

# LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UN RECONOCIMIENTO TARDÍO CON RELACIÓN AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (\*)

*Gender equality in the European Court of Human Rights: a belated recognition in relation to the Court of Justice of the European Union*

ENCARNA CARMONA CUENCA

I. INTRODUCCION.—II. LAS ACTUACIONES DEL CONSEJO DE EUROPA EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO.—III. SIGNIFICADO GENERAL DEL ARTÍCULO 14 DEL CEDH. SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO NÚM. 7 Y CON EL PROTOCOLO NÚM. 12.—IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE IGUALDAD DE GÉNERO: 1. *Introducción*. 2. *Prohibición de discriminaciones directas*. 3. *Prohibición de discriminaciones indirectas*. 4. *Igualdad material y medidas de acción positiva*.—V. UNA VISIÓN CRÍTICA DESDE LA DOCTRINA. LOS DISTINTOS MODELOS DE IGUALDAD.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

---

(\*) He redactado este artículo en el marco del Proyecto de investigación (I+D) del Ministerio de Ciencia e Innovación «Los derechos sociales y económicos y los derechos civiles (II) en los Convenios Americano y Europeo de Derechos Humanos». Referencia DER 2008-06390-C04-02/JURI. Universidad de Alcalá. Investigador principal: Pablo Santolaya Machetti. Forma parte del Proyecto Coordinado de Investigación «Hacia una globalización de los derechos humanos: El diálogo entre los Convenios Americano y Europeo de Derechos Humanos». Referencia DER 2008-06390-C04-01/JURI. Investigador principal: Javier García Roca. Terminé de redactarlo durante una estancia de investigación en el *Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* de Heidelberg (Alemania), gracias a la Beca de Movilidad de los Profesores de las Universidades Públicas de Madrid, concedida por la Fundación Caja Madrid para el curso 2011-12. Lo expuse como parte de una ponencia titulada: «La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos. Sistema europeo» en el *Iberoamerikanisches Kolloquium* celebrado en dicho Instituto el 10 de enero de 2012. Agradezco mucho los comentarios y sugerencias de los/las investigadores/as del Max Planck, que han contribuido a mejorar el texto inicial.

## I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo trataré de estudiar cómo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) protege la igualdad entre mujeres y hombres, haciendo especial hincapié en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Antes conviene hacer una referencia, aunque sea breve, a las actuaciones de los demás órganos del Consejo de Europa en materia de igualdad de género (1), para contrastar los logros obtenidos en uno y otro ámbito. Podremos comprobar cómo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ido muy por detrás de las avanzadas construcciones de los demás órganos del Consejo de Europa. A pesar de que en varias sentencias se ha proclamado que la igualdad entre mujeres y hombres es uno de los principales objetivos de los Estados miembros del Consejo de Europa y uno de los principios fundamentales del Convenio, la práctica jurisprudencial ha avanzado despacio y tan sólo ha producido algunos avances. Aun así, después de un extenso período en que podíamos encontrar muy pocas sentencias referidas a la igualdad de género, a partir del año 2000 esta tendencia está cambiando.

Trataré de analizar la jurisprudencia en la que se aplican los preceptos del Convenio que expresamente establecen la prohibición de discriminación en general y por razón de género en particular, esto es, el artículo 14 y el Protocolo núm. 12. Veremos cómo el Tribunal no sólo argumenta en base a la prohibición de discriminaciones directas, lo que se correspondería con el clásico concepto de igualdad formal o *de iure*, sino que, en los últimos años, está incorporando otras construcciones más avanzadas, que se corresponderían con una visión material de la igualdad, como la prohibición de discriminaciones indirectas y la justificación de las medidas de acción positiva, si bien en las sentencias que aplican estos conceptos los avances son aún muy tímidos, sobre todo, si los comparamos con las construcciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Es interesante la comparación entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre igualdad y sobre derechos fundamentales en general. El diálogo, cada vez más fructífero,

---

(1) Es preferible la expresión «género» a la expresión «sexo» y así se ha puesto de manifiesto en diversas obras sobre el tema desde la pionera R. STÖLLER (1968), pues la discriminación de las mujeres no se basa en el hecho biológico del sexo, sino que responde a patrones culturales mucho más complejos. En el ámbito internacional, ya comenzó a utilizarse la expresión «género» en la III Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre las Mujeres celebrada en Nairobi en 1985. *Vid.* Glosario especializado sobre derechos humanos de las mujeres, disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/> (fecha de consulta: 31 de mayo de 2012).

entre ambos tribunales está dando lugar a un lenguaje común en materia de derechos y a la formación de un auténtico *Ius Publicum Europaeum* (2).

## II. LAS ACTUACIONES DEL CONSEJO DE EUROPA EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO

El Consejo de Europa ha venido desarrollando una labor pionera y de liderazgo en materia de igualdad de género (3). Tanto a través de los Convenios como a través de diversos mecanismos (órganos *ad hoc*, declaraciones y recomendaciones) ha venido marcando las tendencias que luego han seguido las legislaciones nacionales e internacionales. A través de un ingente número de documentos (4), se ha elaborado un aparato conceptual que luego ha sido utilizado en varias jurisdicciones y legislaciones y se han articulado diversos mecanismos para lograr la igualdad de género tanto formal o *de iure* como material o *de facto*.

En particular, el TJUE ha tenido muy en cuenta la interpretación y evolución del principio de igualdad de mujeres y hombres en el marco del Consejo de Europa con el fin de interpretar en el mismo sentido el correspondiente principio comunitario (5). Este Tribunal sí ha llevado a cabo una actuación de vanguardia en la consecución de la igualdad de género, ya desde su primera decisión sobre la materia en el caso Defrenne I, de 25 de mayo de 1971, sobre diferencia salarial entre hombres y mujeres (6). Esta construcción fue desarrollada ampliamente en los años posteriores, tanto en la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia, que ha elaborado una estructura de análisis muy coherente (7), como en la normativa comunitaria.

---

(2) BOGDANDY (2009), GARCÍA ROCA y SANTOLAYA (2014) y GARCÍA ROCA y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (2009).

(3) TAVARES DA SILVA (2002): 3 y DE TOMÁS MORALES (2010): 17.

(4) Aquí sólo puedo dar cuenta de algunos de estos documentos, los que me han parecido más importantes e influyentes. Para ampliar esta información, puede verse la página web del Consejo de Europa sobre igualdad de género: [www.coe.int/equality/](http://www.coe.int/equality/) y, especialmente, *Council of Europe activities in the field of equality between women and men since the 4th World Conference on Women (Beijing, 1995)*, Gender Equality Division. Directorate General of Human Rights and Legal Affairs Council of Europe. Council of Europe, Strasbourg, 2010. En Internet: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-equality/EG\(2009\)1\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-equality/EG(2009)1_en.pdf) (fecha de consulta: 28 de marzo de 2012).

(5) ORDÓÑEZ SOLÍS (1999): 338.

(6) MANGAS MARTÍN (2008): 416 y GILES CARNERO (2010): 56.

(7) BELL (2002): 45 y KÜHLING (2010): 511.

En cuanto a las actuaciones del Consejo de Europa, hay que hacer referencia, en primer lugar, a la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 (y revisada en 1996). En ella los Estados miembros del Consejo de Europa reconocen que el disfrute de los derechos sociales debe garantizarse sin discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo (artículo E-Parte V). Este principio general se concreta en varias disposiciones: En los artículos 4, 8, 20 y 27 se consagran los derechos a la igualdad salarial, a la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y a la protección de la maternidad y se establece una serie de previsiones para facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional.

Pero, además de estos reconocimientos en el plano convencional, el Consejo de Europa ha desplegado una intensa actividad para la consecución de la igualdad de género creando diversos instrumentos. A este respecto, puede distinguirse claramente una evolución desde una posición inicial, que se centró en la eliminación de las discriminaciones legales existentes contra las mujeres y que puede observarse en las primeras recomendaciones y resoluciones (igualdad formal o *de iure*), hasta una actitud más dinámica, que tiene en cuenta la situación real de las mujeres en las sociedades actuales y que pone de manifiesto la necesidad de adoptar medidas de acción positiva y políticas específicas para conseguir la igualdad material o *de facto*.

El siguiente paso en la lucha por la igualdad de género viene representado por la adopción de la estrategia del *gender mainstreaming*, que se ha traducido al español como «transversalización de la perspectiva de género» o «perspectiva de género» (8). El concepto de *gender mainstreaming* apareció por primera vez en el ámbito internacional en los años setenta del pasado siglo, a raíz de la declaración de la Década de las Mujeres, realizada por Naciones Unidas en 1975 y tuvo gran difusión en las Conferencias sobre las Mujeres de Naciones Unidas celebradas en Nairobi en 1985 y en Beijing en 1995 (9).

La adopción de la estrategia de la perspectiva de género supone un paso más en la consecución de la igualdad de género. Si antes se trataba de establecer

---

(8) Para una definición del concepto de *gender mainstreaming* en el Consejo de Europa puede verse el Informe del Grupo de Especialistas sobre incorporación de la perspectiva de género, creado en 1998 en el Consejo de Europa: *Gender Mainstreaming. Conceptual Framework, methodology and presentation of good practices. Final Report of Activities of Mainstreaming*. Doc EG-S-MS (1998-2 rev. 2004), en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-mainstreaming/EG\\_S\\_MS\\_98\\_2\\_rev\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-mainstreaming/EG_S_MS_98_2_rev_en.pdf) (fecha de consulta: 28 de marzo de 2012). Vid. también: CHARLESWORTH (2005): 18 y sigs. y SOUTO GALVÁN (2012), entre muchos otros trabajos.

