

“LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN MATERIA DE ACCIONES POSITIVAS”

Iván Carlo Gutiérrez Zapata¹

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es divulgar la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de acciones positivas en particular relativas al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, fundamentalmente a través de dos sentencias fundamentales sobre este tema las cuales son conocidas como los casos Kalanke y Marschall, mismas que marcaron una tendencia muy clara por parte del Tribunal, primero con un grado de rigidez extrema, -motivo por el cual el Tribunal fue duramente criticado-, hasta una flexibilización que a la postre ha permitido al legislador en varios de los países de la Unión Europea el establecimiento de este tipo de medidas, con efectos benéficos desde diferentes perspectivas.

Ahora bien, tomando en consideración que el presente artículo tiene por objeto llegar a destinatarios que al menos en principio no se encuentran familiarizados con el sistema jurisdiccional europeo, y al tratarse de acercar a la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través de uno de los procedimientos que se ventilan en ese órgano jurisdiccional, nos parece conveniente describir la naturaleza de dicho órgano –integración y funcionamiento-, competencia y vías acceso.

En esa tesitura, también es necesario diferenciar a esta jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, toda vez que al parecer existe una

¹ Asistente de Mando Superior Adscrito a la Ponencia del Ministro Juan N. Silva Meza. Profesor de la asignatura “Derecho Procesal Constitucional” en la Universidad Nacional Autónoma de México. Autor del libro “La Acción o Recurso de Inconstitucionalidad. Estudio Comparativo entre España y México”.

confusión, -al menos entre los operadores jurídicos latinoamericanos- con respecto a estos dos Tribunales Supranacionales, no se sabe bien a bien, dónde se encuentran ubicados, cuál es su origen, su ámbito jurisdiccional, los sujetos legitimados, el objeto y el parámetro de control que utilizan para arribar a sus determinaciones, por tanto, como lo mencionamos si bien estas líneas no tienen por objeto hacer un estudio de ambas jurisdicciones, es imprescindible conocer los aspectos básicos de su ingeniería supranacional para poder comprender el tema en análisis.

EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante, TEDH), se encuentra ubicado en Estrasburgo, Francia (también denominado Corte Europea de Derechos Humanos), es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa. Se trata de un tribunal supranacional ante el que cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de sus derechos reconocidos por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) mientras se encontraba legalmente bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, y que haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado, puede presentar una denuncia contra dicho Estado por violación de dicho Convenio.

EL CEDH es un tratado internacional por el que los 47 Estados miembros del Consejo de Europa (todos los Estados europeos salvo Bielorrusia) acordaron comprometerse a proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, tipificarlos, establecer el Tribunal y someterse a su jurisdicción, es decir, acatar y ejecutar sus sentencias.

El TEDH se encuentra integrado actualmente por 47 jueces el cual es un número equivalente al de los países signatarios² del CEDH y que se encuentran sometidos a la jurisdicción y competencia del Tribunal.

El TEDH, en pleno, elige su presidente, dos vicepresidentes y dos presidentes de sección por un período de tres años. Los dos vicepresidentes son igualmente presidentes de sección. Cada una de las cuatro secciones cuenta, asimismo, con un Vicepresidente.

La composición de las cuatro secciones, dura tres años y debe estar equilibrada tanto desde el punto de vista geográfico como desde el de la representación de sexos, teniendo en cuenta los diferentes sistemas jurídicos existentes en los Estados contratantes.

Ahora bien, lo que en México entendemos cómo “principio de definitividad”³ se encuentra dentro del proceso para poder acudir ante el Tribunal de Estrasburgo ya que como se anotó líneas arriba, éste sólo se pronuncia si han sido agotados todos los recursos internos en el Estado y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva (art. 35 CEDH). La principal actividad del Tribunal es la de controlar, verificar y en su caso la de declarar la existencia de una violación de los derechos de los individuos, organizaciones no gubernamentales, grupos privados o Estados Miembros del CEDH (arts. 33 y 34 del CEDH), que son quienes tienen legitimación para poder acudir ante el TEDH.

² Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia – Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, Reino Unido, Federación Rusa, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania.

³ Recordemos que el principio de definitividad se encuentra presente en el juicio de amparo y que al tratarse un juicio extraordinario, a él puede acudirse sólo cuando previamente se haya agotado el recurso previsto por la ley ordinaria y que sea idónea para modificar, revocar o anular el acto que vaya a reclamarse.

