

**IGUALDAD, GÉNERO Y MEDIDAS DE
ACCIÓN-DISCRIMINACIÓN POSITIVA
EN LA POLÍTICA SOCIAL COMUNITARIA**

Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN*

Publicado en

Revista de Derecho Comunitario,
vol. 6, núm 12, 2002, pp. 489-502

* Profesora Titular de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense
E – 28040. Madrid
cocastri@der.ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional E-Prints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

IGUALDAD, GÉNERO Y MEDIDAS DE ACCIÓN-DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN LA POLÍTICA SOCIAL COMUNITARIA

I. Introducción II. Medidas de preferencia y perspectiva comunitaria de la igualdad formal y de la igualdad material A. La posición de la jurisprudencia B. La normativa de referencia III. Conclusiones

*Dra. Carmen Otero García-Castrillón
Universidad Complutense de Madrid*

I. INTRODUCCIÓN

En el marco jurídico cabe señalar dos perspectivas de la igualdad. Una de ellas sería la igualdad como parámetro de la justicia en una comunidad, y, consiguientemente, como parámetro del Derecho en su calidad de organizador de la convivencia en la misma; a lo que podríamos denominar justicia “social”. La otra, que constituiría su “versión reflexiva” o si se prefiere, su concreción en lo particular, el derecho de los individuos a recibir el mismo trato dentro de la comunidad; esto es, la dimensión “real” de la justicia.

Desde antiguo, las definiciones del Derecho vinculan a la justicia; recordemos el famoso “dar a cada uno lo suyo”¹; lo que supone la existencia de una justicia “real” (particular) que permite hablar de la existencia de una justicia “social”. De esta definición no se infiere sin más el criterio que sirve de base para determinar lo que corresponda a cada uno. Sin duda cualquiera que haya podido ser, o que sea, ese criterio evoluciona con el tiempo atendiendo a las circunstancias sociopolíticas de una comunidad. Más allá de los análisis a cerca de cual haya sido el parámetro a lo largo de la historia y de la significación que en ese sentido haya podido tener la igualdad, en nuestro contexto sociohistórico la igualdad es claramente un parámetro básico de la justicia (“real” y “social”) y así lo reconocen los textos de la mayor parte de las constituciones del mundo, entre ellas todas las de los Estados miembros de la Unión Europea, y, de los diferentes instrumentos internacionales incluyendo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea² y el propio Tratado constitutivo de la

¹ Aristóteles habla de la justicia como virtud particular en cuanto se refiere a la observancia de la debida igualdad en el trato de unos con otros. La justicia distributiva consiste en que cada uno reciba una parte proporcional a su mérito.

² Artículos 20 – todas las personas son iguales ante la ley - y 21 – en cuanto a la prohibición de discriminación su primer número reza. “Se prohíbe toda discriminación, y, en particular le ejercida por razón de sexo”. *DOCE* (2001) C 364/1.

Comunidad Europea³.

Como es lógico la igualdad, y con ella los debates entorno a la comprensión de este concepto, constituye el principio básico en la lucha por la incorporación de la mujer al entorno laboral y político. A pesar de la utilización de un sustantivo singular, “mujer”, en el contexto de este debate el término hace referencia a un “colectivo”, a un grupo que, por lo demás, es el antónimo del integrado por el del “hombre-varón”. Esta precisión, por lo demás evidente, es importante por cuanto la igualdad como derecho se predica de los individuos; esto es, de los casos particulares (justicia “real”). Sin embargo, el discurso sobre la igualdad en el acceso al mundo laboral, gira en torno a la búsqueda de la justicia desde una perspectiva más “social”, pues, al igual que ocurre al hacer frente a consideraciones relativas a la raza o a la religión, se hace referencia a un grupo; en este caso al constituido por las mujeres.

Es necesario partir del reconocimiento de la desigualdad de hecho en el acceso y desarrollo de una carrera profesional para el colectivo de las mujeres frente al colectivo de los varones. Se trata de una situación heredada de concepciones en decadencia sobre los roles femenino y masculino. En pura lógica “social”, la superación de estas concepciones, por más que estén en decadencia, no se produce con la rapidez y con la eficacia que sería deseable para el colectivo afectado y para la sociedad en general, momento en el que se reclama la intervención organizadora y auxiliar del Derecho.

