

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2001

20 AÑOS DE NUESTRA SOCIEDAD



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascañán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2001

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 19
2 0 0 1

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de Valparaíso, Católica de Temuco, de Concepción, de Chile, de los Andes, Internacional SEK, del Mar, Diego Portales, de la República, y de Valparaíso.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de esta obra.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. S. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2001

20 AÑOS DE NUESTRA SOCIEDAD

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



- SINGER, Peter; *Ética práctica*, trad. de Marta I. Guastavino, primera edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.
- SMART, Brian; *Defining Civil Disobedience*, en *Inquiry*, 21, 1978.
- SORIANO, Ramón; *La desobediencia Civil*, PPU, Barcelona, 1991.
- SPITZ, David; *Democracy and the problem of Civil Disobedience*, en *American Political Science Review*, vol. 48, Nº 2, June, 1954.
- THOREAU, Henry David; *Del deber de desobediencia civil*, en *Walden seguido del...*, Trad. Carlos Sánchez-Rodrigo, Ed. del Costal S.A., tercera edición, Barcelona, 1983.
- VARIOS; *Civil Disobedience in America (CDA)*. A documentary history, Ed. by David R. Weber, Cornell University Press, Ithaca and London, 1978.
- WASSERSTROM, Richard; *The obligation to obey the law*, en *Essays in Legal Philosophy*, selected and edited by Robert S. Summers, Oxford, Basil Blackwell, 1970.
- , *Disobeying the law*, en *The Journal of Philosophy*, vol. LVIII, Nº 21, Oct. 12, 1961.
- WELLMAN, Carl; *Morales y éticas*, trad. de Jesús Rodríguez Marín, Tecnos, Madrid, 1982.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

JORGE BERMUDEZ SOTO *

1. *Planteamiento de la cuestión: el principio de igualdad en el Tratado de la Comunidad Europea*

Al firmarse, el 25 de marzo de 1957, el Tratado de Roma (en adelante TCE) constitutivo de la Comunidad Económica Europea, los objetivos que se tuvieron en vista, tal como señalaba su preámbulo, decían relación con la "unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos". Para ello se prevé la creación de un mercado común, el cual iría desarrollándose de modo progresivo y cuya culminación estaría en la, ya en marcha, unión monetaria. Dentro de dicho mercado existirá una unión aduanera, una libertad de circulación de los factores de producción (trabajadores, capitales, mercancías, servicios y establecimientos) y una protección de la libre competencia.

El Tratado de Roma a lo largo de sus más de cuarenta años de vigencia ha ido sufriendo múltiples transformaciones, siendo las más importantes las producidas a raíz del Acta Unica Europea de 1986

* Doctor en Derecho. Profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

y del Tratado de la Unión Europea de 1992 (en adelante TUE). Sin embargo, a pesar de estos importantes pasos que se han ido dando en el fortalecimiento de la "Unión", aún siguen pendientes temas tan importantes como el de la incorporación de un catálogo de derechos fundamentales a la llamada *Constitución Europea* (1). Dicha insuficiencia no ha sido obstáculo para que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) haya venido haciendo un reconocimiento jurisprudencial de principios y derechos fundamentales, sobre todo a partir de normas aisladas de los tratados constitutivos y del recurso a estos como "principios generales del Derecho Comunitario". Dichos principios son auténticas normas jurídicas del Derecho Comunitario europeo (2).

Dicho desarrollo también es predicable del *principio de igualdad*. En efecto, el principio de igualdad se encontraba consagrado en el texto original del Tratado de Roma, específicamente en su artículo 7, permaneciendo inalterado hasta la entrada en vigor del TUE, el cual cambia su numeración pasando a ser artículo 6 y modificando su párrafo 2, modificación que en nada afecta a los objetivos del pre-

1. Así, el informe presentado a inicios de 1996 por el llamado "Grupo de sabios" encargados de estudiar el tema por la Comisión, se pronuncia en favor de la necesidad impostergable de incorporar una "*Bill of Rights*" en los Tratados Constitutivos de la Comunidades Europeas.

2. Dámaso Ruiz Jarabo, "Técnica Jurídica de Protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Europea", Revista de Instituciones Europeas. N.º 1, año 1990, pág. 170 señala: "Ante la ausencia de reglas explícitas sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico comunitario, se hace necesario recurrir a esos principios generales del Derecho, que están implícitos en su contenido normativo". Y más adelante en la página 172 aclara: "Como son normas de contenido amplio, que afectan a ámbitos jurídicos distintos y que exigen una conducta determinada en circunstancias muy dispares y no siempre exactamente especificadas, requieren su precisión y concreción mediante la interpretación del órgano aplicador del Derecho, que es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La labor de la jurisprudencia es, pues, absolutamente esencial. En todo caso, y con independencia de que el procedimiento de obtención de los principios generales se base en el Derecho Internacional o en el análisis comparativo de los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, se trata de principios generales del Derecho Comunitario".

sente trabajo. El párrafo primero del actual artículo 6 señala expresamente que: "En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad".

El primer comentario que es posible formular dice relación con la consagración del principio de igualdad en el TCE. No contiene el TCE una declaración del principio de igualdad al modo, por ejemplo, del contenido en la Constitución española que en su artículo 1 señala como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado español a "*la igualdad*", o como reza la primera frase del artículo 14 "*Los españoles son iguales ante la ley*".

Consecuentemente, desde un punto de vista estrictamente formal, es posible afirmar que el TCE contempla el principio de igualdad sólo de un modo indirecto, a través de un corolario del principio de igualdad como lo es el derecho a no ser discriminado. Tal vez el artículo 6 pudo haber sido formulado de tal manera, que se comprendiera de un modo más claro, que la igualdad entre los ciudadanos de los Estados miembros es un principio que se reconoce en toda su extensión. No obstante, dicha tarea, como veremos, fue asumida por la jurisprudencia del TJCE.

El principio de igualdad, como principio destinado a ordenar preceptivamente en un determinado sentido las normas de una sociedad —que en este caso son las sociedades de los Estados miembros—, se despliega en una serie de subprincipios o principios de segundo orden cuya función consiste en la catalogación y eliminación de los rasgos distintivos entre los individuos, cuando tales rasgos son considerados como irrelevantes para establecer una diferenciación en el tratamiento normativo de las personas. En este sentido el profesor Laporta señala que la igualdad es "*de un modo inmediato, no discriminación, y no discriminación es simplemente la cancelación de diferencias como razones relevantes para la diferenciación normativa. Por ello es explicable que se tienda a identificar la igualdad, sobre todo, con la no discriminación, pues al efectuar una cancelación de rasgos de los seres humanos aumentan su grado de semejanza frente a la consecuencia normativa*" (3).

3. Francisco J. Laporta, "El principio de igualdad: Introducción a su análisis" en Revista Sistema, Número 67, julio de 1985, pág. 13.

El rasgo que es cancelado en virtud del artículo 6 TCE es el de la nacionalidad ⁽⁴⁾. En virtud del TCE los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea son iguales, o más precisamente, como ha señalado el TJCE la igualdad es un principio fundamental del Derecho Comunitario, que exige que frente a situaciones semejantes, los nacionales de distintos Estados miembros no sean tratados de un modo diferente, a menos que la diferencia esté objetivamente justificada.