El parámetro de control del TEDH es el CEDH y los protocolos del mismo, toda vez que el artículo 32 del mismo específicamente señala que el Tribunal es competente para evaluar “todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del convenio y sus protocolos”.

En cuanto a las sentencias del tribunal se ha hablado de una jurisdicción de tipo declarativa⁴, en función de que es comúnmente aceptado que las sentencias del TEDH son declarativas –en contraposición a ejecutivas-, definitivas y obligatorias y, además, generan efecto de cosa juzgada y efecto de cosa interpretada.

Por tanto, como lo señala Argelia Queralt, las resoluciones del TEDH “...son declarativas porque se limitan a poner de manifiesto, en el caso de ser estimatorias, la vulneración del CEDH por un Estado parte. Cuando el TEDH, después de examinar las circunstancias del caso, llega a la conclusión de que se ha vulnerado el CEDH lo declara en su fallo; en este sentido no se incluye en él nada más que la puesta de manifiesto de que la mayoría de jueces encargados de ventilar el asunto entiende que se ha vulnerado un derecho del Convenio. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con los tribunales internos, el TEDH no insta a ninguna autoridad nacional concreta a que tome una determinada medida; únicamente constata una vulneración del CEDH...Puede afirmarse que las sentencias declarativas agotan su fuerza en la propia declaración...”⁵.

Tras esta breve aproximación al TEDH, continuamos con el acercamiento al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

⁴ DEMURO, Gianmario, *“Los Tribunales Supranacionales Europeos: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”*, en Justicia Constitucional en Europa, GROOPI, Tania, CELOTTO, Alfonso y OLIVETTI, Marco (coords.), *“La Justicia Constitucional en Europa”* Fundap, México, 2004, pág. 282.

⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *La interpretación del los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008, pág. 8.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Luxemburgo además de ser famoso por ser el segundo país a nivel mundial en el PIB per cápita, es también la ciudad sede del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE).

El Tribunal está compuesto por 27 jueces y 8 abogados generales. Los jueces y los abogados generales son designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea⁶ por un período de seis años renovable. Se eligen entre juristas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus países respectivos, de las más altas funciones jurisdiccionales o sean jurisconsultos de reconocida competencia.

Los jueces del Tribunal de Justicia eligen de entre ellos al Presidente del mismo por un período de tres años renovable. El Presidente⁷ dirige los trabajos y los servicios del Tribunal y preside las vistas y deliberaciones en las formaciones más importantes del Tribunal, por su parte los abogados generales están encargados de presentar, con toda imparcialidad e independencia, un dictamen jurídico en los asuntos que les sean asignados.

El Tribunal de Justicia puede reunirse en Pleno, en Gran Sala (trece Jueces) o en Salas de cinco o tres Jueces. El Tribunal de Justicia actúa en Pleno en casos excepcionales previstos en su Estatuto y cuando considere que un asunto reviste una importancia excepcional. Se reúne en Gran Sala cuando así lo solicita un Estado miembro o una institución que sea parte en el procedimiento, así como para los asuntos particularmente complejos o importantes. El resto de los asuntos se examinan en Salas de cinco o tres Jueces. Los Presidentes de las

⁶ Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, la República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia y el Reino Unido

⁷ El Presidente actual es Vassilios Skouris, cargo que ocupa desde el 7 de octubre de 2003.

Salas de cinco Jueces son elegidos por tres años y los de las Salas de tres Jueces por un año.

En este marco de integración y con el objeto de que comprendamos la actividad del TJCE, parece apropiado recordar que la Unión Europea es un fenómeno único e irrepetible y que en esa tesitura tiene, dentro de su compleja estructura orgánica, por denominarlos de alguna manera, un Poder Ejecutivo (el cual lo ejercen conjuntamente el Consejo de Ministros y la Comisión Europea), un Poder Legislativo (desempeñado por el Parlamento Europeo) y una especie de Poder Judicial, función desplegada por el TJCE.

Por tanto la principal competencia institucional del TJCE es la de preservar al respeto y aplicación de los tratados europeos emanados fundamentalmente del Parlamento Europeo. En particular, el TJCE conoce de todas las controversias y de los recursos sobre materias comprendidas en los tratados, sean éstos interpuestos por los estados o por las instituciones comunitarias.

En ese orden de ideas, el TJCE despliega funciones de control jurisdiccional sobre la actividad normativa y administrativa desarrollada por los órganos comunitarios y por los órganos estatales. En primer lugar, controla la conformidad de los tratados de los actos del Consejo de Ministros, de la Comisión Europea y del Parlamento Europeo y en segundo lugar, controla la legitimidad de los actos de los estados miembros en relación tanto con el derecho como con las políticas comunitarias⁸.