El Derecho interviene entonces adoptando las llamadas medidas de “acción positiva”. Por “acción positiva” se entiende toda medida “... destinada a contrarrestar los efectos de discriminación en el pasado, a eliminar la discriminación existente y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en relación con tipos o

³ Artículos 2 - la igualdad entre hombre y mujer es una de las misiones que la Comunidad ha de promover -, 3.2 - la Comunidad se fija el objetivo de eliminar las desigualdades entre hombre y mujer y promover la igualdad en todas sus actividades - y 141 – cuyo número 3 establece que “(E)l Consejo adoptará medidas para garantizar el 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”-.

niveles de empleo donde los miembros de un sexo están infrarrepresentados”⁴.

Las medidas de acción positiva pueden clasificarse⁵ en tres grupos:

1. las encaminadas a resolver situaciones desfavorables para las mujeres en el mercado de trabajo, centradas en la orientación y en la formación profesional,
2. las dirigidas a conseguir un equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales y una mejor distribución de las tareas entre los dos sexos; que consisten sobre todo en la organización del tiempo de trabajo, creación de guarderías infantiles ...etc., y
3. las que pretenden compensar las discriminaciones del pasado, que implican establecer *preferencias* para el grupo desfavorecido, generalmente, fijando objetivos o recurriendo al sistema de cuotas. Las cuotas pueden ser rígidas, sentando la preferencia para un grupo con independencia de los méritos o capacitación de las personas, o flexibles, en las que estas circunstancias son tomadas en consideración conectándolas con las peculiaridades del puesto de trabajo.

Mientras las segundas tienen una vocación de permanencia, las primeras, y, fundamentalmente las terceras, por su propia finalidad y naturaleza deben ser concebidas como medidas transitorias. Son las medidas que conllevan el establecimiento de preferencias en favor de la mujer en el acceso al empleo y en la proyección de su carrera profesional - también llamadas de “discriminación positiva” - en los mercados laborales de los distintos Estados miembros las que plantean mayores dificultades.

II. MEDIDAS DE PREFERENCIA Y PERSPECTIVA COMUNITARIA DE LA IGUALDAD FORMAL Y DE LA IGUALDAD MATERIAL

El Consejo, la Comisión y el propio TJCE intervienen en lo que respecta a la puesta en práctica del principio de igualdad en la incorporación de la mujer al entorno laboral en el

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93 *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, COM (96) 88 final, p.3; siguiendo las Conclusiones del Abogado General Tesauro en este asunto, que fueron presentadas el 6 de abril de 1995, ECR, 1995, pp.3058-3059.

⁵ *Ibidem*.

territorio de la Unión. La actuación comunitaria se produce tanto normativa, sobre todo a través de la Directiva 76/207 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo⁶, como jurisprudencialmente, analizando la adecuación de las normas nacionales a las disposiciones de la Directiva. Ambas dimensiones están íntimamente relacionadas, de modo que bien puede decirse que la evolución y los desarrollos normativos se deben, en buena medida, a las polémicas doctrinales y sociales que han provocado las sucesivas decisiones interpretativas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE)⁷.

Las instituciones comunitarias, concretamente el Consejo y/o la Comisión no han adoptado directamente normas relativas a las medidas de preferencia que obliguen a los Estados miembros⁸. No obstante, en su condición de empleador, la Comisión ha adoptado una serie de decisiones relativas al equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y en los grupos de expertos creados por ella misma⁹ en virtud de las cuales se compromete a que, a medio plazo, al menos el 40% de las personas que los integren correspondan a cada uno de los sexos. Aunque estas decisiones no explicitan el modo en que se persigue el objetivo, la Comisión ha solicitado a los miembros que propongan un número suficiente de candidatos varones y mujeres, y ha explicado que “no tiene la intención de nombrar a candidatos insuficientemente cualificados sólo para alcanzar una representación equilibrada...Con

⁶ *DOCE* (1976) L 39/40 (edición especial en español 05, vol. 02, p. 70).

⁷ Fundamentalmente las sentencias del TJCE en los asuntos C-450/93 *Kalanke* de 17 de octubre de 1995; C-409/93 *Marshall* de 11 de noviembre de 1997; C-158/97 *Georg Badeck c. Land de Hesse*, de 28 de marzo de 2000; y C-407/98 *Abrahamsson, Anderson y Fogelqvist*, de 6 de julio de 2000.

