

LA ACCIÓN POSITIVA PARA LAS MUJERES EN EL DERECHO COMUNITARIO

Por

RAFAEL SASTRE IBARRECHE
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. UN EJE CENTRAL: PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIONES.- II. MARCO NORMATIVO DE LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA UNIÓN EUROPEA.- III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y SU EVOLUCIÓN.

I. UN EJE CENTRAL: PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIONES

A lo largo de más de dos siglos, la noción de igualdad se ha configurado en el ámbito europeo como uno de los núcleos esenciales de cualquier propuesta de progreso, tanto en el campo de las ideas como en el de la actividad de distintos movimientos políticos y sociales, aunque, también es preciso reconocerlo, en muchas ocasiones no ha pasado de constituir una muestra más de una pretenciosa buena conciencia europea (Fernández de la Vega, 47). Desde una perspectiva laboral, el principio de igualdad y la prohibición de discriminaciones poseen un carácter de denominador común de las distintas medidas de protección de los trabajadores con desventaja social. En este sentido, el análisis de sus implicaciones en el concreto segmento formado por la mano de obra femenina dentro del mercado de trabajo y, en definitiva, la consideración del sexo como un elemento que no puede conducir a resultados discriminatorios, han constituido un tradicional ámbito de reflexión por parte de los juristas y, en especial, por parte de los iuslaboralistas.

Aun tratándose de conceptos diferenciados, la igualdad y la prohibición de discriminación presentan vinculaciones innegables, desde el momento en que esta última aparece como la manifestación más relevante del principio de igualdad y un mecanismo específico para su realización. Por ello, cualquier aproximación a los instrumentos de tutela antidiscriminatoria no puede prescindir del marco que ofrece la genérica referencia a la igualdad (Rodríguez-Piñero y Fernández López, 17). Como bien se ha observado, el derecho de igualdad dentro de las relaciones de trabajo cuenta con un doble juego institucional. En primer lugar, el derecho de los sujetos laborales a recibir

un trato igual por parte de los poderes públicos, como derecho público subjetivo a la igualdad. Ello se proyecta, a su vez, de un modo diverso. Ante todo, en la igualdad en el trato concedido por la ley –igualdad en la ley o igualdad ante la ley–, limitando, así, la actuación normativa del Estado y de la autonomía colectiva. Pero, también, en la igualdad en la aplicación de la ley, que limita, ahora, la actuación jurisdiccional y administrativa del Estado. Y, en segundo lugar, como derecho privado subjetivo a la igualdad, el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por el empresario dentro de la relación contractual de trabajo (Palomeque López y Álvarez de la Rosa, 156-157).

Por otro lado, no puede dejarse a un lado la evolución experimentada por la noción de igualdad, y que ha conducido, en un proceso histórico bien conocido, desde la valoración de la mera igualdad formal a la preferente consideración de la igualdad material. La evolución, como acaba de apuntarse, resulta innegable y perfectamente conocida a estas alturas del desarrollo de los distintos sistemas jurídicos pero, de nuevo, presenta algunos perfiles propios justamente en el marco de un Derecho, como el laboral, que se declara igualitario (Baylos Grau, 11). En efecto, dentro de cualquier Estado definido como social, la efectividad y puesta en práctica de los derechos sociales reconocidos por las normas constitucionales aparece como indicador fundamental a la hora de valorar la materialización de dicha definición normativa. Pues bien, no cabe duda de que tanto la dignidad como la igualdad constituyen los dos valores claves en la fundamentación de los derechos constitucionales y, muy especialmente, de los derechos de carácter social. Así, el valor igualdad determina, con su presencia inspiradora, uno de los rasgos característicos que distinguen a estos derechos, de tal modo que, desde una perspectiva histórica, éstos se presentan como un intento de concreción de las exigencias derivadas del principio de igualdad. Y ello explica, también, las limitaciones subjetivas bajo las cuales aparecen muchas veces diseñados. En este sentido, la implantación de un conjunto de derechos sociales se produce en un ámbito de *materialización* del Derecho que conlleva el paso de una concepción formal a una concepción material de la libertad, y en el que el Estado no se limita a dejar hacer, sino que otorga unos medios mínimos para hacer posible la acción. La puesta en cuestión de las consideraciones puramente formales de la libertad y la igualdad se traduce, de este modo, en procesos de juridificación que conducen a una materialización del Derecho y dentro de los cuales debe insertarse buena parte de la normativa laboral. Si la libertad es la conformadora del Estado democrático y principio legitimador del Estado de Derecho, la igualdad se erige en principio legitimador del Estado social de Derecho (Fernández de la Vega, 48).

Que el Estado, desde la propia Constitución, apueste por adoptar un carácter social implica, además, otorgar un especial valor a la *ciudadanía social*. Esta noción,

considerada como un tercer momento evolutivo, tras la *política* y la *civil*, comportaría el conjunto de expectativas expresadas por cada ciudadano frente al Estado con la finalidad de conseguir las garantías de seguridad precisas, tanto en la vida como en el trabajo, para impregnar de dignidad a la existencia personal. El problema radica en la posibilidad de ejercerse una ciudadanía, así entendida, en un contexto en el que se difuminan, tanto la ciudad y el Estado, por una parte, como el conflicto entre capital y movimiento obrero, por otra. Si los presupuestos de la ciudadanía formal radican en un Derecho abstracto, en la igualdad de todos ante la ley y en la separación entre política y economía, precisamente en la ruptura de este modelo ha de situarse el origen de la ciudadanía social, como expresión del modelo jurídico-político del Estado social. La fractura entre ambos modelos se concreta en la expansión del conflicto entre capital y trabajo, así como en la nueva dimensión política creada. Los tradicionales presupuestos del Estado de Derecho sufren, así, un importante cambio, comenzando por el principio de igualdad formal, originaria y tradicionalmente objeto de una crítica que parte del propio movimiento obrero. De este modo, el conflicto social va a poner de manifiesto cómo la igualdad formal constituye una función de la desigualdad sustancial: el mecanismo del Derecho formal provoca la reproducción de las desigualdades igual que refuerza la *invisibilidad* de los poderes económicos y políticos que las generan. Con ello, se viene a poner en tela de juicio uno de los elementos claves en la organización social y en las constituciones políticas: la indiferencia respecto de los fines de la justicia y los valores.

En definitiva, el nacimiento de los derechos sociales es la manifestación de una reacción política -en gran parte provocada por las luchas sociales- frente a la consideración de los derechos fundamentales como esferas de autonomía inmunes a la intervención estatal. Los derechos sociales exigen la presencia del Estado comprometido con las necesidades personales y aparecen vinculados directamente a la conocida asunción del valor político del trabajo asalariado como elemento de integración social y como referencia de una ciudadanía caracterizada por su desigualdad económica y política. Otorgar un lugar central al trabajo en el diseño de ordenación de la sociedad implica, al mismo tiempo, reconocer la existencia de una situación de desigualdad económico-social como rasgo característico de las sociedades modernas, frente a la cual surge un compromiso activo, por parte de los poderes públicos, para su gradual corrección. Así aparece en preceptos como el art. 3 de la Constitución italiana o el art. 9.2 de la Constitución española. Por ello, desde su integración en los textos constitucionales, "la presencia de la desigualdad como noción políticamente relevante significa su propia aceptación, aunque como hecho social que emerge en la teoría

jurídica y, a la vez, el compromiso de su progresiva y gradual remoción, ambivalencia típica del pensamiento teórico sobre la “ciudadanía social” (Baylos Grau, 19).

