

**NOTAS**



IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES  
Y MUJERES RESPECTO A LA PROMOCIÓN  
PROFESIONAL EN LA JURISPRUDENCIA  
COMUNITARIA: IGUALDAD FORMAL *VERSUS*  
IGUALDAD SUSTANCIAL

(Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de octubre  
de 1995, as. C-450/93, *Kalanke* y de 11 de noviembre  
de 1997, as. C-409/95, *Marschall*)

Por LUCÍA MILLÁN MORO (\*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS ANTECEDENTES DE HECHO.—III. LAS CONCLUSIONES DE LOS ABOGADOS GENERALES.—IV. LAS SENTENCIAS.—V. VALORACIÓN CRÍTICA: A) *Las acciones positivas y el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres*; B) *El ámbito de aplicación del art. 2 apartado 4 de la Directiva 76/207/CEE*; C) *Las posibles ambigüedades y contradicciones de la jurisprudencia comunitaria*.—VI. LAS CONSECUENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA KALANKE.—VII. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Kalanke* en 1995 (1) originó un gran debate doctrinal (2)

(\*) Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz, en comisión de servicios en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

(1) Sentencia de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, *Kalanke*, Rec. 1995, p. 3051.

(2) Vid. entre otros: ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: «Un paso atrás en la búsqueda de la igualdad entre hombres y mujeres: el asunto *Kalanke*», *La ley-Unión*

en torno a una serie de cuestiones referidas al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, especialmente respecto a la licitud, en relación con el Derecho Comunitario derivado, de determinadas acciones positivas nacionales para mejorar la situación profesional de las mujeres, y su relación con el principio de no discriminación por sexo. La sentencia comunitaria situaba además el debate en la confrontación del principio de la igualdad formal entre los sexos, frente al de igualdad sustancial, y las medidas necesarias para la realización de cada uno de esos principios.

La jurisprudencia comunitaria en esa sentencia, que fue muy criticada por amplios sectores doctrinales (3), dejaba abiertas muchas cuestiones, que en alguna medida se han venido a precisar en su sentencia *Marschall*

*europaea*, año XVI. Nº 3934, pp. 1 y 2; COUSTET, I.: «La jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance, Chronique des arrêts, Politique sociale. Arrêt *Kalanke*», *Revue du marché unique européen*, 1996, pp. 191-192; CHARPENTIER, L.: «L'arrêt *Kalanke*. Expression du discours dualiste de l'égalité», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, pp. 281 y ss.; DURÁN Y LALAGUNA, P.: «Derechos de la mujer y ordenamiento comunitario europeo», *Noticias de la Unión europea*, 1997, pp. 21 y ss.; MOORE, S.: «Social policy.- Nothing positive from the Court of Justice», *European Law Review*, 1996, pp. 156 y ss.; PRECHAL, S.: «Case C-450/93, *Kalanke v. Freie hansestadt Bremen* (1995) ECR I-3035», *Common Market Law Review*, 1996, pp. 1255 y 1258; QUINTANILLA NAVARRO, B.: «La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso '*Kalanke versus Glissmann*'», *Actualidad laboral*, nº 5, 1996, pp. 145 y ss.; RIVERO ORTEGA, R.: «Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de las mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la sentencia «*Kalanke*» del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista española de derecho administrativo*, 1996, pp. 321 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Discriminación, igualdad de trato y acción positiva» en CRUZ VILLALÓN, J. (coord.): *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona 1997, pp. 97 y ss.; ROFES I PUJOL, M. I.: «Sentencia de 17 octubre de 1995, C-450/93, *Kalanke*: Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Directiva 76/207/CEE. Apartado 4º del artículo 2. Promoción. Igual capacitación de candidatos de distinto sexo. Preferencia por las candidatas femeninas», *Cuadernos europeos de Deusto*, nº 14, 1996, pp. 175 y ss.; RUANO, L.: «Acciones positivas y discriminación positiva», *Actualidad Jurídica Arazadi*, año V, nº 227, 1995, pp. 1 y ss.; SCARPONI, S.: «Pari opportunità e *frauenquoten* davanti alla Corte di Giustizia» *Rivista Diritto Europeo*, 1995, pp. 717 y ss

(3) Prácticamente la totalidad de la doctrina citada en la nota anterior es crítica con la jurisprudencia *Kalanke*, tanto con la sentencia como con las conclusiones del abogado general Tesauró. En cuanto a la sentencia *Marschall*, aún es pronto para conocer la reacción doctrinal, pero dadas las matizaciones que aporta, puede ser recibida de diferente manera.

de noviembre de 1997 (4), aunque ambas sentencias comparten falta de argumentación detallada que justifique el fallo del Tribunal, y que explique por qué llegan a soluciones diferentes, cuando la legislación nacional de partida no era, en la práctica, tan diferente.

## II. LOS ANTECEDENTES DE HECHO

En el primer asunto de octubre de 1995, el litigio ante la jurisdicción nacional, que enfrenta al Sr. Kalanke con la ciudad de Bremen, tiene su origen en la aplicación que se hace a su caso concreto del art. 4 de la «Landesgleichstellungsgesetz» de 1990 (Ley relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública, del Land de Bremen, en adelante «LGG»).

Dicho art. 4 establece que tanto para la selección como para la promoción de los funcionarios públicos, se concederá preferencia a las mujeres sobre los candidatos masculinos con la misma capacitación, en los sectores en que estén infrarrepresentadas. La «LGG» también precisa que a efectos de capacitación sólo se tendrán en cuenta las exigencias de la profesión, del puesto de trabajo que deba proveerse o del cuerpo. Igualmente precisa que existirá infrarrepresentación de las mujeres cuando en los distintos grados de salarios, sueldos y retribuciones de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio, las mujeres no cubran al menos la mitad de los puestos. Y también cuando suceda lo mismo en los distintos niveles de la función previstos en el organigrama.

El Sr. Kalanke ha concurrido a un puesto de jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen, al que también se ha presentado la Sra. Glissman, y para la elección entre estos dos candidatos se ha aplicado el mencionado art. 4 «LGG». A pesar de haber sido propuesto el Sr. Kalanke por la dirección del Servicio de Parques y Jardines, el Comité de Personal no dio su acuerdo y al pronunciarse el Comité de Conciliación, que lo hace de forma vinculante para el empleador, consideró que los méritos eran iguales y que en aplicación de la «LGG» debía promocionarse a la Sra. Glissman.

De los méritos alegados por los candidatos, y que el Tribunal comunitario refiere, se desprende que el Sr. Kalanke había comenzado a trabajar

(4) Sentencia de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, Marschall, aún no publicada en la Recopilación.

antes que la otra candidata en el servicio, tenía el título de Ingeniero Superior varios años antes que la Sra. Glissman, y ejercía funciones de adjunto permanente al Jefe de Sección, que ella no había ejercido. Es decir, los méritos no eran iguales, la capacitación del Sr. Kalanke, como él alegó era superior, pero este extremo fue ignorado, no sólo por el Comité de Conciliación, sino también por las jurisdicciones nacionales que conocieron posteriormente del litigio.

Ante la decisión de promover a la Sra. Glissman al puesto de Jefe de Sección, el Sr. Kalanke recurre alegando la desigualdad de méritos y su situación social, como el cabeza de familia con dos niños, que la mantiene porque su mujer no trabaja, y la incompatibilidad de la «LGG» con la Constitución alemana. Pero el Arbeitsgericht de Bremen desestimó su pretensión, como también lo hizo en apelación el Landesarbeitsgericht. Por último, interpuso recurso de casación ante el Bundesarbeitsgericht, que estimó los hechos probados, y aceptados por las jurisdicciones precedentes, y que no había contradicción de la legislación de Bremen con la Ley Fundamental alemana, pero se le suscitaron dudas de la compatibilidad de la «LGG» con el apartado 4 del art. 2 de la Directiva 76/206/CEE de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo (5).

A pesar de las dudas suscitadas, el Bundesarbeitsgericht, indica que no se trata de un sistema de cuotas rígidas, pues la preferencia para las mujeres es a igualdad de capacitación y sólo en caso de infrarrepresentación, y además señala también que el art. 4 de la «LGG» debe interpretarse de conformidad con la Constitución alemana, de tal manera que aunque la preferencia en principio sea a favor de las mujeres, la equidad debe imponer, si las circunstancias lo requieren, una excepción a este privilegio. Todo ello le induce a pensar que este régimen puede ser compatible con la Directiva.

El art. 1 de la Directiva 76/207/CEE establece lo siguiente:

«La presente Directiva contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y, en las condiciones previstas en el apartado 2,

---

(5) DOCE nº L 39, 14 febrero 1976, p. 40.

a la seguridad social. Este principio se llamará en lo sucesivo 'principio de igualdad de trato'».

Y el art. 2, apartados 2 y 4:

«...2. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.

...4. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1.»

En el segundo asunto, fallado en 1997, el litigio se plantea también en Alemania, pero esta vez es la legislación del Land de Nordrhein-Westfalen la controvertida.

