

# MEDIDAS DE TRATAMIENTO PREFERENTE EN FAVOR DE LAS MUJERES EN EL AMBITO COMUNITARIO. REFLEXIONES AL HILO DE LA SENTENCIA «MARSCHALL»

MARIA ANGELES MARTIN VIDA

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA COMUNITARIA EN MATERIA DE IGUALDAD DE SEXO.—III. LA SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1995, CASO «KALANKE».—IV. LA SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1997, CASO «MARSCHALL».—V. REFLEXIONES AL HILO DE LA SENTENCIA «MARSCHALL».—VI. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCION

El 17 de octubre de 1995 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) dictó una sentencia como respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el *Bundesarbeitsgericht* alemán (Tribunal Federal de Trabajo) en la cual consideró contrario al Derecho comunitario el artículo 4 de la *Landesgleichstellungsgesetz* de Bremen de 1990 (Ley del Land de Bremen relativa a la Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres en la Función Pública) que, en caso de candidatos de distinto sexo que concurrían a una promoción con la misma capacitación, concedía *automáticamente* preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres estuviesen infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando la proporción de mujeres en la correspondiente categoría sea inferior al 50 por 100. La Sentencia [que ha pasado a la historia como sentencia «Kalanke» (1), nombre del demandante en el procedimiento principal] fue objeto de un amplio debate en todo el territorio comunitario, pues parecía cerrar las puertas a las medidas más incisivas de tratamiento preferente en favor de las mujeres, imponiendo una interpretación restrictiva en este sentido del apartado 4 del artículo 2 de la Directi-

---

(1) Asunto C-450/93, caso «Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen».

va 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, que dice: «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.»

El 11 de noviembre de 1997, sin embargo, el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse de nuevo sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas más incisivas de tratamiento preferente en favor de las mujeres (también llamadas de «discriminación positiva» o de «discriminación inversa»). Esta vez ha sido el *Verwaltungsgericht* (Tribunal administrativo) de Gelsenkirchen (Alemania) el que ha planteado la cuestión prejudicial, y la disposición controvertida la segunda frase del apartado 5 del artículo 25 de la *Beamtengesetz* (Ley de la Función Pública) del *Land Nordrhein-Westfalen* (Renania del Norte-Westfalia) que dispone textualmente lo siguiente: «Cuando, en el sector del organismo competente en el que 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 concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor» (2). El Tribunal ha considerado este precepto acorde con la Directiva antes mencionada.

En este comentario me propongo analizar la evolución de la política comunitaria en materia de igualdad de trato por razón de sexo y de tratamiento preferente en favor de las trabajadoras. Centraré la última parte de mi análisis en esta reciente sentencia del TJUE (en adelante, sentencia «Marschall») (3), para ver qué argumentos han llevado al Tribunal a admitir la compatibilidad del precepto citado con el Derecho comunitario. Asimismo, intentaré determinar dónde residen las diferencias entre este supuesto y el resuelto en la Sentencia «Kalanke» apenas dos años antes. Finalmente, a partir de las conclusiones extraídas de este estudio, trataré de vislumbrar el previsible futuro de las medidas de «discriminación inversa» en favor de las mujeres en el marco comunitario.

(2) En su versión original alemana: «*soweit im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde im jeweiligen Beförderungsamte der Laufbahn weniger Frauen als Männer sind, sind Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen*».

(3) Asunto C-409/95, caso «Helmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen».

## II. EVOLUCION DE LA POLITICA COMUNITARIA EN MATERIA DE IGUALDAD DE SEXO

El principio de igualdad de trato por razón de sexo está consagrado en Derecho comunitario desde los primeros momentos de funcionamiento de las Comunidades Europeas. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (en adelante, TCE) incorporó un precepto, el artículo 119, que establece el principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo (4). Durante aquellos primeros años, sin embargo, no se logró la aplicación efectiva de este principio en los Estados miembros. Sólo a partir de una Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, sobre la puesta en marcha de un Programa de Acción Social (5), se inició una activa política social comunitaria, uno de cuyos objetivos prioritarios sería la implantación efectiva del principio de igualdad de trato por razón de sexo.

De cara a la consecución de este objetivo se aprobaron varias Directivas. La primera de ellas, la Directiva del Consejo 75/117 (6), se refiere exclusivamente a la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, y ayuda a perfilar el contenido del artículo 119 TCE, introduciendo el concepto de «trabajo de igual valor» —con lo que se corrige y amplía el precepto del Tratado de Roma, que sólo habla de «igualdad de retribución a igual trabajo para hombres y mujeres» (7)— y obligando a que los sistemas de clasificación profesional pa-

---

(4) No quiere esto decir que la eliminación de la discriminación por razón de sexo contase inicialmente entre los objetivos prioritarios de la política social de la Comunidad; al contrario, la incorporación de este precepto se debió a motivos exclusivamente económicos y de prevención del «dumping social»: la legislación social francesa ya recogía el principio de igualdad de remuneración, y Francia temía repercusiones negativas en la competitividad de sus empresas si este principio no se incorporaba al TCE. Sobre la evolución histórica de la política social comunitaria y, en particular, del principio de igualdad de trato, véase ISABEL VIGHI BLASCO: «Política comunitaria para la igualdad», en VV. AA.: *El principio de igualdad de las mujeres en la Comunidad Europea*, Secretaría Confederal de la Mujer de Comisiones Obreras, Madrid, 1989, págs. 7 y sigs., y T. SALA FRANCO, J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y M. COLINA ROBLEDO: «La política de armonización de las legislaciones sociales: el principio de igualdad de trato entre trabajadores de distinto sexo», en su obra colectiva *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, págs. 349 y sigs.

(5) DOCE, núm. C-13, de 12 de febrero de 1974, pág. 20.

(6) Directiva del Consejo 75/117, de 10 de febrero de 1975, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la aplicación del principio de igualdad de remuneraciones entre los trabajadores masculinos y femeninos (DOCE, núm. L 45, de 19 de febrero de 1975, pág. 19).

(7) El Tratado de Amsterdam, recientemente aprobado por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea y que aún no ha entrado en vigor, tiene la intención de modificar en este pun-

ra la determinación de las retribuciones se basen en criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos (8). La segunda de estas Directivas, la 76/207, se aprobó apenas un año después, para extender la aplicación de la igualdad de trato entre trabajadores masculinos y femeninos a las materias de acceso al empleo, formación y promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (9).

Estas Directivas y otros instrumentos de legislación comunitaria han contribuido a la efectiva aplicación del principio de igualdad de trato entre trabajadores masculinos y femeninos en el ámbito comunitario. Una importantísima labor en esta materia ha sido también desarrollada por el TJUE, sobre todo a partir de la Sentencia «Defrenne II» (10). Efectivamente, el Tribunal ha preci-

---

to el artículo 119 TCE para añadir un apartado tercero que dirá textualmente lo siguiente: «El Consejo, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 189B 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*».

(8) Artículo 1: «El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará «principio de igualdad de retribución», implica *para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor*, la eliminación en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo».