En consecuencia, podemos afirmar que si bien el principio de igualdad es recogido de un modo más bien indirecto, o a través de un principio de segundo orden como el de no discriminación contenido en el artículo 6 TCE, ello no ha obstado a que por la vía jurisprudencial el TJCE lo reconozca como un principio fundamental del Derecho Comunitario que invade toda relación en que sea aplicable la normativa de dicho ordenamiento jurídico ⁽⁵⁾.

2. *Ámbito de aplicación del principio de igualdad*

El artículo 6 señala expresamente que la igualdad de trato entre los nacionales de los distintos Estados rige sólo dentro del ámbito de aplicación del TCE.

La interpretación que el TJCE ha dado a este respecto ha sido sumamente amplia, extendiendo el área de influencia del artículo 6 a ámbitos que están fuera de las competencias comunitarias propia-

4. Pero si el rasgo cancelado es la nacionalidad de los ciudadanos de un Estado miembro, hacía falta determinar quiénes detentan tal calidad. En tal sentido en la Conferencia Intergubernamental CIG '92 se adoptó una declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro en la cual se señaló que "cuando en el TCE se haga referencia a los nacionales de los estados miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate".

5. Así en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* de 17 de diciembre de 1970 asunto 120/67, el TJCE señaló que "el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el Tribunal... la protección de estos derechos, al inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser asegurada en el marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad"

mente dichas. Así por ejemplo en la Sentencia *Gravier* de 13 de febrero de 1985 (asunto 293/83) el Municipio de Lieja requirió el pago de un derecho de matriculación llamado "minerval" a la ciudadana francesa Françoise Gravier, para efectos de poder participar en el curso sobre técnica de historietas gráficas impartido por la Academie Royale des Beaux-Arts de dicha ciudad. Tal derecho no era exigido a los estudiantes de nacionalidad belga.

El TJCE enfrentado a la cuestión prejudicial ⁽⁶⁾ tuvo que responder, principalmente a dos cosas: —si el cobro del derecho era o no discriminatorio— y; —si tal discriminación estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación del Tratado—. Respecto de la primera cuestión, era evidente el trato desigual recibido por la Srta. Gravier, toda vez que la única razón para que se le exigiese el pago de las tasas era su calidad de extranjera en Bélgica. Mayor dificultad representaba la segunda cuestión, ya que la formación que deseaba recibir la recurrente no aparecía claramente dentro de las competencias comunitarias. En este punto el TJCE comienza reconociendo que la organización del sistema educativo público es una competencia estatal de la que no participan las instituciones comunitarias. Sin embargo, "el acceso y la participación en cursos de enseñanza y de aprendizaje no son ajenos al Derecho Comunitario, especialmente si se trata de formación profesional" (considerando 19). Siguiendo con ese razonamiento el TJCE en su considerando 23 señala que la "política común de formación profesional contemplada en el artículo 128 del Tratado ⁽⁷⁾ está realizándose progresivamente. Constituye, por otra parte, un elemento indispensable de las actividades de la Comunidad, cuyos objetivos comprenden, entre otros, la libre circulación de personas, la movilidad de la mano de obra y la mejora

6. En virtud de las cuestiones prejudiciales, que plantean los Tribunales de Justicia de los Estados miembros ante el TJCE, éste se pronunciará respecto de: la interpretación del TCE; la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y; la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

7. Disposición que en virtud de la modificación provocada por el TUE pasó a ser el actual artículo 126.

del nivel de vida de los trabajadores". De este modo, razona el Tribunal, "el acceso a la formación profesional puede favorecer la libre circulación de las personas en toda la Comunidad..." (considerando 24). Deduciendo de lo expuesto que las condiciones de acceso a la formación profesional quedan dentro del ámbito de aplicación del Tratado. Quedaba el último paso, que era ver si la enseñanza de la técnica de las historietas gráficas estaba o no comprendida en la formación profesional. Señala el TJCE que "toda modalidad de enseñanza que prepare para adquirir una capacitación para una profesión, oficio o empleo, está comprendida en la formación profesional..." (considerando 30). Por lo tanto, la técnica de las historietas gráficas, dada su finalidad, quedaba incluida dentro del ámbito del Tratado. Finalmente, el TJCE ordenó al Municipio de Lieja la matrícula de la srta. Gravier, sin el pago de las tasas requeridas ⁽⁸⁾.

Podemos afirmar aquí que el derecho que la srta. Gravier tenía, era un "derecho comparativo", es decir que debía ser apreciado con relación al derecho que detentaban otras personas, en este caso los ciudadanos belgas. Como señala Peter Westen los derechos comparativos caen dentro de dos subcategorías, los derechos antidiscriminatorios (que permiten la equiparación de situaciones entre dos grupos) y los demás derechos comparativos (que en ocasiones mejoran la situación de un grupo frente a otro ⁽⁹⁾). En este caso se trata de

8. Se debe destacar que el TJCE para llegar a la aplicación del artículo 6 entronca la política de formación profesional con la libre circulación de las personas dentro de la Comunidad, derecho que a la sazón había sido reconocido jurisprudencialmente por el Tribunal y que más tarde se plasmaría en el artículo 8.A TCE. De este modo, el cobro de una tasa de matriculación a los nacionales de otros Estados miembros hacía más difícil el ejercicio de dicho derecho, haciéndose imprescindible para el Tribunal proteger la vigencia real del mismo mediante la aplicación del principio de igualdad.

9. Para los derechos antidiscriminatorios Westen da el ejemplo del derecho de las mujeres a recibir el mismo salario por trabajos similares al de los hombres. Para los demás derechos comparativos, señala el caso del derecho que tienen a disfrutar de mayores beneficios en el empleo los veteranos de guerra, en relación a los no-veteranos. Peter Westen, *Speaking of Equality*, Princeton University Press, 1990, pág. 131 y ss.

la primera subclasificación, ya que en virtud del artículo 6 el TJCE equipara la situación de los nacionales de otros Estados miembros en relación con los ciudadanos belgas. Sin embargo, como veremos más adelante, no siempre una aplicación del artículo 6 TCE traerá como consecuencia una simple equiparación entre grupos, sino que en ocasiones caerá dentro de la segunda categoría de los demás derechos comparativos.

3. El efecto directo del artículo 6 TCE

En el Derecho Comunitario predicar de una norma su eficacia directa consiste en afirmar de ella su capacidad para crear derechos y obligaciones en el patrimonio jurídico de los particulares. Escapa al objeto del presente trabajo la fundamentación que de tal eficacia se ha hecho por parte del TJCE. Baste con señalar a este respecto que el Tribunal le ha atribuido al artículo 6 eficacia directa plena, tanto vertical, es decir, por el particular frente al Estado, como horizontal, esto es, que es susceptible de ser invocada en las relaciones entre particulares.

4. Límites a la aplicación del artículo 6: la discriminación inversa; las situaciones puramente internas

Bajo este acápite me referiré a las limitaciones que ha dado el TJCE a la aplicación del citado artículo 6 TCE y a las eventuales paradojas que tal limitación puede entrañar.

4.1. La discriminación inversa

Con esta expresión no se quiere aludir a las medidas destinadas a conseguir una mayor igualdad de grupos (en especial de las mujeres) que están en situación discriminada o de desigualdad de oportunidades, más adelante haré alusión a ese sentido de la expresión. Por el contrario, se refiere a la situación discriminada en que se pueden encontrar los nacionales de un Estado miembro, frente a la situación "privilegiada" de los nacionales de otro Estado, como consecuencia de la aplicación de las normas del Derecho comunitario, en especial del artículo 6. Es decir, aquellas medidas que discriminarán favorablemente a los nacionales de otros Estados miembros frente

a los nacionales de un Estado en particular, producto de la aplicación de normas de igualdad provenientes del Derecho Comunitario.