Justamente, la idea de discriminación aparece como elemento que afecta a la esencia misma de los derechos humanos, al implicar una negación al individuo de su plena condición de persona humana. Sobre dicha base se han desarrollado, por un lado, los diversos mecanismos de tutela antidiscriminatoria y, por otro, la selección de los criterios prohibidos objeto de dicha tutela, a partir de la existencia real de un conjunto de síntomas que representan actitudes a través de las cuales puede comprobarse la existencia de un *state of mind* discriminatorio de un sujeto o de un grupo, que descalifica al individuo a causa de un carácter personal (Rodríguez-Piñero y Fernández López, 82-83). Por ello, ha podido afirmarse que “en la prohibición de discriminación existe algo más que una mera prohibición de trato desigual: existe una censura de vicios en la conformación social que se traducen en un tratamiento “secundario” de algunos seres humanos por parte de otros, en un atentado directo contra su dignidad como ser humano en la que se basan todos los demás derechos” (Pérez del Río, 2000, 91).

Los diversos intentos de sistematizar el concepto de discriminación han coincidido en subrayar la existencia de diversas características inherentes al mismo. Muy brevemente, podrían destacarse las siguientes. Primero, la presencia de una diferenciación de trato frente a la norma estándar que opera contra el sujeto o el grupo discriminado. En segundo lugar, y aunque los factores sociales y económicos hayan de ser tenidos en cuenta, la discriminación supone una diferencia de tratamiento jurídico, es un interés jurídico el que está en juego. Además, la diferenciación de tratamiento tiene que basarse, precisamente, en una de las razones expresamente excluidas por los ordenamientos, nacionales o internacionales. Finalmente, la diferencia de trato ha de producir un resultado específico, esto es, la creación de una situación discriminatoria objetiva que anule o menoscabe para el discriminado el disfrute de determinados derechos, ventajas o beneficios, que perjudique sus intereses o que agrave las cargas (Rodríguez-Piñero y Fernández López, 168-173).

Como de sobra resulta conocido, el sexo es uno de esos factores discriminatorios prohibidos que han sido objeto de tipificación por parte de un gran número de normas, tanto nacionales como internacionales. En este sentido, resulta interesante traer a colación ciertos rasgos que la normativa comunitaria europea va a tomar, posteriormente, en consideración. Dinamismo y complejidad son, sin duda, características presentes en el concepto comunitario de discriminación, como después se dirá, pero a éstas hay que añadir la naturaleza eminentemente colectiva de sus efectos. Debe, asimismo, mencionarse la conocida distinción entre dos grandes tipos de discriminación, expresamente definidas por la Directiva 76/207/CEE después de la

reforma de 2002. Por una parte, las discriminaciones directas, ya sean de carácter abierto, ya de carácter oculto, se encuentran hoy en clara regresión. Por otra, las discriminaciones indirectas se presentan como conductas o medidas para cuya adopción no se ha tenido en cuenta el factor prohibido –por ejemplo, el sexo-, sino otros factores aparentemente neutros, a pesar de lo cual se produce un resultado desproporcionadamente adverso sobre un determinado colectivo caracterizado por la concurrencia en él del factor prohibido. En definitiva, en la actualidad aparece como una conducta cualificada por el resultado, como una noción de tipo objetivo.

A grandes rasgos, éste es, pues, el telón de fondo en el que va a aparecer la acción positiva como instrumento destinado a combatir determinadas formas de discriminación y a hacer efectivo el principio de igualdad. En líneas generales, por acción positiva se entiende un conjunto de medidas cuya finalidad es la eliminación de los obstáculos que se oponen a la igualdad real entre hombres y mujeres (Pérez del Río, 1999, 39). Por lo que se refiere ya al caso concreto de las mujeres, la noción de acción positiva se va a traducir en el establecimiento de tratamientos preferenciales de carácter temporal en el empleo, concretados en una reserva de puestos de trabajo a favor de las mujeres como grupo. O, en otros términos, “un tratamiento preferencial de tipo promocional dirigido a combatir la discriminación social que se manifiesta en la infrarrepresentación o infrautilización de la mano de obra femenina en el mercado de trabajo” (Sierra Hernáiz, 1999, 84). En este sentido, la acción positiva es un mecanismo que persigue el efectivo cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades sustancial y la eliminación de la discriminación social que impide a las mujeres el pleno ejercicio de sus derechos, adoptando una triple vertiente: es una forma de evitar que las conductas discriminatorias continúen produciéndose, por un lado; por otro, constituyen un modo de compensar a las mujeres por conductas y actos discriminatorios del pasado que extienden sus efectos hasta hoy y, finalmente, son una manera de valoración de la diferencia del trabajo femenino (Sierra Hernáiz, 1999, 1 y 81).

Doctrinalmente, suelen distinguirse varios tipos de acciones positivas. Primero, nos encontraríamos con las medidas dirigidas a solucionar las situaciones desfavorables para la mujer en el mercado de trabajo que se concretarían en el ámbito de la orientación y formación profesional. Junto a ellas, en segundo término, habría que referirse a las medidas que pretenden conseguir un equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales, entendiendo que la actual distribución es desigual; cabrían aquí todas aquellas previsiones relacionadas con la jornada y la organización del tiempo de trabajo, permisos por maternidad o disponibilidad de guarderías infantiles, por ejemplo. Finalmente, un tercer tipo de acciones positivas es el que pretende compensar discriminaciones sufridas en el pasado –pero que pueden

extenderse hasta el momento actual- y se traducen en el establecimiento de preferencias a favor del grupo desfavorecido, muchas veces bajo la forma de cuotas u objetivos. Tales cuotas pueden, a su vez, ser rígidas o flexibles; las primeras consagran la preferencia para el grupo discriminado independientemente de los méritos o la capacitación de las personas, o bien fijan requisitos mínimos que deben cumplirse, sin considerar excepciones para supuestos concretos; en las segundas, en cambio, la preferencia funciona cuando concurre una igualdad de méritos, pudiendo tenerse en cuentas supuestos excepcionales (Millán Moro, 185). Es precisamente este tercer tipo de acciones el que aquí se va a analizar con más detalle, puesto que se trata de las que mayores problemas han planteado en la práctica, como lo demuestra la litigiosidad generada con ocasión de su articulación.

Así entendidas, las medidas de acción positiva presentan ciertas notas características que convendría recordar. Con independencia de la forma adoptada dependiendo de las circunstancias concretas –metas, cuotas, etc.-, las acciones positivas son instrumentos concebidos contra los efectos de conductas y actos discriminatorios sistemáticos y colectivos, es decir, persiguen combatir discriminaciones que no poseen una especificación concreta desde el punto de vista individual. En segundo término, el sexo es el elemento que va a determinar la concesión de un puesto de trabajo o la promoción; a diferencia de las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades, la acción positiva tiene en cuenta datos estadísticos generales que no están conectados a una discriminación precisa y concreta. Por otra parte, se trata de medidas temporales y subsidiarias de las fórmulas de fomento de la igualdad de oportunidades, debiendo formar parte la persona beneficiada de un grupo históricamente discriminado y poseer la cualificación profesional necesaria. Por último, y este es uno de los aspectos más tradicionalmente criticados por los opositores a esta clase de medidas, la acción positiva persigue instaurar una igualdad de resultados más que una igualdad de oportunidades, al pretender la consecución de una igualdad numérica (Sierra Hernáiz, 1999, 80-83). En efecto, en estrecha relación con la misma ha de considerarse la noción de “discriminación positiva” o *reverse discrimination*, en su original formulación anglosajona. Como es sabido, este término ha suscitado muchas reticencias, al entenderse contradictorios ambos elementos: si lo que caracteriza a la discriminación son sus resultados desfavorables, no cabría calificarla, en ningún caso, como positiva, por la carga de favorabilidad que dicho adjetivo lleva aparejada. En cambio, otro sector doctrinal considera que la “discriminación” positiva es una fórmula de acción positiva considerable, que se traduce en una medida diferenciadora cuyo objetivo es ofrecer determinados privilegios a los componentes de grupos o colectivos que, de manera tradicional, han aparecido relegados. El problema radica en que, generalmente, los

beneficios otorgados a sus destinatarios generan perjuicios concretos a otros ciudadanos, cuyos derechos se ven limitados. Esta es una importante diferencia con otras medidas de acción positiva, cuyos costes aparecen socialmente difuminados. Además, cabe señalar que, mientras que la acción positiva suele referirse al punto de partida o a la carrera profesional, la discriminación positiva se vincula más al punto de llegada, no buscando tanto la igualdad de oportunidades como la igualdad de resultados. Así, pretende lograr un resultado igualitario y garantizarlo (Pérez del Río, 1999, 40).