(9) Directiva del Consejo 76/207, de 9 de febrero de 1976 (DOCE, núm. L 39, de 14 de febrero de 1976, pág. 40). Con posterioridad a ésta se aprobaron otras Directivas en materia de igualdad de trato, pero menos importantes a los efectos que a nosotros nos interesan. Son las Directivas 79/7, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DOCE, núm. L 6, de 10 de enero de 1979, pág. 24); la 86/378, de 24 de julio de 1986, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social (DOCE, núm. L 225, de 12 de agosto de 1986, pág. 40); y la 86/613, de 11 de diciembre de 1986, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad (DOCE, núm. L 359, de 19 de diciembre de 1986, pág. 56). Para un estudio más detenido de las mismas me remito a SALA FRANCO y otros: *op. cit.*, págs. 354 y sigs. No se incluye en la edición de la obra de Sala Franco y otros que he manejado la última Directiva aprobada en esta materia, la Directiva 92/85 del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (DOCE, núm. L 348, de 28 de noviembre de 1992, pág. 1)

(10) Sentencia de 8 de abril de 1976, caso «Gabrielle Defrenne v. la Sociedad Anónima Belga de Navegación Aérea Sabena» (asunto 43/75), en la que se afirmó el efecto directo del ar-

sado el contenido del artículo 119 TCE; ha interpretado de forma generosa las Directivas anteriormente mencionadas; ha enjuiciado la adecuación de determinadas actuaciones de los Estados miembros al principio de igualdad de trato y a la prohibición de discriminación, interpretando ésta de forma que incluya no sólo las discriminaciones directas, sino también las mucho más frecuentes discriminaciones indirectas, que se producen «cuando una disposición, criterio o práctica *aparentemente neutral*, perjudica de un modo desproporcionado a las personas de uno u otro sexo... y no está objetivamente justificada por ninguna razón o condición necesaria, no vinculada al sexo de la persona» (11), con lo cual ha reforzado también el elemento colectivo de la discriminación; ha afianzado los mecanismos de protección relativos a la carga de la prueba de la discriminación (modificación de la carga de la prueba y prueba estadística); ha considerado contrarias a la prohibición de discriminación determinadas medidas aparentemente protectoras de las trabajadoras, pero que en realidad suponen un tratamiento perjudicial para las mujeres en la medida en que perpetúan los roles tradicionales que se atribuyen al sexo femenino (12). En definitiva, el activismo del TJUE ha contribuido notablemente a avanzar en el respeto al principio de igualdad de trato en razón del sexo por parte de las instituciones comunitarias, los Estados miembros y los agentes sociales, y ha colaborado en el desarrollo de una activa política comunitaria en esta materia.

Sin embargo, esos avances siguen siendo insuficientes aún hoy, cuarenta años después de la puesta en marcha de un proyecto de unión europea que empezó persiguiendo objetivos exclusivamente económicos y comerciales, pero

---

título 119 TCE, que puede ser invocado directamente ante los tribunales nacionales sin necesidad de norma comunitaria o norma interna de desarrollo.

(11) Este concepto fue inicialmente elaborado por el TJUE a partir de su sentencia de 1 de julio de 1986, caso «Gisela Rummler v. Dato-Druck GmbH» (asunto 237/85), y posteriormente se ha incorporado al texto de la Propuesta de Directiva del Consejo de 24 de mayo de 1988, relativa a la carga de la prueba en el ámbito de la igualdad de retribución y trato entre hombres y mujeres (art. 5). El Tribunal Constitucional español también ha acogido la categoría de la «discriminación indirecta» desde su Sentencia 145/1991, de 1 de julio. Para un estudio más detenido de la Sentencia «Rummler», véase MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA: «El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas por razón del sexo en el ordenamiento comunitario y en España (a propósito de la Sentencia TJCEE de 1 de julio de 1986)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 29, 1987, págs. 71 y sigs. Sobre la discriminación indirecta véase TERESA PÉREZ DEL RÍO, MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ y SALVADOR DEL REY GUANTER: *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1993, en especial págs. 124 y sigs.

(12) BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO: «La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso “Kalanke versus Glissmann”», *Actualidad Laboral*, núm. 5, 1996, pág. 148.

que ha ido poco a poco consolidándose como un proyecto común con miras más amplias. En efecto, una igualdad de trato con independencia del sexo reconocida, garantizada y suficientemente asentada en un plano estrictamente formal no asegura una igualdad efectiva de oportunidades para hombres y mujeres en el plano laboral (ni en otros directa o indirectamente relacionados con éste). La Historia y la realidad presente no hacen más que darnos la razón. La mujer ha estado tradicionalmente condicionada por el rol principal de esposa y madre que se le ha atribuido siempre. Incluso cuando consigue incorporarse al mercado de trabajo nunca se le permite perder de vista que ése no es su papel principal, que si acaso es «colaboradora» con el varón (para él ése sí que es su papel principal) en el sostenimiento económico de la familia, y que se le permite desarrollar esa función «secundaria» sólo en la medida en que sea capaz de compatibilizarla con su función «principal», sólo en la medida en que no descuide su papel de esposa y madre (o en que renuncie a él), lo cual la conduce a jornadas interminables para poder desempeñar eficazmente ambas funciones, a no disponer de tiempo libre, y a tener que hacer frente a los innumerables obstáculos que se le colocan en el camino hacia el pleno desarrollo de su faceta profesional.

Esos obstáculos no los ponen sólo los empresarios o los compañeros varones. Con frecuencia los ha puesto también el legislador, promulgando medidas aparentemente protectoras de la mujer trabajadora pero que en realidad no hacen más que reflejar una visión paternalista fruto de una infravaloración del sexo femenino, en general, y de su trabajo en particular (por ejemplo, las medidas de prohibición del trabajo nocturno), o medidas que en definitiva encarecen la contratación de mujeres y que retraen a los empresarios a la hora de emplear mano de obra femenina (por ejemplo, todas aquellas medidas relacionadas con las situaciones de embarazo, parto y lactancia que van más allá de la estricta protección de la salud de la madre y del niño, o que permiten sólo a la madre desarrollar labores que también el padre podría llevar perfectamente a cabo, medidas todas ellas que se siguen apoyando en la imagen de que el principal papel en la vida de la mujer es el de esposa y madre y que todo lo demás es secundario y accesorio).

Si bien es cierto que poco a poco se está consiguiendo detectar (y eliminar) de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros muchas de estas normas discriminatorias para la mujer, gracias, entre otras, a la labor del TJUE (13), es

---

(13) Véase, sin ir mas lejos, la reciente Sentencia de 4 de diciembre de 1997, caso «Comisión de las Comunidades Europeas v. República Italiana» (asunto C-207/96), que declaró el incumplimiento por parte de Italia del Derecho comunitario, al mantener en vigor en su ordenamiento jurídico interno normas que prohíben el trabajo nocturno de las mujeres.

cada vez más evidente que la labor del Derecho no puede limitarse a garantizar la igualdad formal de oportunidades de hombres y mujeres. Las mujeres están en una situación de inferioridad frente a los hombres cuando se trata de conseguir un empleo, de mantenerlo y, sobre todo, de alcanzar puestos de responsabilidad y dirección en la empresa privada y también en la Administración Pública. Esa desigualdad real (perfectamente compatible, como hemos visto, con la igualdad formal) es la que impulsa y justifica la puesta en marcha por parte de los poderes públicos (y también de agentes privados) de medidas genéricamente conocidas como de «acción afirmativa» o de «acción positiva», esto es, «acciones exclusivamente dirigidas a favorecer a las mujeres por su condición de tal y que tienen como finalidad superar la situación de discriminación que padece el colectivo» (14), y ello garantizando la igualdad de oportunidades, evitando situaciones discriminatorias de cara al futuro y reparando los efectos de discriminaciones ya existentes (15). La prohibición de discriminación no es un mandato bilateral, en el sentido de neutro, sino unilateral, orientado a favorecer a determinados grupos humanos y a sus miembros, que hasta el momento han estado colocados en una posición de desventaja y marginación frente a quienes ocupan esferas de poder en la sociedad.