(9) CHARLESWORTH (2005): 3.

políticas públicas sectoriales para conseguir la igualdad material o de hecho de mujeres y hombres (medidas de acción positiva), ahora se trata de una estrategia global, que tiene que implicar a todas y cada una de las políticas públicas para comprobar cuál es su incidencia real en las relaciones entre hombres y mujeres y si tienden realmente a la consecución de la igualdad de hecho y en qué grado.

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, la perspectiva de género ha sido incorporada con carácter general a los tratados con la inserción de un nuevo párrafo en el actual artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que establece que: «En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad» (10).

En cuanto a los instrumentos del Consejo de Europa para la consecución de la igualdad de género, podemos distinguir tres etapas en una evolución que tiende hacia un mayor compromiso del Consejo de Europa en la lucha por la equiparación de mujeres y hombres en sus derechos, oportunidades y responsabilidades.

La primera etapa abarca desde la creación del Consejo de Europa hasta el año 1987. En esta época tanto los órganos del Consejo de Europa como los países miembros fueron tomando conciencia de que el objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres estaba claramente ligado a los fines de la organización.

En este contexto, se creó en 1979 el primer Comité destinado a conseguir la igualdad de género en el ámbito del Consejo de Europa. Este «Comité sobre la Situación de la Mujer» (*Committee on the Status of Women* —CAHFM—) fue un órgano *ad hoc*, creado dentro de la Dirección de Asuntos Jurídicos. Los fines con los que se constituyó eran bastante amplios y no muy precisos y, además, diseñados a corto plazo, pues su mandato debía expirar a fines de 1980 (11).

Enseguida se sintió la necesidad de continuar con el trabajo más allá del plazo inicialmente previsto y se creó un nuevo Comité con un mandato más amplio que abarcaba hasta el año 1986. Este nuevo Comité recibió el nombre de Comité para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (*Committee on Equality between Women and Men*), aunque se siguió designando con las mismas siglas: CAHFM. Su mandato abarcaba desde 1981 hasta 1986 y en la denominación podía apreciarse el cambio de enfoque: de la «situación de las mujeres» se pasó a la «igualdad entre mujeres y hombres». La tarea que se le encomendó también cambió, no se trataba sólo de analizar la situación de las mujeres, sino que incluía una labor activa de cambiar esta situación y lograr la igualdad.

---

(10) Antigua artículo 3 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE).

(11) TAVARES DA SILVA (2002): 2-3.

Paralelamente a la actuación del CAHFM, se constituyó un Comité temporal para la redacción de lo que llegó a ser la Recomendación Núm. 2 (1985) del Comité de Ministros sobre la protección jurídica contra la discriminación por razón de sexo, adoptada el 5 de febrero de 1985 (12). Este Documento previó la adopción por los Estados de medidas de acción positiva, como medidas temporales para acelerar el logro de la igualdad material o *de facto*.

En 1985 tuvo lugar un evento que arrojó nueva luz sobre el concepto de igualdad de género. Fue la Tercera Conferencia Mundial sobre Mujeres de Naciones Unidas, celebrada en Nairobi. Después de diez años de esfuerzos de la comunidad internacional, se tomó conciencia de que el progreso era mucho más lento de lo esperado. Se vio claramente que era necesario desarrollar nuevas iniciativas a nivel mundial. La finalidad de la igualdad de género no podía ser abordada de forma separada de otras materias, sino que tenía que situarse en el centro de la gobernanza política. Consecuentemente con esta nueva visión, el Consejo de Europa y el CAHFM iniciaron una nueva comprensión de la naturaleza estructural de las cuestiones de igualdad. Estas materias debían ser consideradas como parte de las políticas globales y no como un asunto marginal (13).

Como resultado de esta evolución, en 1987 (fecha que marca el inicio de la segunda etapa en la actividad del Consejo de Europa en materia de igualdad de género) fue creado un nuevo Comité con carácter permanente: el Comité Europeo para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (*European Committee for Equality between Women and Men* —CEEG—). Se le encomendó la tarea de examinar la situación de la igualdad de género y de promover la cooperación entre los Estados miembros para la consecución de la igualdad real. Este Comité tuvo un papel protagonista en la formación del mencionado concepto de *gender mainstreaming* o perspectiva de género, que tendría tanta influencia en los años posteriores tanto a nivel nacional como internacional.

A petición del CEEG, su Presidente propuso ante el Comité de Ministros la integración del Comité en el área de derechos humanos, el campo de actuación más importante y significativo del Consejo de Europa. En 1989 el CEEG fue transferido a la Dirección de Derechos Humanos y este hecho ha otorgado un perfil más alto a la igualdad de género a la vez que ha dado una mayor legitimidad a los actos del Comité (14).

---

(12) [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-equality/Rec\\_R\\_85\\_2\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-equality/Rec_R_85_2_fr.pdf) (fecha de consulta: 27 de marzo de 2012).

(13) TAVARES DA SILVA (2002): 7.

(14) Id.: 8.

En 1992, año que puede considerarse el inicio de la tercera etapa en la actividad del Consejo de Europa en materia de igualdad de género, se produjo un hito importante cuando el Comité de Ministros otorgó al CEEG el estatus de Comité Director, manteniéndolo en el área de los Derechos Humanos. El ahora denominado Comité Director para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (*Steering Committee for Equality between Women and Men* —CDEG—) comenzó su andadura en ese año con una posición más relevante entre los órganos del Consejo de Europa (15).

En 2007 se adoptó la Recomendación Núm. 17 (2007) del Comité de Ministros sobre estándares y mecanismos para la igualdad de género (16). Esta importante Recomendación, que tiene un propósito compilador de toda la normativa elaborada por el Consejo de Europa sobre igualdad entre mujeres y hombres, es la última, hasta la fecha, de carácter general sobre la materia. En ella se hace hincapié en la lucha contra las discriminaciones directas e indirectas y en la necesidad de adoptar medidas de acción positiva. Asimismo, se recomienda la incorporación de la perspectiva de género en la adopción de todas las políticas públicas.

A partir del 1 de enero de 2012 ha entrado en vigor la reestructuración de los órganos intergubernamentales del Consejo de Europa, lo que ha afectado también al tratamiento de la igualdad de género en el seno de la organización. El Comité de Ministros, mediante la Resolución núm. 24 (2011), creó el Comité Europeo para la Cohesión Social, la Dignidad humana y la Igualdad (CDDECS) (17), con rango de Comité Director y con un mandato para los años 2014-2015. Este Comité incluye entre sus fines la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres y la integración de la perspectiva de género en las actividades del Consejo de Europa.

Bajo la supervisión de este órgano, la misma Resolución creó la Comisión para la Igualdad entre mujeres y hombres (DECS-GEC) (18), con el carácter de órgano subordinado y con el mismo mandato para dirigir los trabajos intergubernamentales sobre la igualdad entre mujeres y hombres. Será preciso analizar

---

(15) Sobre el CDEG, puede verse: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/04CDEG/index\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/04CDEG/index_en.asp) (fecha de consulta: 28 de marzo de 2012).

(16) <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1215219&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383.asp> (fecha de consulta: 2 de abril de 2012).

(17) [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/02\\_GenderEqualityProgramme/GEC/Background%20Docs/Mandate\\_CDDECS.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/02_GenderEqualityProgramme/GEC/Background%20Docs/Mandate_CDDECS.pdf) (Fecha de consulta: 24 de marzo de 2014).

(18) [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/02\\_GenderEqualityProgramme/GEC/Background%20Docs/GEC\\_ToR\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/02_GenderEqualityProgramme/GEC/Background%20Docs/GEC_ToR_fr.pdf) (fecha de consulta: 24 de marzo de 2014).

el trabajo de esta Comisión pero es significativo el hecho de que se haya rebajado el rango del órgano específico de la igualdad de género en el marco del Consejo de Europa.

### III. SIGNIFICADO GENERAL DEL ARTÍCULO 14 DEL CEDH. SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO NÚM. 7 Y CON EL PROTOCOLO NÚM. 12

En contraste con las avanzadas construcciones de los documentos mencionados, el Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ofrece una protección más clásica y limitada de la igualdad entre mujeres y hombres. Se consagró la prohibición de discriminación por razón de sexo —junto con otros motivos de discriminación— en el artículo 14 del CEDH, cuyo tenor literal es el siguiente:

*«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.»*

Ello significa que el Convenio Europeo no consagra el principio general de igualdad, sino que establece la prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en el mismo.

Por otra parte, el 1 de noviembre de 1988 entró en vigor el Protocolo Adicional núm. 7 (ratificado por España el 16 de noviembre de 2009), cuyo artículo 5 consagra la igualdad jurídica de los esposos en los siguientes términos:

*«Los cónyuges gozarán de igualdad jurídica de derechos y obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución. El presente artículo no impedirá a los Estados tomar las medidas necesarias en interés de los hijos.»*

Este precepto no ha tenido una gran virtualidad práctica en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En las escasas ocasiones en que ha sido alegado, el Tribunal ha considerado que, aunque el precepto consagra la igualdad de derechos de los cónyuges con relación a sus hijos, también es cierto que en su último inciso precisa que el interés de los hijos debe prevalecer sobre

aquellos derechos (19). Y es, precisamente, este último inciso el que impide que tenga una utilidad mayor a la hora de fundamentar por sí mismo una decisión del Tribunal (20).