En este asunto se enfrenta el Sr. Marschall con el Land de Nordrhein-Westfalen, por la aplicación del apartado 5 del art. 25 de la Beamten-gesetz de 1981 (Ley de la Función Pública del Land) que establece que, cuando en un sector del organismo competente donde deba producirse la promoción haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor;...».

El Sr. Marschall trabaja para el Land como profesor titular en un centro escolar y presenta su candidatura para la promoción a una plaza de grado superior, pero el Bezirksregierung Arnsberg le informa de que van a nombrar a una candidata para la plaza. Marschall formula una reclamación que es desestimada, pues la candidata seleccionada tenía los mismos méritos que él y debía ser promovida en aplicación de la legislación del Land, pues en el grado al que se promovía el número de mujeres era inferior al de hombres.

Al ser desestimada su reclamación, el Sr. Marschall interpuso recurso

ante el Verwaltungsgericht Gelsenkirchen para que se le promoviera al puesto en cuestión. El Tribunal considera que la solución del litigio depende de la compatibilidad de la disposición de la Ley de la Función Pública del Land con los apartados 1 y 4 del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE, por lo que plantea una cuestión prejudicial sobre esa materia al Tribunal comunitario.

Los hechos de los dos asuntos que se plantearán sucesivamente ante el Tribunal de Luxemburgo son muy parecidos pero no iguales, pues hay dos diferencias importantes. En ambos casos se trata de promoción entre candidatos masculinos y femeninos para un único puesto. Es promovida la candidata femenina por la preferencia que establecen las legislaciones alemanas de los diferentes Länder a favor de la mujer, a igualdad de méritos y en caso de infrarrepresentación.

Pero en Kalanke, y es la primera diferencia, de la exposición de los hechos en la propia sentencia, se desprende que no hay tal igualdad de base, y parece tener más méritos el candidato masculino, con lo que queda falseado todo el procedimiento posterior, mientras que en Marschall, no hay información ni en la sentencia, ni en las conclusiones del Abogado General, sobre los méritos de cada candidato, por lo que se puede suponer que la igualdad es real.

La segunda diferencia estriba en la legislación de cada Land. En Bremen, aún estableciendo un sistema de cuotas flexibles, y debiendo interpretarse teniendo en cuenta la equidad, para el caso de circunstancias especiales de un candidato masculino, no contiene sin embargo la excepción expresa de la legislación del Land de Nordrhein-Westfalen, a favor de candidatos masculinos, cuando concurren motivos que inclinen la balanza a su favor. Estas diferencias incidirán decisivamente en el fallo de las respectivas sentencias.

Hay todavía una tercera diferencia referida a las legislaciones nacionales, pues en la legislación de Bremen, para valorar la infrarrepresentación, se tienen en cuenta todos los puestos del servicio afectado, mientras que en la legislación de Nordrhein-Westfalen sólo se valoran los puestos del sector donde se va a realizar la promoción, dentro del organismo competente. Pero el Tribunal comunitario no ha entrado a examinar esta diferencia en sus sentencias, ni parece que estos datos hayan sido relevantes a la hora de adoptar los respectivos fallos.



### III. LAS CONCLUSIONES DE LOS ABOGADOS GENERALES

El Abogado General Tesauro, en el asunto Kalanke, comienza sus conclusiones con las preguntas planteadas por el tribunal nacional y un resumen de los hechos. Antes de pasar al núcleo central de la pregunta planteada por el tribunal nacional, la compatibilidad de la legislación del Land de Bremen (y de la acción positiva a favor de las mujeres que contiene) con el art. 2, apartado 4 de la Directiva 76/207/CEE, realiza un análisis de los diferentes tipos de medidas positivas que se pueden establecer.

El Abogado General llega a la conclusión de que la Directiva 76/207/CEE permite acciones positivas para alcanzar la igualdad de oportunidades, pero entiende, y esto va a ser determinante en su razonamiento, que la igualdad de oportunidades contemplada por la Directiva es la de garantizar la igualdad en los puntos de partida, no la igualdad de resultados.

A pesar de su razonamiento, el propio Abogado General reconoce, que en muchas ocasiones la mera igualdad en el punto de partida no garantiza la igualdad de resultados, pues independientemente del mérito y los esfuerzos de los interesados, las estructuras sociales penalizan a la mujer, tanto por sus dobles responsabilidades, como por razón de las discriminaciones sufridas en el pasado, que hacen que la presencia femenina sea marginal en puestos de responsabilidad.

En esas condiciones hay que plantearse si el art. 2 apartado 4 de la Directiva puede incluir acciones que se dirijan a obtener la igualdad de resultados. A pesar de reconocer que el objetivo del citado artículo es conseguir la igualdad sustancial, en opinión de Tesauro, ese objetivo sólo permite adoptar medidas destinadas a conseguir una igualdad de oportunidades, en el sentido de que las mujeres puedan perseguir, en igualdad de condiciones, los mismos resultados que los hombres.

Así para Tesauro, las medidas positivas que permitiría la Directiva sólo podrían intentar mejorar el punto de partida, y deberán ser directas, interviniendo, por ejemplo, en la orientación escolar y formación profesional. Son medidas que al favorecer a las mujeres, tienen en cuenta las diferencias entre hombres y mujeres, e intentan neutralizarlas. Pero el Abogado General no justifica su concepción tan limitada de las acciones positivas permitidas por la Directiva, más que con su referencia a la violación del principio de igualdad formal, que en todo caso, suele verse afectado por la mayoría de las acciones positivas, que intentan conseguir la igualdad sustancial.

En sus conclusiones, a pesar del certero análisis que realiza de la situación y de las normas que la regulan, se decanta por primar el principio de igualdad formal sobre el de igualdad sustancial, aún reconociendo que la posición de las otras Instituciones comunitarias es diferente, y también la de muchos Estados miembros, y reconociendo igualmente que la interpretación que defiende hace subsistir discriminaciones para las mujeres, pues la igualdad de oportunidades y la igualdad en el punto de partida no eliminan las discriminaciones que la mujer puede experimentar en un momento inmediatamente posterior: en el de la elección entre dos candidatos, masculino y femenino, en el que a igualdad de méritos, será elegido el candidato masculino. Esta discriminación se reflejará posteriormente en los resultados.

Las conclusiones de Tesauro van a ser seguidas de cerca por el Abogado General Jacobs en el asunto Marschall. Tras un resumen de los hechos y la legislación nacional aplicable y de los artículos relevantes de la Directiva 76/207/CEE, pasa a examinar la jurisprudencia del Tribunal comunitario aplicable, y especialmente las sentencias Comisión/Francia (6) de 1988 y Kalanke (7).

A continuación, al realizar su aplicación de la jurisprudencia Kalanke a este caso concreto, Jacobs se muestra aún más partidario que Tesauro de la igualdad formal, reconociendo también él la posibilidad de que la discriminación para las mujeres pueda encontrarse en el procedimiento de selección (posibilidad que no parece inquietar mucho a ninguno de los dos Abogados Generales), y parece partidario de reducir aún más el margen para las acciones positivas que permite el art. 2 apartado 4 de la Directiva.

El Abogado General llega a la conclusión de que la legislación de Nordrhein-Westfalen es muy similar a la de Bremen (pues en realidad en ambas se da la posibilidad de excepciones en la preferencia a las mujeres, de manera expresa o por una interpretación conforme a la equidad) y en consecuencia la considera contraria al Derecho Comunitario.

En cuanto a su interpretación del art. 2 apartado 4 de la Directiva también aquí llega a las mismas conclusiones restrictivas que Tesauro, descartando que la existencia de convenciones internacionales en la materia, de la que son partes varios Estados miembros, pueda afectar a la interpretación del ámbito de aplicación del art. 2 apartado 4, como tampoco

---

(6) Sentencia de 25 de octubre de 1988, as. 312/86, Comisión/Francia, Rec. 1988, p. 6315.

(7) Sentencia de 17 octubre 1995, as. C-450/93, cit.

la modificación de la mencionada Directiva propuesta por la Comisión, ni lo que en ese momento era una propuesta de modificación del Tratado.

#### IV. LAS SENTENCIAS

En la sentencia Kalanke, el Tribunal comunitario comienza afirmando que una norma nacional que establece que, a igualdad de méritos y en caso de infrarrepresentación, se dará preferencia automática a las mujeres, entraña una discriminación por razón de sexo, para a continuación examinar si esa norma entra dentro de la excepción establecida por el art. 2 apartado 4 de la Directiva 76/207/CEE.

Para ello, realiza un examen del mencionado artículo, recordando su jurisprudencia en el asunto Comisión/Francia (8) y concluyendo que dicha disposición autoriza medidas nacionales en el ámbito del empleo y la promoción profesional que favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres.

