cuidado de los hijos por parte del padre (TJUE, C-104/09, apartado 28). Esta postura jurisprudencial neutraliza tal responsabilidad familiar (José Fernando Lousada, 2010, p.

12), y por ende, contribuye a la eliminación de los estereotipos tradicionales de roles femeninos y masculinos. (TJUE, C-104/09, apartado 29).

Asimismo, el Tribunal de Luxemburgo da a conocer los peligros que conllevan las políticas y normativas internas en materia de conciliación, fomentando y perpetuando los roles masculinos y femeninos en el cuidado de los hijos (Juan Gorelli, 2019, p. 874; Nuria Reche, 2014, p. 230 y ss). De tal manera, declara el derecho a disfrutar del permiso de lactancia de manera indistinta, postulando criterios interpretativos de corte progresista, ya que “...el padre como la madre pueden asumir la alimentación y el tiempo de cuidado del hijo. Parece pues que ese permiso se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores del niño. Por tanto, no puede considerarse que permita asegurar la protección de la condición biológica de la madre después de su embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo (TJUE, C-104/09, apartado 31).

Ciertamente, este asunto ha supuesto enorme trascendencia, tanto a nivel jurídico español, como en clave comunitaria; verdaderamente un nuevo punto de inflexión en materia de efectiva corresponsabilidad de la vida personal, familiar y profesional de los trabajadores autónomos (Mercedes López, 2021, p. 116 y ss.), cuyas líneas interpretativas derivaron en cambios normativos en la materia, aunque aún insuficientes, dada la complejidad de la temática, particularmente en el caso español (María Amparo Ballester, 2012, p. 58; Yolanda Maneiro, 2013, p. 215 y ss.).

Una segunda sentencia, también paradigmática, al hilo jurisprudencial similar a la anterior, es el asunto *Maïstrellis* (TJUE, C-222/14), que igualmente supera la perspectiva clásica de la conciliación en responsabilidades familiares y laborales, y en el que el TJ debía resolver si otorgar preferencia a la madre trabajadora en el disfrute del permiso parental, se oponía a lo dispuesto en la Directiva de permisos parentales, en ese entonces, Directiva 96/34, sustituida en la actualidad por la Directiva 2010/18/CEE, del 8 de marzo, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental. Revisemos sus aspectos más llamativos.

Este asunto surge a raíz de la solicitud que el señor Maïstrellis —quien se desempeñaba como funcionario (juez) en el *Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthropon Dikaiomaton* (Ministerio de Justicia, Transparencia y Derechos Humanos) de Grecia— presenta a este órgano, relativa a un permiso parental remunerado de nueve meses por el nacimiento de su hijo, estando su esposa desempleada. La petición le fue denegada, argumentando que de acuerdo con el artículo 44, apartado 21, de la Ley General del Poder Judicial griego, sólo las juezas que fueran madres podrían obtener dicho permiso parental. Ante tal circunstancia, el señor Maïstrellis presenta un recurso ante el *Symvoulío tis Epikrateias* (Consejo de Estado), que resuelve que efectivamente, le asistía su derecho a disfrutar de dicho permiso; sin embargo, de nueva cuenta el Ministerio desestima su solicitud, declarando que le resultaba aplicable el artículo 53, apartado 3, párrafo tercero, de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, según el cual no le asistía el derecho a concederle tal permiso, pues su esposa se encontraba desempleada, salvo que ésta se encontrase incapacitada o con enfermedad grave (TJUE, C-222/14, apartado 15). Ante ello, el *Symvoulío tis Epikrateias* (Consejo de Estado) plantea la controversia al TJ.

Un primer elemento a destacar es que el Tribunal comunitario resuelve interpretando que tal negativa supone una evidente discriminación directa (Cristina Carletti y Mariella Pagliuca, 2020, p. 102; Alexandre Pazos, 2022, p. 187; Patricia Prieto, 2021, p. 127), y por tanto, contraría al Acuerdo Marco, pues una madre trabajadora podría disfrutar del permiso parental; sin embargo, en el caso del trabajador, la esposa de éste debía contar con un empleo. (TJUE, C-222/14, apartado 44).