⁸ Y ello a pesar de que, tras las novedades incorporadas en el Tratado de Maastricht, el Tratado de Amsterdam articuló plenamente un sistema laboral comunitario reforzando las competencias de las instituciones comunitarias en la materia. Esta circunstancia no ha llevado a una “intensificación” del aparato normativo de la Unión, que, de conformidad con el principio de subsidiariedad, parece concentrarse en la coordinación de las políticas, en la fijación de principios generales de actuación, y en el señalamiento de objetivos comunes. Por lo tanto, no sólo se reconoce, sino que se insta a los Estados miembros para adoptar medidas de “acción positiva”.

⁹ Tras la constatación del fracaso en la aplicación de la Recomendación 96/694 del Consejo relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones, *DOCE* (1996) L 319/11, *vid.* el informe especial de la Comisión COM (2000) 120 final, el Quinto Programa Marco de Investigación, Desarrollo Tecnológico y Demostración (1998-2002), Decisión 182/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOCE* (1999) L 26/1, introdujo esta medida para la participación femenina en todos los grupos, asambleas y organismos asesores. La Decisión 2000/407 sobre el equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y los grupos de expertos creados por la Comisión, *DOCE* (2000) L 154/34, extiende

todo, si uno de los sexos está gravemente infrarrepresentado en un grupo de expertos o comité concreto, la Comisión invita a los Estados miembros a que hagan un esfuerzo especial por designar candidatos debidamente cualificados de dicho sexo”¹⁰. Se trata, por lo tanto, de un sistema flexible de cuotas.

En el fondo del debate sobre la acción positiva en general, y desde luego, en el caso de las preferencias, se encuentra el *aparente antagonismo entre la igualdad formal y la igualdad material o sustancial*. Por igualdad formal se entiende la consideración neutra del principio de no discriminación, sin tener en cuenta las desigualdades de hecho existentes en la situación laboral de las mujeres. La igualdad material, por el contrario, tiene presente la desigualdad de partida; esto es, la discriminación de hecho¹¹.

En este sentido hay que tener presente que cualquier medida de acción positiva responde al principio de *igualdad de oportunidades*, que, según el propio TJCE, persigue garantizar la igualdad efectiva y no un determinado resultado material¹². Así, aunque la realización de la igualdad efectiva pueda requerir la adopción de medidas discriminatorias, el objetivo último de estas medidas es enfrentarse a la discriminación¹³. Por lo tanto, el principio de igualdad de oportunidades en que se fundamenta la acción-discriminación positiva no sólo es compatible, sino también complementario, con el principio general de no discriminación. Esto es, la igualdad formal y la sustancial no son antitéticas, sino complementarias¹⁴. Al fin y a la postre, la dimensión formal de cualquier concepto, ya sea éste el de igualdad o el de

este modelo al resto de los comités.

¹⁰ Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la Decisión relativa a equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y los grupos de expertos creados por la Comisión, *DOCE* (2000) C 203/4.

¹¹ Y esto con independencia de que se trate de situaciones de discriminación *directa* (las que tienen como causa determinante el sexo), sean éstas abiertas (formalmente perceptible) u ocultas (el factor diferencial sexo se oculta bajo otras instituciones), o *indirectas* (el sexo no se tuvo en cuenta en la adopción de la medida, que, sin embargo, sin estar justificado de forma objetiva, razonable y proporcional, afecta negativamente y de manera desproporcionada al colectivo de las mujeres).

¹² Asunto *Kalanke*, *loc. cit.* para.23, el Tribunal, recogiendo las conclusiones del Abogado General Tesouro, señaló que la Directiva contempla la “igualdad de oportunidades”, no “de resultados”; aspecto que suscitó críticas, *vid.* L. Millán Moro, “Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal *versus* igualdad sustancial (Comentario a las Sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, *Kalanke*, y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409-95, *Marshall*)”. *RDCE*, vol. 3, núm.1, 1998, pp.195-196.

¹³ Asunto *Kalanke*, *loc. cit.* para.18.

¹⁴ En términos semejantes, Conclusiones del Abogado General Saggio en el asunto *Badeck*, *loc. cit.*

justicia, no es más que la formulación abstracta de su dimensión “real”, efectiva o material.