- Los diversos mecanismos que se ventilan ante el TJCE son:
- La cuestión prejudicial.

⁸ Cfr, DEMURO, Gianmario, *Ibidem*, pág. 276; DEMURO, sostiene que el control jurisdiccional a nivel comunitario puede ser promovido por la Comisión, que – cuando considere que un estado miembro haya incumplido, por acción u omisión una obligación comunitaria puede acudir al Tribunal de Justicia. El control jurisdiccional a nivel comunitario puede ser promovido también por un estado miembro que considere que otro estado miembro ha incumplido una obligación comunitaria.

- El recurso por incumplimiento.
- El recurso de anulación.
- El recurso por omisión.
- Los recursos de casación y,
- El reexamen.

Cada uno de ellos se promueve por distintos entes y órganos (desde particulares, órganos de la Unión Europea y Estados -países- integrantes de la misma), para poder instar al TJCE a que despliegue sus funciones jurisdiccionales, como mencionamos líneas arriba, el objeto de este trabajo se desbordaría por mucho si intentará aquí plasmar las características, sujetos legitimados, parámetro de control, procedimiento, sentencia y recursos, en cada uno de los mecanismos que han sido mencionados, sin embargo resulta de gran importancia conocer más a fondo la denominada “cuestión prejudicial”, ya que es a través de este mecanismo de control comunitario la forma en que se generó la jurisprudencia que vamos a analizar en este trabajo.

LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

La cuestión prejudicial, tal y como más adelante nos podremos dar cuenta es por excelencia el mecanismo que mayor diálogo genera entre los países miembros de la Unión Europea y el TJCE; se trata de un mecanismo que ha contribuido a un perfeccionamiento y adecuación normativa, de las leyes de los estados miembros con los tratados comunitarios.

El Tribunal de Justicia trabaja en colaboración con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que son jueces de Derecho común en materia de Derecho comunitario. Para garantizar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación comunitaria y evitar interpretaciones divergentes, los jueces nacionales pueden, y a veces deben, dirigirse al Tribunal de Justicia para solicitarle que precise una cuestión de interpretación del Derecho comunitario, a

fin de poder comprobar la conformidad de la normativa nacional con este Derecho. La cuestión prejudicial también puede tener por objeto el control de la validez de un acto de Derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia no responde mediante un mero dictamen, sino mediante una sentencia. El órgano jurisdiccional nacional destinatario se halla vinculado por la interpretación efectuada a la hora de resolver el litigio que se le ha planteado. La sentencia del Tribunal de Justicia vincula asimismo al resto de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de un problema idéntico.

También en este marco de las cuestiones prejudiciales, cualquier ciudadano europeo puede contribuir a que se precisen las normas comunitarias que le afectan. Aunque este procedimiento sólo puede iniciarlo un órgano jurisdiccional nacional, las partes litigantes en el asunto de que conoce, los Estados miembros y las instituciones europeas pueden participar en el procedimiento iniciado ante el Tribunal de Justicia. De este modo, algunos de los principios más importantes del Derecho comunitario se han establecido a partir de cuestiones prejudiciales, planteadas por órganos jurisdiccionales de primera instancia.

En conclusión a través de la cuestión prejudicial, se presenta una clara colaboración entre el TJCE y los órganos jurisdiccionales nacionales de los estados miembros, dicha colaboración tiene por objeto garantizar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación comunitaria mediante la comprobación de la conformidad de la normativa nacional con el derecho comunitario, cuando se duda sobre la conformidad de aquella, por tanto la sentencia que emite el TJCE, tiene efectos vinculantes y no es una mera declaración como en el caso de las sentencias del TEDH.

Con las notas anteriores, tanto de la estructura de estos dos tribunales supranacionales así como de los mecanismos que ante ellos se ventilan, en adelante examinaremos el desenvolvimiento que ha tenido la jurisprudencia del

Tribunal de Luxemburgo en materia de acciones positivas, en particular en materia del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo.

LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN MATERIA DE ACCIONES POSITIVAS

Antes de contextualizar los vertiginosos cambios en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en materia de acciones positivas, igualdad entre hombres y mujeres así como su promoción en el empleo, es conveniente recordar estas acciones son “todo tipo de medidas que tienen el fin de conseguir una mayor igualdad social sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o desigualdad de oportunidades”⁹. En este sentido tales medidas se encuentran presentes en distintos ámbitos, tanto públicos como privados, en particular nos interesa el espectro público y puntualizando aun más, el tratamiento legislativo y por supuesto, el jurisdiccional.