Posteriormente, entró en vigor el Protocolo Adicional núm. 12, que contiene una prohibición general de discriminación, no limitada a los derechos enunciados en el Convenio, sino extensiva a cualesquiera derechos fundamentales o legales. Este Protocolo fue abierto a la firma en Roma el 4 de noviembre de 2000 y entró en vigor el 1 de abril de 2005, después de ser ratificado por diez Estados miembros del Consejo de Europa. España lo ratificó el 13 de febrero de 2008.

La gestación de este Protocolo partió de los intentos, a partir de los años sesenta, de incluir en el Convenio garantías suplementarias en el campo de la igualdad y de la no discriminación en general. Pero, como pone de manifiesto el Informe Explicativo del Protocolo núm. 12, adoptado por el Comité de Ministros el 26 de junio de 2000 (21), han sido los trabajos realizados en los años noventa en el campo de la igualdad entre mujeres y hombres y de la lucha contra el racismo y la intolerancia los que impulsaron este objetivo, que cristalizó en la aprobación del mencionado Protocolo.

En el curso de esos trabajos, el CDEG subrayó la ausencia, en el marco del Consejo de Europa, de instrumentos específicos de protección jurídica de la igualdad entre mujeres y hombres como derecho fundamental independiente.

El CDEG consideraba que una norma jurídica dictada al efecto constituía una de las condiciones esenciales para lograr la igualdad *de iure* y *de facto* y concentró sus esfuerzos en la inclusión en el Convenio de un derecho fundamental de la mujer y del hombre a la igualdad. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos se mostró partidario de un texto basado en el principio de universalidad y expresó sus reservas a un proyecto de Protocolo basado en una aproximación sectorial.

Entretanto, se intensificaron los trabajos del Consejo de Europa sobre los problemas del racismo y la intolerancia (ante el preocupante aumento de fenómenos de este tipo) y se creó la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. El Comité de Derechos Humanos elaboró, en octubre de 1997, un informe relativo a las dos cuestiones: la igualdad entre las mujeres y los

---

(19) *Vid.*, por ejemplo, los casos Hoffmann contra Austria, de 23 de junio de 1993, y Chepelev contra Rusia, de 26 de julio de 2007.

(20) CARMONA CUENCA (2014): 608-609.

(21) <http://www.humanrights.coe.int/Prot12/Protocol%2012%20and%20Exp%20Rep.htm> (fecha de consulta: 14 de marzo de 2012).

hombres y la lucha contra el racismo y la intolerancia. Sobre la base de este informe, el Comité de Ministros encargó al Comité de Derechos Humanos la redacción de un Protocolo adicional al Convenio que ampliara de forma general el campo de aplicación de su artículo 14 y que contuviera una lista de motivos de discriminación. Finalmente, esta lista fue idéntica a la del artículo 14 CEDH. El Protocolo se aprobó el 26 de junio de 2000. Su artículo 1 dispone lo siguiente:

*«Prohibición general de discriminación:*

*1. El ejercicio de cualquier derecho reconocido por la ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situación.»*

Por lo que se refiere a la discriminación por razón de género, el Informe Explicativo del Protocolo núm. 12 reconoce que en otros Convenios internacionales se han enunciado reglas específicas y más detalladas, exclusivamente dedicadas a esta materia, como en el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW), aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979. Pero afirma que el Protocolo núm. 12 no debe ser interpretado como una restricción o una derogación de las disposiciones del Derecho interno o de los tratados que prevean una protección suplementaria contra la discriminación.

Por otra parte, puede considerarse que el Protocolo núm. 12 del CEDH consagra el principio general de igualdad en toda su amplitud, pues su Preámbulo afirma expresamente en su párrafo tercero que «el principio de no discriminación no impide a los Estados partes adoptar medidas a fin de promover una igualdad plena y efectiva, a condición de que estas medidas respondan a una justificación objetiva y razonable».

El párrafo transcrito supone una concepción de los principios de igualdad y no discriminación más avanzada que la consagrada en el artículo 14 CEDH y que acerca este Protocolo núm. 12 a otras Declaraciones Internacionales como el mencionado CEDAW o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y también a algunos textos constitucionales estatales como la Constitución española o italiana. En concreto, el artículo 23 CDFUE establece el principio de igualdad entre mujeres y hombres y, en su segundo párrafo, dispone que: «El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la

adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado» (22).

Se puede considerar, así, que el Protocolo núm. 12 legitima la adopción de las denominadas medidas de acción positiva para promover la llamada igualdad material. En palabras de Informe Explicativo:

*«El hecho de que ciertos grupos o categorías de personas sean desfavorecidas o la existencia de ciertas desigualdades de hecho puede constituir una justificación para la adopción de medidas que otorguen ventajas específicas a fin de promover la igualdad, con la reserva de que el principio de proporcionalidad sea respetado.»*

El tercer párrafo del Preámbulo del Protocolo núm. 12 tiene un evidente interés de cara al objeto de nuestro estudio: la igualdad entre mujeres y hombres, ya que en esta materia los Estados han ido adoptando numerosas medidas de acción positiva con el objetivo de elevar la posición social real de las mujeres en diferentes ámbitos, como el empleo, la educación, la participación social y política, etc.

Ahora bien, como veremos más adelante, hasta la fecha el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha elaborado una jurisprudencia importante sobre esta dimensión de la igualdad de género, a diferencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

#### IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE IGUALDAD DE GÉNERO

##### 1. *Introducción*

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre igualdad entre mujeres y hombres gira en torno a la aplicación del artículo 14 CEDH. El artículo 1 del Protocolo núm. 12 no ha sido aplicado en esta materia, aunque una Sentencia lo aplica en un supuesto de discriminación por razón de etnia o raza (caso Sejdic y Finci contra Bosnia-Herzegovina, de 22 de diciembre de 2009).

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el artículo 14 CEDH tiene un carácter dependiente, esto es, sólo puede ser alegado en combinación con algún otro de los derechos reconocidos en el Convenio. Si efectuamos un repaso his-

---

(22) Sobre este precepto, *vid.* CARMONA CUENCA (2006); MANGAS MARTÍN (2008) y GILES CARNERO (2009).

tórico de la jurisprudencia sobre este precepto, encontramos un largo período en el que se hacía un escaso uso del artículo 14 CEDH y, además, esta jurisprudencia era compleja y poco coherente (23). Y, si era así para la jurisprudencia general sobre el principio de no discriminación, en mayor medida pueden aplicarse estos calificativos a las decisiones del Tribunal Europeo sobre el principio de no discriminación por razón de sexo o género.

Sin embargo, esta tendencia cambió a partir del cambio de milenio. Podemos encontrar ahora un mayor número de Sentencias que aplican el principio de no discriminación del artículo 14 CEDH en general y también referido a la discriminación por razón de género (24). Agruparé estas sentencias en tres apartados: las que argumentan en base a la prohibición de discriminaciones directas; las que, de alguna forma, se refieren a la prohibición de discriminaciones indirectas y las que tratan sobre medidas de acción positiva.

## 2. *Prohibición de discriminaciones directas*

En la mayor parte de las Sentencias que aplican el principio de no discriminación por razón de género del artículo 14 CEDH, el Tribunal argumenta en base a la prohibición de discriminaciones legales directas, esto es, de aquellas normas que establecen expresamente un trato diferente y desfavorable para uno de los géneros (normalmente las mujeres) sin una justificación objetiva y razonable. En estos casos, incluso en aquellos en los que el género perjudicado es el masculino (25), el trato diferente responde a una visión de las mujeres como subordinadas a los varones, se trata de la visión patriarcal tradicional que reserva la esfera pública y la del trabajo remunerado a los hombres mientras que relega a las mujeres al ámbito privado y doméstico (26).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado una extensa jurisprudencia sobre las discriminaciones directas que sufren las mujeres en el ámbito laboral (27). Ha llevado a cabo una actuación de liderazgo en esta materia a

---

(23) GOMIEN, HARRIS y ZWAAK (1997): 372 y CARMONA CUENCA (2014): 588. *Vid.* también, DE BOER-BUQUICCHIO (1999).

(24) RADACIC (2008) y VIVIANI (2010).

(25) RADACIC (2008): 844.

(26) Sobre el patriarcado, puede verse, entre otras muchas, LERNER (1990) y COBO BEDLA (1995).

(27) En el *Recueil sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes et sur la non-discrimination dans l'Union Européenne. Troisième édition*, editado por la Comisión Europea en 2009, se recogen 140 Sentencias bajo la entrada: «discrimination directe fondée sur le sexe».

partir del mencionado caso Defrenne I, de 25 de mayo de 1971. Aplicando el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957 (después 141 TCE y actual 157 TFUE), que establecía la prohibición de discriminación por razón de sexo en la retribución salarial, el Tribunal de Justicia generó un auténtico derecho subjetivo a la no discriminación en este ámbito, que podía esgrimirse jurisdiccionalmente. La importancia de este caso ha sido puesta de manifiesto en la doctrina, no sólo porque creó un nuevo derecho que el Tribunal ha ido desarrollando en su jurisprudencia posterior, sino también porque lanzó un mandato a la Comisión para que elaborase políticas de género más generales y presentase iniciativas legislativas en este campo (28). Estas iniciativas se tradujeron en las primeras Directivas comunitarias sobre igualdad entre mujeres y hombres (29).