De cualquier forma, debe repararse en que la defensa de esta clase de actuaciones normativas rompe la identificación entre igualdad y uniformidad como nota típica, además, del Derecho del Trabajo, al permitir el establecimiento de una vinculación directa entre el principio de igualdad y la consideración de la diferencia como base de los tratamientos normativos en el mundo laboral. Las acciones positivas a favor de las mujeres no buscan sino corregir una desigual situación de partida mediante un trato singular más favorable con el fin de compensar una situación de desigualdad sustancial generalizada por razón de sexo. Ello implica introducir una noción igualitaria que no se corresponde con la homogeneidad de las condiciones de trabajo. Tutelando de este modo la diferencia, se protege, en términos generales, la igualdad; se consigue un derecho desigual sin desigualdades (Baylos Grau, 33).

En las páginas que siguen se busca proporcionar al lector una panorámica general del juego de este tipo de medidas a favor de la mujer dentro de la normativa de la Unión Europea y, en especial, de la experiencia aportada por la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJCE), pieza clave dentro del debate suscitado en el ámbito de la Unión acerca de la viabilidad de dichas acciones.

II. MARCO NORMATIVO DE LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Al resaltar la importancia del Derecho comunitario en materia de lucha contra la discriminación por razón de sexo y, en particular, como ámbito dentro del cual se han desarrollado mecanismos de acción positiva, no se está pasando por alto ni el hecho de que tal desarrollo ha sido costoso y largo en el tiempo, primeramente, ni, en segundo lugar, que han sido también otras las instancias internacionales que han prestado atención al problema. Es el caso, así, de la OIT y de la ONU, cuya Convención sobre *Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de 1979, dispone en su art. 4, parte I, que no deben entenderse discriminatorias “aquellas medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de ipso entre el hombre y la mujer”. Por otro lado, tampoco cabe olvidar la influencia ejercida por determinadas experiencias nacionales, en especial, la estadounidense, en cuyo seno nacen las

primeras fórmulas de acción positiva relacionadas con la lucha frente a la discriminación racial (véanse, extensamente, Fick y Sierra Hernáiz, 1999, 33-74).

Lo que pretende aquí reflejarse es que el derecho de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo se han convertido en una de las cuestiones centrales de la política social comunitaria, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Y, como tal, la normativa comunitaria y las orientaciones del Tribunal de Justicia, especialmente, han influido de forma decisiva en los distintos ordenamientos internos (Roccella, 103). Sin perseguir ahora trazar un recorrido minucioso y detallado de las distintas etapas cubiertas en el proceso (para ello, véase Pérez del Río, 1999 y 2003), sí puede intentarse una caracterización general del mismo, aludiendo, también, a los principales resultados normativos. De todas formas, debe insistirse en que se trata de un camino complejo y notablemente dinámico, en absoluto cerrado o concluido: la prohibición de discriminación por razón de género ha pasado de ser un simple principio de política económica a adquirir los rasgos de un verdadero y propio derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en aspectos de la vida profesional cada vez más alejados del inicial y limitado campo retributivo (Pérez del Río, 2003, 286).

De este modo, dentro del Derecho comunitario es posible comprobar una notable evolución en el desarrollo de la prohibición de discriminación por razón de sexo. En efecto, en un primer momento y al igual que sucedió con el reconocimiento de otros derechos de contenido laboral, como la libre circulación de trabajadores y los derechos de Seguridad Social a ella vinculados, esta prohibición aparece claramente revestida de implicaciones económicas, puesto que su función, de acuerdo con el original art. 119 del Tratado de Roma, era evitar el *dumping* social. Sin embargo, el posterior desarrollo de la política social comunitaria, que condujo a una mayor consideración y autonomía de los aspectos sociales, abandonando su inicial configuración instrumental y adjetiva, desembocó en la adquisición de un valor central y emblemático, también para otras políticas comunitarias. De formar parte de uno de los escasos “oasis de socialidad” en el Tratado de Roma (Cruz Villalón, 14), ha pasado a ostentar un lugar destacado en el diseño de las distintas actuaciones comunitarias, transitando, también y en conocida evolución, de la igualdad formal a la igualdad material, esto es, de la paridad de trato a la igualdad de oportunidades. Conviene poner de manifiesto, asimismo, que, en este devenir, los problemas relativos a la igualdad han ido adquiriendo un carácter progresivamente complejo, afectando no sólo a las relaciones de trabajo o a la protección social, sino al propio funcionamiento de la sociedad. El Derecho y la jurisprudencia comunitarios han tenido que superar el criterio formal ligado al concepto de sexo para incorporar la dimensión de género, esto es, afrontar la cuestión de la

distribución de las funciones y papeles sociales diseñada e impuesta a partir del criterio sexual (Pérez del Río, 2000, 89).

Atendiendo ahora a la dimensión normativa, hay que destacar que la relevancia de esta materia se ha traducido, tanto en su recepción por lo que son normas de eficacia vinculante, ya sea en el ámbito del Derecho originario, ya sea en el del Derecho derivado -Reglamentos y Directivas-, como, también, por instrumentos como Recomendaciones o Resoluciones elaboradas por el Consejo, la Comisión o el Parlamento. Ciertamente, en la legislación comunitaria no existe una definición de acción positiva (Millán Moro, 184). Sin embargo, la Comisión entiende que el concepto comprende la totalidad de medidas dirigidas a “contrarrestar los efectos de discriminación en el pasado, a eliminar la discriminación existente y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en relación con tipos o niveles de empleo donde los miembros de un sexo están infrarrepresentados” (*Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo*, de 27 de marzo de 1996 [COM (96) 88 final], sobre la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93, Kalanke). Entendida como respuesta jurídica a las insuficiencias del principio de igualdad formal ante la dimensión real de la discriminación sexual, van a prevalecer los aspectos promocionales sobre los garantísticos, y el método de consenso sobre el coercitivo-sancionador. De este modo, el modelo de acción positiva propugnado es el puramente voluntario, puesto que no se obliga, en ningún caso, a su adopción (Sierra Hernáiz, 1999, 137-138). En esa línea, ha de entenderse el lenguaje utilizado por los distintos textos normativos comunitarios que, a continuación, se examinan.