La propia Unión Europea ha sido consciente, sobre todo desde los primeros años de la década de los ochenta, de la necesidad de estas medidas para superar la desigualdad real, único medio para hacer plenamente efectivos el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo. En 1982 se puso en marcha un Programa de Acción de la Comunidad para la promoción de la igualdad de oportunidades para las mujeres, cuyo ámbito temporal de aplicación se extendió hasta el año 1985. Este Programa, orientado a concretar las política de acción a favor del empleo femenino, se centró en dos objetivos preferentes: la aplicación de la igualdad de trato por la vía del fortalecimiento de los derechos individuales, y *el desarrollo de acciones positivas que permitieran el establecimiento real de la igualdad* (16). A este Primer Programa siguieron un Segundo (1986-1990) (17), un Tercero (1991-1995) y el

(14) DAVID GIMÉNEZ GLUCK: «Principio de igualdad, acción positiva y discriminación inversa en favor de la mujer», *Temas para el Debate*, núm. 35, 1997, pág. 51.

(15) B. QUINTANILLA NAVARRO: *op. cit.*, pág. 149.

(16) I. VIGHI BLASCO: *op. cit.*, pág. 8. En este marco se aprobaron, entre otras, una Resolución del Consejo, de 7 de junio de 1984, relativa a las acciones tendentes a combatir el paro femenino (DOCE, núm. C 161, de 21 de junio de 1984, pág. 4), y una Recomendación del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de las acciones positivas en favor de las mujeres (Recomendación 84/635/CEE, DOCE, núm. L 331, de 19 de diciembre de 1984, pág. 34).

(17) En 1989, durante la vigencia del Segundo Programa, once de los entonces doce miembros de la Comunidad Europea aprobaron la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Funda-

que actualmente está en marcha, el Cuarto Programa de Acción Comunitario a Medio Plazo para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (1996-2000) (18), entre cuyos objetivos están los de «promover la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todas las políticas y acciones» [art. 3.2.a)] y «conciliar las vidas profesional y familiar de los hombres y de las mujeres» [art. 3.2.d)].

Ahora bien, no todas las medidas de acción positiva son igualmente incisivas (tampoco igualmente efectivas) y, por tanto, no todas son igualmente problemáticas tanto desde el punto de vista jurídico como político. Los mayores problemas los plantea una concreta modalidad de acción positiva, la llamada «discriminación inversa» o «discriminación positiva» que consiste en general en una «variedad específica de las acciones positivas, más incisiva y eficaz, que adopta la forma de cuotas y de tratos preferentes» (19) y que se emplea fundamentalmente en situaciones de «especial escasez, como suele ocurrir con puestos de trabajo, plazas universitarias, viviendas, etc., lo que provoca que se considere que el beneficio a ciertas personas tiene como forzosa contrapartida un claro y visible perjuicio a otras» (20).

Es decir, se trata de repartir un bien social escaso entre personas que, en principio, tendrían el mismo derecho a gozar de él. Puesto que existe una desigualdad real de oportunidades entre unas de esas personas y otras, basada en su pertenencia a uno u otro sexo, se trata de equilibrar la situación favorecien-

---

mentales de los Trabajadores, que contiene también un principio de igualdad de trato (no sólo en el ámbito laboral) en su artículo 16, y que también estimula la adopción de medidas de acción positiva. Este artículo dice literalmente lo siguiente: «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, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para 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 medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares.» Para un estudio pormenorizado de la eficacia más política que jurídica de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, véase JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ: «La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Caracterización técnica y significación "jurídica" y política», en VV. AA.: *IX Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 1992, págs. 261 y sigs.

(18) Aprobado por Decisión del Consejo, de 22 de diciembre de 1995 (DOCE, núm. L 335, de 30 de diciembre de 1995, pág. 37).

(19) FERNANDO REY MARTÍNEZ: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 85.

(20) ALFONSO RUIZ MIGUEL: «Discriminación inversa e igualdad», en AMELIA VALCÁRCEL (comp.): *El concepto de igualdad*, Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pág. 80.

do de alguna manera a los miembros del colectivo tradicionalmente marginado (las mujeres), bien reservándoles un cupo numéricamente determinado de puestos, bien empleando o promoviendo con carácter preferente a una mujer frente a un varón en sectores donde las mujeres están infrarrepresentadas (condicionando normalmente dicho tratamiento preferente a la posesión por la mujer de una mínima cualificación —idéntica o no a la del varón, según los casos—).

Si bien, hay textos comunitarios donde se aborda la cuestión de las acciones positivas en general y de su relevancia en la consecución del objetivo de la igualdad sustancial, no ocurre lo mismo todavía con los sistemas de cuotas en el acceso o en la promoción en el empleo (21).

Pues bien, tanto en el caso «Kalanke» como en el caso «Marschall» el TJUE hubo de vérselas con leyes que implantaban en el ámbito de la función pública incisivas medidas de «discriminación inversa» para corregir la infrarrepresentación femenina en determinados sectores. Veámoslo.

### III. LA SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1995, CASO «KALANKE»

Los hechos que dieron lugar a la Sentencia «Kalanke» fueron los siguientes: se trataba de cubrir un puesto de Jefe de Sección del Servicio de Parques y Jardines de la Ciudad de Bremen. En la última fase del proceso de selección se consideró que dos candidatos, el señor Kalanke y la señora Glissmann, tenían idéntica capacitación. Se prefirió a la señora Glissmann, en aplicación del artículo 4 de la Ley del *Land* de Bremen relativa a la Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres en la Función Pública, cuyo apartado 1 disponía textualmente lo siguiente: «Al efectuar la selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de juez, que no tenga fines de formación, se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas», entendiéndose que «existe infrarrepresentación de las mujeres cuando, en los distintos grados de salarios, sueldos y retribuciones de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio, las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos. También existirá cuando suceda lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama» (apartado 5).

El señor Kalanke acudió al *Arbeitsgericht* (jurisdicción laboral) alegando,

---

(21) JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS: «La discriminación positiva en el ámbito comunitario (Notas a la Sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995)», *Actualidad Laboral*, núm. 44, 1995, pág. 765.

por una parte, que él poseía una capacitación ligeramente superior a la de la señora Glissmann y, por otra, que el régimen de tratamiento preferente en favor del sexo femenino era contrario a la Constitución de Bremen, a la Ley Fundamental de Bonn y al Código Civil alemán. Su demanda fue desestimada tanto por el *Arbeitsgericht* como por el órgano jurisdiccional superior (*Landesarbeitsgericht*). Recurrió entonces ante el *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Federal de Trabajo), el cual aceptó como probado que ambos candidatos tenían idéntica cualificación y, de acuerdo con la facultad que le reconoce el artículo 177 TCE, planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE para que éste decidiese si el modelo de tratamiento preferente regulado por la ley de Bremen era acorde o no con el Derecho comunitario y, en particular, con la Directiva 76/207 (que, como vimos, afirma que el principio de igualdad de trato que ella proclama «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 art. 1»).