Tras recordar un párrafo de la Recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984 (9) en el que se reconoce la insuficiencia de las normas jurídicas sobre igualdad de trato para acabar con las discriminaciones de hecho, si no van acompañadas de acciones positivas, que compensen los efectos perjudiciales para las mujeres de actitudes, comportamientos y estructuras de la sociedad, el Tribunal vuelve sobre el alcance de la excepción que establece al principio de igualdad de trato el art. 2 apartado 4 de la Directiva, para señalar que debe interpretarse restrictivamente por afectar a un derecho individual, mencionando su sentencia Johnston de 1986 (10).

A continuación, y sin mayor razonamiento, el Tribunal se limita a afirmar que una norma nacional que garantice la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción, excede una medida de fomento y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el art. 2 apartado 4 de la Directiva.

---

(8) Sentencia de 25 octubre 1988, as. 312/86, cit.

(9) Recomendación 84/635/CEE del Consejo de 13 de diciembre de 1984 relativa a la promoción de las acciones positivas a favor de las mujeres, DOCE n° L 331, 19 diciembre 1984, p. 34.

(10) Sentencia de 15 de mayo de 1986, as. 222/84, Johnston, Rec. 1986, p. 1651.

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 Tribunal, el sistema establecido por la legislación de Bremen es contrario al art. 2 apartados 1 y 4 de la Directiva 76/207/CEE.

En la sentencia Marschall el Tribunal también comienza su razonamiento señalando que el objetivo del art. 1 apartado 1 de la Directiva 76/207/CEE es la aplicación en los Estados miembros del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, incluida la promoción. El art. 2 apartado 1 de la directiva precisa que este principio supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, sea directa o indirectamente.

A continuación el Tribunal examina la excepción que contiene el apartado 4 del art. 2 de la Directiva, reproduciendo los argumentos (y literalmente los apartados) de su sentencia Kalanke, pero señalando que la legislación de Nordrhein-Westfalen contiene una excepción expresa a la preferencia por las mujeres, siempre que en la persona del candidato masculino concurren motivos que inclinen la balanza a su favor.

Y a partir del apartado 29 el Tribunal comunitario comienza a reconocer y justificar que la igualdad de oportunidades formal no siempre supone que no exista discriminación, pues a igualdad de méritos, será elegido de hecho el candidato masculino, y no habrá una igualdad de oportunidades sustancial. Ello justifica, en opinión del Tribunal, la inclusión en el ámbito de aplicación del art. 2, apartado 4 de la directiva, de la norma nacional que en caso de promoción, dé preferencia a las mujeres a igualdad de capacitación, sin perjuicio de la cláusula de apertura y siempre que exista infrarrepresentación, para corregir así las desigualdades de hecho en la vida social.

Vuelve el Tribunal en el apartado 32 a recordar la jurisprudencia Kalanke referida a la interpretación restrictiva del art. 2 apartado 4 por contener una excepción al Derecho individual consagrado en la Directiva, insistiendo en que la preferencia por las mujeres no puede ser incondicional y absoluta, para permanecer en los límites contenidos en la Directiva.

En consecuencia, para el Tribunal una normativa como la del caso Marschall, no sobrepasa los límites de la excepción del art. 2 apartado 4

de la Directiva, si en virtud de la cláusula de apertura que contiene garantiza a los candidatos masculinos con igual capacidad que las femeninas, que las candidaturas serán objeto de una valoración objetiva, que tenga en cuenta todos los criterios relativos a las personas de los candidatos de ambos sexos, y descarte la preferencia a favor de las mujeres, cuando alguno de esos criterios hagan preferir al candidato masculino. Posiblemente consciente del enorme peligro de mantener las discriminaciones para las mujeres que entraña esta cláusula de apertura, el Tribunal añade que esos criterios no podrán ser discriminatorios para las candidatas femeninas.

## V. VALORACIÓN CRÍTICA

La jurisprudencia del Tribunal en el caso Kalanke fue, como se ha señalado, muy criticada por la doctrina, y una de las causas de esa polémica, como señaló la Comisión (11), fue la incertidumbre que creaba sobre la legitimidad de las cuotas y otras formas de acción positiva para aumentar el número de mujeres en ciertos sectores o niveles de empleo.

Esta incertidumbre en parte se generaba por la falta de argumentación jurídica del Tribunal (12), que más bien procedía a realizar afirmaciones, pero sin explicar que razones le llevaban a hacerlas. En Marschall tampoco va a clarificar su posición en el asunto anterior, pues se va a limitar a reproducir literalmente algunos de los apartados de la sentencia Kalanke. Esto puede ser indicio de que la polémica en torno a la licitud de los sistemas de cuotas y otras acciones positivas, no sólo se producía en la doctrina, sino que también debió haberla en el seno del Tribunal, en los debates entre los jueces previos al fallo, y posiblemente para alcanzar un

(11) En su *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo* sobre la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995, en el asunto C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, COM (96) 88 final, Bruselas, 27 marzo 1996.

(12) ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: «Un paso atrás...», cit. p. 2; CHARPENTIER, L.: «L'arrêt Kalanke...», cit. p. 286; MOORE, S.: «Social policy.- Nothing positive...», cit., p. 161; QUINTANILLA NAVARRO, B.: «La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso 'Kalanke versus Glissmann'», *Actualidad laboral*, n.º 5, 1996, p. 154; PRECHAL, S.: «Case C-450/93, Kalanke v. Freie hansestadt Bremen...», cit., p. 1255; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Discriminación, ...», cit., pp. 108, 109 y 111; ROFES I PUJOL, M. I.: «Sentencia de 17 octubre de 1995, cit., p. 180; RUANO, L.: «Acciones positivas...», cit., pp. 3 y 4; SCARPONI, S.: «Pari opportunità...», cit., p. 723.

acuerdo que permitiera adoptar el texto final de la sentencia hubiera que ir eliminando apartados, que hubieran clarificado el razonamiento seguido por el Tribunal (13).

En todo caso la jurisprudencia del Tribunal comunitario contiene ciertas contradicciones que van a plantear problemas e incertidumbres que la posterior sentencia Marschall va a clarificar sólo en parte, y que se irán analizando a continuación.

A) LAS ACCIONES POSITIVAS Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES

Uno de los problemas fundamentales planteados en la sentencia Kalanke, y que volverá a repetirse en Marschall, es el de la compatibilidad de determinadas acciones positivas a favor de las mujeres, discriminadas profesionalmente por razón de su sexo, con la normativa comunitaria sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, y en qué casos y en qué condiciones pueden ser compatibles con ese principio.

Antes que nada habrá que precisar qué se entiende por «acción positiva» y su significado en el Derecho Comunitario. En la legislación comunitaria no existe una definición de acción positiva, pero la Comisión en su Comunicación (14) referida a la sentencia Kalanke, entiende que el concepto abarca «...todas las medidas destinadas 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.» Para la Comisión se reconoce cada vez más que no se trata sólo de una cuestión de equidad, sino también de eficacia en la gestión de los recursos humanos.

Conviene también recordar con Charpentier (15) que el objetivo de las acciones positivas consiste en el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y uno discriminado. No contemplan directamente en todos los casos la igualdad entre los individuos, aunque cuan-

(13) En este sentido MOORE, S.: «Social policy.- Nothing positive ...», cit., p. 161, que apunta la posibilidad de que existan votos particulares en el Tribunal comunitario, para evitar que ocurran situaciones parecidas a la de la jurisprudencia Kalanke.

(14) COM (96) 88 final, Bruselas, 27 marzo 1996, cit., p. 3.

(15) CHARPENTIER, L.: «L'arrêt Kalanke. ...», cit., p. 294.

do existe discriminación de un grupo, la sufren los individuos del mismo, y si mejora la situación del grupo, lógicamente también mejora la de sus individuos. Como su objetivo es conseguir la igualdad de hecho entre los dos grupos, una vez conseguida la igualdad, las acciones positivas deben cesar y desaparecer, por lo tanto siempre deben ser medidas transitorias (16).

La Comisión, como el propio Abogado General Tesauro (17) en sus conclusiones y un sector doctrinal (18), distingue varios tipos de acciones positivas: En primer lugar las medidas encaminadas a resolver las situaciones desfavorables para las mujeres en el mercado de trabajo, que se centran en el sector de la orientación y formación profesional. En segundo lugar, distingue las medidas dirigidas a conseguir un equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales y una distribución mejor que la actual entre los dos sexos, y que consisten sobre todo en medidas relacionadas con la organización del tiempo de trabajo, desarrollo de guarderías infantiles, etc.

Y el tercer modelo de acciones positivas intenta la compensación de discriminaciones en el pasado, por lo que son medidas que muchas veces implican una preferencia a favor del grupo desfavorecido. Este modelo puede implicar medidas como las cuotas o los objetivos. Las cuotas pueden ser rígidas, que establecen una preferencia para el grupo discriminado con independencia de los méritos o la capacitación de las personas consideradas, o las que fijan requisitos mínimos que hay que cumplir, sin posibilidad de contemplar excepciones para casos concretos; o también puede tratarse de cuotas flexibles, en las que la preferencia para el grupo discriminado es siempre a igualdad de méritos en relación con el puesto de trabajo, pudiendo considerarse circunstancias excepcionales.