Comenzando el análisis por el Derecho originario que constituye el actual texto del Tratado de la Comunidad tras las reformas introducidas por el Tratado de Amsterdam, son cuatro los preceptos que ostentan una importancia especial a nuestros efectos. En primer lugar, el art. 3.2 viene a consagrar ese lugar central que ostenta el principio de igualdad en el marco del conjunto de políticas comunitarias, reconociendo la necesidad de que el mismo –*mainstreaming*, principio de transversalidad – impregne la totalidad de actuaciones emprendidas por la Unión Europea, desde el momento en que ésta se fija como objetivo eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres y promover su igualdad. Ello implica que el criterio de la transversalidad de la igualdad de género se convierte en principio constitucional de la acción comunitaria (Rodríguez-Piñero, 2000, 66). De modo más preciso, en segundo término, el art. 13 dispone que, “sin perjuicio de las disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico,

religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Por su parte, el art. 137.1 prevé que la Comunidad apoyará y complementará la acción de los Estados en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres por lo que se refiere a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. Finalmente, el art. 141 contiene dos importantes referencias en sendos párrafos del mismo. Se trata del apartado 3, cuyo tenor literal es el siguiente: “El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”. Por su parte, el apartado 4 señala 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 en el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

Como unánimemente se ha señalado, el Tratado de Amsterdam concede un mayor peso y autonomía a la política social comunitaria, profundizando en el principio de igualdad de trato entre hombre y mujer. La actual redacción del Tratado y, en especial, de los mencionados arts. 13 y 141, ha supuesto un avance considerable en la materia por dos razones, básicamente. Primero, porque reconoce, con mayor claridad que antes, la compatibilidad de las acciones positivas con la prohibición de discriminación por razón de género y, en segundo lugar, porque facilita la adopción de normas de Derecho derivado sobre el particular por medio del procedimiento legislativo de codecisión con el Parlamento. Además, la referencia al sexo infrarrepresentado supone garantizar al máximo nivel normativo el derecho de los Estados miembros a adoptar medidas a favor de las mujeres sin necesidad de prever cláusula de apertura alguna –que el texto ni siquiera menciona-, sorteando el peligro que este tipo de cláusulas representa en la perpetuación de las discriminaciones femeninas dentro del mundo profesional (Millán Moro, 203). De todos modos, como después se comprobará, la jurisprudencia ha puesto de relieve la importancia de las cláusulas de apertura para ponderar la adecuación de ciertas medidas nacionales de acción positiva al ordenamiento comunitario.

El art. 141.4 del Tratado no habla de medidas de acción positiva, sino de medidas de igualdad de oportunidades, concepto más amplio que permite entender aquí incluidas fórmulas diversas, desde las dirigidas a tutelar a la mujer embarazada o con hijos, hasta las que otorgan un trato preferente o reservas de puestos a favor de colectivos infrarrepresentados, pasando por otras dirigidas a facilitar la compatibilidad entre vida familiar y laboral o a incentivar económicamente la contratación de mano de obra

femenina (Sierra Hernáiz, 2000, 123). Asimismo, el precepto condiciona la legitimidad de las medidas adoptadas a la concurrencia de dos elementos: que el grupo beneficiado se halle infrarrepresentado, lo que resulta determinante si ello es consecuencia de una discriminación social, y que las medidas tengan un carácter neutro, esto es, que tengan como destinatarios tanto a las mujeres como a los hombres.

Por lo que se refiere al Derecho derivado, son varias las Directivas que cabría mencionar. La primera, es la Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. La segunda, la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo. Esta norma ha sido objeto de diversas modificaciones, entre las que destacan las introducidas por la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002. Debe mencionarse, en tercer lugar, la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Por último, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En lo que respecta al reconocimiento de las acciones positivas, son dos los preceptos que, de modo especial, corresponde mencionar aquí. El primero es el apartado 1 bis de la Directiva 76/207/CEE, que señala que “los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias, y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1” (acceso al empleo, promoción y formación profesional, condiciones de trabajo y seguridad social). Por su parte, el art. 2.8 señala que “los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres”.

Como no ha dejado de observarse, dentro de la originaria redacción de la Directiva 76/207/CEE, la acción positiva se configuraba, al igual que otras medidas como la acción protectora, como una excepción al principio de igualdad de trato, perspectiva criticable desde el momento en que hace primar los aspectos formales y oculta el verdadero significado de la figura (Vogel-Polsky). En el texto actual, parece que dichos perfiles excepcionales se han difuminado en parte, pero no deja de ser llamativa la parquedad con que el legislador ha recogido su formulación. Parece que la inicial propuesta de la Comisión tenía como objetivo, más que proporcionar un concepto de acción positiva,

incentivar la adopción de medidas de esta clase por parte de los Estados miembros. Probablemente, el art. 2.3 de la Directiva 2002/73/CE confirma este propósito, al prever que, “sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros notificarán cada cuatro años a la comisión los textos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas correspondientes a medidas adoptadas de conformidad con el apartado 4 del art. 141 del Tratado, así como la información sobre dichas medidas y su aplicación”. Sobre la base de dicha información –concluye el precepto–, “la Comisión aprobará y publicará cada cuatro años un informe en el que se establezca una evaluación comparativa de dichas medidas a la luz de la Declaración n.º 28 anexa al Acta final del Tratado de Amsterdam”. Claramente, de esta disposición no se deduce la existencia de una obligación estricta para los Estados miembros de adoptar medidas de acción positiva, aunque sí una suerte de compulsión moral, puesto que parecería poco aceptable que, en el preceptivo informe cuatrianual, algún Estado hubiera de reconocer la falta de adopción de medidas por su parte (Pérez del Río, 2002, 107-108).

No pueden olvidarse, tampoco, las previsiones contenidas en textos como la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989, o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000. Así, el art. 16 de la Carta de Derechos Sociales establece que “debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A tal fin conviene intensificar donde quiera que ello sea necesario las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular en el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional. Conviene asimismo desarrollar las medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”. Y el art. 23 de la segunda prevé que “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 a favor del sexo menos representado”. El Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, presentado en julio de 2003, incorpora como Parte II esta Carta y mantiene, en su artículo II-23, el tenor literal del precepto en materia de igualdad entre hombres y mujeres.

Asimismo, otros instrumentos de inferior rango contienen referencias importantes, como la Resolución del Consejo de 12 de julio de 1982, sobre *Promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer*, o la Recomendación 84/635/CEE, del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, sobre *Promoción de acciones positivas en favor de la mujer*. Además, son varios, hasta la fecha, los Programas comunitarios para promover la

igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que se han ido poniendo en marcha a partir de 1980. Los actualmente vigentes son el Programa EQUAL y la estrategia Marco Comunitaria sobre igualdad entre hombres y mujeres 2001-2005, aprobada por Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000.

Muy sintéticamente, éste es el telón de fondo normativo sobre el que se ha venido desarrollando, a su vez, la jurisprudencia comunitaria emanada del Tribunal de Justicia de Luxemburgo que, en el caso concreto de la acción positiva, se pronunció por vez primera en 1995. A su análisis y comentario se dedica el siguiente apartado, sin perder de vista que, en esta materia y de un modo especial, se pone de manifiesto la complicada relación existente entre el Tribunal y el legislador comunitario, lo que, además, corrobora que quede siempre abierto el espacio para una interpretación innovadora del Derecho comunitario vigente (Roccella, 108).

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y SU EVOLUCIÓN

En general, todos los comentaristas coinciden en destacar el papel fundamental que la jurisprudencia comunitaria ha adquirido a la hora de elaborar y configurar el concepto de discriminación por razón de género. El problema de la igualdad de trato se ha convertido en una de las cuestiones que más pronunciamientos ha generado, en una evolución paralela a la experimentada por el marco normativo y que sucintamente se ha descrito páginas atrás. Si hubiera que sintetizar la labor del Tribunal de Justicia al respecto, cabría referirse a dos aspectos esenciales (Pérez del Río, 2003, 285). En primer término, la reiterada consideración del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo como propio y verdadero derecho fundamental comunitario (Asuntos Razzouk, Beydoun, Johnston o Drake). En segundo lugar, el fortalecimiento de la prohibición de discriminación a través de la consolidación jurisprudencial del concepto de discriminación indirecta, de la ampliación progresiva del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato contenido en el Tratado y en las Directivas y de la garantía del cumplimiento de la normativa comunitaria por parte de los Estados miembros, creando y obligando a éstos a crear un sistema de garantías suficiente desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva (Asuntos Bilka, Kowalska, Nimz o Barber).