Ahora bien, cabe mencionar que, aunado a la diversidad normativa que en sí prevalece al seno de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados comunitarios en materia de permiso parental, resulta llamativa la concepción tradicional que aún persiste —de la conciliación familiar y laboral, especialmente en países que integran la zona mediterránea— caracterizada justamente por un mayor determinismo social, en cuanto al reparto de responsabilidades familiares y laborales. Precisamente este asunto es claro ejemplo de ello, al condicionar el disfrute del permiso parental, atendiendo a la situación laboral de la esposa. En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo declara que,

De ello resulta que, de conformidad con el derecho nacional, las madres que tienen la condición de funcionarias siempre pueden disfrutar del permiso parental, mientras que los padres que tienen la misma condición sólo pueden disfrutar de dicho permiso en el caso de que la madre ejerza una actividad laboral o profesional. Así pues, la condición de progenitor no es suficiente para que los funcionarios se beneficien de tal permiso, mientras sí lo es en el caso de las mujeres que tienen idéntica condición (véase, por analogía, la sentencia Roca Álvarez, C-104/09, EU:C:2010:561, apartado 23). (TJUE, C-222/14, apartado 49).

Sin duda, este asunto resulta paradigmático porque las categorías y líneas jurisprudenciales marcan una clara tendencia progresista y a todas luces, en perspectiva de género, al igual que los criterios hermenéuticos desarrollados por el TJ en clave teleológica, que consolidan el objetivo fundamental del permiso parental —facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y, familiares de los padres que trabajan (TJUE, C-222/14, apartado 38)— confirmando el carácter personal e individual de dicho permiso con respecto a cada uno de los progenitores (TJUE, C-222/14, apartado 33), así como también su naturaleza neutral, (TJUE, C-222/14, apartado 48) al desvirtuar su esencia, estableciendo preferencias femeninas en el disfrute de los permisos parentales, cuando se trate de cuidado de los hijos, sin reconocerse en igualdad de condiciones para los hombres (María Amparo Ballester, 2017-II, p. 81). Además, si acaso esta sentencia se pudiera considerar un asunto en materia de acción positiva (José Fernando Lousada, 2019, p. 42), atendiendo a las peculiaridades y matices que estas medidas suponen, y sobre todo, al velo que la mayoría de las medidas protectoras —o que intentan serlo (Jaime Cabeza, 2018, p. 688)— de las mujeres, hay que decirlo, con un giro hermenéutico magistral, el Tribunal de Luxemburgo interpreta que la normativa griega en cuestión supone, sustancialmente, una medida discriminatoria de índole estereotipo, clásica y evidente digamos, una discriminación directa por razón de sexo. (TJUE, C-222/14, apartado 51).

Finalmente, no cabe duda que la categoría interpretativa que de manera central define las directrices interpretativas del TJ, es el cuidado de los hijos como aspecto fundamental del permiso parental, brindándole como principal característica, su neutralidad. En definitiva, estas dos últimas

sentencias marcan una pauta que, sin duda alguna, brindará un aire fresco en materia interpretativa, a la transversalidad de la perspectiva de género en el entorno comunitario europeo.

VII. CONCLUSIONES

Las acciones positivas, desde un plano jurisprudencial en clave comunitaria europea, son consideradas una excepción al principio de igualdad de trato, y cuya esencia es lograr la anhelada igualdad sustancial, orientada a la eliminación de las desigualdades de hecho, que impiden una efectiva igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito de la realidad social. Tales medidas se admiten condicionadas a observar los principios de flexibilidad, proporcionalidad y apertura, requisitos que en última instancia garantizarán su legitimidad como instrumentos de igualdad.

De tal modo, en la evolución de la jurisprudencia comunitaria europea, podemos distinguir una primera fase (*Kalanke*), en la que el TJ se pronunció abierta y negativamente, llevando a cabo una interpretación puramente formal del principio de igualdad, y rechazando aquellas medidas que de manera absoluta e incondicional, otorgaban tratamientos preferentes al sexo menos representado. Una segunda fase (*Marschall*), al sentar criterios interpretativos con un mayor matiz interpretativo, concretamente, *la cláusula de apertura*, como requisito de legitimidad. Con posterioridad, postula el requisito de que no concurren motivos de *rango jurídico superior* (*Badeck*), declarando que en los supuestos en que se otorgase preferencia en favor de las mujeres, la normativa debía garantizar que las candidaturas sean estimadas de manera objetiva, y a su vez, debiendo atender a las circunstancias particulares de naturaleza personal de cada uno de los candidatos. Finalmente, se explicita el condicionamiento de apreciar objetivamente las candidaturas y las circunstancias particulares de cada uno de los candidatos (*Abrahamsson*), criterios interpretativos reiterados (*Lommers, Briheche*).