En efecto, la aplicación del Derecho Comunitario puede llevar, en no pocas ocasiones, a la paradoja de otorgar, frente a una misma situación, un trato más favorable a los nacionales de otro Estado miembro respecto de los nacionales del Estado de origen. No es necesario recurrir a casos de "laboratorio", para apreciar esta situación. Imaginemos por ejemplo una situación factible en España, en virtud de una ley autonómica se puede permitir que las autoridades de la Comunidad Autónoma establezcan como uno de los requisitos para el acceso a la función pública el conocimiento de la lengua oficial de la Comunidad Autónoma ⁽¹⁰⁾. Un español que no conoce tal lengua, no tendrá acceso al cargo, sin embargo, un nacional de otro Estado miembro, invocando el artículo 6 del TCE en relación con el artículo 3.1. de la Constitución española (que reconoce como lengua oficial del Estado al castellano), podría exonerarse de tal requisito. En efecto, el principio de autonomía institucional, permite a los Estados miembros de la Unión Europea organizarse internamente de un modo independiente, es una competencia estatal en la que no entra el Derecho Comunitario ⁽¹¹⁾. Por tanto, si el idioma oficial del "Estado" es el castellano, constituiría un requisito discriminatorio de los nacionales de otros Estados miembros la exigencia adicional de conocer la lengua oficial de la Comunidad Autónoma. Por el contrario, y he aquí la paradoja, al tratarse de una situación pura-

10. Por ejemplo, la ley de la Función Pública Vasca 6/1989 otorga, en su artículo 25.2, un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades autonómicas encargadas de la selección de los funcionarios públicos, en cuanto éstas mientras cuiden que exista una adecuación entre el tipo de pruebas a realizar y el contenido de las funciones a desempeñar podrán incluir las pruebas de conocimientos, teóricos o prácticos, generales o específicos que consideren adecuados, y entre ellos el conocimiento del Euskera.

11. El TJCE señaló en su sentencia de 25 de mayo de 1982 (Comisión con Países Bajos, asuntos 96/81 y 97/81), en relación con el principio de autonomía institucional, que "todo Estado miembro es libre para distribuir, como considere oportuno, las competencias internas y de ejecutar una directiva por medio de disposiciones de las autoridades locales o regionales".

mente interna, dicho requisito adicional sí es posible de ser exigido a los demás nacionales del Estado miembro.

Una situación aparentemente similar ya ha sido planteada ante el TJCE. En el asunto Groener de 28 de noviembre de 1989, C-379/87, se plantea una cuestión prejudicial a raíz de la demanda principal interpuesta por la ciudadana neerlandesa Anita Groener en contra del Ministro de Educación Irlandés y el City of Dublin Vocational Education Comitee (CDVEC). Dicho litigio tuvo su origen en la resolución denegatoria del Ministro en relación con el nombramiento de la sra. Groener como profesora permanente de arte a tiempo completo en el CDVEC, tras haber reprobado la interesada, la prueba destinada a evaluar sus conocimientos de la lengua irlandesa. El Tribunal interpreta el artículo 3 del Reglamento CEE 1612/68 del Consejo, que establece que "no serán aplicables las disposiciones nacionales o las prácticas administrativas de un Estado miembro que, aún siendo aplicables sin excepción de nacionalidad, tengan por finalidad o efecto exclusivo o principal, eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo". No obstante lo cual, la misma disposición señala que atendida "la naturaleza del empleo a cubrir", la exigencia lingüística puede quedar justificada. Para tal efecto, debe pronunciarse el Tribunal respecto de la compatibilidad de disposiciones nacionales que subordinan el empleo en un puesto determinado de un Estado miembro a la condición de que el candidato posea un conocimiento adecuado de una de las dos lenguas oficiales de dicho Estado, lengua que los nacionales de otros Estados miembros no conocen normalmente y que tendrían que aprender con el único fin de conformarse a dicha condición.

El Tribunal en su razonamiento da los siguientes pasos: a) La exigencia de conocer la lengua irlandesa es una exigencia que se aplica indistintamente a los propios nacionales como a los comunitarios. b) Para determinar la procedencia o no de la exigencia lingüística es necesario determinar si el empleo permanente de profesor de arte en centros públicos, es de naturaleza tal que la justifique. c) Atendiendo que es una política oficial del gobierno irlandés la promoción de la lengua nacional, un empleo de profesor permanente de arte a tiempo completo de un centro público es un empleo cuya naturaleza

puede justificar la exigencia de conocimientos lingüísticos. d) Tal exigencia debe ponerse en práctica respetando los principios de proporcionalidad y no discriminación.

Evidentemente el TJCE deja abierta la posibilidad de hacer aplicable a los nacionales de otros Estados miembros la exigencia lingüística. Sin embargo, es muy clara la restricción, por una parte tal exigencia sólo será procedente cuando la "naturaleza del empleo" lo justifique, en el caso de un profesor ello es fácilmente apreciable. Y por otra, el TJCE deja muy en claro que el principio que rige es el de la no discriminación y la exigencia lingüística es una excepción que debe ser aplicada estricta y "proporcionalmente".

Volviendo a Westen ⁽¹²⁾ en este caso la aplicación del artículo 6 traerá como consecuencia, no la atribución de un derecho a no ser discriminado, ya que precisamente la discriminación se produciría si se diera exactamente el mismo tratamiento a los nacionales de los otros Estados miembros respecto de los del Estado de origen. Sino de un derecho a no ser objeto de la aplicación del mismo estatuto que los nacionales del Estado de origen, precisamente por el hecho de no ser nacional de ese Estado miembro. De este modo el derecho comparativo se dará —como no— en relación a los nacionales de un Estado miembro, respecto de los cuales se tendrá una situación mejorada.

4.2. *Las situaciones puramente internas*

Aquellas situaciones que no tienen vinculación alguna con el ordenamiento jurídico comunitario quedan fuera de la protección otorgada por el artículo 6 TCE y por aquellas disposiciones que constituyen una aplicación particular de él. En efecto, existen situaciones puramente nacionales que carecen de algún elemento de conexión con el ordenamiento jurídico comunitario y que por tanto quedan fuera del manto protector del mismo. En el mismo ejemplo anterior, el nacional del Estado de origen, tendrá una situación desmejorada, respecto del extranjero comunitario, ya que tendrá que cumplir requisitos de acceso que a este último no le empecen. Sin em-

12. Peter Westen, op. cit., págs. 131 y ss.

bargo, dicha situación se justifica toda vez que carece del elemento de Derecho Comunitario que le permitiría invocar el artículo 6 TCE.

En este mismo sentido se ha pronunciado el TJCE, el cual, por ejemplo, en su sentencia de 19 de marzo de 1992 (asunto *Moraís C-60/91*) responde a una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal portugués, que principalmente se refería a si las disposiciones del TCE podían ser aplicadas a los posibles obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y mercancías que ocurran en relación con los ciudadanos de un solo país y dentro de su ámbito geográfico. El TJCE recuerda al órgano remitente que "según reiterada jurisprudencia, las normas del Tratado en materia de libre circulación de personas y de libre prestación de servicios no son aplicables a aquellas actividades en las que todos los elementos se circunscriben al interior de un único Estado miembro" (considerando 7) ⁽¹³⁾.