El problema reside en la articulación de esta complementariedad. Sobre todo cuando, una vez asumida la necesidad de perseguir la igualdad sustancial, ésta se constriñe a la incidencia de un factor concreto, en este caso el sexo, que, como cualquier otro factor considerado aisladamente, no puede ofrecer una perspectiva “completa” o “global” de la igualdad sustantiva. Es aquí donde se introduce en el debate la reflexión a cerca de la búsqueda de la igualdad- justicia particular (individuo – “real”); o bien de la igualdad-justicia “de grupo” (mujeres/hombres - algo menos “real”, pues la referencia al grupo no deja de constituir una abstracción). Y es en este debate en el que, hasta ahora, la jurisprudencia del TJCE parece haberse inclinado absolutamente a favor de la primera opción en su interpretación de la normativa comunitaria existente.

A. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

El TJCE ha reconocido la compatibilidad con el Derecho comunitario de las normas nacionales de acción positiva relativas al establecimiento de preferencias siempre y cuando sean flexibles y cuenten con una “cláusula de apertura”; esto es, cuando la preferencia por las mujeres, en condiciones de igualdad con los hombres, no sea incondicional o absoluta. En palabras del TJCE, “cualquier acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores ... en los que se encuentran infrarrepresentadas debe considerarse compatible con el Derecho comunitario *cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos*”¹⁵. Como ha señalado la doctrina, las cláusulas de apertura, al dar entrada a elementos subjetivos, pueden hacer completamente inoperantes las preferencias formalmente establecidas en favor de las mujeres¹⁶, por lo tanto, suponen una cortapisa para la superación de la discriminación por razón de sexo¹⁷ puesto que

¹⁵ Por todos, *vid.* Asunto *Badeck*, *loc. cit.*

¹⁶ L. Millán Moro, *op. cit.* p.197.

¹⁷ P. Andrés Saenz de Santa María, “Una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial; Comentario a la sentencia del TJCE de 6 de julio de 2000”. *La Ley, la Unión Europea*, núm. 5164, miércoles 18 de

permiten la ruptura del automatismo que conlleva, por su propia naturaleza, toda medida de preferencia¹⁸.

La aproximación adoptada por el TJCE ha sido calificada como defensora de una visión formalista de la igualdad¹⁹. Por las razones apuntadas, no creo que esto sea del todo así. Bien podría decirse que el TJCE, sin perder de vista la referencia expresa que la Directiva hace a la promoción de igualdad de oportunidades para corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres, ha adoptado una aproximación “integral” a la igualdad sustancial; esto es, para alcanzar la igualdad sustancial “integral” no puede tenerse en cuenta sólo el factor sexo. Teniendo en cuenta que nuestros sistemas constitucionales se fundamentan sobre los derechos individuales, la adopción de este tipo de respuesta no puede sorprender puesto que, al perseguir la modificación de la situación de hecho que vive un colectivo de las mujeres, el individuo - y sus derechos - ya no serían la única referencia.

La actuación positiva de la propia Comisión a través de sus Decisiones relativas al equilibrio entre los hombres y las mujeres en los Comités y en los grupos de expertos que cree, podría llegar a cuestionarse si el sistema elegido para alcanzar el objetivo del 40% de participación de ambos sexos se articulara a través de preferencias que no contemplasen esta cláusula. La Comisión ha recogido una relación de medidas que, desde su punto de vista, son compatibles con la doctrina establecida por el Tribunal sobre las preferencias²⁰. En dicha relación incluye 1. las obligaciones “de principio” para que los empresarios contraten y promocionen preferentemente a las personas del sexo infrarrepresentado, 2. los programas de promoción de las mujeres “que no impongan una norma automática de preferencia en el momento de tomar una decisión individual”, así como 3. las cuotas flexibles “siempre que permitan que se tengan en cuenta las circunstancias particulares que,

octubre de 2000, p.2

¹⁸ E. Sierra Hernaiz, “La sentencia Marshall: ¿Un avance de la acción positiva en el Derecho comunitario?. Comentario a la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95”. *Actualidad Laboral*, núm 22, del 1 al 7 de junio de 1998, p.453.

¹⁹ P. Andrés Saenz de Santamaría, *op. cit.* p.2; L. Millán Moro, *op. cit.* p.196; E. Sierra Hernaiz, *op. cit.* p.454.