A partir de las primeras decisiones del Tribunal de Justicia y de las primeras Directivas sobre el tema, la igualdad entre mujeres y hombres y la lucha contra las discriminaciones subsistentes se convirtió en un objetivo de la entonces Comunidad Económica Europea (CEE). Se ha puesto de relieve cómo este objetivo distaba mucho de ser inocuo (30). En efecto, las nuevas concepciones sobre igualdad pretendían alterar los esquemas tradicionales de reparto del trabajo entre hombres y mujeres. Estos intentos podían chocar con las normas legislativas y sociales de los Estados miembros. Sin embargo, para que el enfrentamiento no fuese excesivo, se confió en la orientación fundamentalmente económica de la primera legislación sobre igualdad de género de la CEE. De esta forma, se evitó, en principio, legislar sobre derechos sexuales y reproductivos y sobre violencia contra las mujeres y la normativa comunitaria se limitaba, en su origen, al ámbito de las relaciones laborales.

En contraste con la temprana atención que el TJUE prestó al objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incorporó más tardíamente esta finalidad a su jurisprudencia. La primera vez que este último se pronunció, expresa y detalladamente, sobre la discriminación basada en el sexo fue en el caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985. Entendió allí que la progresión hacia la igualdad de los sexos constituye un objetivo importante de los Estados miembros del

---

(28) BELL (2002): 45.

(29) Directiva 75/117/CEE relativa a la aproximación de las legislaciones referentes a la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y Directiva 76/207/CEE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo.

(30) BELL (2002): 43-44.

Consejo de Europa y ello supone que «sólo las razones más fuertes podrían conducir a estimar compatible con el Convenio una distinción basada en el sexo».

En esta Sentencia, el Tribunal apreció la vulneración del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH en combinación con el principio de no discriminación por razón de sexo del artículo 14 CEDH. Los hechos eran los siguientes: tres mujeres inmigrantes que poseían un permiso de residencia en el Reino Unido deseaban ser autorizadas a reunirse allí con su cónyuge (su prometido en uno de los casos). La legislación sobre inmigración en vigor en esa época en el Reino Unido prohibía a los maridos reunirse con sus esposas en esa época en el país, pero no a las esposas reunirse con sus maridos en residencia legal. El Tribunal concluyó que no había habido violación del artículo 8 del Convenio (derecho a la vida familiar) considerado aisladamente, pero que sí existía violación del artículo 8 del Convenio combinado con el artículo 14, pues se había producido una discriminación por razón de sexo en el disfrute del derecho a la vida familiar de las demandantes.

En esta Sentencia, el Tribunal realizó una completa argumentación sobre la conformidad con el Convenio de una diferenciación normativa por razón de sexo, entendiendo que, aunque dicha norma tuviese un fin legítimo (en este caso lo era la protección del mercado de trabajo) esta finalidad debería ser suficiente para justificar la diferenciación normativa. Afirmó el Tribunal que, una vez establecida la importancia de la igualdad de los sexos, serían precisas razones muy fuertes para estimar compatible con el Convenio tales distinciones.

A partir de esta Sentencia, el Tribunal utilizó la misma argumentación relativa a la importancia de la finalidad de la igualdad entre hombres y mujeres en otras decisiones, como en el caso *Karlheinz Schmidt contra Alemania*, de 18 de julio de 1994. En este caso, los perjudicados también eran los hombres, pues en el municipio del demandante se les exigía la prestación de un servicio en el cuerpo de bomberos o, en su defecto, el pago de una cantidad anual, cargas de las que estaban eximidas las mujeres. El Tribunal apreció vulneración del artículo 14 en combinación con el artículo 4.3.d) CEDH (obligaciones cívicas).

En el caso *Wessels-Bergervoet contra Holanda*, de 4 de junio de 2002, la demandante consideraba que la diferencia de trato entre hombres casados y mujeres casadas en materia de pensiones constituía una discriminación por razón de sexo (los hombres casados cobraban una pensión de jubilación equivalente al cien por cien del salario, mientras que las mujeres casadas sufrían una reducción, igual que los hombres solteros). El Gobierno holandés justificaba este trato diferente en el hecho de que normalmente eran los maridos los que proveían a las necesidades del hogar. El Tribunal reiteró que sólo las razones más fuertes podían justificar un trato diferente por razón de sexo y de estatus marital y que,

en este caso, no existía una justificación objetiva y razonable. Así pues, estimó que se había producido una vulneración del artículo 14 combinado con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH (derecho de propiedad).

Una argumentación similar encontramos en el caso *Willis contra Reino Unido*, de 11 de junio de 2002. El demandante era un viudo con dos hijas a quien se había denegado la pensión de viudedad al fallecer su esposa, que era la principal sostenedora económica del hogar. Consideraba que la imposibilidad para los varones de beneficiarse de esta prestación, que sí recibían las mujeres, constituía una discriminación por razón de sexo. El Tribunal apreció aquí vulneración del artículo 14 en combinación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH.

En el caso *Konstantin Markin contra Rusia*, de 7 de octubre de 2010, el Tribunal apreció también la vulneración del artículo 14 en combinación con el artículo 8 CEDH. Los hechos eran los siguientes: El demandante era un militar varón que, después de su divorcio, se había quedado al cargo de los tres hijos del matrimonio. Había solicitado un permiso de paternidad de tres años de duración para atender a sus hijos, que le fue denegado pues un permiso de tal duración sólo se concedía a las mujeres. El Tribunal Constitucional ruso había avalado la decisión con el argumento de que el permiso de maternidad estaba pensado para permitir a la madre recuperarse del parto y amamantar a sus hijos si lo deseaba. Sin embargo, el Tribunal Europeo consideró que el permiso de paternidad en un momento posterior al nacimiento de los hijos tenía la finalidad de cuidar de éstos y esta labor puede ser realizada tanto por la madre como por el padre.

Es interesante observar cómo en este caso el Tribunal Europeo ha cambiado su doctrina con respecto a estas cuestiones expresada en el caso *Petrovic contra Austria*, de 28 de febrero de 1998. En aquella ocasión el demandante, varón, había solicitado un permiso de paternidad para atender a su hijo después del nacimiento. En la fecha de los hechos, este tipo de permisos estaba previsto en la legislación austríaca para las mujeres trabajadoras pero no para los hombres en la misma situación, por lo que el demandante consideraba que tales normas eran discriminatorias. En este caso, el Tribunal Europeo no apreció vulneración del artículo 14 CEDH y se basó en la falta de uniformidad en las legislaciones de los Estados parte con relación a la concesión de permiso de paternidad a los padres en las mismas condiciones que a las madres. En el caso *Konstantin Markin contra Rusia*, el Tribunal pone de manifiesto que se ha producido una evolución legislativa en los Estados con relación a esta materia y que en la actualidad existe un consenso común europeo en el sentido de hacer posible que tanto el padre como la madre puedan solicitar y obtener un permiso de paternidad o maternidad. A juicio del Tribunal, ello supone que la sociedad europea

se ha movido hacia una mayor igualdad en el desarrollo de la tarea de educar a los hijos e hijas.

Recientemente, en el Caso Emel Boyraz contra Turquía, de 2 de diciembre de 2014, en que la perjudicada era una mujer, el Tribunal se muestra más decidido a actuar contra la discriminación por razón de género. La demandante había aprobado un examen para un puesto de agente de seguridad en una empresa pública. Pero había sido considerada no apta por no cumplir los requisitos de «ser un hombre» y «haber cumplido el servicio militar». El Tribunal apreció aquí vulneración del artículo 14 en combinación con el artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) del CEDH. Afirmaba que los motivos alegados por el Estado demandado sobre la necesidad de usar la fuerza física y de asumir riesgos por trabajar de noche y enfrentarse a la posibilidad de ataques no eran suficientes para justificar esta diferencia de trato entre hombres y mujeres, máxime teniendo en cuenta que la demandante ya había trabajado en ese puesto durante cuatro años.

### 3. *Prohibición de discriminaciones indirectas*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha utilizado en gran medida el concepto de discriminación indirecta por razón de género, a diferencia de otros tribunales como, señaladamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se produce una discriminación indirecta por razón de género cuando una norma o medida utiliza un criterio aparentemente neutral que, sin embargo, perjudica de modo desproporcionado a uno de los géneros, habitualmente a las mujeres. Es importante distinguir este tipo de discriminación de la que podemos denominar discriminación de hecho o socio-estructural, que no deriva de una norma, pero que es constatable sociológicamente. Un ejemplo de esta discriminación es la que consiste en la menor presencia de mujeres en el mercado laboral o en puestos de responsabilidad o de representación política. Esta menor presencia femenina es real pero no puede imputarse a una norma concreta (31). También es preciso distinguir la discriminación indirecta de la aplicación discriminatoria de una ley o medida en sí misma neutral, aunque en este caso los contornos de una y otra figura son mucho más difusos (32), como veremos más adelante.

---

(31) BARRÈRE UNZUETA (1997): 24-25.

(32) ARNARDÓTTIR (2003): 78-84.