En ese orden de ideas, parece conveniente ilustrar algunos ejemplos de lo que en la realidad se traducen como “acciones positivas”; entre otros, subsidios para la contratación laboral de jóvenes o mayores, becas de enseñanza para familias de escasos recursos, políticas de integración social de los inmigrantes, ayudas para la contratación de discapacitados; o en relación con la igualdad de las mujeres, las ayudas para guardería, las campañas de publicidad para la igualdad sexual, el fomento de cursos especiales de especialización y promoción para mujeres o la facilitación de trabajos de tiempo parcial.

Las dos sentencias en estudio tienen los siguientes elementos comunes:

⁹ RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Discriminación inversa, acciones positivas e igualdad”, en la revista Jóvenes, (nn. 4-5), España, pág. 126.

Como parámetro de control el TJCE utilizó el artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo.

El objeto de control, en ambas resoluciones son normas de distintos “Lander” (estados) en Alemania, las cuales en su contenido establecían acciones positivas o medidas de discriminación inversa, favoreciendo a la mujer en casos de infrarrepresentación, en el sector laboral.

El TJCE las resolvió a petición de órganos jurisdiccionales alemanes, quienes cuentan con legitimación para acudir al Tribunal y solicitarle que determine la conformidad o no, de normas nacionales –en este caso, alemanas– con el derecho comunitario –la Directiva señalada previamente–; el mecanismo en ambos casos, es la cuestión prejudicial.

Finalmente, los temas en ambos casos versan sobre acceso al empleo, candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción y que cuentan con igual capacitación y como se mencionó, una norma nacional que da preferencia a las candidatas femeninas en los sectores que están infrarrepresentadas.

LA SENTENCIA KALANKE (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Luxemburgo –Pleno-, de 17 de octubre de 1995).

Esta sentencia emitida por el TJCE es quizás la que más polémica causó en su momento en torno a las acciones positivas, el Tribunal fue descalificado por los críticos más autorizados, señalado por varios de los Gobiernos de la Unión Europea y, sin duda, con base en tales críticas, años después con la sentencia Marschall, la posición del Tribunal dio un giro de 180°.

La sentencia es el resultado de una cuestión prejudicial, planteada por un Tribunal alemán, los hechos fueron en síntesis los siguientes:

Se trataba de cubrir un puesto de Jefe de Sección de Servicios de Parque y Jardines de la Ciudad de Bremen (República Federal Alemana). 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 Glissman, en aplicación del artículo 4º de la Ley del Land de Bremen relativa a la Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres en la Función Pública de 20 de noviembre de 1990 cuyo texto en su apartado 1º 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”.

La misma ley en el apartado 4º establecía 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 cubran al menos la mitad de los puestos. También existirá cuando suceda lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama”.

Ahora bien, el señor Kalanke acudió a la jurisdicción laboral competente alegando, por una parte que él poseía una capacitación ligeramente superior a la señora Glissman y, por otra, que el régimen de tratamiento preferente a favor del sexo femenino era contrario a la Constitución de Bremen, a la Ley Fundamental de

Bonn y al Código Civil alemán, artículo 611 apartado a), que establece la prohibición de discriminación.

Su demanda fue desestimada tanto por la jurisdicción laboral. Recurrió entonces ante el Tribunal Federal de Trabajo, el cual aceptó como probado que ambos candidatos tenían idéntica calificación; dicho tribunal planteó **una cuestión prejudicial** ante el TJCE 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.

El artículo 2.4 de dicha directiva reviste particular importancia ya que en esta norma se encuentra establecido lo siguiente:

“...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 artículo 1”.

El Tribunal Federal alemán de Trabajo no consideraba que existiese incompatibilidad entre el modelo de promoción preferente a favor de las mujeres diseñado en Bremen y el Derecho Constitucional alemán, ni las mujeres 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), sino que el tratamiento preferente a 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 acostumbra a que las mujeres desempeñen ciertas funciones más prestigiosas”, en opinión del Tribunal alemán (apartado 14 de la sentencia), el cual sostenía también que, si las circunstancias lo requerían, el “privilegio” establecido a favor de las candidatas podía excepcionarse por razones de equidad (algo sin embargo, difícilmente admisible, pues iría palmariamente en contra del tenor literal de la norma).