²⁰ Comunicación sobre la interpretación de la sentencia del TJCE en el asunto *Kalanke*, *loc. cit.* p.10.

en un caso dado, podrían justificar una excepción al principio de preferencia”. Además, se añaden a esta relación las medidas que estimulen la contratación de mujeres a través de subvenciones y de reducciones de las cotizaciones a la seguridad social concedidas a las empresas que contraten a mujeres en sectores en los que están infrarrepresentadas. Salvo en el caso de estas últimas, en el que la preferencia operaría *automáticamente tras* contratar a la mujer, no deja de hacerse referencia implícita a la cláusula de apertura. Por lo demás, la Comisión califica el contenido de sus Decisiones sobre el equilibrio de participación en los distintos comités como “un principio que ha de observarse”.

Cabe hacerse eco de los planteamientos de algunos autores en los que cuestionan que corresponda al TJCE realizar una valoración de principios, como la igualdad, de naturaleza constitucional²¹. En contra de estos planteamientos hay que recordar que nada ha impedido al TJCE pronunciarse sobre cuestiones relativas a los derechos humanos²². Concretamente, el Tribunal ha afirmado de forma reiterada el carácter de principio de la igualdad de trato - que exige que las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente a no se que exista una justificación objetiva y razonable²³ - y de la prohibición de discriminación por razón de sexo²⁴ como propios y verdaderos derechos fundamentales que debe garantizar. En este sentido, los pronunciamientos del TJCE no se alejan de la lectura que sobre el principio de igualdad y la no discriminación por razón de sexo ha realizado tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁵. Además, hay tener presente que, no sólo el TUE consagra el principio de que los derechos fundamentales deben protegerse, sino que, la Unión Europea

²¹ M. Rodríguez Piñero, “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”. *Relaciones laborales*, núm. 22, 23 de noviembre de 1995, p.12, dice literalmente “El problema es la dificultad de enfrentarse con temas materialmente constitucionales sin contar con los necesarios elementos de referencia y las técnicas de valoración e interpretación con las que cuenta el juez interno. Se confirma ... la insuficiencia de un ordenamiento como el comunitario “desconstitucionalizado”, que no permite hacer justicia constitucional en sentido propio ...”.

²² En su sentencia de 15 de junio de 1978 en el asunto 149/77, *Defrenne III*, el TJCE reconoció que la igualdad de trato constituye un derecho fundamental.

²³ Sentencias del TJCE, de 30 de septiembre de 1998, en los asuntos T 154/96, *Chvatal e.a. c. Tribunal*, para.126, 134-135; T- 13/97 *Losch c. Tribunal*, para. 113, 121 y 122; y T-164/97 *Busacca e.a c. Tribunal de Cuentas*, para. 49, 58 y 59; y Sentencia de 6 de julio de 1999 en el asunto T- 111 y 115/96, *Séché c. Comisión*, para. 127 y 132.

²⁴ Asuntos acumulados C-75/82 y 117/82, *Razzouk y Beydoun*, de 20 de marzo de 1984.

²⁵ A. García Inda, “Principio de Igualdad y no discriminación por razón de sexo: a propósito de la sentencia Anderson del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *La Ley*, 2000-9.

se ha dotado de una Carta de Derechos fundamentales, cuyo contenido, conjuntamente con el de la Convenio Europeo sobre los Derechos del Hombre, sirve de base para la interpretación del Derecho comunitario según ha señalado recientemente el Tribunal de Justicia de Primera Instancia (TJPI)²⁶.

No obstante, puede perfectamente considerarse que el planteamiento adoptado por el TJCE no responde a una “política” adecuada a la situación laboral de la mujer como colectivo. Si el objetivo es conseguir la equiparación entre los grupos, puede hacerse imprescindible adoptar políticas normativas que hagan prevalecer los intereses de este grupo sobre las circunstancias particulares. En este sentido se ha mantenido que el Tribunal debería, en primer lugar, haber señalado que los requisitos que deben cumplir las medidas de preferencia para poder ser conformes con el Derecho comunitario son exigibles *ex ante*, de manera que el recurso a una peligrosa “cláusula de apertura” se haría innecesario; y, a continuación, haber determinado el contenido de esos requisitos²⁷. Sin duda, esto hubiera supuesto una interpretación evidentemente “creativa”, y con independencia de la valoración jurídica que merezca, la labor interpretativa del TJCE depende en gran medida de la claridad con la que las normas expongan los objetivos que persiguen. Sobre todo cuando ponen en cuestión derechos fundamentales como la igualdad (tanto sustancial como formal).