El Tribunal Federal de Trabajo alemán no consideraba que existiese incompatibilidad entre el modelo de promoción preferente en favor de las mujeres diseñado en Bremen y el Derecho Constitucional alemán, ni con el Derecho comunitario, al no tratarse «de un régimen de cuotas rígidas, que reserva a las mujeres un determinado porcentaje de puestos vacantes independientemente de su capacitación» (apartado 8 de la Sentencia «Kalanke»), sino que el tratamiento preferente en favor de la candidata femenina estaba necesariamente condicionado a que su capacitación fuese idéntica a la del otro o los otros candidatos. Este modelo de tratamiento preferente podía, además, contribuir «a superar, en el futuro, las desventajas sufridas actualmente por las mujeres y que perpetúan las desigualdades del pasado, en la medida en que acostumbran a que las mujeres desempeñen ciertas funciones más prestigiosas», en opinión del Tribunal alemán (recogida en el apartado 14 de la Sentencia «Kalanke»), el cual sostenía también que, si las circunstancias lo requerían, el «privilegio» establecido en favor de las candidatas podía excepcionarse por razones de equidad (22) (algo difícilmente admisible, pues iría palmariamente en contra del tenor literal de la norma).

El Abogado General, Tesouro, presentó sus conclusiones el 6 de abril de 1995, considerando que un modelo tal de «discriminación inversa», que concede a las mujeres un privilegio automático por el hecho de estar infrarrepresentadas, entra totalmente en contradicción con el Derecho comunitario, pues no

---

(22) J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS: *op. cit.*, pág. 762.

actúa en favor de la igualdad de oportunidades que, para Tesauro, pasa por eliminar o suavizar las dificultades que derivan de intentar hacer compatibles las obligaciones familiares y profesionales. Ahí es donde deben actuar las medidas de acción positiva que autoriza el artículo 2.4 de la Directiva 76/207. Un sistema de «discriminación inversa» como el establecido por la ley de Bremen no contribuye en absoluto a lograr esa compatibilidad.

El TJUE va a llegar a la conclusión de que el modelo contenido en la ley de Bremen es contrario al Derecho comunitario. Para el Tribunal, en principio, «una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo» (apartado 16 de la Sentencia «Kalanke»). De lo que se trata es de saber si podría estar amparada esa norma en el artículo 2.4 de la Directiva 76/207, cuya finalidad «precisa y limitada» (apartado 18) es la de «autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social» (apartado 18), y ello porque los órganos comunitarios son conscientes de que la igualdad formal no es suficiente para eliminar la desigualdad real «si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los Gobiernos y de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a *compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad*» (apartado 20, citando textualmente la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer). Ahora bien, el artículo 2.4 de la Directiva 76/207 hay que interpretarlo restrictivamente porque implica una excepción a un derecho individual reconocido en la propia Directiva. E inmediatamente el TJUE llega a la conclusión de que «una normativa 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 de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva» (apartado 22). Además, la medida prevista por la ley de Bremen incide no en la «igualdad de oportunidades» sino en la «igualdad de resultados», y por ello tampoco es acorde —sin más— con la Directiva 76/207 (23).

---

(23) Desde que se dictó en 1995 la sentencia «Kalanke» no se aplica en Bremen el modelo de «discriminación positiva» contenido en la disposición sobre la cual se pronunció el TJUE. Esta disposición no ha sido aún objeto de una reforma, pues el Land de Bremen ha preferido esperar para ello a que el TJUE se pronunciase sobre la adecuación de la ley de Nordrhein-Westfalen al

Esta sentencia fue muy criticada en su momento por la escasa argumentación jurídica empleada por el Tribunal para llegar a la conclusión expuesta. El TJUE considera contraria al Derecho comunitario la preferencia *absoluta e incondicional* de la mujer en el empleo o en la promoción, siendo indiferente para el Tribunal «el baremo o criterio utilizado para la determinación de la existencia de una infrarrepresentación que justifique objetivamente la medida... la medida discriminatoria del Land de Bremen no respetaría el principio de proporcionalidad de los medios en relación a los fines que persigue» (24). Se persigue el fin de corregir la situación objetiva de desigualdad en que se encuentran las mujeres respecto al acceso y a la promoción en el empleo, una finalidad acogida como legítima por el Derecho comunitario, en el artículo 2.4 de la Directiva a la que antes nos referíamos. Y ciertamente el Tribunal «no cuestiona la existencia de una base sociológica objetiva para la adopción de medidas positivas» (25). Pero que el fin sea legítimo no quiere decir que lo sea cualquier medio que se utilice para alcanzarlo. El medio ha de ser adecuado objetivamente para lograr el fin, y proporcionado, de modo que no resulte excesivamente mayor el daño que se causa a otros bienes jurídicos que el fin que se alcanza o el bien que se produce. En esta sentencia, sin embargo, el Tribunal «abre posibilidades dialécticas y pone claramente de relieve cómo la tarea de intérprete jurídico nunca culmina en resultados exactos o certeros, a pesar de la rigurosidad formal, sino más o menos compartibles por los demás. No parece que el TJCE aporte excesivos elementos como para que, en una *lógica de lo razonable*, nos avoquen indefectiblemente a compartir su solución, una solución próxima a una concepción neutra y formalista del principio de no discriminación que, probablemente, no sea compartible desde la perspectiva de una visión más progresiva y sustancial del mismo. *Quizá una mayor aportación de motivaciones que, en definitiva son las que otorgan autoridad a una decisión, hubiese conducido a una mayor clarificación de la cuestión controvertida*» (26).

---

Derecho Comunitario. Pese a la no aplicación de la disposición controvertida, se ha apreciado en Bremen desde entonces la tendencia a promover a las mujeres con preferencia a los varones en caso de duda sobre la mejor idoneidad de unas y otros.

El señor Kalanke, por su parte, nunca consiguió el puesto al que aspiraba. Repitió su solicitud y la ciudad de Bremen volvió a decidirse por la señora Glissmann, por considerarla más idónea. El señor Kalanke ha vuelto a recurrir ante la jurisdicción laboral en Alemania y ha presentado una queja ante la Comisión Europea (ECKHARD STENGEL: «Bremen setzte Quote aus», *Frankfurter Rundschau*, 12 de noviembre de 1997, pág. 7).

(24) J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS: *op. cit.*, pág. 770.

(25) *Ibidem*, pág. 770.

(26) *Ibidem*, pág. 771.

Se trata ciertamente de una cuestión complicada desde el punto de vista jurídico (y también político), porque no parece que haya respuestas concluyentes. ¿Qué sacrificios de la igualdad formal puede justificar la búsqueda de la igualdad material y cuáles no? Quienes compartan una concepción estrictamente formalista de la no discriminación por razón de sexo no serán partidarios de las medidas de acción positiva o en todo caso no lo serán de las más incisivas de éstas. Por contra, los partidarios de una visión más abierta de la no discriminación por razón de sexo para los cuales la palmaria desigualdad de oportunidades laborales en que se encuentran las mujeres frente a los hombres sea un atentado evidente a aquel principio de no discriminación apoyarán medidas que permitan avanzar hacia una igualdad de oportunidades de los dos sexos, aun a costa de sacrificios provisionales de la igualdad formal.