Son precisamente las medidas que pueden implicar este tercer modelo de acción positiva las que se plantean en los asuntos Kalanke y Marschall, al establecer una preferencia a favor de las mujeres, a igualdad de capa-

(16) CHARPENTIER, L.: «L'arrêt Kalanke...», cit., pp. 288 y 295; RUANO, L.: «Acciones positivas...», cit., p. 2.

(17) Conclusiones del Abogado General Tesauro en el asunto C-450/93, presentadas el 6 de abril 1995, p. 3058.

(18) En el mismo sentido que la Comisión, PRECHAL, S.: «Case C-450/93, Kalanke v. *Freie hansestadt Bremen* ...», cit, p. 1251; ROFES I PUJOL, M. I. : «Sentencia de 17 octubre de 1995, cit., p. 180; Proponen clasificaciones diferentes QUINTANILLA NAVARRO, B.: «La sentencia ....», cit, p. 149; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Discriminación, ....», cit., p. 112.

cidad y méritos en relación con el puesto de trabajo, y si existe infrarrepresentación de las mujeres, y la única diferencia es que en el asunto Marschall la legislación nacional establece además de manera expresa una cláusula de apertura que permite tener en cuenta circunstancias particulares de los candidatos masculinos, mientras que esa cláusula no existe en el asunto Kalanke de manera expresa, aunque el tribunal nacional ha señalado que la interpretación en equidad y conforme a los principios constitucionales alemanes, derivaría en una aplicación semejante. Se trata por tanto de un sistema de cuotas no rígidas, o más o menos flexibles en los dos casos.

El Tribunal comunitario, en referencia a este tipo de cuotas, afirmará en ambas sentencias (19) que una norma semejante, que establece automáticamente preferencia a favor de las mujeres, entraña una discriminación por razón de sexo. Lo que el Tribunal comunitario no precisa es, que se trata de una vulneración del principio de igualdad de trato formal entre hombres y mujeres, pero que su objetivo es conseguir la igualdad sustancial entre los dos sexos.

Para determinar la licitud o no (en relación con el principio de igualdad de trato entre los dos sexos) de determinadas acciones positivas, que para beneficiar a un colectivo discriminado en su conjunto, puede llevar a discriminar a individuos determinados del grupo dominante, hay que hacer una elección entre primar el principio de igualdad formal o el de igualdad sustancial.

Si se prima el principio de igualdad formal, no habrá discriminación directa de personas individualmente consideradas, pero se mantendrá la discriminación del colectivo discriminado por razones históricas, que continuará padeciendo los efectos de discriminaciones pasadas, y posiblemente la aplicación del principio de igualdad formal permita que se sigan padeciendo en la actualidad (si a igualdad de capacidad y méritos entre candidatos masculinos y femeninos para un puesto de trabajo, los usos sociales favorecen sistemáticamente la elección del candidato masculino).

Este principio de igualdad formal es válido y no vulnera la igualdad sustancial en situaciones de partida en las que los dos grupos están equiparados, ninguno soporta los efectos de discriminaciones pasadas, y de lo que se trata precisamente es de mantener ese equilibrio, y preservar la igualdad que ya existe de hecho entre los grupos. Pero puede llevar a re-

(19) Sentencia 17 octubre 1995, as. C-450/93, cit. apartado 16; Sentencia de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, cit. apartado 23.



sultados contrarios cuando se aplica en una situación de partida en la que no se produce de hecho esa igualdad, y en las que el problema es el de corregir los efectos de antiguas discriminaciones, para conseguirla.

Si se favorece el principio de igualdad sustancial, se intentarán eliminar las discriminaciones que afectan a un colectivo, pasadas y presentes, pero algunas de las medidas adoptadas pueden discriminar a individuos concretos del grupo dominante. La consecución de la igualdad de hecho entre los grupos, puede suponer la discriminación individual en algunos casos.

Si se trata de acciones positivas encaminadas a restablecer la igualdad sustancial y eliminar los efectos de discriminaciones pasadas, éstas deberán ser siempre y por naturaleza temporales (20). Sólo podrán existir y aplicarse mientras no se haya conseguido la igualdad de hecho, en el momento que se consiga, pasará a aplicarse el principio de igualdad formal. Si esas acciones suponen la adopción de cuotas u objetivos, que en su aplicación pueden dar lugar a discriminaciones de individuos del otro grupo, deberán además aprobar el «test» de proporcionalidad, entre la medida que se propone y lo que se quiere alcanzar.

Algún sector de la doctrina (21) se ha planteado si este tipo de acciones realmente vulneran el principio de igualdad, entendiendo que el verdadero principio de igualdad consiste en tratar igual a los iguales, pero no en tratar igual a los desiguales. Sin embargo algunas de las medidas que entrañan las acciones positivas sí vulneran el principio de igualdad formal y no el de igualdad sustancial que tratan de conseguir.

En su afirmación en ambas sentencias, en un primer paso, el Tribunal comunitario se decanta por contemplar estas acciones desde el prisma de la igualdad formal. Esto le llevará a una interpretación de la legislación comunitaria con un estrecho margen para la licitud de las acciones positivas y en definitiva a un enfrentamiento entre los dos principios (22), igual-

(20) En el mismo sentido; CHARPENTIER, L.: «L'arrêt *Kalanke*...», cit, p. 295; RUANO, L.: «Acciones positivas...», cit., p. 2.

(21) CHARPENTIER, L.: «L'arrêt *Kalanke*...», cit., p. 286; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Discriminación, ...», cit., p. 111; y en cierto sentido también; PRECHAL, S.: «Case C-450/93, *Kalanke v. Freie hansestadt Bremen*...», cit., p. 1255.

(22) También un amplio sector doctrinal subraya la oposición, en la jurisprudencia del tribunal, entre estos dos principios, CHARPENTIER, L.: «L'arrêt *Kalanke*...», cit, pp. 282 y 294; QUINTANILLA NAVARRO, B.: «La sentencia ...», cit., pp. 147, 150, 153; RIVERO ORTEGA, R.: «Algunas reflexiones ...», cit., p. 327; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Discriminación, ...», cit., p. 111; ROFES I PUJOL, M. I.:

dad formal e igualdad sustancial, donde en esta jurisprudencia concreta se decanta a favor de la igualdad formal (23).

Tras realizar la afirmación que venimos analizando, el Tribunal también en ambas sentencias (24), con la sola excepción de mencionar la cláusula de apertura en el asunto Marschall, parece favorecer la licitud de las medidas en relación con la legislación comunitaria, e inclinarse por admitir la igualdad sustancial, al plantear la posibilidad de que el sistema de cuotas contemplado en ambas legislaciones pudiera entrar en el ámbito de aplicación del art. 2 apartado 4 de la Directiva 76/207/CEE, dado que contempla la posibilidad de adoptar medidas para corregir las desigualdades en el ámbito profesional entre hombres y mujeres.

El Tribunal además señala que esas medidas, «discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad social», reproduciendo un apartado de la sentencia Comisión/Francia (25) de 1988. Pero en realidad, en el asunto mencionado, la Comisión demandaba a Francia por la adopción de una serie de medidas a favor de las mujeres, adoptadas con base permanente, no temporales, y en aspectos determinados que no eran privativos de las mujeres, sino que afectaban por igual a los dos sexos. Aún siendo también una jurisprudencia restrictiva para los derechos de las mujeres, y siendo el supuesto de hecho diferente, la sentencia de 1988 parecía dejar la puerta abierta a la posibilidad de adopción de acciones positivas sin tantas restricciones.

Esto puede hacer pensar que a pesar de su afirmación inicial su concepto del tipo de acciones positivas no es tan rígido, si no fuera porque a continuación menciona las medidas que a su juicio se contemplan, las que favoreciendo a las mujeres están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres. Estas medidas que menciona el Tribunal como expresamente contempladas por el art. 2 apartado 4 de la

«Sentencia de 17 octubre de 1995, cit., p. 180; RUANO, L.: «Acciones positivas...», cit., p. 3; SCARPONI, S.: «Parí opportunità...», cit., pp. 721, 728 y 729

(23) No siempre el Tribunal comunitario ha primado la igualdad formal, en su jurisprudencia hay sentencias a favor de la igualdad formal y otras a favor de la sustancial. Con más detalle sobre este punto; PRECHAL, S.: «Case C-450/93, Kalanke v. *Freie hansestadt Bremen...*», cit., p. 1250.

(24) Sentencia 17 octubre 1995, as. C-450/93, cit., apartados 17 a 20; Sentencia de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, cit., apartados 23 a 28.

(25) Sentencia de 25 octubre 1988, as. 312/86, cit., apartado 15.