B. LA NORMATIVA DE REFERENCIA

La norma básica²⁸ de referencia para analizar la compatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas adoptadas por los distintos Estados miembros no ha sido otra que la Directiva 76/207 del Consejo de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la

²⁶ Sentencia del TJPI en el asunto T-177/01, *Jégo-Quéré et Cie SA c. Comisión*, de 3 de mayo de 2002; para.47.

²⁷ E. Sierra Hernaiz, *op. cit.* pp.452-453.

²⁸ Otras normas relevantes, pero de inferior rango, son la Resolución del Consejo de 12 de junio de 1982 sobre promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer, *DOCE* (1982) C 182/3 (edición especial en español 05, vol. 3, p. 32); y la Recomendación 84/365 del Consejo relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer, *DOCE* (1984) L 331/34 (edición especial en español 05, vol. 5, p. 24).

promoción profesionales y a las condiciones de trabajo²⁹. El artículo 2 recoge en su primer número el principio de igualdad en el sentido de ausencia de toda discriminación por razón de sexo. Además, en su número 4 señala que la Directiva no impedirá la adopción de medidas destinadas 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 esta formulación del principio, la doctrina ha visto una clara inclinación hacia la *concepción formal de la igualdad* que ha sido la mantenida por el TJCE³⁰.

En principio, el TJCE podría haber adoptado una interpretación “más sustantiva” del artículo 2.4 de la Directiva. Opción interpretativa que aparentó adquirir mayor peso tras la adopción por el Consejo de la Recomendación 84/365 relativa a la promoción de las acciones positivas a favor de la mujer³¹. La Recomendación señala que las normas existentes sobre la igualdad de trato son insuficientes para eliminar la desigualdad de hecho, si, paralelamente, no se emprenden acciones para compensar los efectos perjudiciales que resultan de actitudes, comportamientos y estructuras de la sociedad. Refiriéndose concretamente al artículo 2.4 de la Directiva, la Recomendación sugirió a los Estados miembros que adoptaran políticas de acciones positivas que eliminen esos efectos perjudiciales y estimulen la participación de la mujer en los sectores en los que actualmente se encuentran infrarrepresentadas. Sin embargo, en ningún momento se mencionan expresamente las preferencias como medida de acción positiva, y, en pura lógica, la promulgación de la Recomendación no hizo variar el sentido de la jurisprudencia.

Por otra parte, sustituyendo al antiguo artículo 119 TCE, el Tratado de Amsterdam introdujo un nuevo párrafo en el actual artículo 141 cuyo tenor reza:

4. 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.*

²⁹ *Loc. cit.*

³⁰ P. Andrés Saenz de Santa María, *op. cit.* p.1.

Según la Declaración número 28 anexa al Acta Final del Tratado, el objetivo de esta disposición es “aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral”. La aproximación a la igualdad en esta formulación, en la que expresamente se hace referencia a “ofrecer ventajas”, es, tal y como reconoció el TJCE en el asunto *Abrahamsson*, definitivamente material³². Hasta la fecha, este ha sido el único caso en el TJCE ha tenido oportunidad de interpretar el alcance de la expresión³³. El Tribunal zanjó la cuestión en un sólo párrafo señalando:

“ ... basta con hacer constar que, aun cuando el artículo 141 CE apartado 4, con objeto de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, autoriza a los Estados miembros a mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales, *no puede deducirse de ello que esta disposición permita un método de selección* como el controvertido en el litigio principal, que, en todo caso, resulta *ser desproporcionado en relación con el objetivo perseguido*”³⁴.

Sobre la interpretación del artículo 141.4 TCE hay que responder en primer lugar si las preferencias, que evidentemente constituyen ventajas, entran dentro del conjunto de las “ventajas” (que, desde luego, exceden las preferencias) a las que se refiere el precepto. Tras la aparente respuesta afirmativa del Tribunal a esta primera cuestión, debe plantearse bajo qué condiciones son admisibles tales ventajas. Más allá de las valoraciones que merezcan las concretas afirmaciones vertidas en el asunto *Abrahamsson*, sobre esta cuestión el Tribunal se limita a hacer referencia a la aplicación del principio de proporcionalidad entre el objetivo perseguido y el método de selección del personal, sin realizar valoración alguna ni mencionar parámetros que sirvan para realizar la valoración. Sin embargo, y aunque no se trataba de diferencias de trato basadas en el sexo, el TJPI, tras recordar que el principio general de igualdad de trato exige que las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente *a menos que la diferencia esté objetivamente justificada*; y que en una materia en la que conlleva el ejercicio de un poder discrecional, *el principio es marginado*

³¹ Recomendación 84/365, *loc. cit.*

³² *Loc. cit.* para. 48.