Por su parte, en *Roca Álvarez* supera la tradicional titularidad exclusiva o preferentemente del permiso parental, atribuida a la madre trabajadora, resolviendo su disfrute indistintamente a hombres y mujeres, y combatiendo los determinismos sociales incompatibles hoy por hoy, sentando la urgente y necesaria corresponsabilidad en el efectivo reparto de cargas familiares y laborales (Yolanda Maneiro, 2013, p. 221). En *Maïstrellis* sienta criterios hermenéuticos de enorme peso jurisprudencial, al declarar el permiso de lactancia como condición de trabajo, destacando su carácter individual, intransferible y neutral (Eugenia Caracciolo, 2020, p. 73; Jesús María Chamorro, 2016, p. 138; Nuria Nieves, 2017, p. 101).

Podemos concluir afirmando que las posturas del TJ en lo tocante a acciones positivas en materia de igualdad real entre mujeres y hombres, perfilan una serie de condicionamientos y requisitos determinantes para legitimarlas y validarlas, desde una visión interpretativa, pero también, en su ámbito material. Al mismo tiempo que caracterizan una diversidad interpretativa plagada de *vaivenes* interpretativos, siguiendo un *patrón europeo* (Christian Dadomo y Noëlle N. R. Quéniwet, 2020, p. 145), rasgo que indudablemente abona, a la ya, de por sí, compleja visión, y sobre todo, aceptación de tales instrumentos de igualdad material, por parte de la Corte comunitaria. En este sentido, se torna más que imperativo *juzgar con ojos de mujer* (Mercedes Llorente, 2021, p. 78),

dada la esencia axiológica y teleológica de dichos instrumentos: favorecer a las mujeres con miras a la igualdad material. No se trata de un privilegio que suponga favorecer a unas y perjudicar a otros, sino alcanzar una igualdad real en la dimensión social de la Europa comunitaria.

No nos queda la menor duda que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la senda de la igualdad material entre mujeres y hombres de la Unión Europea, va marcando —como en la música— el compás, con sus criterios hermenéuticos, en *el ritmo* de la perspectiva de género, en ocasiones avanzando y retrocediendo a la vez, algunas veces con criterios y matices paradójicos, otros con sus claros oscuros interpretativos, todo ello da cuenta de la infinita casuística que suponen los casos reales que el Tribunal de Luxemburgo ha de interpretar, y como dice la canción *...caminante no hay camino, se hace camino al andar*.

VIII. REFERENCIAS

1. Libros y artículos

ARIAS, Ángel (2001). La sentencia “Badeck” en el proceso de consolidación de las medidas de acción positiva. Comentario a la Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2000, Asunto C-158/97. *Noticias de la Unión Europea*, 195, 49-54.

ARRIGO, Gianni y CASALE, Giuseppe (2017), *International Labour Law Handbook: From A to Z*. Giappichelli Editore.

ATIENZA, Manuel (1996). Un comentario al caso Kalanke. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 19(6), 111-122, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10466/1/doxa19_06.pdf

BALLESTER, María Amparo (1998). Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa. (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall). *Relaciones laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 725-751.

BALLESTER, María Amparo (2012). La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria, *Lan Harremanak- Revista de Relaciones Laborales*, 25, 53-72.

BALLESTER, María Amparo (2016). El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea, *Lex Social*, 6(1), 77-93, https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1656/1334

BALLESTER, María Amparo (2017). La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea 1/de 26 de abril de 2017, *Lan Harremanak- Revista de Relaciones Laborales*, 38, 67-92. https://ojs.ehu.es/index.php/Lan_Harremanak/article/view/18893

Ballestrero, María Vittoria (1997). A proposito di azioni positive. II. L’eguaglianza del signor Marschall. *Ragion Pratica*, 8, 97-108.