En lo que se refiere al problema de la adecuación de las medidas de acción positiva adoptadas por los Estados miembros al principio de igualdad y prohibición de discriminación establecido en el ordenamiento comunitario, son varias las sentencias del Tribunal de Justicia que, hasta la fecha, han abordado la cuestión. Fundamentalmente, se trata de las SSTJCE 17 de octubre de 1995, C-450/93, Asunto Kalanke; 11 de noviembre de 1997, C-409/95, Asunto Marschall; 28 de marzo de 2000, C-158/97,

Asunto Badeck; 6 de julio de 2000, C-407/98, Asunto Abrahamsson; y 19 de marzo de 2002, C-476/99, Asunto Lommers. Como puede comprobarse por las fechas, un primer rasgo de esta jurisprudencia radica en su carácter relativamente reciente. El segundo, la circunstancia de que se pronuncien bajo la vigencia de la Directiva 76/207/CEE en su redacción originaria. Por último, conviene adelantar que se trata de resoluciones controvertidas y que han suscitado no pocas reacciones críticas, que han puesto de manifiesto aspectos contradictorios y la existencia de problemas aún no resueltos por completo.

Resumidamente, el TJCE ha venido a interpretar el art. 2.4 de dicha norma estableciendo las siguientes consecuencias (Pérez del Río, 2002, 106-107):

a) La adopción de medidas de acción positiva por parte de los Estados ha de ser considerada como una excepción al principio de igualdad de trato.

b) Tal excepción tiene como finalidad precisa y limitada autorizar la adopción de medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a suprimir o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social.

c) En el acceso al empleo o en una promoción profesional no puede justificarse que las mujeres gocen automáticamente de preferencia en los sectores en los que están subrepresentadas.

d) En cambio, dicha preferencia está justificada si no es automática y si la medida nacional en cuestión garantiza a los candidatos varones igualmente calificados que su situación será objeto de una valoración objetiva en la que se tomarán en consideración todos los criterios concurrentes en los candidatos, con independencia de su sexo (exigencia de una cláusula de apertura).

Pero, más allá de esta síntesis, quizás sea bueno profundizar en los argumentos manejados por el TJCE y en los supuestos y circunstancias de hecho que dieron lugar a estos pronunciamientos, bastante controvertidos, como acaba de señalarse.

Con toda probabilidad, ha sido el primero de ellos el más criticado de todos. Con práctica unanimidad, la doctrina laboralista ha puesto de manifiesto no pocos aspectos dudosos en la argumentación del Tribunal. Muy esquemáticamente expuestos, los hechos eran los siguientes. En aplicación del art. 4 de la Ley sobre igualdad de trato en la Función Pública (*Landesgleichstellungsgesetz*) del Land de Bremen (Alemania), de 1990, en la cobertura de un puesto de jefe de sección del Servicio de parques y jardines de la ciudad de Bremen fue preferida una mujer, la Sra. Glissman, en detrimento del candidato masculino, Sr. Kalanke. Dicho precepto disponía, en lo esencial, que, a

igualdad de méritos, y tanto para la selección como para la promoción de los funcionarios públicos, se concederá preferencia a las mujeres sobre los candidatos masculinos en los sectores en que estén infrarrepresentadas. Incidentalmente, debe indicarse que, en el debate doctrinal alemán, el problema de las cuotas a favor de las mujeres, ya se trate de cuotas por decisión o por resultados, continúa sin estar cerrado (Rodríguez-Piñero, 1997, 99 y ss.).

El TJCE parte de considerar que una norma nacional que establezca la preferencia automática de las mujeres, a igualdad de méritos y en caso de infrarrepresentación, implica una discriminación por razón de sexo. Ahora bien, ¿podría entrar dicha norma dentro de la excepción prevista por el art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE? Después de recordar la jurisprudencia sentada en la STJCE 25 de octubre de 1988, 312/86, Asunto Comisión/Francia, y de reconocer la insuficiencia de las normas sobre igualdad de trato si no van acompañadas por medidas de acción positiva (Recomendación del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, sobre *Promoción de acciones positivas a favor de la mujer*), el Tribunal aboga por una interpretación restrictiva de la excepción contenida en el art. 2.4, puesto que afecta a un derecho individual (STJCE 15 de mayo de 1986, 222/84, Asunto Johnston). Por lo cual, entiende que una norma nacional que garantice la preferencia absoluta e incondicionada de las mujeres en un nombramiento o promoción excede de los límites de una medida de fomento y sobrepasa los límites de la excepción establecida en la Directiva: un sistema que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades. En consecuencia, para el TJCE el sistema establecido por la legislación de Bremen es contrario a los apartados 1 y 4 del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE.

La propia Comisión ya advirtió de la incertidumbre que esta resolución generaba sobre la legitimidad de las cuotas y otros sistemas de acción positiva para las mujeres (*Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo*, de 27 de marzo de 1996, COM (96) 88 final). En parte, dicha incertidumbre ha de ser achacada a la falta de argumentación del propio Tribunal, en cuyo planteamiento pesa una rígida forma de entender la excepción prevista en el art. 2.4 de la Directiva, sin analizar en detalle, tampoco, el carácter de la preferencia prevista en la Ley de Bremen, que no es absoluta ni incondicional, como el TJCE parece sostener.

La postura del TJCE no puede comprenderse, sin embargo, sin acudir a la posterior Sentencia de 11 de noviembre de 1997, 409/95, Asunto Marschall, puesto que ambas resoluciones aparecen como complementarias (Ballester Pastor, 61 y ss.; Sierra Hernáiz, 1999, 143 y ss.). En este supuesto, de nuevo se pone en cuestión la previsión contenida

en una Ley sobre función pública de un Estado alemán, en esta ocasión el art. 25 de la *Beamtengesetz* de Renania del Norte-Westfalia, de 1981. De forma similar al caso precedente, el candidato varón que aspira a una promoción en un centro escolar, Sr. Marschall, resulta preterido a favor de la candidata femenina en aplicación de la mencionada Ley. Aunque pudiera pensarse que se trata de un supuesto sustancialmente idéntico al que da origen al caso Kalanke, conviene aclarar que ambos presentan diferencias relevantes (Millán Moro, 178). En primer lugar, porque del relato de hechos contenido en la primera sentencia se desprende que no existe igualdad de méritos entre ambos candidatos: son superiores los acreditados por el Sr. Kalanke y ello hubiera debido zanjar, desde el principio, toda polémica acerca de la posibilidad de aplicar la preferencia contenida en la norma del Estado de Bremen. Aquí, en cambio, parece que sí existe esa igualdad de partida. Una segunda diferencia radica en la legislación de cada Land. Así, la Ley de Bremen, aun estableciendo un sistema de cuotas flexibles y debiendo ponderarse la equidad para el caso de circunstancias especiales de un candidato masculino, no incorpora una excepción expresa, como sí lo hace la Ley de Renania-Westfalia, cuando concurren motivos que inclinen la balanza a favor de aquél. Finalmente, existe una tercera diferencia, que tiene que ver con la valoración de la infrarrepresentación por parte de una y otra norma. De todos modos, debe indicarse que el TJCE, en el fallo del caso Marschall, lo que va a tener en cuenta son las dos primeras circunstancias distintivas: no parece que, en este segundo caso, la última diferencia haya sido tomada en consideración.