Directiva, que se corresponden con el primer tipo de acción positiva en la clasificación de la Comisión, en la mayoría de los casos no van a plantear problemas de discriminación individual para los componentes del grupo dominante, y no responden a las controvertidas en ambos asuntos ante el Tribunal.

La mención expresa que hace el Tribunal en ambas sentencias al tercer considerando de la Recomendación del Consejo 84/635/CEE de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer (26), vuelve a hacer pensar que finalmente el Tribunal aceptará una visión más amplia sobre las acciones positivas. Dicho considerando afirma la insuficiencia de las normas jurídicas sobre igualdad de trato para eliminar toda forma de desigualdad de hecho, si paralelamente no se emprenden acciones por parte de los Gobiernos y de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, para compensar los efectos perjudiciales para las mujeres en activo, de actitudes, comportamientos y estructuras de la sociedad.

Es decir, el principio de igualdad de trato (igualdad formal) no basta para eliminar las desigualdades, son necesarias acciones positivas (igualdad sustancial) por parte de los Gobiernos y otros organismos.

Hay que señalar que el Consejo no es el único en mantener esta opinión, más bien se da una concordancia entre las principales instituciones y órganos comunitarios, que se muestran todos favorables a la adopción de acciones positivas, con una visión mucho más amplia que la que finalmente adoptará el Tribunal.

Así la Comisión señalará que tras más de veinte años de legislación que consagra el principio de igualdad de trato (no hay que olvidar que la Directiva es de 1976), cada vez es más evidente que sólo estas medidas no son suficientes para eliminar la discriminación, y en su Comunicación (27) sobre la sentencia Kalanke, no sólo se muestra partidaria de las acciones positivas del tipo de las que se contemplan en estas sentencias y afirma que siempre ha tenido una actitud muy favorable, sino que señala que aplica acciones positivas para el personal a su servicio, analiza la normativa internacional sobre la materia para llegar a la conclusión que

---

(26) Recomendación 84/635/CEE del Consejo de 13 de diciembre de 1984 relativa a la promoción de las acciones positivas a favor de las mujeres, DOCE n.º L 331, 19 diciembre 1984, p. 34.

(27) COM (96) 88 final, Bruselas, 27 marzo 1996, cit., pp. 3 y ss.

son lícitas en ese marco, y se esfuerza en realizar una interpretación lo más amplia posible de la primera sentencia del Tribunal, Kalanke.

El Parlamento Europeo es también claramente partidario de las acciones positivas, y en su caso, no sólo es partidario de estas acciones para promover a las mujeres en los ámbitos en los que están especialmente desfavorecidas, sino que expresamente reconoce que las cifras objetivo y las cuotas temporales son un medio eficiente y a veces necesario de aumentar el número de mujeres en puestos de toma de decisiones en el empleo y en órganos representativos (28). Por lo que para esta institución no habría problemas en aceptar el régimen de cuotas como una medida compatible con la excepción contenida en la Directiva al principio de igualdad de trato.

El propio Consejo vuelve a insistir en la licitud de las acciones positivas en su Decisión de 22 de diciembre de 1995 (29) relativa a un programa de acción comunitario a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000).

Por último, el Comité Económico y Social, en su Dictamen sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 76/207/CEE 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» (30), también apoya de manera expresa las acciones positivas como medidas para atajar la discriminación entre hombres y mujeres, considerándolas como medidas para la realización del principio de igualdad de trato (entendido, claro está, de manera sustancial).

De todo ello se desprende que las instituciones que participan en los procesos decisorios en las Comunidades Europeas, y sus órganos auxiliares, se muestran todos partidarios de alcanzar la igualdad sustancial entre hombres y mujeres, mientras que el Tribunal parece debatirse entre ambos conceptos, para acabar primando la igualdad entendida en un plano formal.

(28) Resolución sobre el Informe anual de la Comisión: igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la Unión Europea, 1996 (COM(96)0650-C4-0084/97), de 16 de septiembre de 1997, DOCE n° C 304, de 6 octubre de 1997, pp. 45 y ss, apartados 7 y 23

(29) Decisión 95/593/CE, de 22 de diciembre de 1995, DOCE n.º L 335, de 30 diciembre 1995, p. 37 y ss, cdo. 16.

(30) DOCE n° C 30, de 30 enero 1997, p. 57, apartados 2.1 y 2.2, especialmente.

B) EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 2 APARTADO 4  
DE LA DIRECTIVA 76/207/CEE

Una vez planteadas las acciones positivas como una excepción al principio de igualdad de trato formal, el Tribunal continuará analizando el ámbito de aplicación del art. 2 apartado 4 de la Directiva 76/207/CEE, para ver si estas acciones pueden entrar en su ámbito de aplicación. Se irán a continuación analizando los razonamientos de ambas sentencias, comenzando por la primera en el tiempo, la sentencia Kalanke.

En esta sentencia el Tribunal considera que el apartado 4 del art. 2 como excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva debe interpretarse restrictivamente, remitiéndose a la sentencia Johnston de 1986 (31). Estas afirmaciones ayudan a conocer el planteamiento del Tribunal.

En primer lugar, plantear la redacción del apartado 4 del art. 2 como una excepción a un derecho individual supone volver a una concepción de la igualdad formal, donde los derechos de los individuos priman sobre la igualdad entre los grupos, lo que ya hace pensar en una concepción muy restrictiva de las acciones positivas compatibles con la Directiva.

En segundo lugar, y es aún más revelador, está la referencia al asunto Johnston, que es un supuesto completamente diferente del que origina el asunto Kalanke. En Johnston, lo que se plantea es la interpretación del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva, que sí puede constituir una auténtica excepción al principio de igualdad de trato.

En el asunto Johnston, se planteaba la no renovación del contrato de una mujer policía en Irlanda del Norte, al tener que comenzar a ir armada la policía por los constantes disturbios, y entenderse por la Jefatura Superior de Policía que las mujeres que portaran armas de fuego podían ser objeto de atentados y poner en peligro la seguridad pública. La función de policía la pueden realizar indistintamente hombres y mujeres en lo que se refiere a su naturaleza, la discriminación a las mujeres en esta profesión en Irlanda del Norte se originaba por las condiciones de ejercicio de la profesión, en ese sitio y en ese tiempo concreto.

Por su parte el apartado 2 del art. 2 establece la posibilidad para los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación tanto las actividades profesionales, como la formación para las mismas, para las cuales,

(31) Sentencia de 15 de mayo de 1986, as. 222/84, cit.

el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.

En el asunto Johnston el Reino Unido podía excluir (temporalmente, mientras duraran los disturbios) a las mujeres del ejercicio de funciones de policía, que tenía que ir armada, en Irlanda del Norte, en razón de las condiciones del ejercicio de esa profesión. Es decir, porque al tener que portar armas, dadas las circunstancias, podían poner en peligro la seguridad pública al aumentar el riesgo de atentados.

Se trata de un caso en que hay una doble vulneración: tanto la igualdad formal como la sustancial entre hombres y mujeres. Se justifica esa vulneración por razones que nada tienen que ver con el principio de igualdad de trato, es una verdadera excepción al principio. Y el Tribunal comunitario insiste en que se deben examinar la proporcionalidad de las medidas discriminatorias adoptadas con el objetivo que se quiere proteger, la seguridad pública. En este caso es lógico que se interprete de la manera más restrictiva posible la excepción al principio de igualdad de trato.

Pero el caso del asunto Kalanke y de la excepción contemplada en el apartado 4 del mismo art. 2 es muy diferente. Aquí la excepción tiene el mismo objetivo que la propia Directiva comunitaria, alcanzar la igualdad sustancial entre hombres y mujeres, eliminando discriminaciones de hecho. Las acciones positivas se justifican precisamente porque también intentan la realización del principio de igualdad de trato, referido a grupos y no a individuos aislados. Y aquí no se justifica una interpretación tan restrictiva del mismo, que llevaría a mantener la igualdad formal entre los individuos, y a consolidar, al mismo tiempo, las desigualdades de hecho que el citado apartado quiere eliminar.

El Tribunal comunitario se limita a hacer esas afirmaciones, y su escasa argumentación va a ir referida siempre al caso concreto que debe decidir, desaprovechando la oportunidad de dar una doctrina sobre las acciones positivas en general y el sistema de cuotas en particular, y haciendo difícil precisar el alcance general del precepto que interpreta (32). Esta posición tan estricta del Tribunal comunitario en relación con el ámbito de aplicación del art. 2 apartado 4 de la Directiva y sus excepciones ha sido criticada de manera casi unánime por los autores que se han ocu-

(32) RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Discriminación, ...», cit., p. 108.

pado de este aspecto de la sentencia (33), que no han dejado de señalar que esta interpretación restrictiva de las acciones positivas por parte del Tribunal contrasta con su jurisprudencia de los años setenta, que mantenía una concepción amplia de los principios de igualdad de trato e igualdad de oportunidades.

Tras señalar que se debe proceder a una interpretación restrictiva de las excepciones mencionadas en la Directiva, el Tribunal en los apartados 22 y 23 va a dar su opinión sobre la legislación de cuotas establecidas en la legislación de Bremen.