Evidentemente en estos casos al particular sólo le quedarán las vías de protección ofrecidas por el ordenamiento nacional.

Sin embargo, en otros casos el propio TJCE ha vislumbrado un elemento de Derecho Comunitario en situaciones que aparentemente son completamente internas.

Así en la sentencia de 17 de mayo de 1994 (asunto *Córscica Ferries contra Italia C-18/93*) una empresa de transporte marítimo italiana, que realizaba un servicio entre Génova y Córcega, solicita el reembolso de una parte de las tarifas del servicio de "práctico" que pagó en el puerto de Génova, las cuales eran superiores a las que pagaban las empresas que realizaban el servicio de cabotaje. Como se puede apreciar, el hecho que las tarifas de práctico para las empresas de cabotaje fuera inferior al de las que realizaban servicios

13. Los hechos de este asunto decían relación con un proceso penal seguido en contra del Sr. José Antonio Batista *Moraís*, profesor de una autoescuela establecida en Lisboa, acusado de haber dado clases de conducción de automóviles en una autopista situada en el término de un municipio limítrofe de Lisboa. La legislación portuguesa tipifica como infracción penal el hecho de dar clases de conducción fuera del término del municipio en el que la autoescuela esté establecida. Era tan evidente la falta de vinculación con el Derecho Comunitario que el TJCE ni siquiera se molestó en contestar a todas las preguntas que contenía el libelo de la cuestión prejudicial.

internacionales, era constitutivo de un trato desigualitario, ya que en ambos casos el servicio contratado era el mismo.

El problema que quedaba por resolver era el de la vinculación con el Derecho Comunitario. El Gobierno italiano estimaba, no sin razones, que se trataba de una situación puramente interna, ya que se trataba de una empresa italiana, que recurría en contra de una autoridad de su nacionalidad, por un servicio que se había prestado precisamente en Italia. Para zanjar la cuestión el TJCE hace una interpretación doble del artículo 59 del TCE que establece la libre prestación de servicios, o más precisamente el principio de igualdad de trato entre los nacionales de distintos Estados miembros en materia de servicios. En efecto, por una parte estima que Córscica Ferries es destinataria del servicio que prestan los prácticos en el puerto de Génova. Sin embargo, ello no solucionaba el problema ya que seguía siendo una cuestión netamente interna del Estado italiano respecto de una empresa italiana. Pero a su vez, la empresa era prestataria de servicios de transporte marítimo internacional, y tal diferencia de tarifas repercutía en el coste del servicio y podía perjudicarla frente a otros operadores económicos. Por tal razón, señala el TJCE que "la libre prestación de servicios de transporte marítimo entre Estados miembros y, en particular el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, puede ser invocado por una empresa con respecto al Estado en que esté establecida, siempre que los servicios se presten a destinatarios establecidos en otro Estado miembro" (considerando 30).

En virtud de esta segunda interpretación el TJCE estimaba que el objeto del litigio supera el ámbito puramente interno, desestimando la alegación del Gobierno italiano.

En el fondo, lo que indirectamente hace el TJCE es proteger el derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad de los ciudadanos de otros Estados miembros destinatarios de los servicios de Córscica Ferries, ya que la única razón que existía para la divergencia de tarifas del servicio de práctico radicaba en el elemento nacional o internacional del servicio que prestaba la empresa. Asimismo, a través de esta segunda interpretación el TJCE logra superar el escollo insalvable que representaba para la aplicación del Derecho Comunitario, el hecho de que se tratase de una situación puramente interna y que como tal quedaba fuera de su competencia.

5. Las aplicaciones del principio de igualdad en el Tratado de Roma

Ya hemos anticipado que dentro del articulado del TCE existen manifestaciones particularizadas del principio de igualdad —en su vertiente de no discriminación por razón de nacionalidad—, las cuales han sido desarrolladas bajo la forma de libertades básicas del mercado común europeo. A continuación me referiré brevemente a cada una de ellas:

5.1. La libre circulación de los trabajadores

El apartado 1 del artículo 48 establece el derecho a la libre circulación de los trabajadores de la Comunidad. Por su parte el apartado 2 señala expresamente que "*La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo*". Se ha declarado que tal disposición impone a los Estados miembros una obligación concreta que no necesita ningún acto posterior ya de las instituciones de la Comunidad, ya de los órganos legislativos de los Estados miembros y que no deja a estos últimos, en su ejecución, ninguna facultad de apreciación⁽¹⁴⁾. Del mismo modo, el TJCE ha dado el carácter de derecho fundamental a esta libertad⁽¹⁵⁾.

Con relación a esta libertad, se debe señalar que el TJCE ha señalado que este precepto no sólo obliga a los Estados miembros, sino que también resulta aplicable a las reglamentaciones de otra naturaleza que regulen de forma colectiva el trabajo asalariado y las prestaciones de servicios (sentencia de 12 de diciembre de 1974, asunto Walrave, 36/74). Asimismo, ha interpretado ampliamente la expresión "las demás condiciones del trabajo", incluyendo en ella

14. Cfr. Sentencia Van Duyn, de 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74.

15. Sentencia Sotgiu, de 12 de febrero de 1974, asunto 152/73.

las becas y ayudas al estudio, indemnizaciones, ayudas para la adquisición de una vivienda, ayudas por hijos, etc. ⁽¹⁶⁾.

5.2. El derecho de establecimiento

En este caso el artículo 52 TCE en su párrafo primero señala que las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en otro Estado miembro serán suprimidas. Por su parte, el párrafo segundo establece expresamente que esta libertad se ejercerá "en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales...".

Del tenor literal de la citada disposición se desprende que el legislador comunitario ha equiparado, en materia de derecho de establecimiento, a los nacionales de los diversos Estados miembros. En virtud de tal precepto la libertad de establecimiento trae consigo que el acceso y ejercicio de actividades económicas no asalariadas se haga en las condiciones definidas para los propios nacionales por la legislación del país de establecimiento. De este modo, en ausencia de normas comunitarias específicas sobre la materia, en principio cada Estado conserva la libertad para regular el acceso y ejercicio de tal actividad en su territorio ⁽¹⁷⁾.

En otro orden de cosas, el TJCE haciendo una interpretación finalista del artículo 48, ha estimado que son discriminatorias medidas que si bien se aplican igualmente a nacionales y extranjeros,

16. Es pertinente traer a colación a este respecto la gran repercusión que ha tenido la sentencia de fecha 15 de diciembre de 1995, asunto Bosman C-415/93. En dicho fallo el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la compatibilidad con el Derecho Comunitario de los reglamentos de las federaciones de fútbol. Los aspectos más relevantes del fallo son los siguientes: a) El TJCE reitera que la práctica del deporte, en cuanto actividad económica, está regulada por el Derecho Comunitario. b) El artículo 48 no sólo obliga a los Estados miembros, sino también a las reglamentaciones privadas que afecten al trabajo por cuenta ajena. c) Las cláusulas que limitan el número de jugadores nacionales de otros Estados miembros constituyen limitaciones contrarias al artículo 48, en cuanto son discriminatorias por razón de nacionalidad. Siendo indiferente que la limitación únicamente afecte a la posibilidad de hacerlos participar en partidos oficiales y no a su contratación.