¿Es el TJUE contrario a tales medidas? En absoluto. Desde los años setenta el Tribunal de Luxemburgo ha adoptado, como señalábamos anteriormente, una «concepción ampliadora de los principios de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres» (27). De hecho, el Tribunal reitera en la Sentencia «Kalanke» que considera legítimas las medidas de acción positiva (apartados 18 y 20 de la Sentencia). El artículo 2.4 de la Directiva 76/207 pone claramente de manifiesto que el objetivo de la igualdad real de oportunidades está entre los que persigue el Derecho comunitario, el TJUE es el que tiene que pronunciarse acerca de la razonabilidad y proporcionalidad de los medios que se emplean para alcanzarlo. Y considera en la sentencia «Kalanke» que las medidas que en lugar de mejorar las oportunidades laborales de las mujeres inciden directamente en el resultado a que conduciría dicha igualdad de oportunidades (esto es, reparto equitativo de los puestos en cada categoría vía preferencia absoluta de las mujeres idénticamente cualificadas en los niveles en que el sexo femenino se encuentra infrarrepresentado) van en contra del espíritu de la Directiva (y, por ende, del Derecho comunitario), aunque su texto parezca en principio lo suficientemente amplio para darles cabida, pues atenta, según el Tribunal de Luxemburgo, contra el derecho a la igualdad de trato que dicha norma consagra [opinión ésta, sin embargo, que choca «con uno de los rasgos más característicos de la actual concepción de la discriminación prohibida, y que es el elemento colectivo o la trascendencia social de determinadas situaciones de desventaja» (28)].

A raíz de la Sentencia «Kalanke» la Comisión Europea propuso a principios del año 1996 enmendar la Directiva 76/207, pues se acepta cada vez más

---

(27) B. QUINTANILLA NAVARRO: *op. cit.*, pág. 154.

(28) *Ibidem*, pág. 155.

que las leyes que se adoptaron hace veinte años para luchar contra la discriminación ya no bastan para alcanzar una igualdad entre hombres y mujeres en lo que concierne al acceso al empleo y a la promoción. Hay que abrir las puertas a las acciones positivas para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, lo cual comprende «todas las medidas que apuntan a compensar los efectos de la discriminación pasada, a eliminar la discriminación actual y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en lo que concierne a los tipos o niveles de empleos en los que los miembros de un sexo están manifiestamente subrepresentados» (29). Así pues, con el fin de prevenir futuros litigios y de asegurar que la Directiva autorice expresamente aquellos modelos de acción positiva y de «discriminación inversa» no excluidos por la sentencia «Kalanke», la Comisión ha propuesto enmendar el artículo 2.4 de la Directiva para que éste diga expresamente que «las medidas proyectadas por esta disposición incluyen las acciones que favorecen la contratación o promoción de un sexo en los casos en que éste esté subrepresentado, a condición de que el empresario siempre tenga la posibilidad de considerar circunstancias particulares en un caso dado» (30).

#### IV. LA SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1997, CASO «MARSCHALL»

En la Sentencia «Marschall» (recordemos, de 11 de noviembre de 1997), el TJUE tiene la oportunidad de volver a pronunciarse sobre un modelo de «discriminación inversa» contenido en una ley de un *Land* alemán, también en materia de función pública. En esta sentencia, sin embargo, la conclusión es distinta a aquélla a la que se llegó en el caso «Kalanke». ¿Qué es lo que lleva al Tribunal a pronunciarse de manera diferente?

Los hechos que dieron lugar a esta sentencia son los siguientes: el señor Marschall trabajaba para el *Land* Nordrhein-Westfalen en condición de profesor escolar. En 1994 presentó su candidatura para ser promovido a una categoría superior a la que hasta entonces ocupaba, categoría a la que correspondía

(29) «Auto Kalanke: continuación de la acción positiva», *Mujeres de Europa*, núm. 61, junio 1996.

(30) *Ibidem*. La propuesta de modificar el artículo 2.4 ha sido alabada por algunos y criticada por otros. Las críticas se centran sobre todo en el hecho de que si la Directiva se reforma para adaptarla a la línea jurisprudencial contenida en la sentencia «Kalanke», como si ésta fuera inmodificable en el futuro, vendría el Tribunal de Luxemburgo a sustituir a las instancias políticas comunitarias como creador (mediato, eso sí) de normas jurídicas.

también una retribución superior. En esa categoría el número de mujeres era inferior al de varones, y al haberse presentado una candidata con una cualificación igual a la del señor Marschall el *Bezirksregierung* (gobierno comarcal) de Arnsberg (Nordrhein-Westfalen) informó a éste de su intención de promover a la candidata. El señor Marschall presentó una reclamación ante el gobierno comarcal de Arnsberg que este órgano desestimó, pues en aplicación de la segunda frase del apartado 5 del artículo 25 de la Ley de la Función Pública del *Land* existía la obligación de promover a la candidata igualmente cualificada. Este precepto dice que «cuando, en el sector del organismo competente en el que 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 (31), salvo que concurren en la persona de un candidato motivos que inclinan la balanza a su favor» (32).

La justificación de esta norma la encuentra el *Land* en el hecho de que «en caso de igual capacitación, el empresario tiende a promover a un hombre antes que a una mujer, debido a la aplicación de determinados criterios tradicionales de promoción que perjudican en la práctica a las mujeres, tales como la edad, la antigüedad y el hecho de que el candidato sea el cabeza de familia que ase-

---

(31) La «igual cualificación» exigida por la norma hay que entenderla, como se explica en los proyectos de ley de otros *Länder* en esta materia, en el sentido de una *cualificación de igual valor*, no de una cualificación idéntica en todos los detalles (CHRISTINE FUCHSLOCH: «Erforderliche Beseitigung des Gleichberechtigungdefizits oder verfassungswidrige Männerdiskriminierung?», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Heft 5, 1991, pág. 442).

(32) La medida controvertida, que ha sido confirmada por el TJUE, tiene un ámbito de aplicación limitado a la función pública a nivel de *Land* en Nordrhein-Westfalen. La Ministra de Igualdad de este *Land* ha informado de su intención de introducir esta medida en el nivel administrativo local de Nordrhein-Westfalen a través de una nueva Ley de Igualdad, que incluirá otras medidas en favor de la igualdad de oportunidades para las trabajadoras (en especial para las funcionarias), tales como regulaciones de tiempos de trabajo beneficiosas para la familia o derechos de veto para los «comisionados de igualdad» en todas las cuestiones de personal.