El Abogado General del TJCE consideró, por su parte, en sus contradictorias conclusiones vertidas en la Sentencia que un modelo tal de promoción preferente, que concedía a las mujeres un “**privilegio automático**” por el hecho de estar infrarrepresentadas, entraba “totalmente” en contradicción con el Derecho Comunitario, pues no actuaba a favor de la igualdad de oportunidades ya que, pasaba por eliminar o suavizar las dificultades que derivan de intentar hacer compatibles las obligaciones familiares y profesionales. Ahí era donde debían actuar las medidas de acción positiva que autorizaba el entonces artículo 2.4 de la Directiva 76/207. Un sistema de “**discriminación inversa**” como el establecido por la ley de Bremen no contribuía en absoluto a lograr esa compatibilidad.

En nuestra opinión la sentencia adolece de varios problemas, algunos de índole formal hasta otros más graves en el fondo de la cuestión planteada.

Desde la óptica estrictamente formal podemos señalar que ninguno de los jueces que participó en la deliberación del contenido de la sentencia, era mujer, lo cual, si bien no vicia desde ninguna óptica la resolución, si hubiera sido por lo menos deseable que en su formulación participara al menos una de las que en aquél momento integraban el TJCE; el resultado probablemente no hubiera variado ya que aun ante esa probable intervención las conclusiones hubieran sido las mismas o al menos la mayoría hubiese continuado siendo masculina, no obstante la intervención del género femenino podría haber contribuido a la discusión.

Recordemos lo que establece la norma enjuiciada por el Tribunal, es decir el artículo 4 de la Ley del Land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública, la cual dispone lo siguiente:

“Artículo 4.- Selección, Provisión de puestos de trabajo y Promoción:

1) Al efectuar la selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de Juez, que no tenga fines de formación se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas.

2) Al proveerse un puesto correspondiente a un grado de salarios, sueldos y retribuciones superior se concederá preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas. Lo mismo sucederá en caso de provisión de otro puesto de trabajo y en caso de promoción.

3) (...)

4) Para determinar la capacitación sólo se tendrán en cuenta las exigencias de la profesión, del puesto de trabajo que deba proveerse o del cuerpo. La experiencia y las aptitudes específicas, adquiridas por ejemplo en el marco de las tareas familiares, de las actividades que impliquen un compromiso social o sean de carácter no retribuido, se considerarán parte de la capacitación en el sentido de los apartados 1 y 2 únicamente si son útiles para desempeñar la actividad de que se trate.

5) Existe infrarrepresentación de las mujeres cuando, en los distintos grados de salarios, sueldos y retribuciones de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio, las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos. También existirá cuando suceda lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama”.

El problema medular, no está en las razones formales, sino en los argumentos de la resolución, y el contraste que el TJCE efectuó, la resolución en nuestra óptica esta plagada de contradicciones, las más evidentes se encuentran en los apartados 22 y 16 de la misma, los cuales transcribimos para su mejor comprensión:

*“22. Pues bien, 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 76/207.”*

*“16. Ahora bien, una norma nacional que establece que en una promoción, **las mujeres que tienen la misma capacitación** que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo.”*

La norma por un lado establece claramente que se concederá preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas, y por otra parte la sentencia en el apartado 22 establece que la normativa nacional, garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres, como es evidente existe una falta de congruencia total.

El artículo 4º analizado, establece dos condiciones para que se conceda la preferencia al puesto correspondiente a una mujer y son:

- 1) Que tengan la misma capacitación que los candidatos masculinos, y,
- 2) que estén infrarrepresentadas¹⁰.

Por tanto, ¿en que parte del artículo 4º se encuentra la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres a las que hace alusión el Tribunal?, el problema radica en que se hace esta afirmación por parte del TJCE sin embargo no la acredita, que sería el elemento plausible para evidenciar la preferencia absoluta e incondicional a la que se hace alusión en la sentencia.

¹⁰ La misma ley establece 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

En nuestra opinión, la norma establece taxativamente un par de parámetros objetivos, que no son ambiguos, a los que nos hemos referido previamente: la misma capacitación y la infrarrepresentación, que sin duda en el marco del artículo 4º de la Ley del Land de Bremen relativa a la Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres analizado en la sentencia, configura un precepto que tiene por objeto proteger el principio de igualdad, ya que como es posible observarlo la norma confiere a las mujeres un valor de grupo respecto de una situación determinada –en este caso el empleo-, en el cual las mujeres aparecían en ese momento como grupo desaventajado, sistemáticamente infrarrepresentado, esa fue la razón del legislador alemán para crear dicha norma.