17. Cfr. Sentencia Gullung de 11 de enero de 1988, asunto 292/86.

constituyen un mayor gravamen para los extranjeros y que por lo tanto hacen materialmente imposible el ejercicio del derecho de establecimiento. Así por ejemplo en la sentencia de 12 de junio de 1984, asunto Klopp, el TJCE se pronunció respecto de una normativa francesa que exigía que los abogados fijaran un solo domicilio profesional dentro de la jurisdicción en la que iban a ejercer su profesión. Tal exigencia era aplicable a nacionales y extranjeros indistintamente, por lo que en principio podría parecer que no se trataba de una situación de discriminación. El Sr. Klopp, un abogado alemán con domicilio en Düsseldorf, deseaba abrir un despacho profesional en Francia. Con la aplicación de la normativa francesa, debía renunciar a su colegiación en Alemania. Formalmente, la norma francesa no era discriminatoria ya que se aplicaba por igual a nacionales y extranjeros, sin embargo, ocasionaba que un extranjero no pudiera hacer uso efectivo de su derecho de establecimiento. Frente a ello el TJCE señaló la incompatibilidad de la disposición con el artículo 52 del Tratado. En este caso nos encontramos frente a una situación de discriminación inversa en el sentido señalado en el numeral 4.1., toda vez que lo que en definitiva se logra es que no se aplique el estatuto jurídico nacional a un ciudadano de otro Estado miembro, mejorando su situación jurídica (al hacerla menos gravosa) respecto de los nacionales de ese Estado.

5.3. La libre prestación de servicios

El artículo 59 TCE señala que "las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas... para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación". Por su parte el artículo 60.3 TCE señala que el prestador del servicio podrá llevar a cabo la prestación "en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales". Consecuentemente, dicha norma no es sino una manifestación del principio en estudio. Nuevamente aquí el TJCE hace una interpretación teleológica del precepto, señalando que la citada disposición tiene por objeto que el "prestador del servicio ejerza su actividad en el Estado miembro destinatario de la prestación sin discriminación respecto de los nacionales de dicho Estado... ello no supone, sin em-

bargo, que toda la legislación nacional aplicable a los nacionales de este Estado y que regula normalmente una actividad permanente de las empresas establecidas en el mismo pueda ser aplicada en su integridad de la misma forma a las actividades de carácter temporal, realizadas por empresas establecidas en otros Estados miembros" (sentencia de 12 de diciembre de 1981, asunto Webb 279/80) ⁽¹⁸⁾. En efecto, al igual que en materia de derecho de establecimiento, la aplicación "indiscriminada" de toda la normativa de un Estado a un prestador de servicios extranjero puede traer como consecuencia que este derecho se vuelva inoperante ⁽¹⁹⁾.

5.4. Libre circulación de capitales

En relación con esta libertad se deben tener en cuenta los artículos 73B.1 que establece la libre circulación de capitales entre Estados miembros y entre estos y terceros Estados y 73D.3 que proscribe todas aquellas medidas que constituyan una discriminación arbitraria en el ejercicio de esta libertad.

5.5. Conclusión

En definitiva, del análisis de las libertades del mercado común europeo puede colegirse en primer término que estas constituyen una aplicación del subprincipio de no discriminación, tendiendo a obtener la igualdad de trato entre nacionales y ciudadanos de otros Estados miembros, siempre que tal equiparación no vuelva inoperante la libertad de que se trate. En tal sentido cobra valor el concepto de "discriminación inversa" en el sentido señalado en el numeral 4.1.,

18. Sentencia citada en "Derecho Comunitario Europeo". Tratados y otros textos anotados. Javier Díez-Hochleitner y Carmen Martínez Cepdevila. MacGraw-Hill, Madrid 1996, pág. 71.

19. En tal sentido se pronuncia la Sentencia Van Binsbergen de 3 de diciembre de 1974, causa 33/74.

toda vez que una igualación total entre ciudadanos europeos supondrá en muchos casos la inoperancia de las libertades del mercado común europeo, pilares sobre los que se levanta el ordenamiento comunitario. Sin embargo, esta falta de "igualación", o más bien, esta no cancelación del elemento de nacionalidad, provoca una situación jurídica mejorada del ciudadano comunitario respecto del nacional del Estado miembro, lo cual constituye una paradoja aparente. En efecto, a lo que aquí nos enfrentamos es a un mandato de tratamiento desigual, perfectamente posible y necesario para una real vigencia del principio de igualdad. Y ello porque existen razones plausibles para estimar que un nacional de un Estado miembro no es igual a un ciudadano comunitario, circunstancia que en sí misma puede justificar el tratamiento diferenciado.

6. La igualdad entre mujeres y hombres

Previamente debemos aclarar que nos encontramos fuera de la aplicación del artículo 6, en este caso se trata de una manifestación específica del principio de igualdad —principio general del Derecho Comunitario— en el cual el rasgo que se "cancela" es el del sexo. Aquí no importa la nacionalidad de los afectados, siempre que sean ciudadanos comunitarios.

En esta materia la única norma del TCE que se ocupa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres es el artículo 119, el cual establece el principio de igualdad de retribuciones entre ambos sexos para un mismo trabajo.

A pesar de lo específica de la aplicación del principio de igualdad de trato entre sexos, ello no ha sido impedimento para que el Consejo de las Comunidades Europeas en su calidad de legislador comunitario dictara una serie de Directivas que han ampliado hacia otros ámbitos la aplicación de dicho principio. Así tenemos las siguientes Directivas:

— Directiva 75/117/CEE sobre aproximación de legislaciones en relación con la igualdad en materia de retribuciones. Esta Directiva simplemente desarrolla la norma del Tratado.

— Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere

al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo ⁽²⁰⁾.

— Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en materia de seguridad social.

— Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de hombres y mujeres.

— Directiva 86/613/CEE relativa a 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.

— Directiva 92/85/CEE 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.

Por su parte, el TJCE, en aplicación del artículo 119 TCE y de las Directivas precedentemente enumeradas, a dado lugar a una frondosa jurisprudencia en los distintos aspectos en que se ha diversificado el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. Asimismo, como ya hemos señalado, el TJCE ha afirmado que el respeto a los derechos fundamentales de la persona forma parte de los principios generales del Derecho Comunitario, cuyo respeto debe ser, a su vez, garantizado por el Tribunal. En este sentido la eliminación de toda discriminación basada en el sexo forma parte, sin duda, de dichos derechos fundamentales ⁽²¹⁾.

A pesar de la diversidad de ámbitos en que se ha manifestado el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el Derecho Comunitario, para efectos de este trabajo creo que en el as-

20. Nótese que el TCE en ninguna de sus normas hace referencia expresa a la materia que se regula por la Directiva, por lo que el Consejo, al carecer de la competencia específica para su dictación, debe recurrir a la base jurídica que le otorgaba el artículo 235 relativo a las llamadas competencias implícitas.

21. Cfr. Sentencia Defrenne III de 15 de junio de 1978, asunto 149/77.

pecto en que más interesante resulta el análisis de dicha jurisprudencia, es en el de la igualdad de trato en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo. A ella me referiré brevemente.