El concepto de discriminación indirecta (en general, no sólo por razón de género) procede del Derecho antidiscriminatorio estadounidense y es de producción judicial. Allí se distinguía entre *disparate treatment* (diferencia de trato) y *disparate impact* (diferencia de impacto) (33), mientras que en el Derecho europeo se han utilizado los conceptos de discriminación directa y discriminación indirecta (34). Fue el Tribunal Supremo Federal de EEUU quien introdujo el concepto de *disparate impact* en el caso *Griggs v. Duke Power Company*, de 1971 (35). Se trataba de una cuestión de contratación empresarial. Antes de la *Civil Rights Acts* de 1964 la empresa en cuestión sólo contrataba personas de color en uno de sus departamentos, en el que los salarios eran considerablemente inferiores a los del resto. Con posterioridad a esta Ley, la empresa exigió a los aspirantes a un puesto de trabajo estudios de educación superior y superar dos tests de inteligencia. Aunque no se excluía expresamente a las personas de color, la aplicación de la medida producía en la práctica esta exclusión, ya que, por diversas circunstancias sociales, las personas de color habían seguido estudios superiores en mucha menor medida que las personas de raza blanca.

En este caso, el Tribunal Supremo estadounidense empieza a considerar discriminatoria la contratación empresarial en términos de efectos o consecuencias. Y afirma que están prohibidas por la Ley las prácticas en materia de empleo que, aunque sean correctas en la forma, resultan discriminatorias en su aplicación, no obstante la ausencia de intencionalidad del empresario. Esta Sentencia configura los elementos del concepto de discriminación indirecta y añade que esta Ley «hace recaer sobre el empleador la carga de probar que toda exigencia tiene relación con el empleo en cuestión».

En el Derecho de la Unión Europea, aunque la primera definición normativa de la discriminación indirecta (ahora sí por razón de género) la proporciona el artículo 5 de la Propuesta de Directiva presentada a la Comisión el 24 de mayo de 1988, el Tribunal de Justicia ya se había referido, de un modo o de otro, a este tipo de discriminación en varias ocasiones (36), lo que representa una muestra más de la actuación pionera de este Tribunal en materia de igualdad

---

(33) REY MARTÍNEZ (1995): 81-82, BARRÈRE UNZUETA (1997): 37 y sigs. y FREDMAN (2011): 177 y sigs.

(34) FREDMAN (2011): 166 y sigs.

(35) 401 U. S. 424 (1971).

(36) En el *Recueil sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes et sur la non-discrimination dans l'Union Européenne. Troisième édition*, editado por la Comisión Europea en 2009, se recogen 46 Sentencias bajo la entrada: «discrimination indirecte fondée sur le sexe», a partir del caso *Defrenne II*, de 8 de abril de 1976.

de género (37). Por ejemplo, en el caso *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Karin Weber*, de 13 de mayo de 1986, la cuestión tratada era el impacto negativo que tenía para las mujeres una medida empresarial por la que se excluía del régimen complementario de pensiones a los trabajadores a tiempo parcial. En la práctica estos puestos estaban ocupados mayoritariamente por mujeres, que buscaban así compaginar su trabajo con la atención a su familia.

En la actualidad encontramos definiciones de la discriminación indirecta en varias Directivas (38) y, particularmente, en la 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación fundada en el sexo, que enuncia en su artículo 2.2 que

*«Una discriminación indirecta existe cuando una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutra afecta en una proporción claramente mayor a personas de un sexo, a menos que esta disposición, este criterio o esta práctica sea adecuada y necesaria y pueda ser justificada por factores objetivos independientes del sexo de los interesados.»*

Añade el artículo 4.1, que se refiere a la carga de la prueba, que

*«Los Estados miembros, conforme a su sistema judicial, adoptarán las medidas necesarias a fin de que cuando una persona se considere lesionada por el no respeto del principio de igualdad de trato y estabilidad, ante una jurisdicción u otra instancia competente, los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta, corresponde a la parte demandada probar que no ha habido violación del principio de igualdad de trato.»*

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sólo recientemente ha comenzado a utilizar este concepto en sus argumentaciones y lo ha hecho de forma confusa, sin distinguir claramente entre discriminaciones indirectas,

---

(37) BELL (2002): 46.

(38) *Vid.* las Directivas 2000/43/CE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas sin distinción de raza o de origen étnico; 2000/78/CE, del Consejo sobre la creación de un marco general para la igualdad de trato en materia de empleo y de trabajo; 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo y 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación.

discriminaciones de hecho o socio-estructurales y aplicación discriminatoria de una ley o medida en sí misma neutral.

En los casos *Hugh Jordan*, *McKerr*, *Kelly* y *Otros* y *Shanaghan*, todos ellos contra Reino Unido, de 4 de mayo de 2001, el Tribunal argumenta en unos términos que parecen admitir la posibilidad de incluir la discriminación indirecta —aunque sin nombrarla expresamente— en la prohibición del artículo 14 CEDH y así lo han considerado algunas autoras (39). En estos casos, en que la discriminación alegada no era por razón de género sino de pertenencia a grupo político-religioso o minoría nacionalista, los demandantes alegaban que la inmensa mayoría de las personas muertas por las Fuerzas de Seguridad en Irlanda del Norte eran católicas o nacionalistas. También se referían a los pocos procesos y aún menos condenas por el ilegal o excesivo uso de la fuerza en tales incidentes. Consideraban que la gran desproporción existente entre el número de muertos de una y otra comunidad constituía una discriminación contraria al artículo 14 CEDH. El Tribunal afirmó que «donde una política general o medida tiene efectos desproporcionadamente perjudiciales para un grupo particular, no se excluye que ésta pueda ser considerada como discriminatoria, aunque dicha política no esté específicamente dirigida a ese grupo».

Sin embargo, el Tribunal no apreció en estos casos vulneración del artículo 14 CEDH (sí, en cambio, del artículo 2 CEDH). Razonó que «las estadísticas, en sí mismas, no eran suficientes para establecer que una práctica podría ser clasificada como discriminación prohibida por el artículo 14». Consideró que los demandantes no habían aportado una evidencia de que el efecto desproporcionado de la práctica policial respondiese a un patrón o modelo de actuación discriminatorio contra la minoría nacionalista. Lo más interesante de estos casos es el hecho de que la carga de la prueba no recae en el Estado demandado, al contrario de lo que sucede en el concepto de discriminación indirecta sostenido por el Derecho de la Unión Europea, en el cual se considera suficiente que el demandante establezca el efecto desproporcionado de las medidas para que la carga de establecer una justificación recaiga en el demandado (40). Por ello, se ha considerado en la doctrina que en estas Sentencias el Tribunal Europeo no ha introducido realmente el concepto de discriminación indirecta, sino que ha argumentado sobre el concepto clásico de discriminación directa que incluye la aplicación discriminatoria de una ley o medida en sí misma neutral (41).

---

(39) ARNARDÓTTIR (2003): 82 y RADACIC (2008): 843.

(40) ARNARDÓTTIR (2003): 83.

(41) ARNARDÓTTIR (2003): 84. Esta autora se refiere también a la diferencia de esta concepción con la del Derecho estadounidense, en el que la distinción entre discriminación directa e

El Tribunal utiliza la misma construcción que hemos visto (la posibilidad de considerar discriminatoria una medida neutral que, en su aplicación, tiene efectos perjudiciales desproporcionados para un grupo) en el caso *Zarb Adami contra Malta*, de 20 de junio de 2006, aunque tampoco utiliza la expresión «discriminación indirecta». En este caso, que sí se trata de una discriminación por razón de género, la recurrente, una farmacéutica que había sido multada con 240 € por no participar en un jurado, tras haberlo hecho previamente en varias ocasiones, afirmaba que se había producido una discriminación por razón de sexo en relación con el cumplimiento de una obligación cívica normal en el sentido del artículo 4.3.d) CEDH. El Tribunal reconoció que, en este caso, la discriminación no procedía de la ley, sino de la aplicación de la misma, que provocaba que, efectivamente, muy pocas mujeres fuesen llamadas a actuar como jurados —y que las que lo eran tuviesen muchas posibilidades de repetir—. La Sentencia pone de manifiesto que durante los cinco años anteriores a 1997, sólo el 3,05 por 100 de los jurados habían sido mujeres, frente al 96,95 por 100 de hombres. Concluyó que se había producido un trato diferente entre hombres y mujeres que, aunque se encontraba en vías de superación, carecía de justificación razonable y, por ello, apreció vulneración del artículo 14 en combinación con el artículo 4.3.d) CEDH (obligaciones cívicas).

En este caso no se produce en realidad una discriminación indirecta en el sentido en que se ha definido aquí, pues en la norma sobre la composición de jurados no se contenía ninguna previsión que afectara en mayor medida a las mujeres. La discriminación provenía, como en el caso *McKerr*, de una práctica, por lo que deberíamos hablar de una discriminación de hecho (42) o de una aplicación discriminatoria de una medida en sí misma neutral.

Una definición explícita de la discriminación indirecta por razón de género está enunciada en la Decisión de inadmisibilidad *Hoogendijk contra Países Bajos*, de 6 de enero de 2005, en los siguientes términos:

*«Allí donde el demandante pueda establecer, sobre la base de estadísticas oficiales que no admiten polémica, la existencia de un indicio de prueba que indique que una medida —aunque formulada de forma neutral— afecta de hecho a un porcentaje claramente más elevado de mujeres que de hombres, corresponde al gobierno demandado demostrar que dicha medida es el resultado de factores objetivos que no están relacionados con una discriminación por razón de sexo. Si*

---

indirecta se basa en la intencionalidad, de forma que para apreciar la existencia de una discriminación directa se requiere intencionalidad.