³³ Sólo en este caso se observó la contrariedad de la legislación nacional de referencia, concretamente las normas suecas en materia de acceso a la función pública en calidad de personal docente universitario, era contraria a la Directiva. De ahí que fuese necesario entrar en el análisis del artículo 141.1 TCE.

³⁴ *loc. cit.* para. 55.

si se realiza una diferenciación arbitraria o manifiestamente inadecuada en atención al objetivo perseguido, ha entrado de lleno en la realización de estas valoraciones en algunos asuntos relativos al empleo³⁵.

La oportunidad de definir claramente los cambios político-normativos que se considerasen oportunos se presentó con la iniciativa de modificar la Directiva 76/207. Sin embargo, el proyecto de modificación³⁶, que hace numerosas referencias a la rica jurisprudencia del TJCE en materia de igualdad, se centra, básicamente, en introducir en el texto las definiciones de discriminación directa e indirecta por una parte, y la persecución del acoso sexual por otra, con el fin de mantener la coherencia con el resto de la normativa comunitaria en materia social y de acción positiva. En cuanto a las preferencias, el proyecto parece consolidar la línea de actuación existente pues se limita a incorporar la exigencia de la “cláusula de apertura”.

Si la política comunitaria sobre las preferencias hubiese alcanzado un mayor grado de claridad, concediendo cierta prevalencia de carácter transitorio a la igualdad entre grupos, lo razonable hubiese sido incorporar al proyecto de modificación de la Directiva las condiciones exigibles *ex ante* a este tipo de medidas. Sólo así quedaría suficientemente establecido que la igualdad material de referencia no habría de ser considerada “integralmente”, sino con especial atención al factor sexo. De este modo, la cláusula de apertura se haría innecesaria. En cuanto a las condiciones, sin cuestionar el respeto a los méritos, podría establecerse 1. qué porcentaje de infrarrepresentación tiene que existir para entender que la ausencia de mujeres es consecuencia de la discriminación social, como ya lo hace la propia Comisión en lo que respecta a los comités que constituye, y 2. indicarse un plazo de vigencia de la preferencia que, una vez concluido, permita valorar la necesidad de la renovación o la desaparición de la medida en atención a factores objetivos³⁷.

III. CONCLUSIÓN

³⁵ Asuntos *Chvantal, Losch, Busacca y Séché*, *loc. cit.*

³⁶ COM (2001) 321 final.

³⁷ E. Sierra Hernaiz, *op. cit.* p.452.

Bien puede decirse que, en la Comunidad Europea, tanto la política normativa como la jurisprudencial responden a la búsqueda de la igualdad material o efectiva con una perspectiva “integral” centrada en los individuos. De ahí que las “cláusulas de apertura” sigan constituyendo un requisito para la licitud comunitaria de la acción positiva preferencial de los distintos Estados miembros. Si la normativa no incorpora como objetivo explícito el establecimiento de *preferencias* en favor del colectivo de las mujeres, y, por lo tanto, tampoco señala las condiciones que éstas habrían de cumplir para satisfacer la defensa del principio de igualdad en el ámbito comunitario, no pueden esperarse cambios significativos en la jurisprudencia del TJCE en cuanto a la compatibilidad con el Derecho comunitario de las disposiciones nacionales que sienten preferencias en el acceso al empleo y la promoción profesional de las mujeres. Para cambiar la política comunitaria en la materia, habría que modificar ampliamente los términos del propio proyecto de modificación de la Directiva 76/207 para señalar, *a priori* y de forma clara, cuales son las exigencias que éste tipo de medidas deben satisfacer para ser compatibles con el Derecho comunitario. En otro caso, sólo cabrá esperar a que el TJCE se vea obligado a interpretar de forma más clara qué se entiende por “*ofrecer ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales*” en el artículo 141.4 TCE; y cómo opera el principio de proporcionalidad en este ámbito.

En todo caso, el enfrentamiento entre la concepción formal y sustancial de la igualdad puede resultar una discusión baldía, pues, en última instancia, ambos conceptos se identifican. Al fin y a la postre, la dimensión formal de cualquier concepto, ya sea éste el de igualdad o el de justicia, no es más que la formulación abstracta de su dimensión, “real”, efectiva o material.