La argumentación del TJCE en el caso Marschall se basa, así y en parte, en los razonamientos de la previa sentencia en el caso Kalanke. Sin embargo, como acaba de indicarse, el Tribunal destaca la excepción expresa a la preferencia por las mujeres que se contiene en la Ley de Renania-Westfalia. Para el TJCE, el mero reconocimiento de la igualdad de oportunidades formal no siempre asegura la supresión de las discriminaciones y el logro de una igualdad material. Ello justifica la inclusión en el ámbito de aplicación del art. 2.4 de la Directiva de una norma nacional que, para el caso de promoción en el empleo y a igualdad de capacitación, otorgue una preferencia a las mujeres, sin perjuicio de la cláusula de apertura y siempre que exista infrarrepresentación, con el fin de corregir las desigualdades de hecho en la vida social. Nuevamente, se postula la interpretación restrictiva de dicho art. 2.4, al tratarse de una excepción a un derecho individual, y se recuerda que la preferencia a favor de la mujer no puede ser incondicional y absoluta. La conclusión, para el TJCE, es que una norma, como la incluida en la Ley de Renania-Westfalia de 1981, no sobrepasa los límites de la excepción prevista en la Directiva 76/207/CEE si, en aplicación de la cláusula de apertura que contiene, garantiza a los candidatos masculinos con igual capacidad que

las aspirantes femeninas que las candidaturas serán valoradas objetivamente, teniendo en cuenta todos los criterios relativos a las personas de los candidatos de ambos sexos y descartando la preferencia a favor de las mujeres cuando alguno de esos criterios haga preferir al candidato masculino. Por último, el TJCE señala que esos criterios no podrán ser discriminatorios para las candidatas femeninas, intuyendo el peligro que la cláusula de apertura puede implicar para la consecución de una efectiva igualdad para la mujer (Millán Moro, 183).

Las abundantes críticas suscitadas por ambos pronunciamientos coinciden en subrayar cómo el TJCE parece inclinarse por un entendimiento del principio de igualdad más desde el punto de vista formal que desde la perspectiva material. Asimismo, al plantearse el problema en el marco de las excepciones al principio de igualdad –art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE-, se opera con una concepción restrictiva de las acciones positivas, pues “no permite resolver la contradicción entre la necesidad de adoptar medidas para extirpar, destruir la segregación sexual y social del mercado de trabajo y la división sexuada del trabajo y la salvaguarda del derecho individual a la igualdad formal” (Vogel-Polsky, 1312). A partir de aquí, la incompatibilidad de las legislaciones nacionales examinadas con el Derecho comunitario se pretende fundamentar en dos tipos de consideraciones. Por un lado, en el carácter rígido de las cuotas. El problema radica en que el Tribunal no profundiza suficientemente en los mecanismos previstos por la Ley de Bremen. Si lo hubiera hecho, probablemente hubiera tenido que concluir que la preferencia establecida en la misma no es absoluta ni incondicional, porque no se trata de una cuota rígida. Por otro lado, se argumenta en torno a la persecución, más de una igualdad de resultados, que de oportunidades. Y es este segundo argumento el que aparece con perfiles distintos en el caso Marschall, puesto que, en la Sentencia de 1997, hay una invocación a la realidad social, reconociendo que el hecho de que dos candidatos de distinto sexo posean la misma capacitación no significa que disfruten de las mismas oportunidades, en la práctica. Con todo, ello no evita que, en el conjunto de su argumentación, el Tribunal se incline, como acaba de indicarse, por una visión más bien formalista del principio de igualdad.

No cabe duda de que este limitado y restrictivo entendimiento jurisprudencial del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres constituyó el detonante de las modificaciones normativas posteriormente operadas, no sólo en la propia Directiva 76/207/CEE, sino, también y significativamente, en el texto del Tratado por parte del Tratado de Amsterdam, modificaciones que, como se indicó páginas atrás, han pretendido profundizar en la vertiente material del derecho. Por ello, el Tratado fue saludado como norma destinada a tener una “particular incidencia en las políticas comunitarias y nacionales sobre igualdad de oportunidades” y a ofrecer “una sólida base

constitucional a las medidas de acción positiva”. En exceso optimista parece, en cambio, pretender que haya disipado totalmente, según se ha dicho, “las dudas que la jurisprudencia comunitaria había formulado sobre la legitimidad de las medidas de acción positiva” (Rodríguez-Piñero, 2000, 65).

La Sentencia Badeck, C-158/97, de 28 de marzo de 2000, tercero de los supuestos de acción positiva sobre los que se ha pronunciado el TJCE, es, sin embargo, la primera de las resoluciones dictada tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. Esta Sentencia da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal del Estado de Hesse (Alemania) en el marco de un proceso de control de legalidad interpuesto por varios parlamentarios en torno a la validez de una Ley de dicho Estado, de 1993, sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración Pública (HGIG). A juicio de los demandantes, la Ley sería contraria a la Constitución del Estado de Hesse y a la Directiva 76/207/CEE. En la cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional alemán somete a la consideración del TJCE cinco preguntas relativas a la admisibilidad, requisitos y límites de la acción positiva en el Derecho comunitario.

Sobre las premisas sentadas en las dos sentencias anteriores –casos Kalanke y Marschall-, el Tribunal comienza por analizar si una normativa nacional que reserva la mitad de los puestos de trabajo a la mujer en sectores de la función pública en que se encuentre infrarrepresentada entra en contradicción con los apartados 1 y 4 del art. 2 de la Directiva. Muy resumidamente, el Tribunal pondera tres elementos para admitir la medida. El primero radica en la forma que reviste ésta, puesto que la Ley de Hesse (art. 10 HGIG) ha recogido una cuota de resultado flexible que se ajusta a la Directiva, al tener en cuenta las características específicas del mercado de trabajo cuando fija los objetivos vinculantes, sin establecer de modo uniforme las cuotas aplicables al conjunto de sectores y servicios, y porque no propugna favorecer, de forma automática, a la trabajadora en caso de igualdad de méritos, sino solamente cuando las mujeres estén infrarrepresentadas, como indicio de la existencia de una situación desfavorable contra ellas. El segundo es el respeto al principio de mérito, que el Tribunal considera acreditado por parte de la norma que se examina, al combinar criterios positivos y negativos en la valoración de los méritos de los candidatos. Y el tercero es la inexistencia de un motivo de rango jurídico superior que anule la preferencia a favor de la mujer para otorgar el puesto al candidato masculino. Por todo ello, en definitiva, el TJCE entiende que la Directiva 76/207/CEE autoriza “una normativa nacional que, en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación entre los candidatos de distinto sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos

del plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior, a condición de que dicha normativa garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos”.

Seguidamente, el TJCE tampoco entiende contrarias al Derecho comunitario, ni las previsiones legales que configuran una reserva de puestos de trabajo en el sector científico (art. 5.7 HGIG), ya que se respeta el principio de selección de la persona más

capacitada, ni aquéllas por las que se reserva la mitad de los puestos a favor de las mujeres en cursos de formación profesional impartidos por el Estado (art. 7 HGIG), asumiendo la posición del Tribunal de Hesse, que pone el acento en un entendimiento material del principio de igualdad de oportunidades. De esta forma, tampoco se opone a la Directiva una norma como la Ley de Hesse de 1993 que, en la medida en que se propone eliminar una infrarrepresentación de la mujer, procede a reservar a las mujeres “al menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el estado no ejerza un monopolio de formación, salvo que, pese a la adopción de medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes”.