Leyes con medidas en favor de la mujer, idénticas a la contemplada en la disposición renana controvertida, existen también en los *Länder* Berlin, Hamburg, Rheinland-Pfalz (Renania-Palatinado), Saarland (Sarre), Sachsen-Anhalt (Sajonia) y Schleswig-Holstein. En Hessen, sin embargo, la Ley de Igualdad de Derechos de 1994 (*Gleichberechtigungsgesetz*) se diferencia de todas éstas en que en lugar de la determinación de que las mujeres han de ser preferidas en caso de igual cualificación, se prevé una «cuota-objetivo» (*Zielquote*): en los planes de promoción de las mujeres se determina para cada dos años cómo de alta ha de ser la proporción de mujeres en el empleo y en la promoción. Poco después de la entrada en vigor de esta ley apelaron los diputados del CDU en el *Landtag* (Dieta) al *Staatsgerichtshof* (Tribunal estatal) por la presunta discriminación que esta norma suponía para los varones. El Tribunal estatal puso el asunto en abril de 1997 en manos del Tribunal de Luxemburgo, que todavía no se ha pronunciado.

gura la única fuente de ingresos del hogar» (apartado 4 de la Sentencia «Marschall»). En la medida, pues, en que las candidatas a conseguir un empleo o a ser promovidas a una categoría superior dentro del que ya ocupan se ven fácticamente discriminadas frente a sus oponentes varones se hace necesario introducir correctivos, pero lo suficientemente flexibles como para que los candidatos varones no queden automáticamente excluidos de la posibilidad de alcanzar esa promoción; ello se logra dejando a la Administración «un margen de apreciación que le permita tener en cuenta todos los motivos que puedan concurrir en la persona de los candidatos», de modo que «a pesar de la norma de preferencia, la Administración siempre pueda optar por el candidato de sexo masculino basándose en los criterios, tradicionales o no, de promoción» (apartado 5).

En aplicación de esta norma, el *Bezirksregierung* de Arnsberg nombró a la candidata en detrimento del señor Marschall, el cual recurrió ante el *Verwaltungsgericht* (Tribunal administrativo) de Gelsenkirchen, para que se le promoviese a él. Una vez comprobado que tanto el señor Marschall como la candidata elegida tenían idéntica cualificación, el Tribunal administrativo planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE para que éste apreciase la compatibilidad de la norma controvertida con el artículo 2.4 de la Directiva 76/207.

El órgano jurisdiccional nacional dudaba que el precepto de la ley de Nordrhein-Westfalen fuese acorde con el Derecho comunitario, primero porque de acuerdo con la sentencia «Kalanke» una preferencia tal parecía constituir una discriminación por razón de sexo en contra de los varones (pese a que quedase abierta la posibilidad excepcional de que fuesen éstos los preferidos); en segundo lugar, lo único que condicionaba la aplicación de la norma (y, con ello, la selección de los candidatos) era el número de varones y de mujeres representados en la categoría a la que se orientaba la promoción; y en tercer lugar, la medida se dirigía no a corregir la desigualdad en el nivel de oportunidades (que era lo que, en opinión de este órgano jurisdiccional, pretende la Directiva 76/207), sino la desigualdad en el nivel de resultados. Con este planteamiento, sin embargo, no estaban de acuerdo ni la representación del *Land* ni la Comisión Europea ni las representaciones de algunos Gobiernos comunitarios, para los cuales la medida perseguía una mejora en la igualdad de oportunidades y estaba perfectamente amparada por la citada Directiva, pues «la preferencia concedida a las candidatas femeninas está destinada a servir de contrapeso de los criterios tradicionales de promoción, aunque sin suplantarlos» (apartado 15). Además lo que esta norma conseguía era favorecer «el acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad y contribuye, de esa forma a reequilibrar los mercados de trabajo, que, en su estado actual, siguen estando ampliamente compartimentados en función del sexo, concentrando el trabajo femenino en los puestos inferiores de la jerarquía profesional ... *la experiencia*

*demuestra que las acciones que se limitan a intervenir en la orientación y la formación profesionales de las mujeres, o en el reparto de las responsabilidades profesionales y familiares, no bastan para poner fin a esta compartimentación de los mercados de trabajo»* (apartado 16). Y como la preferencia que concedía a las mujeres no era *absoluta e incondicional*, no iba más allá de los límites fijados por el TJUE en la Sentencia «Kalanke». Para los Gobiernos francés y británico, sin embargo, la posibilidad absolutamente excepcional de aplicación de la «cláusula de apertura» y los términos vagos en que se formulaba la hacían insuficiente para legitimar la adecuación de la norma del Land alemán a los parámetros y límites del Derecho comunitario.

El Abogado General, Francis Jacobs, expuso sus conclusiones en mayo, considerando ilegal toda regulación que fuese más allá de la promoción de la igualdad de oportunidades y que, en lugar de ésta, aspirase a hacer realidad directamente el resultado deseado de una igualdad numérica.

El TJUE no sigue, sin embargo, el razonamiento que le marca el Abogado General, sino que va a llegar a la conclusión de que la norma de Nordrhein-Westfalen no se opone a la Directiva 76/207. El matiz diferenciador, frente al caso planteado en «Kalanke», radica precisamente en la «cláusula de apertura», conforme a la cual *«las mujeres no gozan de preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor»* (apartado 24).

El artículo 2.4 de la Directiva 76/207 tiene como finalidad autorizar medidas discriminatorias en apariencia, pues vulneran la igualdad formal, pero que pretenden suavizar las desigualdades de hecho existentes en la realidad laboral y social, de modo que se autorizan «medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, 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» (apartado 27). El Tribunal es consciente de que *«incluso en caso de igual capacitación, existe la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos, en perjuicio de las candidatas femeninas, debido, particularmente, a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa, y al temor, por ejemplo, a que las mujeres interrumpen más frecuentemente su carrera, a que, debido a las tareas del hogar y familiares, organicen su jornada laboral de forma menos flexible o a que se ausenten más a menudo debido a embarazos, partos y períodos de lactancia»* (apartado 29). El Tribunal va, pues, más allá de una apreciación estrictamente jurídica, se adentra en valoraciones de la realidad social que le llevan inevitablemente a la conclusión de que la igualdad formal no se corresponde con una igualdad real, y de que un estricto respeto al principio de no discrimi-

nación por razón de sexo no basta para lograr la efectiva igualdad de oportunidades. El Tribunal actúa en este punto muy acertadamente, pues lo que es evidente es que la cuestión de si esta clase de medidas contradicen o no la Directiva citada no puede resolverse con valoraciones estrictamente formalistas: «*el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades*» (apartado 30).

Por eso, porque lo que se pretende con medidas de esta naturaleza es suavizar desigualdades presentes en la realidad social, la norma del *Land Nordrhein-Westfalen* está, en principio, incluida en el ámbito del artículo 2.4 de la Directiva 76/207. Ahora bien, como ya se indicó claramente en «Kalanke», dado que ese artículo 2.4 constituye una excepción a un derecho individual consagrado en la Directiva, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, de tal modo que «esta norma nacional que favorece especialmente a las candidatas femeninas no puede garantizar a las mujeres la *preferencia absoluta e incondicional* en una promoción sin sobrepasar los límites de la excepción establecida en esta disposición» (apartado 32, reproduciendo los apartados 21 y 22 de la Sentencia «Kalanke»).

Y va a ser, en definitiva, la cláusula de apertura la que salve la adecuación de la norma al Derecho comunitario en el caso «Marschall»: «a diferencia de lo que ocurría con la normativa examinada en la sentencia Kalanke, *una normativa nacional que ... contiene una cláusula de apertura no sobrepasa esos límites si, en cada caso particular, garantiza, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas 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 esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino*. No obstante, debe recordarse, a este respecto, que *tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas*» (apartado 33).

## V. REFLEXIONES AL HILO DE LA SENTENCIA «MARSCHALL»

La clave que lleva al TJUE a aceptar el modelo de «discriminación inversa» contenido en la ley de Nordrhein-Westfalen radica en que se evite en esta clase de medidas un automatismo absoluto en perjuicio de los varones, con lo que se precisa la línea jurisprudencial iniciada en «Kalanke», un caso en el cual la preferencia en favor de la candidata femenina era absoluta, automática e incondicionada.