(42) Así lo pone de manifiesto expresamente el Tribunal Europeo en una Sentencia posterior, el caso *D.H. contra la República Checa*, de 13 de noviembre de 2007.

*la carga de probar que la diferencia en el efecto de una medida sobre las mujeres y los hombres no es discriminatoria no es transferida al gobierno demandado, será en la práctica extremadamente difícil para los demandantes probar la discriminación indirecta.»*

En este caso, la demandante, la señora Hoogendijk, alegaba que la aplicación de una norma sobre pensiones de discapacidad perjudicaba en mucha mayor medida a las mujeres que a los varones y aportaba datos para apoyar su demanda. Consideraba que se había producido una discriminación indirecta por razón de género. El Tribunal, por vez primera, admite expresa y claramente que han podido producirse unos efectos discriminatorios indirectos respecto a las mujeres casadas o divorciadas que habían sufrido su discapacidad para el trabajo en una fecha determinada (antes del 1 de enero de 1979). Ahora bien, se pregunta si esta diferencia de trato que perjudicaba a las mujeres ha podido tener una justificación objetiva y razonable. Y considera que sí, que en la fecha en que tal diferencia de trato existía, la realidad mostraba que los varones casados eran mayoritariamente el sostén de la familia y que este hecho justificaba tal diferencia de trato. Por ello, afirma que la demanda es manifiestamente infundada y la inadmite. Perdió aquí el Tribunal una buena oportunidad de aplicar el concepto de discriminación indirecta por razón de género para corregir desigualdades históricas que perjudican a las mujeres.

Después podemos encontrar una referencia explícita y muy extensa al concepto de discriminación indirecta en el caso D.H. y Otros contra la República Checa, de 13 de noviembre de 2007 (Gran Sala), donde se realiza un repaso a la legislación internacional y comparada sobre esta materia. En este caso el Tribunal sí considera que se ha producido una discriminación indirecta pero el motivo de la discriminación no era el género sino la raza u origen étnico. Se trataba de la escolarización de niños gitanos en colegios para alumnos con necesidades especiales. El Tribunal consideró que los elementos de prueba presentados por los demandantes podían ser considerados como suficientemente fiables y relevantes para crear una fuerte presunción de discriminación indirecta y, por tanto, para hacer recaer la carga de la prueba sobre el Estado demandado, el cual debía demostrar que esta diferencia de trato era el resultado de factores objetivos que no tenían que ver con el origen étnico. Como quiera que el Estado no logró demostrarlo, la Sentencia de la Gran Sala apreció vulneración del artículo 14 CEDH en combinación con el artículo 2 del Protocolo núm. 1 (derecho a la educación).

Lo que no ha llegado a reconocerse claramente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la existencia de una discriminación indirecta por razón de género. En el caso Serife Yigit contra Turquía (Sentencia

de la Segunda Sección, de 20 de enero de 2009, y Sentencia de la Gran Sala de 2 de noviembre de 2010), se planteó la posible existencia de una discriminación de este tipo. Los hechos eran los siguientes: Una viuda había planteado una acción de reconocimiento de un matrimonio religioso a fin de obtener determinadas prestaciones sociales. La pretensión fue rechazada en vía administrativa y judicial aduciendo que su matrimonio no estaba reconocido legalmente (en Turquía incluso se prevén sanciones penales a quienes contraen matrimonio exclusivamente religioso sin la debida ceremonia civil). El Tribunal Europeo argumentó en la primera Sentencia que la diferencia de trato entre personas casadas y no casadas persigue un fin legítimo como es la protección de la familia tradicional y consideró que no hubo violación del artículo 8 CEDH (derecho a la vida privada).

En un Voto disidente, los Jueces Tulkens, Zagrebelsky y Sajó pusieron de manifiesto que la decisión de la mayoría (cuatro votos contra tres) no había dado respuesta a la alegación de la demandante sobre la posible existencia de una discriminación indirecta, pues en la medida adoptada sólo resultaban ser víctimas las mujeres y no los hombres. Los Jueces traen a colación la existencia de normas de la Unión Europea sobre el particular y citan expresamente la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social y la Recomendación Núm. 17 (2007) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las normas y mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, ya citada. Ahora bien, la Sentencia de la Gran Sala confirmó la Sentencia anterior, consideró que no había habido violación del artículo 8 CEDH ni tampoco del artículo 14 CEDH combinado con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 (derecho de propiedad). Sobre esta última cuestión, el Tribunal razonó que la diferencia de trato entre matrimonios civiles y religiosos tenía una justificación objetiva y razonable en Turquía, Estado definido como laico donde se intenta proteger y fomentar el matrimonio civil, dado que el matrimonio religioso coloca a las mujeres turcas en una posición de subordinación al varón y produce una acusada limitación de sus derechos fundamentales. La Gran Sala, sin embargo, no entró en la discusión de si se había producido o no una discriminación indirecta, perdiendo así otra buena oportunidad de argumentar sobre este tipo de discriminación, en este caso referida al género.

Recientemente, se ha vuelto a plantear la posible aplicación del concepto de discriminación indirecta en el TEDH, esta vez con relación a la discriminación por razón de origen étnico o nacional. En el Caso Biao contra Dinamarca, de 25 de marzo de 2014, el demandante era un ciudadano de Togo, que había obtenido

la nacionalidad danesa en 2002, al que no se le permitía la reagrupación familiar en Dinamarca. La razón alegada era que la reagrupación podía llevarse a cabo en el país de su cónyuge, Ghana. Pero existía una excepción a esta limitación: los nacionales daneses con una antigüedad de veintiocho años estaban exentos de este requisito. El Tribunal, por cuatro votos frente a tres, consideró que no había vulneración del artículo 14 en combinación con el artículo 8 CEDH pero, en un Voto disidente, los Magistrados Sajó, Vucinic y Kuris consideraron que en este caso se había producido una discriminación indirecta por razón de origen étnico o nacional. El asunto está pendiente de revisión por la Gran Sala.

#### 4. *Igualdad material y medidas de acción positiva*

Según una comprensión avanzada del principio de igualdad y no discriminación, éste obliga no sólo a suprimir las discriminaciones existentes, sino también a establecer medidas que, aunque sean aparentemente desiguales, tiendan a elevar la condición social de colectivos que están en situación de desventaja real en aras de conseguir la denominada igualdad material (43).

El artículo 14 CEDH no afirma expresamente esta dimensión del principio de igualdad, como sí hace el Preámbulo del Protocolo núm. 12, según hemos visto (44). También consagra la legitimidad de las medidas de acción positiva el ya citado artículo 23.2 CDFUE. Aunque es verdad que, ya desde hacía tiempo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea venía elaborando una jurisprudencia sobre acciones positivas a favor del sexo menos representado en el acceso al trabajo en varias sentencias, entre las que pueden señalarse los siguientes casos: Kalanke, de 17 de octubre de 1995; Marschall, de 11 de noviembre de 1997; Badeck y Otros, de 28 de marzo de 2000; Abrahamsson, de 6 de julio de 2000, y Briheche, de 30 de septiembre de 2004.

La conclusión que puede deducirse de esta jurisprudencia es que el Tribunal de Justicia ha admitido la posibilidad de aplicar medidas de acción positiva que favorezcan al sexo infrarrepresentado en materia de contratación y promoción laboral siempre que se respete el principio de proporcionalidad entre los objetivos perseguidos y los fines utilizados. Para que pueda considerarse que el principio de proporcionalidad se ha cumplido deben darse los siguientes presupuestos: los méritos alegados entre quienes se dirime la plaza en cuestión deben

---

(43) CARMONA CUENCA (1994); y la bibliografía allí contenida. *Vid.* también ARNARDÓTIR (2003): 5-6 y FREDMAN (2011): 232 y sigs., entre muchos otros trabajos.

(44) *Vid.*, *supra*, apartado 3.

ser equivalentes; tiene que incluirse una cláusula de apertura y debe articularse un procedimiento que asegure que se tendrán en cuenta todas las circunstancias de las personas que concurren a la candidatura. Pero se ha puesto de manifiesto en la doctrina la insuficiencia de esta jurisprudencia sobre medidas de acción positiva, pues no llega a resolver todas las incertidumbres que se plantean en torno a este instrumento normativo (45). Por ello, será precisa una construcción ulterior que establezca claramente cuándo tales medidas de acción positiva son legítimas (46).

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no habían existido, hasta hace muy poco, decisiones que afirmasen esta dimensión del principio de no discriminación. Con anterioridad al Protocolo núm. 12, el Tribunal había utilizado una doctrina relacionada con esta faceta del principio de igualdad. Se trata de la denominada «discriminación por indiferenciación» aplicada en el caso *Thlimmenos contra Grecia*, de 6 de abril de 2000, en el que se amplía el campo de la prohibición de discriminación enunciada en el artículo 14 del Convenio al establecer que el derecho a la no discriminación «es también transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no aplican un trato diferente a personas cuyas situaciones son sensiblemente diferentes». En esta Sentencia, el demandante recurría contra una norma que prohibía el acceso a la profesión de experto contable a las personas a quienes se les hubiese impuesto una condena penal. Él había sido condenado por su negativa a cumplir el servicio militar por motivos religiosos. El Tribunal resolvió que el hecho de que la norma no distinguiese entre las diferentes causas de condena constituía violación del artículo 14 en combinación con el artículo 9 del Convenio (libertad religiosa) (47).