Así, considera que una norma nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites establecidos en la excepción del tantas veces mencionado art. 2 apartado 4 de la Directiva. Además, continúa el Tribunal, un sistema de dicha naturaleza, en la medida que pretende establecer igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades, contemplada en el art. 2 apartado 4, por su resultado, que sólo podrá alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades. En consecuencia, llega a la conclusión de que la mencionada legislación se opone al artículo 2 apartado 4 de la Directiva.

El Tribunal aquí afirma la incompatibilidad de la legislación nacional con la comunitaria por dos razones distintas: en primer lugar, porque la legislación de Bremen establece un sistema de cuotas rígidas; en segundo, porque su objetivo es conseguir la igualdad de resultados y no de oportunidades. Este segundo argumento tendrá un tratamiento diferente en el asunto Marschall.

El argumento referido a la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres, asimila a una cuota rígida, las medidas establecidas en la legislación de Bremen, con la consecuencia de hacerlas incompatibles con la Directiva comunitaria, y eximiendo así al Tribunal comunitario de realizar un examen de racionalidad y proporcionalidad de las medidas, en relación con el objetivo a alcanzar.

---

(33) ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: «Un paso atrás ...», cit., p. 2; COUSTET, I.: «La jurisprudencia ...», cit., p. 192; DURÁN Y LALAGUNA, P.: «Derechos de la mujer...», cit, p. 28; MOORE, S.: «Social policy.- Nothing positive...», cit., p. 159; QUINTANILLA NAVARRO, B.: «La sentencia ...», cit., pp. 146 y 154; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Discriminación, ....», cit., p. 110.

Se trata aquí de un error de apreciación del Tribunal, que no ha seguido la opinión expresamente manifestada del Abogado General Tesau-ro (34) (y que será reiterada, sobre el mismo asunto, por el Abogado General Jacobs en la sentencia Marshall) (35) reconociendo que la legis-lación de Bremen no es un caso de cuotas rígidas, error que también en este caso ha sido señalado de modo unánime por la doctrina que se ha ocupado de este asunto (36).

En primer lugar la preferencia no es absoluta, ya que se requieren igual-dad de méritos y capacitación para el empleo, por lo tanto cualquiera de los dos candidatos, masculino o femenino, podría ser elegido, y además la preferencia sólo jugaría en caso de infrarrepresentación de las mujeres. Es decir, cuando las mujeres ocupen menos de la mitad de los puestos a cubrir, ya que si ocupan la mitad de los puestos, deja de aplicarse la pre-ferencia en su favor.

En segundo lugar, como señala la jurisdicción nacional remitente, una interpretación constitucional de la norma alemana, debería llevar a admi-tir excepciones a la preferencia por las mujeres, a favor de los candidatos masculinos, por lo tanto, la preferencia no tendría una aplicación automá-tica, aunque la legislación de Bremen carece de una cláusula de apertura como la que existe en el asunto Marschall.

A este respecto hay que señalar que parece lógica la afirmación del Tribunal de que una normativa que garantiza la preferencia absoluta e in-condicional de las mujeres sobrepasa los límites de la excepción del art. 2 apartado 4 de la Directiva, pero la cuestión más importante en este caso es que la legislación del Land de Bremen no es ni absoluta ni incondicio-nal, por lo que la primera afirmación del Tribunal comunitario no debería afectarle. El problema se plantea por la identificación que el Tribunal hace de las medidas contempladas por la legislación controvertida, con una cuota rígida.

Esa asimilación, que hace que la legislación nacional resulte contraria a la Directiva, entre otras razones porque las cuotas rígidas sí pueden ser medidas desproporcionadas en relación a lo que se pretende conseguir,

(34) Conclusiones en el asunto C-450/93, cit., p. 3059.

(35) Conclusiones en el asunto C-409/95, apartado 28.

(36) CHARPENTIER, L.: «L'arrêt *Kalanke*...», cit., pp. 286-287; MOORE, S.: «So-cial policy.- Nothing positive...», cit., pp. 158-159; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Discriminación, ...», cit., p. 110; ROFES I PUJOL, M. I. : «Sentencia de 17 octubre de 1995, cit., p. 177; RUANO, L.: «Acciones positivas...», cit., p. 3; SCARPONI, S.: «Pari opportunitè...», cit., pp. 717, 718 y 722



exime al Tribunal comunitario de realizar un examen en profundidad de la racionalidad y proporcionalidad de la medida en relación con el objetivo a alcanzar. Este examen sólo tendría sentido si se la hubiera considerado una cuota flexible, posiblemente lícita, y habría que valorar entonces si la vulneración del principio formal de igualdad se justificaba por el resultado a obtener, y si era una medida adecuada y proporcionada para alcanzarlo.

El segundo argumento del Tribunal para declarar contraria la legislación nacional a la Directiva es que las medidas contempladas en la legislación nacional buscan la igualdad de resultados, y no la igualdad de oportunidades, que es la excepción permitida por la directiva (37).

Aquí el Tribunal comunitario está ignorando el momento preciso en que se suelen producir las discriminaciones, pues a igualdad de méritos y capacidad, entre dos candidatos, masculino y femenino, será elegido en un altísimo porcentaje de casos el candidato masculino (38) (que disfruta de una preferencia implícita, por las mentalidades y estructuras sociales), y esto se reflejará en los resultados, pues las mujeres continuarán estando infrarrepresentadas. La infrarrepresentación de las mujeres, es por tanto un indicio de discriminación, no en el momento de presentar las candidaturas, sino en el de aplicar los criterios de selección, que implícitamente favorecen a los candidatos masculinos. Es para evitar y para luchar contra este tipo de discriminación, y contra esa preferencia implícita a favor de los hombres, que se adoptan medidas como las contenidas en la legislación de Bremen.

La argumentación del Tribunal va a ser muy diferente en Marschall, pues aquí va a reconocer (39) de manera expresa que a pesar de la igualdad de méritos, existe la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos, debido a los prejuicios y al miedo de que las mujeres interrumpen más frecuentemente la carrera, por las tareas del hogar y familiares, que tengan horarios más flexibles o se ausenten más debido a embarazos y lactancias. Todo ello lleva, por fin, al Tribunal comunitario

(37) En este punto el Tribunal comunitario sigue las teorías de sus Abogados Generales, que en ambos asuntos sostienen que la excepción del art. 2, apartado 4 de la directiva 76/207/CEE sólo puede contemplar la igualdad de oportunidades y no la de resultados, Tesauro en el as. C-450/93, p. 3058 y Jacobs en el asunto C-409/795, apartado 32.

(38) En este sentido, y en relación con la situación en Alemania, ROFES I PUJOL, M. I.: «Sentencia de 17 octubre de 1995, cit., p. 184.

(39) Sentencia de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, cit., apartados 29 a 33.

a reconocer que el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten la misma capacitación no quiere decir que tengan iguales oportunidades.

Por todo ello, admite el Tribunal que puede estar incluida en el ámbito de aplicación del art. 2 apartado 4, una norma nacional que establezca, en caso de promoción, a igualdad de méritos, una preferencia para las mujeres, sin perjuicio de la cláusula de apertura, en los sectores en que estén infrarrepresentadas, puesto que tal norma puede constituir un contrapeso a los efectos perjudiciales para las mujeres derivados de los comportamientos y actitudes ya señalados, favorables a los candidatos masculinos, y reducir así las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad social.

Pero después de una argumentación que analiza por primera vez en materia de acciones positivas la realidad social desde el prisma de la igualdad sustancial y cómo conseguirla, a continuación el Tribunal reitera su jurisprudencia *Kalanke*, señalando que la preferencia no puede ser absoluta e incondicional, para volver con más detalle sobre la legislación de *Nordrhein-Westfalen*, y señalar que una legislación como la indicada, que contiene una cláusula de apertura, no sobrepasa los límites del art. 2 apartado 4, si en cada caso particular, garantiza a los candidatos masculinos con igual capacitación que las femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de estos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino. El Tribunal también recuerda que tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas.

Es decir, que el Tribunal al final vuelve a criterios más propios de la igualdad formal que de la sustancial, pues la cláusula de apertura, como la entiende en su funcionamiento, puede desvirtuar en la práctica por completo, la preferencia a favor de las mujeres, y hacer que bajo una legislación aparentemente favorable a las mujeres, se consolide el predominio de los candidatos masculinos. El Tribunal, por otra parte, es consciente del peligro que entraña su jurisprudencia para las mujeres, cuando insiste en que los criterios a la hora de decidir no podrán ser discriminatorios para las mujeres.

Inquieta un tanto esta preocupación del Tribunal por preservar la igualdad formal que favorece a los hombres, y por evitar que los candidatos masculinos puedan ser injustamente discriminados, cuando en la realidad,

la práctica demuestra que en la enorme mayoría de los casos las discriminadas son las candidatas femeninas y precisamente a igualdad de méritos.