Partiendo del hecho de que dos candidatos a un puesto de trabajo (o a un

ascenso) pese a tener idéntica cualificación si pertenecen a sexos distintos no tienen iguales oportunidades de alcanzar el bien al que se aspira, se hace imprescindible reforzar las posibilidades de lograr ese bien para quien se halla en una posición de inferioridad de la que no es responsable (mujeres, aunque las medidas de «discriminación inversa» se utilizan también, con idéntica justificación, en favor de disminuidos físicos o psíquicos, o de minorías étnicas en países donde las discriminaciones por razón de raza son evidentes). La presencia de una «cláusula de apertura» garantiza, a diferencia de lo que ocurría en «Kalanke», un examen individualizado de todos los candidatos y de todas las candidatas que presentan idéntico nivel de cualificación, de modo que también los varones tienen una opción (si bien excepcional) de alcanzar el bien al que se aspira. La Sentencia «Marschall» viene a abrir un «camino intermedio» (33) entre la práctica que se sigue generalmente hasta ahora, en la cual las mujeres son con frecuencia discriminadas de hecho, y los preceptos extremos en materia de igualdad como el de Bremen. La «discriminación positiva» en favor de la mujer es admisible en la medida en que no lleve aparejada una exclusión automática de los varones.

No cabe ninguna duda, en mi opinión, de que en la actitud del Tribunal de Luxemburgo manifestada en el caso «Marschall», abiertamente favorable, con algunos matices, a la «discriminación inversa», han influido notablemente tanto la propuesta de la Comisión —a la que nos referíamos anteriormente— para reformar la Directiva 76/207, como la decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea, en junio de 1997, de incorporar al artículo 119 TCE vía Tratado de Amsterdam, un apartado 4 que dice literalmente lo siguiente: «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*» (34). Y es que aunque el Tratado de Amsterdam aún no haya entrado en vigor, el TJUE no podría haber ignorado la toma de posición adoptada por los máximos representantes de todos los Estados miembros, que les ha llevado incluso a aceptar la modificación del Tratado de Roma para legi-

---

(33) ANDREAS MIDDEL: «Quote mit Bremse», *Die Welt*, 12 de noviembre de 1997, pág. 4.

(34) En 1991 se había aprobado, junto con el Tratado de la Unión Europea, un Protocolo (el número 14) sobre Política Social, que no fue suscrito por el Reino Unido. El artículo 6 de este Protocolo reproducía literalmente el tenor del artículo 119 TCE, pero añadiendo un apartado 3, que ahora aparece como este apartado 4 que se incorporará al texto del artículo 119 TCE cuando se apruebe el Tratado de Amsterdam.

timar al máximo nivel (Derecho Comunitario originario) tanto el propósito de eliminar las desigualdades y promover la igualdad entre el hombre y la mujer (35) como las medidas de acción positiva en favor del sexo tradicionalmente marginado en el ámbito laboral (36).

La decisión del caso «Marschall» no contradice, pese a lo que pudiera parecer inicialmente, la línea jurisprudencial que se inició con la sentencia «Kalanke» en 1995. Lo que sí hace es profundizar en ella. En la Sentencia «Kalanke» el Tribunal de Luxemburgo dijo qué clase de medidas de «discriminación positiva» iban en contra del Derecho comunitario: aquéllas que concedían un trato preferente absoluto y automático a las candidatas femeninas. En la Sentencia «Marschall» se indica por medio de qué vía se puede evitar dicho automatismo: mediante la inclusión de una «cláusula de apertura», de tal modo que se valoren individualizadamente en todo caso las candidaturas presentadas tanto por varones como mujeres, aunque vayan a ser éstas generalmente las preferidas y aquéllos sólo lo sean excepcionalmente, existiendo para el órgano que lleva a cabo la elección, en caso de hacer uso de dicha cláusula y dado el carácter excepcional de ésta, la obligación de justificar la existencia de criterios no discriminatorios para las mujeres candidatas que hayan hecho inclinarse la balanza en favor de un candidato varón (por ejemplo, un determinado grado de minusvalía en la persona del varón que opta al puesto). Todo ello, naturalmente, condicionado a la presencia de una infrarrepresentación femenina en la categoría para la cual se contrate o hacia la cual se promueva a la candidata elegida.

En ninguno de los dos casos se trataba de sistemas de «cuotas rígidas», esto es, de reservas de un porcentaje determinado de puestos en ciertas categorías que han de ser necesariamente cubiertos por mujeres (37). Es decir, el he-

---

(35) En el artículo 2 revisado los Estados miembros han añadido la «igualdad entre hombres y mujeres» como una de las misiones de la Unión Europea. En el artículo 3 se establece que en todas las actividades y políticas la Unión Europea «se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades y promover la igualdad entre el hombre y la mujer», con lo que por primera vez se da una base legal a la igualdad en la Unión Europea en todas las áreas de su política y no sólo en el empleo («Los ciudadanos en el corazón del nuevo Tratado», *Mujeres de Europa*, núm. 73, septiembre 1997).

(36) «La estipulación según la cual estas medidas deben limitarse a la *vida laboral* y no se destinan sólo a las mujeres sino al *sexo subrepresentado* ha decepcionado a muchas organizaciones de mujeres. Una declaración anexa a este artículo afirma, sin embargo que, al adoptar tales medidas, los Estados miembros *deberían proponerse en primer lugar mejorar la situación de las mujeres en su vida laboral*» (*ibidem*).

(37) Sobre las distintas clasificaciones de los modelos de tratamiento preferente, véase MATTHIAS DÖRING: *Frauenquoten und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1996, en especial págs. 176 y sigs.

cho de que tanto en «Kalanke» como en «Marschall» las respectivas disposiciones controvertidas condicionen la promoción de la mujer igualmente calificada a una infrarrepresentación femenina (representación inferior al 50 por 100) en la categoría a la que se aspira no convierte a este modelo de «discriminación positiva» en un modelo de «cuota rígida», pues en primer lugar se exige a la mujer una cualificación idéntica a la del varón candidato para beneficiarse del tratamiento preferente y, segundo, el porcentaje referido es simplemente una condición para la aplicación del tratamiento preferente en favor de la candidata, en tanto que indicativo de una desigualdad real entre hombres y mujeres, a la vez que puede llegar a operar como un límite en el futuro (38), pero no ha de ser automática e ineludiblemente cubierto en el presente (39).

En este punto el Tribunal de Luxemburgo no ha detectado sin embargo, igual que no lo detectó en «Kalanke», una circunstancia que, en mi opinión, resulta llamativa y que puede llegar a ser muy importante en el futuro, y es cómo valoran tanto la ley de Bremen como la ley de Nordrhein-Westfalen la existencia de infrarrepresentación en la categoría correspondiente. Según la línea jurisprudencial mantenida tradicionalmente por la Corte Suprema norteamericana (que lleva bastantes más años que el TJUE abordando estas cuestiones) la infrarrepresentación sólo se valora en función de la proporción del 50 por 100 en que se apoyan las dos leyes alemanas cuando se trata de puestos para acceder a los cuales no se requiere ninguna cualificación especial; entonces sí que la representación masculina-femenina ha de orientarse en función del número de habitantes de uno y otro sexo entre la población general (aproximadamente 50 por 100 de varones, 50 por 100 de mujeres). Sin embargo, cuando el puesto al que se aspira requiere alguna cualificación especial o algún requisito determinado, el parámetro que hay que tener en cuenta no es la proporción de miembros de uno y otro sexo en el conjunto de la población, sino la proporción de varones y de mujeres que, en el ámbito territorial-material-temporal de aplicación de la norma, reúnan ese requisito o disponga de esa cualificación (40).