Una postura similar va a mantener el Tribunal respecto de la cuarta y quinta parte de la cuestión judicial, esto es, en lo que se refiere a la convocatoria de mujeres cualificadas a entrevistas de trabajo en los sectores en los que estén infrarrepresentadas (arts. 9 y 10 HGIG) y en lo relativo a la composición de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y control (art. 14 HGIG): en ambos casos, el TJCE tampoco va a observar contradicción con la Directiva 76/207/CEE.

Como ha podido comprobarse a través de esta apresurada síntesis, en la Sentencia se pasa revista a cuatro aspectos (Sierra Hernáiz, 2000, 131) que presentan una importancia desigual. Por ello, parece oportuno centrarse en los de mayor enjundia, es decir, en lo que afecta a la aplicación de medidas de acción positiva en la contratación o promoción de mujeres, en primer término, y, en segundo lugar, en lo relativo a la proyección de dichas medidas en los cursos de formación profesional. Por lo que se refiere al primer aspecto, serían cuatro las principales aportaciones reseñables respecto de la jurisprudencia anterior (Sierra Hernáiz, 2000, 131):

a) Considerar la acción positiva como una excepción legítima al principio de igualdad de trato y cuyo origen radica en el principio de igualdad sustancial, que postula la eliminación de todas las desigualdades de hecho que surjan en las relaciones sociales, incluyendo aquéllas que vienen determinadas por la pertenencia a un grupo determinado. De dicho principio va a derivar la idea de discriminación social, que busca

terminar con la segregación laboral y social de las mujeres manifestada en la infrarrepresentación, y, añadidamente, el principio de igualdad de oportunidades sustancial, que propugna la distribución desigual de los puestos de trabajo para corregir los resultados desiguales que son fruto de la discriminación social.

b) Configurar dicha excepción como medida vinculante o de obligado cumplimiento, pero sin desembocar en preferencias absolutas e incondicionales. Por vez primera, el TJCE va a reconocer ese carácter vinculante y entiende, en el caso concreto, que no se está ante una preferencia automática a favor de las mujeres: se trata de medidas necesarias y proporcionales para combatir una situación discriminatoria sufrida por el colectivo femenino. Por otro lado, ya se indicó, el Tribunal toma en consideración la forma flexible de la medida, pues el porcentaje de puestos reservados aparece condicionado por las circunstancias concretas de cada sector. Todos estos elementos contribuyen a explicar la distinta posición adoptada por el Tribunal ante un supuesto similar al juzgado en el caso Kalanke.

c) Exigir que, a la aplicación de la preferencia, no se oponga un motivo de rango jurídico superior. Bien es cierto que dicho requisito no aparece claramente reflejado en el articulado de la Ley de Hesse y no deja de generar cierta confusión: si parece que lo que el Tribunal ha pretendido es establecer una cláusula de apertura implícita, ¿no resulta ésta una exigencia reiterativa, al acumularse a la cláusula explícita?

d) Exigir la existencia de una cláusula de apertura que tome en consideración situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos, como contrapeso que permite salvaguardar el derecho a la igualdad de trato. Este requisito ya figuraba enunciado en la Sentencia Marschall pero, como acaba de indicarse, aparece ahora reforzado, en combinación con el anterior.

En cuanto al juego de la reserva de plazas en los cursos de formación especializada para profesiones en que las mujeres estén infrarrepresentadas, ha de indicarse que se trata de medidas cuyo objetivo es idéntico al supuesto anterior: acabar con la infrarrepresentación. La diferencia radica, sin embargo, en el modo de afrontarlo, puesto que ahora las medidas persiguen mejorar la capacidad competitiva de las mujeres en el mercado de trabajo, paliando los déficits formativos que pudieran existir. En contraste con el supuesto anterior, se trata de medidas que no aseguran la consecución de ningún resultado —en forma de puesto de trabajo— para las mujeres, sino que persiguen suprimir, por medio de la formación profesional, las causas que obstaculizan la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y, así, lograr que desarrollen una carrera profesional en condiciones de igualdad con los hombres. Nótese que el TJCE establece dos límites para que este tipo de medidas puedan considerarse excepciones legítimas al principio

de igualdad de trato. Por un lado, que no exista un monopolio estatal en los cursos de formación, garantizando a los hombres la posibilidad de recurrir al sector privado para su formación. Por otro, que se permita a los hombres inscribirse en los mismos si existieran vacantes.

¿Qué opinión cabe formular respecto de este pronunciamiento judicial? En un análisis valorativo (Sierra Hernáiz, 2000, 135-136), se ha resaltado que la contribución más importante de esta Sentencia radica en la nueva formulación de los requisitos exigidos para la validez de las medidas de acción positiva. Así, cabe aludir a la consideración expresa de la infrarrepresentación como indicio justificante, aunque rebatible, de la acción positiva. Añadidamente, y en comparación con la Sentencia Marschall, la apelación a una cláusula de apertura implícita ofrece perfiles poco claros. Desde el punto de vista práctico, y como parece recoger el propio Tribunal, se trataría de tomar en cuenta determinadas situaciones personales, tales como el desempleo prolongado o la incapacidad. Esos “motivos de rango superior” que derivan de las normas constitucionales, sin embargo, parecen privar de sentido a las cláusulas de apertura expresas exigidas por la propia jurisprudencia comunitaria. Incluso, implicarían dotar de mayor flexibilidad a la aplicación de las medidas de acción positiva. Naturalmente, salvo que se pretenda “abrir la puerta en exceso a circunstancias personales que acaben por malograr el fin último de la acción positiva que es, no se olvide, otorgar una preferencia a la mujer” (Sierra Hernáiz, 2000, 136).

La STJCE 6 de julio de 2000, 407/98, Asunto Abrahamsson, vuelve a enfrentarse a un supuesto de hecho muy similar a los anteriormente referidos casos Kalanke y Marschall. En este caso, para la provisión de un puesto de profesor de Ciencias de la Hidrosfera en la Universidad de Gotemburgo (Suecia) fue seleccionada una candidata femenina, suficientemente capacitada pero con méritos inferiores a los del Sr. Abrahamsson. Tal decisión fue adoptada al amparo del Reglamento sueco 1995:936 y del plan de igualdad entre hombres y mujeres de la Universidad de Gotemburgo que prevén la inaplicación de la regla general –el nombramiento debe recaer sobre la persona más cualificada para ocupar un puesto- cuando la decisión entra dentro del ámbito de los esfuerzos para promover la igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional, en cuyo caso el candidato con aptitudes suficientes ha de ser el designado, siempre que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que la diferencia entre las capacitaciones de los candidatos no sea tan importante que de ella resulte una vulneración de la exigencia de objetividad en el momento de la contratación. Precisamente, el nombramiento, por parte del Rector de la Universidad, de la candidata femenina tomó en cuenta que la diferencia en los méritos no era de tal relieve que pudiera producir dicho resultado contrario a la objetividad.

De nuevo, pues, el problema de la compatibilidad de una medida nacional de acción positiva a favor de las mujeres con la normativa comunitaria pero, a diferencia de otros casos, como Kalanke o Marschall, en este supuesto se analiza una disposición nacional que otorga preferencia a un candidato del sexo infrarrepresentado que, aunque cuente con capacitación suficiente, no posee, sin embargo los mismos méritos que el candidato del sexo opuesto (Ramos Martín, 36). En su argumentación, el TJCE va a destacar que el alcance del requisito previsto por la normativa sueca, esto es, que la diferencia entre los méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos, no aparece determinado de forma precisa; así, la selección de un candidato, siempre que posea capacitación suficiente, se basa, en último término, en el mero hecho de pertenecer al sexo infrarrepresentado, sin llevarse a cabo “un examen objetivo de las candidaturas que tenga en cuenta las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos”. Para el Tribunal, el método de selección debatido no puede estar legitimado por el art. 2.4 de la Directiva. La cuestión radica, entonces, en dilucidar si el art. 141.4 del Tratado sí proporciona, en cambio, dicha cobertura.