En otro lugar, he defendido que esta doctrina abre una interesante vía de ampliación del artículo 14 del Convenio y permitiría avanzar hacia la llamada igualdad material, como una forma de entender el principio de igualdad que tenga en cuenta la posición social real en que se encuentran las personas, para establecer y aplicar en ocasiones un trato legal diferenciado con la finalidad de conseguir la equiparación de personas que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social (48). Esta doctrina permitiría justificar las medidas de acción positiva en favor de las mujeres para superar la histórica discrimina-

---

(45) GILES CARNERO (2010): 70.

(46) KÜHLING (2010): 511.

(47) Posteriormente, el Tribunal de Estrasburgo recuerda esta doctrina en el mencionado caso *D.H. y Otros contra la República Checa*.

(48) CARMONA CUENCA (2014): 605 (1.ª edición 2005).

ción a la que han estado sometidas, en particular, en lo que se refiere al acceso a ámbitos como el trabajo remunerado.

El Tribunal Europeo ha utilizado el artículo 14 CEDH, complementado con la doctrina Thlimmenos, para justificar la adopción de determinadas medidas en favor de las mujeres, si bien de forma discutible. En el caso *Stec y Otros contra Reino Unido*, de 12 de abril de 2006, el TEDH afirmó que no era discriminatoria la fijación, desde 1940, de una edad de jubilación distinta para hombres y mujeres (inferior para las mujeres) o atender a esa edad de jubilación para fijar la edad límite para cobrar una prestación por incapacidad laboral. Consideró que se trataba de medidas en favor de la mujer (aunque no emplea la denominación de «acción positiva») y que su adopción entra dentro del ámbito de apreciación nacional. Apoyándose expresamente en la doctrina Thlimmenos, justifica el establecimiento de un trato normativo diferente y favorable a favor de las mujeres:

«El artículo 14 CEDH no prohíbe a un Estado miembro tratar a ciertos grupos de manera diferenciada para corregir “desigualdades fácticas” entre ellos; de hecho, en determinadas circunstancias, la ausencia de un trato diferenciado para corregir una desigualdad puede comportar en sí misma violación de la disposición mencionada.»

El Tribunal admite que la diferencia existente entre los hombres y las mujeres en el Reino Unido en cuanto a la edad legal de acceso a la jubilación estaba encaminada, en su origen, a corregir la desventaja que sufrían las mujeres en el plano económico. Afirma que esta diferencia ha continuado siendo razonable hasta que los cambios en el plano social y económico han hecho desaparecer la necesidad de un tratamiento especial de las mujeres y, en cuanto al calendario de reformas, otorga al Estado un amplio margen de apreciación que no se ha excedido en este caso.

Más recientemente, en la Sentencia *Andrle contra la República Checa*, de 17 de febrero de 2011, se reiteran estos razonamientos en un caso similar. En este caso, en el que sí se menciona expresamente el concepto de «acción afirmativa» [equivalente a «acción positiva» (49)] el demandante, un varón, alegaba que había sido discriminado por razón de sexo, pues se le había denegado una pensión por no cumplir el requisito de la edad mínima para percibirla. En la legislación checa se establecían requisitos de edad distintos para hombres y mujeres, especialmente cuanto éstas se habían dedicado al cuidado de los hijos. El

---

(49) MARTÍN VIDA (2002): 35-41.

recurrente consideraba que, puesto que él había tenido la custodia de sus hijos y se había ocupado de su cuidado, debería aplicársele el límite de edad fijado en la ley para las mujeres.

El Tribunal estimó que el hecho de que se rebaje la edad a la que una mujer puede tener derecho a pensión de acuerdo con la legislación checa (de 1964) se basa en circunstancias históricas específicas y refleja la realidad de la entonces Checoslovaquia socialista. Esta medida perseguía un objetivo legítimo, ya que fue diseñada para compensar la desigualdad y las dificultades a las que tenían que enfrentarse las mujeres en el marco de un modelo de familia consolidado en ese tiempo (y que persiste en la actualidad) en el que las mujeres trabajan a tiempo completo y además se ocupan del cuidado de los hijos. La Sentencia reconoce que estas circunstancias están cambiando en la actualidad y también que el Gobierno checo está adaptándose a la nueva situación pero también otorga un margen de apreciación al Estado para ir modificando la legislación en la materia (50). Por tanto, considera que no hay violación del artículo 14 CEDH en combinación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 (derecho de propiedad).

De todas formas, llama la atención la escasa jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre una cuestión tan consolidada en la jurisprudencia de otros Tribunales, tanto nacionales —por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español es muy abundante (51)— como supranacionales —la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea incluye también un buen número de casos, según hemos visto. Aunque es posible que esto se deba a que no se han presentado demandas que cuestionen la legitimidad de medidas de acción positiva.

Además, en las dos Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mencionadas, el resultado, aunque seguramente justo, no ha sido tendente a favorecer la incorporación de las mujeres al mundo laboral, sino más bien dirigido a proteger el papel tradicional de la mujer como dedicada al cuidado de la familia y las tareas domésticas. Por lo tanto, no se corresponden con el concepto inicial de acción positiva, como conjunto de medidas que tratan de favorecer la incorporación de las mujeres a ámbitos de los que habían estado excluidas, como el trabajo remunerado. En este sentido, Radacic se pregunta si este tipo de medidas tienden a superar discriminaciones existentes o si, en realidad, perpetúan un modelo tradicional de reparto del trabajo entre hombres y mujeres (52).

---

(50) Sobre el margen de apreciación del Estado, *vid.* GARCÍA ROCA (2010).

(51) A partir de la STC 128/1987, de 16 de julio, hay muchas otras. *Vid.* REY MARTÍNEZ (2010): 95 y sigs.

(52) RADACIC (2008): 851.

En cualquier caso, en las Sentencias mencionadas, que citan jurisprudencia concordante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se afirma que las medidas cuestionadas tienen una justificación histórica pero en la actualidad, debido a los cambios sociales y políticos, están perdiendo su razón de ser.

#### V. UNA VISIÓN CRÍTICA DESDE LA DOCTRINA. LOS DISTINTOS MODELOS DE IGUALDAD

Se ha puesto de manifiesto en la doctrina que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género está basada fundamentalmente en un modelo de igualdad formal aunque en los últimos años se está acercando hacia modelos o enfoques sustantivos de igualdad (53).

El modelo de igualdad formal prescribe la igualdad de trato entre hombres y mujeres y prohíbe las discriminaciones legales directas contra las mujeres. Pero no se pregunta por el contenido y las consecuencias de ese trato igual. Este modelo sería insuficiente para explicar los conceptos de discriminación indirecta y medidas de acción positiva (54).

Mientras que, tradicionalmente, se distinguían los conceptos de igualdad formal e igualdad material, las más recientes construcciones doctrinales distinguen tres modelos de igualdad. Estas construcciones se han elaborado, fundamentalmente, en el marco de los estudios feministas y de igualdad de género.

Así, Arnardóttir distingue entre un modelo de igualdad formal (*formal equality approach*) y los que denomina modelos sustantivos de igualdad: el modelo sustantivo de la diferencia (*substantive difference approach*) y el modelo sustantivo de la desventaja (*substantive disadvantage approach*) (55). Estos últimos tienden a superar las deficiencias de un modelo puramente formal, que no ha conseguido eliminar las desigualdades de hecho entre hombres y mujeres y la discriminación de éstas.

El primero de ellos incide en la necesidad de establecer algunas diferencias de trato para conseguir la igualdad de hecho. Tiende a producir la igualdad de resultados y, para ello, admite la existencia de discriminaciones indirectas y legitima la adopción de medidas de acción positiva.

El modelo sustantivo de la desventaja desarrolla estos postulados y los lleva a sus últimas consecuencias (de hecho es difícil distinguirlo del ante-

---

(53) ARNARDÓTTIR (2007): 146 y sigs. y RADACIC (2008): 842.

(54) ARNARDÓTTIR (2003): 21-22.

(55) Id.: 20-29 y ARNARDÓTTIR (2007): 142 y sigs.

rior, los contornos son difusos). Se centra en un análisis de las relaciones de poder entre hombres y mujeres que funcionan realmente en una sociedad. Aspira más claramente a la igualdad de resultados y a la erradicación de prácticas y políticas que aumentan o mantienen la desventaja. Este enfoque no ve las herramientas y técnicas para lograr este cambio como excepciones a la regla de la igualdad formal, sino que afirma simplemente que algunas situaciones requieren eliminar las estructuras socio-políticas discriminatorias. Este modelo incorpora las construcciones más recientes en materia de igualdad de género, como son el concepto ya mencionado de perspectiva de género (*gender mainstreaming*) y el de discriminación múltiple (*multiple discrimination*) (56).