6.1. *La jurisprudencia del TJCE en materia de igualdad de trato en el acceso al empleo*

El TJCE al aplicar el 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 de profesionales y a las condiciones profesionales, lo hará en ejecución de la Directiva del Consejo 76/207/CEE que a dicho tema se refiere. En todo caso, las normas más relevantes para efectos del presente análisis, y que más juego han dado a la jurisprudencia del TJCE, son las contenidas en el artículo 1 que se refiere al ámbito de aplicación de la Directiva y el artículo 2, que textualmente dice:

“1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

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

3. La presente Directiva no obstará a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

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

En primer término debemos señalar los múltiples pronunciamientos del TJCE en razón de la errónea transposición a los ordenamientos nacionales de la Directiva 76/207. Ello porque la Directi-

va, en cuanto instrumento normativo de las Comunidades Europeas, entrega a los Estados miembros libertad en la forma de alcanzar los fines por ella previstos (artículo 189 TCE), y se refiere a una materia en la cual muchos de los Estados miembros ya tenían legislación al respecto ⁽²²⁾.

Sin embargo, es con relación al citado artículo 2 donde el TJCE ha fijado, principalmente, su doctrina. Doctrina que no siempre se ha mostrado muy audaz a la hora de aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

6.1.1. *Excepción basada en la naturaleza y/o condiciones de ejercicio de la actividad profesional (prevista en el apartado 2 del artículo 2)*

— *Caso Johnston*: En los hechos que dan lugar a la sentencia Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary de 15 de mayo de 1986 asunto 222/84, la sra. Johnston, que hasta 1980 se había desempeñado como policía, alega que al no haberse renovado su contrato de trabajo y al no facilitársele el adiestramiento en el manejo de armas de fuego, había sido discriminada ilícitamente en razón del sexo.

El Chief Constable alegó por su parte que tal negativa se basaba en la salvaguarda de la seguridad del Estado y la protección de la seguridad y el orden públicos, atendidos los múltiples atentados que se venían sucediendo en la región del Ulster.

El TJCE señala que las discriminaciones por razón de sexo, llevadas a cabo para proteger la seguridad pública deben ser analizadas a la luz de las excepciones al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que contiene la citada Directiva 76/207. En segundo término señala que el apartado 2 artículo 2 de la Directiva se debe interpretar en el sentido de que un Estado miembro, al

22. Así por ejemplo en las Sentencias Comisión contra República Italiana (asunto 163/82 de 26.10.83), Comisión contra Reino Unido (asunto 165/82 de 8.11.83), Comisión contra República Francesa (asunto 318/86 de 30.6.88) etc. En todas ellas, el TJCE se ha pronunciado respecto de la forma en que los Estados miembros denunciados han realizado la transposición al Derecho interno de la Directiva comunitaria.

apreciar si el sexo constituye una condición determinante para la actividad profesional de policía en razón de las condiciones de ejercicio de dicha actividad profesional, puede tener en cuenta la exigencia de protección de la seguridad pública para reservar las tareas generales de policía, en una situación interna caracterizada por frecuentes atentados, a hombres equipados con armas de fuego.

En el fondo lo que dice el TJCE es que la actividad de policía en cuanto tal no puede catalogarse como una profesión que pueda ser excluida del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato, es decir, de aquellas en las cuales el sexo sea una condición determinante para fundar un trato distinto. Sin embargo, frente a determinadas circunstancias, como las de los frecuentes atentados en el Ulster, pueden justificar la exclusión de las mujeres de la actividad de policía.

Brevemente puedo señalar que me parece que así como el Tribunal considera las condiciones especiales a que se enfrentaba el ejercicio de la profesión para aceptar la discriminación, pudo haber considerado las condiciones personales de la recurrente, ya que se trataba de una mujer policía que hasta la fecha se había desempeñado en buena forma en el Ulster. Asimismo, se percibe en el razonamiento del Tribunal que se parte del supuesto de una eventual inferioridad física o de mayor debilidad de las mujeres respecto de los hombres. De ser así, cuestión que es de suyo discutible, cabría preguntarse si tal elemento de distinción es relevante a la hora de seleccionar o dar capacitación a policías que trabajarán "armados" y que evidentemente frente a una situación de riesgo no actuarán usando su propia fuerza física.

— *Caso Comisión contra República Francesa de 30 de junio de 1988, asunto 318/86*: en este caso la Comisión recurre en contra de Francia ex artículo 169 TCE, al no adoptar la República Francesa todas las medidas necesarias para la debida transposición de la Directiva 76/207. La Comisión cuestiona la adaptación al Derecho Comunitario de ciertas normas francesas que prevén un sistema de selección de funcionarios de los cuerpos de vigilantes encargados de dirigir cárceles y de los cuerpos de policía nacional, en virtud del cual se reservaba un porcentaje de puestos que se atribuirían respectivamente a los hombres y a las mujeres.

En relación con los jefes vigilantes de cárceles, el TJCE señala que un sistema de promoción distinta de los candidatos masculinos y femeninos se encuentra justificada en razón de la excepción prevista en el apartado 2 artículo 2 de la Directiva, a pesar de que en ocasiones el ejercicio de actividades en el grado superior del cuerpo de vigilancia no sean de una naturaleza tal como para que el sexo constituya una condición determinante. En relación con los cuerpos de policía el Tribunal señala que existen ciertas tareas que sólo pueden ser ejercidas, según los casos, por agentes masculinos o femeninos. Sin embargo, el TJCE señala que el sistema de fijación de cuotas anticipada no viene definido por ningún tipo de criterio objetivo recogido por un texto legislativo o reglamentario nacional y que por lo tanto carece de la suficiente transparencia. Por otra parte tal sistema no permite verificar si los porcentajes de las distintas selecciones adoptadas corresponden en modo efectivo a las actividades específicas para las cuales el sexo constituye una condición determinante.

El comentario que de este último razonamiento se desprende es que para el TJCE el sistema de cuotas previsto para la selección de candidatos en sí mismo no es reprochable, sino que lo reprochable es la forma en que éste se había estructurado por la República Francesa. Ello porque las críticas del Tribunal apuntan más bien a la transparencia del sistema y a la imposibilidad de control, pero no a la asignación de cuotas como tal.

6.1.2. *Excepción basada en disposiciones relativas a la protección de la mujer (prevista en el apartado 3 del artículo 2)*

— *Caso Johnston*: en la ya citada sentencia —*Johnston* contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary de 15 de mayo de 1986 asunto 222/84 señala el Tribunal que “no parece que los riesgos y peligros a los que están expuestas las mujeres en el ejercicio de las funciones de policía en una situación como la de Irlanda del Norte sean diferentes a aquéllos a que están igualmente expuestos los hombres en el ejercicio de esas mismas funciones” y que las diferencias de trato que permite el apartado 3 del artículo 2 por razón de protección a la mujer no incluye los riesgos y peligros a que está expuesto cualquier policía armado y que no afectan de una manera

específica a las mujeres en cuanto tales. Consecuentemente, el Tribunal hace una interpretación restrictiva de la excepción del apartado 3 artículo 2, a pesar de lo cual, como se ha dicho, las razones de seguridad pública admitirían una discriminación en el trato a las mujeres policías.