BALLESTRERO, María Vittoria (2006). Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 59-76. <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2006.29.03>

BELAVUSAU, Uladzislau y HENRARD, Kristin (2019). A bird’s eye view on EU anti-discrimination law: The impact of the 2000 equality directives. *German Law Journal*, 20, 614-636. <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/DBE7FE0BA2BD43816A0BEE38A7451E9D/S2071832219000531a.pdf/a-birds-eye-view-on-eu-anti-discrimination-law-the-impact-of-the-2000-equality-directives.pdf>

- BELL, Mark y WADDINGTON, Lisa (2011). Exploring the boundaries of positive action under EU law: A search for conceptual clarity. *Common Market Law Review*, 48(5), 1503-1526. DOI: [10.54648/cola2011059](https://doi.org/10.54648/cola2011059).
- BUSBY, Nicole y JAMES, Grace (2015). Regulating working families in the European Union: a history of disjointed strategies. *Journal of Social Welfare and Family Law*, 37, 3, 295-308. <http://dx.doi.org/10.1080/09649069.2015.1081217>
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2018). Igualdad efectiva de mujeres y hombres en la negociación colectiva. EN VENTURA FRANCH, ASUNCIÓN y GARCÍA CAMPÁ, Santiago (dirs.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la LO 3/2007*. Pamplona: Aranzadi.
- CAMPOAMOR, Ramón de. (1846). Las dos linternas. Poema de la obra Las Doloras. <https://body-knows.blogspot.com/2018/08/las-dos-linternas.html>
- CAPUCCIO, Laura (2011). Corte di giustizia: la non discriminazione in base al sesso e l'efficacia orizzontale delle direttive, *Quaderni Costituzionali*, 165-168.
- CARACCILO DI TORELLA, Eugenia (2020). One More Step Along the Way: The 2019 Work Life Balance Directive. *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 3, 70-81. <https://doi.org/10.4000/rdctss.803>
- CARLETTI, Cristina y PAGLIUCA, Mariella (2020). *Parità ed empowerment di genere: strumenti giuridici, programmi e politiche internazionali, regionali e nazionali*. Roma. TrE-Press.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando (2005). Crónica de jurisprudencia septiembre-diciembre 2004. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 9(20), 343-377.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María (2016). El permiso de lactancia como un derecho individual del funcionario y la consiguiente intrascendencia de la situación laboral del otro progenitor a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 24 de septiembre de 2015 y del caso Maïstrellis, C-222/14. *Actualidad administrativa*, 3, 33-38.
- CLERGERIE, Jean-Louis (2005). Discriminations positives et égalité de traitement. *Recueil Dalloz*, 5, 347-349.
- CLERGERIE, Jean-Louis (2005). Sentencia del TJCE, Sala Segunda de 30 de septiembre de 2004, asunto 319/03 Briheche, sobre las medidas de acción positiva y su compatibilidad con el derecho comunitario. *Revista de Derecho Social*, 32, 139-148.
- CÓRDOBA, Cristina (2004). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala segunda) de 30 de septiembre de 2004: Serge Briheche contra Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation Nationale y Ministre de la Justice. Petición de decisión prejudicial: Tribunal Administratif de Paris-Francia. Política social-igualdad de trato entre hombres y mujeres (...). *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, 18, 34-37.
- DADOMO, Christian y QUÉNIVET, Noëlle N. R. (2020). *European Union Law*, 3a. ed. Hall & Stott.
- DIEBALL, Heike (2000). Die Europäisierung des deutschen Arbeitsrechts und der geschlechterspezifische Gleichbehandlungsgrundsatz. *Arbeit und Recht*, 8(7), 263-264.
- DILLA, Ma. José (2005). Empleo público y acción positiva a favor de la mujer: límites. *Actualidad Laboral*, 1, 45-59.
- El País*. El Tribunal de la UE rechaza que la mujer tenga preferencia para la función pública. Declarada ilegal la ley sueca que permite el acceso femenino con menos cualificación (2000). https://elpais.com/diario/2000/07/07/sociedad/962920810_850215.html