Mientras que Arnardóttir (57) se muestra más optimista en cuanto a los avances del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la comprensión cada vez más sustantiva de la igualdad de género, Radacic (58) insiste en que la visión esencialmente formal de la jurisprudencia de Estrasburgo, en lugar de avanzar en la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres, ha contribuido a perpetuar las discriminaciones y los roles tradicionales de la mujer. Para ello, cita Sentencias como el caso comentado aquí Petrovic contra Austria, de 28 de febrero de 1998, en el que se negó el permiso de paternidad a un varón. La autora sostiene que esta decisión desfavorece a los padres, las madres y los hijos y perpetúa las relaciones de desigualdad de género y considera que si el Tribunal hubiera razonado desde el modelo de la desventaja habría llegado a una conclusión diferente.

El mismo planteamiento le lleva a analizar otras Sentencias, como la dictada en el caso Stec contra Reino Unido, de 12 de abril de 2006, sobre las diferentes edades de jubilación entre hombres y mujeres, también reseñada aquí. Radacic apunta que, desde el modelo de la desventaja, el Tribunal se hubiera preguntado por el impacto real de la medida cuestionada en las mujeres, en los hombres y en las relaciones de género, en lugar de centrarse estrictamente en las razones originales que hay detrás de los diferentes requisitos de edad en materia de pensiones (59). Y tiene razón, el Tribunal debería distinguir entre las medidas de acción positiva que favorecen el acceso de las mujeres al ámbito del trabajo remunerado y las medidas paternalistas o falsamente protectoras de

---

(56) Sobre el concepto de discriminación múltiple, *vid.* REY MARTÍNEZ (2008).

(57) ARNARDÓTTIR (2007): 156.

(58) RADACIC (2008): 842.

(59) *Id.*: 851.

las mujeres, que tienden a consolidar su posición tradicional relegada al ámbito doméstico (60).

Ahora bien, la actitud del Tribunal parece estar cambiando en los últimos años. En el caso ya citado, Konstantin Markin contra Rusia, de 7 de octubre de 2010, el Tribunal se enfrenta a una situación similar a la del caso Petrovic, un padre que reclama un permiso de paternidad, y, en este caso, realiza un discurso distinto, reconociendo que las circunstancias sociales han cambiado desde la anterior decisión y que en los Estados europeos es cada vez más común que los padres y las madres compartan las tareas del cuidado de los hijos e hijas.

Radacic aboga claramente por la argumentación en términos del modelo de la desventaja y afirma que la pregunta no debería ser si hay un trato diferente injustificado, sino más bien si la ley o la práctica en cuestión perpetúa o produce la subordinación de la mujer y las relaciones desiguales de género y que los tribunales deberían hacerse esa pregunta (61). Desde este punto de vista, el Tribunal debe interrogarse incluso sobre si las demandas están hechas por hombres o por mujeres (en este sentido resulta llamativo que la mayor parte de las demandas que alegan discriminación directa por razón de sexo, como hemos visto, estaban presentadas por varones, aunque en la vida real las mujeres son víctimas de discriminaciones en mucha mayor medida que los hombres).

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de sus insuficiencias, es posible constatar una interesante evolución en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre igualdad de género, aunque haya sido más tardía que la de otros tribunales nacionales e internacionales, señaladamente la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Con respecto a la prohibición de discriminaciones directas, hemos podido observar cómo el Tribunal de Estrasburgo ha ido constatando la existencia de normas que tratan de forma diferente a los varones y a las mujeres sin una justificación legítima y proporcionada. En la apreciación de estas discriminaciones también es posible observar cómo el Tribunal ha sido consciente de la evolución de los roles que mujeres y hombres desempeñan en la sociedad actual. Desde una postura inicial que partía de la división tradicional del trabajo

---

(60) Sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional español ha elaborado una interesante jurisprudencia que distingue entre medidas de acción positiva legítimas y medidas paternalistas falsamente protectoras de las mujeres. *Vid.* REY MARTÍNEZ (2010): 95 y sigs.

(61) RADACIC (2008): 857 y VIVIANI (2010): 159.

entre los géneros, la jurisprudencia más reciente se ha hecho eco de la nueva situación de mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al mundo laboral y a la atención de los hijos e hijas y el trabajo doméstico.

Con respecto al reconocimiento de la existencia de discriminaciones indirectas y a su inclusión en el ámbito normativo del artículo 14 CEDH, el Tribunal Europeo no ha actuado de forma muy avanzada. Mientras que sí ha reconocido clara y detalladamente la existencia de este tipo de discriminación por razón de etnia o raza (en el caso D.H. contra la República Checa) no encontramos aún un reconocimiento similar de las discriminaciones indirectas por razón de género.

En cuanto a las acciones positivas, hemos visto que se argumenta en base a ellas en las Sentencias Stec y Otros contra Reino Unido y Andrlé contra la República Checa, si bien es polémico considerar que en esos casos se tratara realmente de acciones positivas. Éstas se darían en las medidas que tienden a facilitar la plena incorporación de las mujeres al mundo laboral y no tanto en las medidas protectoras, que más bien se encaminan a perpetuar su papel tradicional relegado al ámbito doméstico.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll (2003): *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers.
- (2007): «Non-discrimination in International and European Law: Towards Substantive Models», *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, núm. 25 (2).
- BARRÈRE UNZUETA, M.<sup>a</sup> Ángeles (1997): *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, Civitas.
- BELL, Mark (2002): *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford-New York, Oxford University Press.
- BOGDANDY, Armin von (2009): «The past and Promise of Doctrinal Constructivism. A Strategy for Responding to the Challenges Facing Constitutional Scholarship in Europe», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 7 (3).
- BOER-BUQUICCHIO, Maud de (1999): *Equality between the sexes and the European Convention on Human Rights*, Strasburg, Council of Europe Publishing.
- CARMONA CUENCA, Encarna (2009): «La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (art. 14 CEDH y Protocolo núm. 12)», en GARCÍA ROCA, Javier, y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC.
- (2014): «La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (art. 14 CEDH y Protocolo núm. 12)», en GARCÍA ROCA, Javier, y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 3.<sup>a</sup> ed.

- CHARLESWORTH, Hillary (2005): «Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations», *Harvard Human Rights Journal*, núm. 18.
- COBO BEDLA, Rosa M.<sup>a</sup> (1995): *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, Madrid-Valencia, Cátedra/Instituto de la Mujer/Universidad de Valencia.
- DE TOMÁS MORALES, Susana (2010): «La labor del Consejo de Europa en materia de igualdad de género», en GILES CARNERO, Rosa M.<sup>a</sup>; MORA RUIZ, Manuela, y SALDAÑA DÍAZ, M.<sup>a</sup> Nieves (coords.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*, Barcelona, Atelier.
- FREDMAN, Sandra (2011): *Discrimination Law*, Oxford University Press.
- GARCÍA ROCA, Javier (2010): *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GARCÍA ROCA, Javier, y SANTOLAYA, Pablo (coords.) (2014): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 3.<sup>a</sup> ed.
- GARCÍA ROCA, Javier, y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (coords.) (2009): *Integración europea a través de derechos fundamentales. De un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC.
- GILES CARNERO, Rosa M.<sup>a</sup> (2009): «El principio de igualdad entre hombres y mujeres (arts. 21 y 23 CDFUE)», en GARCÍA ROCA, Javier, y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (coords.) (2009), *Integración europea a través de derechos fundamentales. De un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC.
- (2010): «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Especial referencia al concepto de acción positiva», en GILES CARNERO, Rosa M.<sup>a</sup>; MORA RUIZ, Manuela, y SALDAÑA DÍAZ, M.<sup>a</sup> Nieves (coords.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*, Barcelona, Atelier.
- GOMIEN, D.; HARRIS, D., y ZWAAK, L. (1997): *Convention Européenne des Droits de l'Homme et Charte Sociale Européenne: Droit et pratique*, Strasbourg, Conseil de l'Europe.
- KÜHLING, Jürgen (2010): «Fundamental Rights», en BOGDANDY, Armin von, y BAST, Jürgen, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-München, Hart-Verlag CH Beck.
- LERNER, Gerda (1990): *La creación del patriarcado*, Barcelona, Crítica.
- MANGAS MARTÍN, Araceli (2008): «Artículo 23. Igualdad entre mujeres y hombres» en MANGAS MARTÍN, Araceli (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA.
- MARTÍN VIDA, M.<sup>a</sup> Ángeles (2002): *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David (1999): *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*, Madrid, Instituto de la Mujer-CGPI.

- RADACIC, Ivana (2008): «Gender equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *The European Journal of International Law*, núm. 19 (4).
- REY MARTÍNEZ, Fernando (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill.
- (2008): «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84.
- (2010): «La igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en GILES CARNERO, Rosa M.<sup>a</sup>; MORA RUIZ, Manuela, y SALDAÑA DÍAZ, M.<sup>a</sup> Nieves (coords.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*, Barcelona, Atelier.
- SOUTO GALVÁN, Clara (2012): *Principio de igualdad y transversalidad de género*, Madrid, Dykinson.
- STÖLLER, R. (1968): *Sex and Gender*, New York, Science House.
- TAVARES DA SILVA, Regina Maria (2002): «Twenty-five years of Council of Europe action in the field of equality between women and men», EG (2002) 5. En: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-equality/EG\(2002\)5\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-equality/EG(2002)5_en.pdf) (fecha de consulta: noviembre de 2011).
- TRAMONTANA, Enzamaría (2011): «Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 53.
- VIVIANI, Alexandra (2010): «La tutela della donna di fronte alla Corte europea dei diritti umani: il discorso di genere arriba a Strasburgo?», *Diritti umani e diritto internazionale*, núm. 4 (1).