Más cuestionable resulta el apartado 16 de la sentencia, relativo a que en él se 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.**

Por principio de cuentas la norma establece que las mujeres candidatas tienen que tener la misma capacitación que sus competidores hombres –estándar legal de igualdad- y que la preferencia en la selección únicamente se va a generar en los casos de infrarrepresentación –estándar de proporcionalidad-, ¿dónde se encuentra la discriminación por razón de sexo que aduce el TJCE?

En esa tesitura, si el TJCE consideró contraria la norma nacional alemana a la Directiva Comunitaria, por establecer una preferencia absoluta e incondicional de la mujer en el empleo y que consecuentemente generaba una discriminación por razón de sexo, lo mínimo exigible era que fundara y razonara su propia resolución, contrariamente a ello, en los 25 apartados que conforman el cuerpo de la sentencia no existe algún argumento del que se desprenda cual es el fundamento de tal afirmación, es decir una mínima explicación de los elementos que configuran elementos discriminatorios por sí mismos dentro de la norma.

En nuestra opinión, en sentido contrario a la sentencia, la norma no contraviene el artículo 2.4 de la Directiva 76/207, ni algún otro precepto de la misma, la norma cumple de principio a fin con el mandato establecido en la norma comunitaria¹¹ en el sentido de crear una igualdad efectiva en el empleo entre hombres y mujeres, en realidad lo que establece la Directiva es un mandato que se traduce en la obligación del legislador nacional de los países miembros de la Unión Europea que implica el establecimiento paulatino en su caudal normativo nacional de medidas que igualaran legalmente lo que de facto ha sido imposible en el campo laboral.

Desde muy distintos sectores fue severamente criticado el TJCE por la Sentencia Kalanke, ya que implicó un retroceso desde la jurisdicción comunitaria al largo y complejo establecimiento de acciones positivas y medidas de discriminación inversa.

Por fortuna, todo ello tuvo consecuencias importantes, los señalamientos de los distintos actores encontraron eco en la siguiente decisión del TJCE vinculada con el mismo tema; dos años después en la Sentencia Marschall el TJCE¹² dio un giro de 180º, subsanando los errores cometidos en Kalanke, tal y como podremos apreciarlo a continuación.

¹¹ Tal y como lo señala la catedrática Julia López López, “La igualdad, se mantiene en la norma comunitaria, es un objetivo para la Comunidad que impone una obligación positiva de promover la igualdad de trato y la no discriminación entre hombres y mujeres en todas las actividades. La igualdad de trato abarca al acceso al empleo, la formación profesional, la promoción y a las condiciones de trabajo (...) Se trata por la Unión Europea de crear una red de igualdad que capture todos los actores y ámbitos a nivel social y es este el principio capital para poder dar el paso de la lucha por la no discriminación e igualdad de trato entre hombres y mujeres a la igualdad efectiva”; LÓPEZ LÓPEZ, Julia, “Los principios rectores de la LO 3/2007 sobre la igualdad efectiva entre mujeres y hombres a la luz de las estrategias de <Gender Mainstreaming> y <Empowerment>, en Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, España, 2008, págs. 55 y 56.

¹² Nos parece importante destacar que en ambas resoluciones –Kalanke y Marschall- el Juez Ponente del TJCE fue el mismo: Paul J. G. Kapteyn.

LA SENTENCIA MARSCHALL (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Luxemburgo –Pleno-, de 11 de noviembre de 1997).

Los hechos que dieron lugar a esta sentencia fueron los siguientes: el señor Marschall trabajaba como maestro para el Land Renania del Norte –Westfalia. En 1994 presentó su candidatura para ser promovido a una categoría superior a la que hasta entonces ocupaba -la promoción implicaba una mayor remuneración económica y mayores responsabilidades-, categoría en dónde el número de mujeres era inferior al de varones, y al haberse presentado una candidata con una calificación igual a la del señor Marschall el Bezirksregierung (Gobierno comarcal)¹³ de Arnsberg (Renania del Norte-Westfalia) 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 5º del artículo 25 de la Ley de la Función Pública del Land existía la obligación de promover a la candidata igualmente cualificada.

El texto de dicho artículo literalmente establece:

“Cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres, en el nivel de 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 apartado cuarto de la Sentencia Marschall señala que el Land justificaba la racionalidad de la norma en el hecho de que en caso de igual capacitación, el patrón tiende a promover a un hombre antes que a una mujer, debido a la

¹³ “Gobierno municipal”.