— *Caso Stoeckel*: sentencia de 25 de julio de 1991, asunto 345/89. En este caso el Ministerio fiscal francés había ejercido una acción penal en contra de Alfred Stoeckel, por violación de la legislación que prohibía el trabajo nocturno de las mujeres. Se resuelve en este caso que el deseo de protección que inspiró la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres ya no tiene razón de ser, y tampoco puede ser amparado en razón de riesgos que no son específicos de las mujeres. Por lo tanto, una prohibición del trabajo nocturno de las mujeres no puede ser incluida dentro de las excepciones protectoras de la mujer que contempla el apartado 3 artículo 2 de la Directiva 76/207. Nuevamente aquí el Tribunal hace una interpretación restrictiva de la citada excepción ⁽²³⁾.

6.1.3. *Excepciones basadas en medidas de contenido positivo destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (prevista en el apartado 4 artículo 2)*

A diferencia de las situaciones analizadas precedentemente, el apartado 4 artículo 2 establece una verdadera válvula de escape a los Estados miembros en el sentido de permitir la adopción de medidas concretas y positivas destinadas a corregir las desigualdades de hecho que se producen entre hombres y mujeres en los ámbitos a que se refiere la Directiva 76/207. Antes de analizar la escasa jurisprudencia que sobre esta disposición existe, conviene analizar brevemente su contenido.

a. *La igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*: una oportunidad es una relación que cuenta con tres elementos: agentes, es decir los sujetos a quienes las oportunidades pertenecen;

23. Debe señalarse que el TJCE va más allá en este asunto, ya que señala que en virtud del artículo 5 de la Directiva 76/207 a los Estados les está vedado prohibir el trabajo nocturno de las mujeres, razonamiento que se ve confirmado, más tarde, en el caso *Levy* de 2 de agosto de 1993 asunto C-158/91.

finés, los objetivos hacia los cuales la oportunidad está dirigida y; obstáculos, que en el elemento que conecta a agentes y fines ⁽²⁴⁾. En el caso de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones profesionales, puede ser aplicado el esquema citado, así tenemos que:

— agentes: serán hombres y mujeres que potencialmente puedan convertirse en trabajadores asalariados.

— fines: los de acceder a un empleo, o a una formación o promoción profesionales.

— obstáculos: los que de hecho puedan producirse discriminando a la mujer por razón de sexo ⁽²⁵⁾.

La Directiva 76/207 tiene por objeto la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito del acceso al empleo, formación o promoción profesionales, tal es el principio fundamental (artículo 2 apartado 1). Con lo cual, cualquier obstáculo legal específico que discrimine a una persona en razón del sexo debería quedar prohibido.

En tal sentido, y como corolario del principio fundamental, la igualdad de oportunidades debería estar garantizada. Sin embargo, el propio legislador comunitario es consciente de que si bien se han suprimido las barreras legales que producían la discriminación en razón del sexo y que por tanto, llevaban a una desigualdad de oportunidades, era necesario reconocer a los Estados la posibilidad de tomar medidas para corregir las desigualdades que de hecho en

24. Al respecto señala Westen que tener una oportunidad no significa que los fines necesariamente van a ser alcanzados, ya que no se puede asegurar que los obstáculos en el camino hacia el fin elegido puedan ser superados. Una oportunidad requiere como mínimo una "chance" de alcanzar el fin, lo cual significa que no se tenga un obstáculo explícito e insalvable en el camino. Peter Westen op. cit., pág. 163 y ss.

25. El fundamento fáctico se encuentra en que incluso en situaciones de igualdad de capacitación existe una tendencia a preferir a los candidatos masculinos en perjuicio de las candidatas femeninas, sea por prejuicios muy arraigados respecto de los roles de la mujer, sea por el temor a que por las obligaciones en el hogar o producto de la maternidad provoquen que la mujer tenga una jornada laboral menos flexible o interrumpida, etc.

sus sociedades afectaban a las oportunidades de las mujeres. Tal es la razón de ser de la citada norma del artículo 2 párrafo 4 de la Directiva 76/207. Es decir, se faculta a los Estados miembros para que tomen medidas orientadas a evitar las desigualdades de oportunidades que de hecho se producen en contra de las mujeres. Medidas que deben remover los obstáculos fácticos específicos, que afectan a las mujeres para alcanzar fines tales como el acceso a un empleo, a la formación o promoción profesionales en igualdad de oportunidades. Dichas medidas, son las llamadas medidas positivas o de discriminación inversa o positiva ⁽²⁶⁾.

— *Caso Kalanke de 17 de octubre de 1995 asunto C-450/93*

En este proceso, el Bundesarbeitsgericht Bremen (Tribunal del Trabajo del Land de Bremen), solicita, mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE, "*se dilucide si los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de igual capacitación de los candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trata y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama*" (considerando 13).

En primer término el Tribunal afirma cual es el principio general aplicable al caso, y es evidentemente la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso y promoción del empleo. Tal principio prohíbe toda discriminación por razón de sexo (considerando 15).

Como consecuencia de lo anterior el TJCE señala que "*una norma nacional que establece que en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan auto-*

26. Un interesante trabajo sobre este punto en: María Angeles Barrere Unzueta, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

máticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo" (considerando 16).

Así las cosas, se debe aclarar si dicha disposición nacional puede estar amparada por la norma del ya citado apartado 4 artículo 2. Al respecto señala el Tribunal que dicha norma como excepción que es, debe ser interpretada restrictivamente y 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*" (considerando 22).

Por consiguiente responde al Tribunal nacional remitente de la cuestión prejudicial señalando que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva se oponen a una normativa nacional del tenor de la expresada.

Es difícil poder hacer un comentario novedoso de la sentencia en estudio (27). Sin embargo, es posible manifestar la "percepción" que el fallo deja. Desde una perspectiva personal, creo que el Tribunal perfectamente pudo haber considerado que la ley del Land de Bremen se ajustaba a la excepción del artículo 2.4 de la Directiva. Y pienso que no lo estimó así porque fue temeroso de ir tan lejos, en una materia sobre la que consideró correspondía al legislador comunitario —el Consejo— pronunciarse. La opción que toma el TJCE en el caso Kalanke va por la vía de estimar como preeminente el principio de igualdad de trato del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva, dando una interpretación restrictiva del apartado 4 del mismo artículo, en cuanto se trataría de una norma de excepción, considerando que dicha norma no admite una fijación de cuotas o una preferencia de modo absoluto sino simplemente admite *medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que*

27. Al respecto ya se ha pronunciado el profesor Alfonso Ruiz Miguel en su trabajo "La discriminación inversa en el caso Kalanke" (inédito) y Manuel Atienza en "Un comentario al caso Kalanke", Cuadernos Jurídicos, *Revista Mensual de Derecho*, N° 39, marzo de 1996.

afecten las oportunidades de las mujeres. Razonamiento que aparece del todo criticable ya que precisamente a lo que tiende la discriminación positiva es a eliminar situaciones que de hecho son discriminatorias, utilizando, para alcanzar dicho fin por lo general, el mecanismo de cuotas o de preferencia de los candidatos del sexo femenino en igualdad de condiciones. Es decir, lo que logra el TJCE con esta decisión es dejar fuera de la legalidad comunitaria al sistema proporcional o de cuotas, como sistema destinado a revertir la situación de hecho de discriminación en que se encuentran las mujeres (28).

No obstante, me parece que la defensa del razonamiento del Tribunal en este fallo va por el lado de decir que es el resultado de lo que había, y lo que había era un principio general, con una excepción que no podía alcanzar para amparar a la discriminación inversa. En el fondo el TJCE hizo una opción política, incluso más, de política legislativa: Si se quiere discriminación inversa, que sea el legislador el que la consagre y no el TJCE (29).