- ELVIRA, Ascensión (2002). En torno a la jurisprudencia europea sobre la igualdad entre hombres y mujeres. En GARCÍA, Andrés y LOMBARDO, Emanuela (coords.), *Género y derechos humanos*, Zaragoza: Mira Editores.
- ESPARZA, Estefanía (2018). *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (2010). Discriminación no justificada basada en el sexo: el caso de la lactante autónoma ante el Tribunal de Justicia, *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (Diario)*.
- FERNÁNDEZ, Encarnación (2005). La jurisprudencia del Tribunal y la Directiva 2002/73/CE sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres. En VILATA, Salvador (ed.), *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del derecho*. Valencia: Universidad de Valencia.
- FLINDALL, Anne (2010). In the Spirit of Equality: Breastfeeding Leave for Men. *European Law Reporter*, 11.
- GARCÍA, José (2002). El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo (pp. 309-338). En Varios autores. *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GIMENO, Carlo y ROFES, María Isabel (1998). Crónica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: sentencia de 4 de noviembre de 1997, Parfums Christian Dior c. Evora, As. C-337/95 - Sentencia de 11 de noviembre de 1997, Marschall, As. C-409/95. *Cuadernos europeos de Deusto*, 18.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (2019). La conciliación desde la perspectiva del tiempo de trabajo en España: son malos tiempos para conciliar. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 273, 857-891. <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.273-2.68633>
- HODAPP, Paul *et al.* (2002). Positive Action and European Union Law in the Year 2000. *Annual Survey of International & Comparative Law*, 8(1).
- KAPSAR, Marina (2021). Affirmative Action in the United States and Positive Action in the EU and Austria – A comparison. *Austrian Law Journal*, 2(5).
- KHÖLER, Peter A. (2000). Promotion of Equal Opportunities Between the Sexes, Selection of the Best, Merit System. Notes on ECJ Decision of 28 March 2000 Badeck *et al.* v. Hessischer Ministerpräsident and 6 July 2000, Abrahamsson v. Fogelqvist. *The European Legal Forum*, 1(138).
- KÜCHHOLD, Kristina (2001). European development. Badeck - the third German reference on positive action. *Industrial Law Journal*, 30(1). <https://swab.zlibcdn.com/dtoken/65509e58c79e2a36edb460e5e0db4e6d>
- LEONE, Candida (2010). Towards a More Shared Parenthood? The Case of Roca Álvarez in Context, *European Labour Law Journal*, 1(4).
- LLORENTE, Mercedes (2021). *Justicia con perspectiva de género: el nuevo paradigma en la lucha contra la violencia de género*. Navarra: Aranzadi.
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes (2021). Las brechas retributivas derivadas del ejercicio de derechos de conciliación. En RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma y MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora Ma. (Dir.) *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Barcelona: Bosch. <https://books.google.com.mx/books?id=vkduEAAAQBAJ&pg=PA117&dq=asunto+Roca+Alvarez&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjoserl6o37AhUSmGoFHVpnC-MQ6AF6BAGDEAI#v=onepage&q=asunto%20Roca%20Alvarez&f=false>

- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2010). El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez), *Diario La Ley* (7536).
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2019). Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 4(2), 39-49. <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4764>
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda (2013). La titularidad indiferente del permiso de lactancia; el caso Roca Álvarez. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 213-228. https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/20366/2013_RMESS_Maneiro_Titularidad.;sequence=1&isAllowed=y
- MARTÍN, María Ángeles (1998). Medidas de tratamiento preferente en favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia «Marschall». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 18, 53, 313-336. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79614.pdf>
- MAZURANA, Steve et. al. (2002). “Badeck / Abrahamsson v. Fogelqvist / Schnorbus v. Land Hessen. *The American Journal of International Law*, 96(2), 453-460. <https://o-www-jstor-org.biblioteca-ils.tec.mx/stable/2693940?seq=1>
- MCCRUDEEN, Christopher (2019). Gender-Based Positive Action in Employment in Europe: A Comparative Analysis of Legal and Policy Approaches in the EU and EEA. *A Social Report*, European Unión. Luxembourg: Publications Office of the European Union. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/271e827b-0435-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>
- MERINO, Amparo (2002). Las medidas de acción positiva en las condiciones de trabajo (Comentario a la STJCE, de 19 de marzo de 2002, Asunto C-476/99). *Revista de Derecho Social*, 19, 205-228.
- MOORE, Samantha (1996). Social Policy.- Nothing Positive from the Court of Justice. *European Law Review*.
- NIEVES NIETO, Nuria (2017). La conciliación de la vida laboral y familiar en el Derecho de la Unión Europea. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 133, 75-114. <https://presidencia.gva.es/documents/166658342/166725721/Ejemplar+133/31f85c66-cf37-4e67-9a12-e69ff66cof1f>
- OPPENHEIMER, Walter (1997, noviembre 11). El Tribunal Europeo declara legal la discriminación positiva de la mujer. Ante igual mérito, sólo en ciertos casos se beneficiará al hombre. *El País*. https://elpais.com/diario/1997/11/12/sociedad/879289210_850215.html
- PALOMINO, Rafael (2008). 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*, 9, 479-500. <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0808110479A/2071>
- PAZOS PÉREZ, Alexandre (2021). *Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital*. Madrid: Aranzadi/Civitas.
- PÉREZ DEL RÍO, Teresa (2005). Comentario a la Sentencia del TJCE -Sala segunda de 30 de septiembre de 2004, Asunto 319/03 Briheche, sobre las medidas de acción positiva y su compatibilidad con el Derecho Comunitario. *Revista de Derecho Social*, 32, 143-170.
- PÉREZ DEL RÍO, Teresa y ZAMBONINO, María (2008). La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de cláusulas sociales de género en la contratación de las administraciones públicas. *Revista de Derecho Social*, 43, 31-59.