Cuando se trata de medidas que más que incidir directamente en la igual-

---

(38) En la ley de Bremen se dice que existe infrarrepresentación cuando en los distintos grados retributivos de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio las mujeres no cubren *al menos la mitad* de los puestos y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama (art. 4.5). En la ley de Nordrhein-Westfalen se habla de que *haya menos mujeres que hombres*. Naturalmente sólo en este segundo caso podemos hablar propiamente del 50 por 100 como límite. En el caso de la ley de Bremen, por la presencia de la expresión «al menos» el 50 por 100 no funciona como límite.

(39) Véase, en este sentido, B. QUINTANILLA NAVARRO: *op. cit.*, pág. 146.

(40) Para un análisis muy detallado de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema americana en materia de acción afirmativa, véase M. DÖRING: *op. cit.*, en especial págs. 41 y sigs.

dad de oportunidades inciden en el resultado hay que establecer la infrarrepresentación en función de esos parámetros. Ciertamente si la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres fuese absoluta lo lógico, en principio, sería que hubiese aproximadamente un cincuenta por ciento de varones y un cincuenta por ciento de mujeres que dispusiesen de la cualificación requerida en cada caso (41). Pero mientras esa igualdad de oportunidades no se alcance, valorar la infrarrepresentación en términos de absoluta paridad puede provocar un fuerte rechazo a estas medidas. Así pues, las medidas de «discriminación inversa» (cuotas, de la naturaleza que sean) han de ser extremadamente cuidadosas con la proporción numérica que establecen, para no resultar desfiguradas por la desproporcionalidad del resultado cuantitativo al que pretenden llegar. Y a la vez han de ser acompañadas por medidas de acción positiva que incidan directamente en la igualdad inicial de oportunidades (formación, reparto de cargas familiares, ayudas para hacer compatibles las obligaciones familiares y las profesionales) y que permitan que con el paso del tiempo la paridad vaya haciéndose realidad a todos los niveles.

Por ejemplo, si en una determinada categoría profesional hay noventa varones y diez mujeres, la promoción a una categoría superior de diez de ellos no podría venir dada por una cuota del 50 por 100 de cada sexo (cinco varones y cinco mujeres), porque la desproporción en favor de las mujeres sería tan excesiva que lo más probable es que esta cuota fuese objeto de un duro rechazo que afectaría de forma muy particular a las mujeres que se hubiesen beneficiado de ella. Junto al empleo, en su caso, de una cuota cuantitativamente adecuada (podrían ser promovidos nueve varones y una mujer) habría que emplear medidas eficaces que lograsen que en el futuro en la categoría de la que se parte en vez de sólo un diez por ciento de mujeres haya cada vez más, pero sin forzar desproporcionadamente el resultado.

El Tribunal de Luxemburgo acepta las definiciones de infrarrepresentación

---

(41) Por supuesto la distribución de puestos y de funciones entre los sexos dentro de la sociedad viene determinada no sólo por las oportunidades que ésta ofrece, sino también por preferencias particulares, que pueden desequilibrar ese porcentaje del 50 por 100 al que teóricamente se llegaría de estar plenamente garantizada la igualdad de oportunidades. Pero tampoco es posible perder de vista que en gran medida tales preferencias particulares están directa o indirectamente condicionadas por modelos de roles que reproducen el reparto tradicional de funciones y de ámbitos (público/privado) entre hombres y mujeres. Ello demuestra que es imprescindible trabajar en todos los frentes para lograr que la igualdad de oportunidades sea *real* en todos los sentidos. Sólo entonces podrán todos los ciudadanos y todas las ciudadanas elegir *con plena libertad* qué es lo que desean hacer con sus vidas y en qué dirección quieren desarrollar *libremente* su personalidad, al margen de los estereotipos que, hoy por hoy, el lenguaje, los modelos educativos, la publicidad, los medios de comunicación, el cine... se encargan de perpetuar.

que se dan en las dos disposiciones controvertidas de las que conoce, sin cuestionarse este aspecto al que nos hemos referido. Pero me parece indudable que en el futuro los factores numéricos sí que constituirán un elemento importante en la jurisprudencia del TJUE en materia de «discriminación positiva» (habrá que esperar, por ejemplo, a ver la opinión que al Tribunal le merecen las «cuotas-objetivo» en que se apoya la Ley de Igualdad del Land de Hessen, a las que antes me referí, en las cuales el elemento cuantitativo será determinante).

## VI. CONCLUSION

En conclusión, el Tribunal de Luxemburgo, tradicional partidario, igual que el resto de las instituciones comunitarias y que los Estados miembros de la Unión, de las acciones positivas de cara al reequilibrio de las desiguales posiciones (fácticas más que jurídicas) en las que se encuentran trabajadores y trabajadoras, ha aceptado en la Sentencia «Marschall» la adecuación al Derecho comunitario de un modelo muy concreto de «discriminación inversa». Este modelo, frente al que se rechazó en la Sentencia «Kalanke», tiene la peculiaridad de que no excluye automáticamente al candidato varón de la posibilidad de ser promovido y le garantiza que, aunque la preferencia la tenga la candidata femenina igualmente cualificada si las mujeres están infrarrepresentadas en la categoría a la que se desea ascender, su solicitud será valorada individualmente y que, si concurren motivos que inclinen la balanza a su favor, podrá ser él excepcionalmente el promovido. Es decir, que la preferencia de las candidatas no es absoluta, automática e incondicionada.

No se trata en ninguno de los dos casos, como hemos tenido oportunidad de ver, de una cuota rígida, un modelo de «discriminación positiva» al que el TJUE todavía no ha tenido que hacer frente. Lo más probable, sin embargo, es que cuando el Tribunal de Luxemburgo tenga que valorar la adecuación de un sistema tal de «discriminación inversa» al Derecho comunitario, rechace su compatibilidad con el mismo, por constituir una directa vulneración del principio de igualdad de trato, desproporcionada en relación con el fin que se pretende conseguir, esto es, la igualdad real de oportunidades de mujeres y hombres.

Otras medidas no tan incisivas de «discriminación inversa», sin embargo, sí que parecen tener la puerta abierta con esta última decisión del Tribunal, reflejo además de una manera cada vez más avanzada de entender la igualdad de trato y la prohibición de discriminación que, poco a poco, ha ido calando en todas las instituciones comunitarias y en los Estados miembros. Ahora bien, una vez admitida la legitimidad jurídica de tales medidas (dentro de unos márgenes

nes, naturalmente, que el TJUE tendrá que seguir perfilando en los próximos años) hoy por hoy no existe la obligación jurídica para ninguno de los Estados miembros ni para las instituciones comunitarias de hacer uso de tales medidas, sino que la opción de hacer uso o no de ellas para promover de la manera más eficaz la igualdad real de oportunidades queda en manos de decisiones políticas que los Estados (y otros entes con autonomía política) son libres de adoptar o no.

# *CRITICA DE LIBROS*