Sin embargo, a pesar de las repercusiones poco positivas que puede tener para las mujeres esta jurisprudencia, hay algo que sí aclara la sentencia Marschall: una legislación que establece a igualdad de méritos y en caso de infrarrepresentación en el servicio, una preferencia para las mujeres, es compatible con la excepción al principio de igualdad de trato prevista en el art. 2 apartado 4 de la Directiva 76/207/CEE, siempre que establezca una cláusula de apertura que permita seleccionar a un candidato masculino teniendo en cuenta de manera objetiva todos los criterios relativos a la persona de los candidatos, si inclina la balanza a su favor (cláusula que puede hacer completamente inoperante la preferencia formalmente establecida a favor de las mujeres).

Por lo tanto, lo que el Tribunal está excluyendo en ambas sentencias, tanto en Kalanke como en Marschall, es que una preferencia real por las candidatas femeninas sea compatible con la excepción prevista en la Directiva, dejando sin consecuencias prácticas la argumentación desarrollada por el mismo Tribunal en sus apartados 29 a 31 de la sentencia Marschall, que hacían pensar en una conclusión diferente de la doctrina sentada en la sentencia, aunque la solución final del caso hubiera sido la misma. Posiblemente aquí haya ocurrido como en la anterior sentencia, que un intenso debate entre los jueces haya llevado a posiciones divergentes, y se han mantenido argumentos en el texto final de la sentencia, pero no las conclusiones lógicas y finales a que hubieran llevado los mismos.

Con la jurisprudencia sentada en ambas sentencias, el ámbito de aplicación del art. 2 apartado 4 de la Directiva 76/207/CEE, se perfila como verdaderamente restringido, en relación con las medidas de acción positiva a favor de las mujeres que se pueden adoptar por los Estados miembros, pues toda preferencia real a favor de las mujeres, que excluya a los candidatos masculinos salvo en caso de equidad (como era la legislación de Bremen) se considera contraria al mencionado artículo. La excepción que contiene al principio de igualdad de trato, es una excepción mínima, y en todo caso está resultando de poca utilidad en la lucha contra la discriminación a las mujeres en ámbitos laborales y profesionales.

Aunque el texto de la Directiva tenía ya más de veinte años al fallarse la sentencia Marschall, quizás hubiera sido el momento de dar una interpretación amplia y actualizada, a la luz de esos veinte años de experiencia, a las disposiciones que contenía, ya que se hubiera tratado en todo

caso de una interpretación teleológica y más acorde con los objetivos que se pretendían con la Directiva.

C) LAS POSIBLES AMBIGÜEDADES Y CONTRADICCIONES DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA .

Aunque muchas de estas contradicciones y ambigüedades se han comentado ya, conviene hacer una breve síntesis, para justificar, quizás también, las razones que ha tenido el Tribunal para llegar al fallo de una de sus sentencias.

El Tribunal afirma el carácter incondicional y absoluto de las medidas contempladas en la legislación de Bremen en el asunto Kalanke, considerándolas como una cuota rígida, cuando en realidad no lo son (40). Esta equiparación tiene por consecuencia que la legislación nacional se declare contraria al contenido de la Directiva comunitaria, y por consiguiente, su no aplicación al caso concreto por el juez nacional. Eso lleva a que la Freie Hansestadt Bremen debe volver a tomar una decisión sin aplicar las disposiciones controvertidas, y aumentan notablemente las oportunidades del Sr. Kalanke de ser elegido.

Posiblemente este fuera el resultado que quería conseguir el Tribunal comunitario en ese asunto concreto, no por protección indebida del candidato masculino, sino para realizar la justicia individual del caso que se le planteaba.

En el asunto Kalanke hay un problema subyacente, que el Tribunal comunitario ni aborda, ni puede abordar, que es la necesaria aceptación de los hechos que le presenta el tribunal nacional. En ellos se afirma la igualdad de capacidad y mérito de los candidatos, pero lo cierto es que de la simple lectura de la sentencia, se desprende que había una desigualdad, y que eran mayores los méritos y la experiencia del Sr. Kalanke que los de la Sra. Glissman, como el mismo interesado alega infructuosamente.

---

(40) En este sentido se pronuncia también el Abogado General Jacobs en sus conclusiones en el as. C409/95 (Marschall), pero refiriéndose a las legislación controvertida en la sentencia Kalanke, afirmando que no era ni absoluta ni incondicional a favor de las mujeres. Esa equiparación entre las características de las legislaciones nacionales en las dos sentencias lleva a Jacobs a proponer que también en el asunto Marschall se declare contraria a la Directiva comunitaria la legislación nacional, aunque el Tribunal no seguirá su proposición en el fallo.

Al final, si se le elige a él no será porque tuviera mayores méritos, sino porque la legislación de Bremen se va a declarar contraria al Derecho Comunitario. La declaración de hechos probados ante el Landesarbeitsgericht, considera iguales los méritos de los dos candidatos, y esto ya no podrá modificarse. El Bundesarbeitsgericht se considera vinculado por esa declaración de hechos, con lo que acepta la igualdad entre los dos candidatos, y el Tribunal comunitario, en el ejercicio de sus competencias en virtud del art. 177 TCE, no puede entrar en esa materia.

Como ya señaló el propio Tribunal comunitario en su sentencia de 16 de marzo de 1978 (41) ante las alegaciones de una de las partes que negaba la exactitud de los hechos ante la jurisdicción nacional, en virtud del art. 177 del Tratado, basado en una neta separación de funciones entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal, éste sólo está habilitado para pronunciarse sobre la interpretación o la validez de un texto comunitario, a partir de los hechos indicados por la jurisdicción nacional. La verificación de la exactitud de estos hechos escapa a la apreciación del Tribunal y es competencia del juez nacional.

El Tribunal comunitario, por lo tanto, se encontraba vinculado por la igualdad declarada de los dos candidatos, y debía limitarse a la interpretación de la Directiva comunitaria. No podía entrar en el problema de fondo, que era una incorrecta aplicación de la legislación de Bremen, a un supuesto que no se ajustaba a lo regulado en dicha legislación.

La aplicación de la legislación nacional que daba preferencia a las mujeres, en el asunto Kalanke conducía, con mucha probabilidad a un resultado injusto, porque esa preferencia hacía seleccionar a una candidata, que de haber sido un hombre nunca hubiera sido elegida (42), porque sus méritos eran en realidad inferiores (aunque aquí el Comité de Conciliación, que fue el primer órgano que los declaró iguales, pudo tener en cuenta que esa falta de méritos en la Sra. Glissman se podían deber a interrupción de la carrera por cargas familiares, etc..., aunque nada de esto consta en la sentencia).

Con su sentencia, el Tribunal comunitario impidió la aplicación de la legislación nacional en ese supuesto, y posiblemente consiguió la justicia para el caso concreto, pero la doctrina sentada en la misma puede, en

(41) Sentencia de 16 marzo 1978, as. 104/77, Oehlschläger/Hauptzollamt Emmerich, Rec. 1978, apartado 4.

(42) RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Discriminación, ....», cit., p. 98.

cambio, generar discriminaciones y situaciones de injusticia en el futuro para las mujeres.

Por el contrario, en el asunto Marschall, poco sabemos de los méritos reales de cada uno de las candidatas, y en ese caso no parece haberse puesto en tela de juicio la igualdad de los mismos. El Tribunal tenía un mayor margen para sus apreciaciones, y aunque el resultado final del fallo sea diferente al de la sentencia Kalanke, la doctrina es muy parecida.

Otra contradicción que contiene el Tribunal en ambas sentencias es su posición respecto a las acciones positivas y a la excepción que permite el art. 2 apartado 4 de la Directiva 76/207/CEE. De los primeros considerandos parece que va a aceptar con una cierta amplitud la posibilidad de medidas positivas, citando la Recomendación del Consejo de 1984 (muy favorable a las acciones positivas), para acabar adoptando, sin un razonamiento que lo justifique, una posición tan restrictiva, que deja casi sin campo de aplicación la mencionada excepción.

Además, después de afirmar que las medidas de la legislación de Bremen sobrepasan los límites de la excepción contenida en la Directiva, ni siquiera entra a hacer un examen, por somero que fuera, de la proporcionalidad y razonabilidad de la medida, examen que quizás le hubiera permitido justificar su posición.

Por último, en su sentencia Marschall, hay una contradicción entre las afirmaciones realizadas en los apartados 29 a 31 y el apartado 32, pues después de defender en los primeros posiciones próximas a la igualdad sustancial, y reconocer que las discriminaciones a las mujeres se plantean en los procedimientos y criterios de selección, vuelve a la igualdad formal y a excluir la preferencia por las mujeres, en el apartado 32

Esos apartados 29 a 31 también se contradicen con la afirmación posterior de la legalidad de la legislación de Nordrhein-Westfalen, por contener la cláusula de apertura, que tanto peligro encierra para las mujeres, en el sentido de consagrar su discriminación, pero además bajo un manto de modernidad, pues se las discriminaría en la realidad, tácitamente, cuando formalmente y de manera expresa se las estaba prefiriendo. Y el propio Tribunal es tan consciente del peligro que encierra esa cláusula que se ve obligado a añadir una precisión, señalando que los criterios no serán discriminatorios para las mujeres.