- PORRET, Miquel (2010). La discriminación laboral y la gestión de la diversidad de los recursos humanos. *Revista Técnico Laboral*, 32(126), pp. 513-568.
- PRIETO PADÍN, Patricia (2021). *Excedencias familiares y trabajo*. Pamplona: Aranzadi.
- QUINTANILLA, Beatriz (1996). La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso 'Kalanke versus Glissmann'. *Actualidad Laboral*, 5, 145-159.
- RECHE TELLO, Nuria (2014). Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 24, 221-261.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (1996). Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación de los resultados. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 3-12.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (1997). Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marschall del TJCE. *Relaciones Laborales*, 22, 102-109.
- RUANO, Lucía (1995). Acciones positivas y discriminación positiva. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 227.
- RUÍZ, Alfonso (1996). La discriminación inversa y el caso Kalanke. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19(7), 123-140. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10467/1/doxa19_07.pdf
- SÁNCHEZ, Ma. Belén (2003). La política comunitaria contra la discriminación de la mujer en el trabajo. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- SASTRE, Rafael (2004). La acción positiva para las mujeres en el derecho comunitario. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 6, 47-68.
- SIERRA, Elisa (2000). Las medidas de acción positiva en la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Comentario a la STJUE de 28 de marzo de 2000, caso Badeck., *Revista de Derecho Social*, 12, 121-136.
- SIERRA, Elisa (2018). La discriminación de género en la relación laboral: igualdad formal, igualdad material y acción positiva. *Foro. Revista de Derecho*, 29, 49-64. <https://doi.org/10.32719/26312484.2018.29.3>
- SUAY, José (1985). *El principio de igualdad en la justicia constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- VIARENGO, Ilaria (2001). Principio di non discriminazione e azioni positive nel diritto comunitario: La Corte di giustizia supera l'indirizzo Kalanke? *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 37(1), 57-70.
- WADDINGTON, Linda y BELL, Mark (2011). Exploring the boundaries of positive action under EU law: A search for conceptual clarity. *Common Market Law Review*, 48(5), 1503-1526. https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/72537687/waddington_2011_exploring_t
- Normativa y documentación europea
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 15/3/2022. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93, Eckhard Kalanke/Freie Hansestadt Bremen, (11/2/2022). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0088&from=EN>

Directiva 76/207 de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. (12/2/2022). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31976Lo207&from=ES>

Directiva 96/34 del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. <https://www.boe.es/doue/1996/145/L00004-00009.pdf>

Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE. <https://www.boe.es/doue/2010/068/L00013-00020.pdf>

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 15/3/202. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=es>.

Tratado de la Comunidad Europea, 15/3/2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11957E>

3. Jurisprudencia del TJUE

Asunto Kalanke C-450/93 (1995). Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia de 17 de octubre de 1995. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993CJ0450&from=LT>

Asunto Marschall C-409/95 (1997). Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia de 1 de noviembre. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0409&from=ES>

Asunto Badeck C-158/97 (2000). Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia de 28 de marzo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0158&from=RO>

Asunto Abrahamsson C-407/98 (2000). Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia de 6 de julio de 2000. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0407&from=NL>

Asunto Lommers C-476/99 (2002). Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia de 19 de marzo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0476&from=EN>

Asunto Briheche C-319/03 (2004). Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia de 30 de septiembre. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0319&from=ES>

Asunto Roca Álvarez C-104/09 (2010). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 30 de septiembre de 2010. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83738&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=517850>

Asunto Maïstrellis C-222/14 (2015). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de julio de 2015. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165905&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=298411>

* Profesora e investigadora nacional en la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México. Correo electrónico: aida.figueroabl@uanl.edu.mx.