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 cabeza de familia que asegura la única fuente de ingresos del hogar.

En el apartado quinto de la resolución, se señala que en la medida, en que las candidatas a conseguir un empleo o a ser promovidas a una categoría superior dentro del que ya ocupaban se veían fácticamente discriminadas frente a sus oponentes varones era necesario introducir correctivos, suficientemente flexibles como para que los candidatos varones no quedasen automáticamente excluidos de la posibilidad de alcanzar esa promoción; ello se lograba 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 a las mujeres, la administración siempre pueda optar por el candidato de sexo masculino basándose en los criterios, tradicionales o no, de promoción.

En aplicación de esta norma, el Gobierno de la comarca Arnsberg ascendió a la candidata en lugar del señor Marschall, quien 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 tenía idéntica calificación, el Tribunal administrativo planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE 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 de que el precepto de la ley de Renania del Norte-Westfalia fuese acorde con el Derecho Comunitario, primero porque de acuerdo con la sentencia de Kalanke una preferencia tal parecía constituir una discriminación por razón de sexo en contra de los varones incluso ante la existencia de infrarrepresentación de acuerdo a las pautas establecidas en aquella sentencia (pese a que quedase abierta la posibilidad excepcional de que

fuesen éstos los preferidos) en segundo lugar, porque 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, porque la medida se dirigía a no corregir la desigualdad en el nivel de oportunidades (que era lo que, en opinión del órgano jurisdiccional nacional, pretendía la Directiva 76/207), sino la desigualdad en el nivel de resultados.

La reacción que comentamos líneas arriba entorno a la Sentencia Kalanke, se hizo evidente en el proceso de la cuestión prejudicial en el caso Marschall, toda vez que los Gobiernos de Austria, España, Finlandia, Noruega y Suecia, así como la representación de la Comisión Europea y del Land de Renania del Norte-Westfalia, participaron en él, y sus argumentos coincidían básicamente en las siguientes cuestiones:

- Que la norma nacional controvertida constituye una medida destinada a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 2.4 de la Directiva 76/207.
- Que la preferencia concedida a las candidatas femeninas está destinada a servir de contrapeso de los criterios tradicionales de promoción y a corregir procedimientos discriminatorios de selección de personal.
- Que el artículo controvertido favorece 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, continúan estando ampliamente otorgados en función del sexo, concentrando el trabajo femenino en los puestos inferiores de la jerarquía profesional.
- Que el artículo en análisis no garantizaba a las mujeres una preferencia absoluta e incondicional y que por tanto no sobrepasaba los límites establecidos en la Sentencia Kalanke.

- Finalmente, en especial el Gobierno Finlandés, señaló que la experiencia había demostrado que las acciones que se limitan a intervenir en la orientación y formación profesionales de las mujeres, o en el reparto de responsabilidades profesionales y familiares, no bastan para poner fin a la discriminación en los mercados de trabajo¹⁴.

Para los Gobiernos francés y británico, sin embargo, 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, además de que la norma transgredía la igualdad de oportunidades y pretendía establecer una igualdad de representación entre hombres y mujeres.

El TJCE llegó a la conclusión de que el artículo analizado no se oponía a la Directiva 76/207, toda vez que en su configuración se encontraba presente una “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; en otras palabras que hubiese elementos objetivos que no dejaran lugar a dudas que en un caso concreto, se debería preferir al hombre frente a la mujer.

Todo parece apuntar a que para llegar a tal determinación, el TJCE se encontró especialmente presionado por la propia Comisión Europea, así como por un buen número de países miembros de la Unión Europea; resulta por lo menos cuestionable que en la determinación se señalé como elemento justificador de toda ella, la “cláusula de apertura” contenida en la norma cuestionada; en nuestra opinión dicha cláusula o más bien las características que la integran (infrarrepresentación y apreciación objetiva de los elementos que inclinen la balanza a favor del candidato masculino), ya se encontraban presentes en la norma cuestionada en el caso Kalanke, recordémosla:

¹⁴ Apartados 14, 15, 16 y 1,7 de la STJCE 236/1997 de 11 de noviembre de 1997.

Artículo 4º de la Ley del Land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública, la cual dispone lo siguiente:

“Artículo 4.- Selección, Provisión de puestos de trabajo y Promoción:

1) Al efectuar la selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de Juez, que no tenga fines de formación se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas.