Y esta es la mayor novedad que aporta la sentencia, al analizarse por vez primera, por parte del TJCE, el alcance de dicho precepto respecto de las acciones positivas, tras la reforma introducida por el Tratado de Amsterdam. Para el Tribunal, de la redacción del art. 141.4 no puede inferirse la admisión de un método de selección como el que se discute en el litigio y que, “en todo caso, resulta ser desproporcionado en relación con el objeto perseguido”, por lo que concluye la incompatibilidad de la normativa sueca con la comunitaria. Más concretamente, dicha incompatibilidad se mantiene aun en el caso de que la normativa nacional sólo se aplique, bien a los procedimientos destinados a la provisión de un número previamente limitado de puestos, bien a puestos que se creen en el marco de un programa específico de una Escuela Superior concreta que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva. A juicio del TJCE, la incompatibilidad es independiente del nivel del puesto que vaya a proveerse.

En cambio, y siguiendo las conclusiones sentadas en su anterior sentencia sobre el caso Badeck, para el TJCE resulta ajustada a lo dispuesto en los apartados 1 y 4 del art. 2 de la Directiva una práctica jurisprudencial nacional por la cual, a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado se le conceda preferencia frente a otro candidato del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tome en consideración las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

De cualquier forma, el TJCE prosigue la línea sentada en la jurisprudencia anterior, exigiendo la equivalencia de méritos para que una medida de acción positiva a favor de la promoción de la mujer en el empleo pueda estimarse compatible con la normativa comunitaria. La aportación de esta sentencia es, como se indicó líneas atrás, la interpretación que se ofrece del art. 141.4 del Tratado, manteniendo una postura restrictiva respecto de la compatibilidad de las medidas de acción positiva con el mismo: éstas sólo podrán admitirse si concurre el presupuesto de una equivalencia o una gran similitud de méritos por parte de los candidatos y si se respeta el principio de proporcionalidad en su adopción (Ramos Martín, 36).

La última de las resoluciones de las que pretendo dar cuenta aquí, la STJCE 19 de marzo de 2002, C-476/99, Asunto Lommers, presenta afinidades con el supuesto abordado en el caso Badeck, ya que el problema de fondo es el establecimiento de medidas orientadas a facilitar a las mujeres el desempeño de actividades profesionales, en este caso por medio de la concesión de determinadas ventajas –acceso al servicio de guarderías- en sus condiciones de trabajo. El litigio suscitado parte de la negativa dada por el Ministerio de Agricultura holandés al Sr. Lommers, funcionario del mismo, que solicitó una reserva de plaza de guardería para su hijo. La esposa de este funcionario prestaba servicios para otro empleador y el Ministerio argumentó que, dada la reserva prevista para el personal femenino, los hijos de los funcionarios varones sólo podían acceder a los servicios de guardería en casos de urgencia. El marco normativo lo constituía la Ley holandesa relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, de 1 de marzo de 1980 (WGB). En el curso del litigio nacional, el órgano judicial holandés –Centrale Raad van Beroep- decidió suspender su pronunciamiento y plantear al TJCE la siguiente cuestión prejudicial: ¿existe oposición entre el art. 2, apartados 1 y 4 de la Directiva 76/207/CEE y 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?”.

Premisa importante, en la argumentación desarrollada por el TJCE, es la consideración de la oferta de plazas de guardería como condición de trabajo, haciendo posible, por lo tanto, su inclusión dentro del ámbito aplicativo de la Directiva, y no de la Directiva 75/117/CEE, sobre igualdad de retribuciones, a pesar de la dimensión económica de la medida. El TJCE va a acabar reconociendo la legitimidad de la reserva discutida, de nuevo en el marco de la excepción al principio de igualdad de trato, lo que obliga, para respetar el juicio de proporcionalidad, a analizar si la misma no supera los límites de adecuación y necesidad en la consecución del objetivo propuesto, así como conciliar, en lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo

que se persigue (Merino Segovia, 121). Dicho objetivo, precisamente, consiste en facilitar el ejercicio de la actividad profesional de los trabajadores afectados y no puede perderse de vista que el contexto en que se desarrollan los hechos controvertidos se caracteriza por la insuficiente oferta de plazas de guardería adecuadas, lo cual podría llevar a las trabajadoras, especialmente, a renunciar a su empleo. La reserva de plazas permite, en cambio, contribuir a la disminución de dificultades e incertidumbres, eliminando, en parte, un obstáculo importante en el acceso y conservación del puesto de trabajo en condiciones de igualdad respecto de los trabajadores del sexo masculino.

El TJCE estima que la preferencia establecida a favor de las mujeres en la adjudicación de plazas de guardería se ajusta a una serie de requisitos insoslayables desde la perspectiva jurisprudencial y normativa de la Unión Europea. Así, en primer término, la medida se arbitra dentro de un sector en que las mujeres se hallan infrarrepresentadas, y no sólo en relación al número total de funcionarios del organismo, sino, como pone de manifiesto el Tribunal, por la escasa presencia femenina en puestos de tipo superior. Por otro lado, la reserva se liga a un concepto restringido de igualdad de oportunidades, no afectando a puestos, sino al disfrute de determinadas condiciones laborales, facilitando la continuidad y el progreso de la carrera profesional. El hecho de que las mujeres tiendan más a interrumpir su carrera para asumir el cuidado de los hijos de corta edad sirve, así, para explicar que una medida dirigida sólo a trabajadoras del sexo femenino no rompa el principio de proporcionalidad, a lo que debe añadirse el carácter limitado del número de plazas ofrecidas por el Ministerio de Agricultura. Finalmente, y a semejanza de la Sentencia Badeck, el TJCE constata la inexistencia de un monopolio estatal en los servicios de guardería y, sobre todo, invoca el juego de una cláusula de apertura que tome en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de los trabajadores afectados. En el caso considerado, dicha cláusula se concreta en la posibilidad concedida al Ministerio, no obstante la preferencia prevista, de optar por la solicitud presentada por un trabajador masculino amparándose en situaciones de urgencia. Todo ello llevará a concluir al TJCE, en su fallo, que el art. 2 de la Directiva 76/207/CEE “no se opone a una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida a favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de

guardaría en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman solos la guarda de sus hijos”.

Como puede comprobarse, reitera el Tribunal la exigencia de una cláusula de apertura, con los problemas y dificultades que ya anteriormente se indicaron. Pero, con la circunstancia agravante, en este caso, del amplio margen de actuación concedido al empleador para apreciar otros factores concurrentes, lo que podría neutralizar la propia virtualidad de la medida de acción positiva. Sería preferible el previo establecimiento de un conjunto de exigencias formales que permitan una aplicación automática de este tipo de medidas, antes que una valoración subjetiva *a posteriori* de las circunstancias concurrentes que es, justamente, lo que pretende superar la idea de acción positiva. Se ha observado, por ello, que permitir tal margen de discrecionalidad al empleador puede desembocar en una potencial arbitrariedad y, en todo caso, genera una gran dosis de inseguridad, a la vista de su generalidad e imprecisión, contribuyendo muy poco al futuro desarrollo de la acción positiva: “Quiebra, a nuestro juicio, en el caso examinado en la sentencia Lommers, la exigencia de que el contenido de la cláusula de apertura tenga un ámbito muy reducido de aplicación, limitado a aquellas circunstancias que sean acreedoras de igual protección a la de los principios que constituyen la razón de ser de las medidas de acción positiva” (Merino Segovia, 125).