Hay que reconocer que todas estas contradicciones y el lenguaje tan ambiguo en muchos apartados de las dos sentencias del Tribunal son particularmente llamativos, pues no es esa la práctica habitual del Tribunal

comunitario, ni lo que ocurre en la mayoría de sus sentencias, de ahí la polémica y la crítica suscitada en la doctrina, que estaba acostumbrada y esperaba lo mejor del Tribunal.

## VI. LAS CONSECUENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA KALANKE

La jurisprudencia sentada por el Tribunal comunitario en la sentencia Kalanke (todavía no ha dado tiempo de evaluar las consecuencias de la sentencia Marschall en el momento de redactar estas líneas, por el poco tiempo transcurrido desde la misma), va a tener repercusiones en el propio Derecho Comunitario, y también en los Estados miembros.

En Alemania, en su sentencia en el asunto de fondo de Kalanke, tras recibir la sentencia prejudicial del Tribunal comunitario, el Bundesarbeitsgericht declaró incompatible la legislación de Bremen con la Directiva 76/207/CEE, y por lo tanto inaplicable. Eso suponía que la Freie Hansestadt Bremen debía adoptar una nueva decisión sin aplicar la legislación contraria al Derecho Comunitario (43), con lo que aumentan considerablemente las oportunidades del Sr. Kalanke de ser el promocionado.

Pero además la sentencia Kalanke debió influir en los tribunales alemanes, pues así como en el primer asunto, la jurisdicción remitente parecía favorable a la admisión del régimen de cuotas flexibles de Bremen, en la sentencia Marschall en cambio, que las cuotas eran mucho más flexibles, y la infrarrepresentación de las mujeres que se exigía para aplicarlas mucho más limitada que en el asunto anterior, la jurisdicción remitente parece pensar que se trata de una legislación también contraria a la Directiva comunitaria, influida por la jurisprudencia Kalanke, cuando en este caso el Tribunal comunitario va a considerar la legislación de Nordrhein-Westfalen compatible con la Directiva.

En el ámbito del Derecho Comunitario, la Comisión tomó buena nota de la sentencia primera, y adoptó una Comunicación (44) sobre la misma, dirigida al Parlamento Europeo y al Consejo, pero además propuso una modificación de la Directiva (45) 76/207/CEE, para clarificar su con-

(43) PRECHAL, S.: «Case C-450/93, Kalanke v. *Freie hansestadt Bremen*...», cit., p. 1249.

(44) COM (96) 88 final, Bruselas, 27 marzo 1996, cit., p. 3.

(45) Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y

tenido, que denominó «modificación interpretativa». Esta denominación no pareció correcta al Comité Económico y Social, que señaló los cambios importantes que introducía la modificación propuesta, entre otros sustituir a «las mujeres» cuando se habla de discriminación en el art. 2 apartado 4 de la Directiva, por «el sexo infrarrepresentado», que aunque teóricamente quiere decir lo mismo, le quita fuerza y difumina la realidad: la discriminación en materia profesional afecta a las mujeres, el sexo infrarrepresentado es el femenino, e intentar camuflar esta realidad es un eufemismo.

No contenta con ese cambio, la Comisión propone añadir que se condicionan las medidas de preferencia a favor de las mujeres, a que éstas no impidan evaluar «las circunstancias particulares de un caso determinado», es decir, una formulación más discreta de una cláusula de apertura.

No es extraño, que en la fecha que realiza su proposición la Comisión, con la Conferencia Intergubernamental en marcha para la reforma de los Tratados, el Comité Económico y Social proponga esperar a los resultados de la Conferencia, y en el momento presente, la propuesta de modificación de la Directiva, está en espera de una votación en uno de los períodos de sesión del Parlamento Europeo.

La última precisión al respecto la aporta el Tratado de Amsterdam, con su modificación del antiguo art. 119 TCE (que si entra en vigor el Tratado de Amsterdam, se convertirá en el art. 141 TCE en el texto consolidado) y que añade un apartado 4 al art. 119 TCE que establece:

«Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.»

Esta modificación, introducida, parece, a instancias de Alemania, pero aceptada por todos los demás Estados miembros cuando figura en el texto del Tratado, contiene una concesión a la propuesta de modificación de la Directiva por la Comisión, y a la jurisprudencia comunitaria en la materia, que es la expresión «el sexo infrarrepresentado», en vez de aludir

mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, 96/C 179/07), presentada por la Comisión el 2 de mayo de 1996, DOCE nº C179, de 22 de junio de 1996, p. 8.



directamente a las mujeres, pero en cambio, garantiza al máximo nivel en el Derecho Comunitario, con rango de derecho originario (y por consiguiente con un nivel superior al derecho derivado) el derecho de los Estados miembros a adoptar medidas a favor de las mujeres (sexo infrarrepresentado), sin necesidad de ninguna cláusula de apertura. El Tratado de Amsterdam ha sorteado con éxito el peligro que supone, para el mantenimiento de las discriminaciones de las mujeres en el ámbito profesional, la cláusula de apertura, y sencillamente, no la considera necesaria y no la menciona.

Es decir, que las medidas establecidas por la legislación de Bremen, serían compatibles con la nueva redacción del antiguo art. 119 TCE. Pero eso plantea una cuestión de futuro más interesante: si entra en vigor el Tratado de Amsterdam, ¿puede un acto de derecho derivado, una Directiva comunitaria, limitar el ámbito de aplicación de una disposición del Tratado, cuando esa limitación va claramente contra el objetivo que la nueva disposición pretende conseguir, y además es anterior al texto del Tratado?

La nueva redacción del art. 119 TCE por el Tratado de Amsterdam, ¿No hace contraria al texto de Tratado la propuesta de modificación de la Directiva 76/207/CEE hecha por la Comisión? ¿No obligaría a una interpretación amplia, que abarcase todos los tipos de acciones positivas (sometidos eso sí al test de proporcionalidad y razonabilidad en relación al objetivo que pretenden conseguir) a la excepción contemplada en el actual art. 2 apartado 4 de la Directiva 76/207/CEE, dada la referencia expresa al principio de igualdad de trato que contiene la nueva redacción del Tratado?

Hace bien la Comisión (o más bien el Parlamento Europeo) en esperar con su propuesta de modificación de la Directiva 76/207/CEE, porque si entra en vigor el Tratado de Amsterdam, probablemente sea necesaria una modificación de la propuesta, o quizás, respondiendo a las experiencias de los últimos veinte años, y a las nuevas exigencias, la propuesta pueda ser de renovación total de la Directiva.

El texto finalmente recogido en el Tratado de Amsterdam se ha decantado por la aplicación del principio de igualdad sustancial en vez de por la formal, y por una vez, los Estados miembros, han adoptado una posición más avanzada a este respecto que el Tribunal de Justicia.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

El Tribunal comunitario ha tenido en las dos sentencias de 1995 y 1997, una magnífica oportunidad, que no ha aprovechado, para precisar su doctrina sobre las acciones positivas en general, su licitud en relación con el Derecho Comunitario derivado, y los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad que las justificarían respecto a la vulneración que suponen frente al principio de igualdad de trato.

Su jurisprudencia en las dos sentencias, *Kalanke y Marschall*, ha llevado a una interpretación muy rígida de las acciones positivas permitidas por el art. 2 apartado 4 de la Directiva 76/207/CEE, que posiblemente entre en contradicción con el nuevo apartado 4 del art. 119 TCE introducido por el Tratado de Amsterdam, (si el nuevo Tratado llega a entrar en vigor) lo que podría suponer una posterior revisión de su propia jurisprudencia por el Tribunal, para adaptarla al nuevo Derecho originario.

Por otra parte, su aceptación de las cláusulas de apertura en las legislaciones nacionales favorables a las mujeres, como factor de legitimación de esa legislación nacional frente al Derecho Comunitario derivado, puede hacer desvirtuar por completo en la realidad, esa preferencia a favor de las mujeres, pero manteniendo las discriminaciones históricas y, al mismo tiempo, una apariencia formal de preferencia a su favor.

Sin embargo, lo más preocupante quizás sea, la preferencia que en las dos sentencias demuestra el Tribunal por el principio de igualdad formal entre hombres y mujeres, frente al de igualdad sustancial, cuando el resto de las Instituciones y órganos comunitarios, y la mayoría de los Estados miembros, reconocen que ese principio, en más de veinte años de legislación igualitaria no ha bastado para eliminar las discriminaciones profesionales entre hombres y mujeres, y la necesidad de recurrir a las acciones positivas, basadas y justificadas por el deseo de alcanzar la igualdad sustancial entre ambos sexos.