2) Al proveerse un puesto correspondiente a un grado de salarios, sueldos y retribuciones superior se concederá preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas. Lo mismo sucederá en caso de provisión de otro puesto de trabajo y en caso de promoción.

3) (...)

4) Para determinar la capacitación sólo se tendrán en cuenta las exigencias de la profesión, del puesto de trabajo que deba proveerse o del cuerpo. La experiencia y las aptitudes específicas, adquiridas por ejemplo en el marco de las tareas familiares, de las actividades que impliquen un compromiso social o sean de carácter no retribuido, se considerarán parte de la capacitación en el sentido de los apartados 1 y 2 únicamente si son útiles para desempeñar la actividad de que se trate.

5) Existe infrarrepresentación de las mujeres cuando, en los distintos grados de salarios, sueldos y retribuciones de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio, las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos. También existirá cuando suceda lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama”.

En particular, el apartado 1, de la norma anteriormente transcrita, resulta relevante para nuestro análisis, ya que señala que 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**.

La cláusula de apertura está presente de forma muy clara y lo podemos apreciar a partir de que:

1. La norma establece que las mujeres en primer lugar tenían que tener la misma capacitación, es evidente que no serían susceptibles de ser objeto del contenido normativo y de la consecuente promoción si tenían una capacitación inferior a la de los candidatos masculinos (apreciación objetiva de los elementos que inclinen la balanza a favor del candidato masculino) y,
2. la promoción sólo se generaría en aquellos sectores en los que las mujeres estuvieran infrarrepresentadas.

Por tanto, es inexacto que en la Sentencia del caso Kalanke, no existiera la cláusula de apertura, toda vez que la redacción de la norma claramente contenía elementos que permitían apreciar objetivamente elementos que inclinaran la balanza a favor de los candidatos masculinos en aquellos sectores en que las mujeres estuvieran representadas.

CONCLUSIONES

La posición del TJCE fue en extremo conservadora e hizo evidente la falta de elementos argumentativos jurídicamente válidos que le permitieran justificar a plenitud la resolución del caso Kalanke; el resultado de lo que ocurrió en el caso Marschall fue que ante la embestida de argumentos tan sólidos como los planteados por los Gobiernos de los países miembros y la propia Comisión, tales como que la norma cuestionada, por un lado garantizaba el acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad y contribuía, de esa forma, a reequilibrar los mercados de trabajo, que en el estado que guardaban, continuaban –y, en nuestra opinión, continúan- estando ampliamente otorgados en función del sexo, concentrando el trabajo femenino en los puestos inferiores de la jerarquía profesional, y que por otra parte, dicha norma no contravenía desde ninguna perspectiva a la Directiva comunitaria, el TJCE no tuvo otra salida que estimar conforme con la Directiva la norma impugnada, no olvidemos que el juez ponente, era el mismo (Paul J. G. Kapteyn).

Es importante plantearnos la siguiente interrogante ¿todo lo anterior quiere decir que las acciones positivas son por completo justas, necesarias, y generalizables? Desde nuestra óptica no lo consideramos así, ni consideramos que sus defensores crean, que las acciones positivas son el milagro legislativo –o, en su caso su confirmación jurisdiccional- que eliminará a diestra y siniestra las desigualdades y discriminaciones en Europa, en nuestro país o en algún otro.

Las acciones positivas tienen gran eficacia, pero para que la logren se necesitan de otros factores de gran importancia, en México no basta el artículo 4º constitucional y ciertas medidas que el legislador ha establecido para tratar de equilibrar determinadas situaciones de género, se necesita mucho más, entre otras, un respeto interciudadano, obrero-patronal y una cultura de igualdad de la cual hoy, carecemos.

La actuación del legislador, de los tribunales nacionales y supranacionales-, así como de los gobiernos en el ámbito de sus respectivas competencias es de gran importancia para hacer efectivo el principio de igualdad entre hombres y mujeres en sus múltiples dimensiones, sin embargo no depende solo de ellos, puede existir una norma perfectamente diseñada por el legislador, respetuosa de no generar un efecto contrario a los márgenes pretendidos por una acción positiva, del mismo modo podemos tener una resolución jurisdiccional que de acuerdo con criterios de proporcionalidad y razonabilidad lógico jurídica ratifique el trabajo del legislador y que consecuentemente los ejecutores de la norma en la esfera administrativa la apliquen de forma atinada, sin embargo, nada de ello será operativo sí en el seno de la sociedad, tanto hombres cómo mujeres, no se perciben en los ámbitos ajenos al físico y sexual, como iguales.