— *Caso Marschall de 11 de noviembre de 1997 asunto C-409/95*: este asunto tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo) de Gelsen-

28. Las críticas al razonamiento del TJCE pueden ir incluso por el lado de la argumentación que éste utiliza. En efecto, el silogismo aplicado por el Tribunal es el siguiente: un principio general que establece la igualdad de trato entre hombres y mujeres, seguido de una excepción que se encuentra en las medidas que se tomen para promover las desigualdades que de hecho se producen en contra de las mujeres. El problema radica en que a mi modo de ver, la antedicha excepción no es tal, en cuanto no supone una pérdida de vigencia del principio general, sino por el contrario es una norma que permite activar medidas positivas para restablecer *en los hechos* la real vigencia del principio general. En tal sentido, el Tribunal debió haber optado por la interpretación que tendiera de mejor forma a la vigencia del principio, una interpretación desde la perspectiva de los derechos fundamentales o *in favor libertatis*.

29. Evidentemente se puede contraargumentar diciendo que los grandes avances del Derecho Comunitario han sido gracias a la creación jurisprudencial, sin embargo, el caso Kalanke va en consonancia con la actitud menos "activista" que últimamente ha venido asumiendo el Tribunal.

kirchen (Alemania). Los hechos dicen relación con el reclamo planteado por el ciudadano Hellmut Marschall en contra del Land Nordrhein-Westfalen, respecto de la candidatura de aquél a un puesto de promoción en un centro escolar. Se cuestiona la legalidad de la norma del apartado 5 del artículo 25 de la Beamtengesetz (Ley de Funcionarios Públicos del Land), la cual dispone 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, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor...".

Constituye un hecho de la causa que el reclamante y la candidata seleccionada tenían igual capacitación para cubrir la plaza vacante, con lo que el Tribunal Alemán estima que para resolver el asunto se debe compatibilizar la norma nacional de la Beamtengesetz y las normas de los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva.

El TJCE para entrar en la resolución de la cuestión planteada aclara en primer término que "la diferencia de la normativa examinada en la sentencia Kalanke, la disposición controvertida contiene una cláusula 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" (considerando 24).

Luego el TJCE se refiere a la naturaleza de las normas que contienen medidas de discriminación positiva, las cuales si bien pueden aparecer como discriminatorias en apariencia, están destinadas a efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social (considerando 26). Tales medidas "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 (considerando 27, también en sentencia Kalanke considerando 19).

Ya en su parte resolutive el TJCE señala que "De ello se deduce que puede estar incluida en el ámbito del apartado 4 del artículo 2 una norma nacional conforme a la cual, en caso de promoción, las mujeres que presenten igual capacitación que los candida-

tos de sexo masculino tienen derecho, sin perjuicio de la cláusula de apertura, a un trato preferente en los sectores en los que estén infrarrepresentadas..." (considerando 31). "Por consiguiente, procede responder al órgano jurisdiccional nacional que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva no se oponen a una norma nacional que, en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la Administración que en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor".

Del razonamiento expuesto se colige que para el TJCE las medidas de promoción de la igualdad de oportunidades de la mujer en sectores de infrarrepresentación son compatibles con el principio de igualdad y su corolario de no discriminación en razón del sexo. En tal sentido, la norma de la Beamtengesetz se adecua al Derecho Comunitario. Pero hasta aquí la situación es idéntica a la planteada en Kalanke, para el Tribunal la diferencia radica en que la norma nacional cuestionada contiene una cláusula de apertura (Offnungsklausel) que permite a los candidatos masculinos "inclinarse la balanza a su favor", cuando concurren circunstancias objetivas que lo justifiquen, cuestión que no ocurrió en este caso. A diferencia del caso Kalanke, en que la norma nacional prefería de forma automática a las candidatas femeninas en situación de infrarrepresentación, en el caso Marshall la norma cuestionada, establece la preferencia cuestionada, no obstante da una salida a la Administración en los casos en que concurren circunstancias objetivas que admitan preferir al candidato masculino.

6.2. La aplicación del artículo 5.1 de la Directiva 76/207/CEE

Dicha norma señala expresamente que: "La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo".

He querido finalizar este trabajo con un ejemplo muy interesante de aplicación de esta norma, contenido en la sentencia del TJCE de 30 de abril de 1996, asunto C-13/94, "P. contra S. y Cornwall County Council". En dicho caso, un varón que se desempeñaba como gestor de un colegio, comunica al Director del establecimiento su decisión de someterse a una operación de cambio de sexo. Para tal efecto se somete a un período de "Life Test", en el cual actúa y se viste como mujer y es sometido a operaciones preparatorias menores. Durante dicho período le es comunicado un preaviso de despido. Posteriormente se somete a la operación definitiva de cambio de sexo, siendo notificado con posterioridad a ella de su despido definitivo. Por tal motivo "P" recurre en contra del Director del establecimiento y del Cornwall County Council, en razón de haber sido despedido por una discriminación por razón de sexo. Los demandados alegan que el despido fue en razón de un exceso de plantilla laboral, siendo indiferente que la persona despedida fuese hombre o mujer.

Enfrentado al caso el TJCE comienza afirmando que el principio de igualdad es un principio fundamental tanto del Derecho Comunitario como de la persona humana, cuestión fundamental en cuanto reconoce con dicha declaración eficacia total a dicho principio. En la parte resolutive de la cuestión el Tribunal señala que la Directiva 76/207/CEE tiene vocación de aplicarse a las discriminaciones que tienen su origen en la conversión sexual del interesado. De este modo, cuando una persona es despedida por la conversión sexual a la que ha sido sometida, se convierte en objeto de un trato menos favorable en relación con las personas del sexo al que se le reputaba pertenecer antes de la operación. Tolerar una discriminación de este tipo sería ir en contra del principio del respeto, dignidad y libertad a que esta persona tiene derecho y que el TJCE debe proteger. Por lo tanto, el despido es contrario al artículo 5.1 de la Directiva 76/207/CEE, el cual debe ser interpretado como que se opone al despido de un transexual que se ha cambiado de sexo.

Un comentario merece el presente caso. Por una parte el TJCE vislumbra la discriminación comparando al sujeto que se somete al cambio de sexo con las personas del sexo al que pertenecía. Lo que

llama la atención de ello es que el Tribunal no reputa a "P" como perteneciente al sexo femenino, pero tampoco al masculino, es un "sujeto" que se somete a una conversión sexual. Tal indefinición por parte del TJCE en sí misma es discriminatoria, ya que un transexual es una persona que síquicamente se siente pertenecer al otro sexo, y que pasa a ser del sexo a que se siente pertenecer cuando los obstáculos físicos que se lo impedían son superados por medios quirúrgicos. Es decir, en este caso "P" deja de ser transexual para convertirse en mujer. Como consecuencia de lo anterior el TJCE se ve obligado a interpretar extensivamente la Directiva entendiéndose que esta tiene vocación de aplicarse a estos casos. Sin embargo, si el Tribunal hubiese entendido desde un principio que "P" pertenecía al sexo femenino no hubiese tenido necesidad de recurrir a una interpretación tan débil como la expuesta. Simplemente, se hubiese tratado de una discriminación por razón de sexo puesto que al momento del despido definitivo "P" era una mujer.

7. *A modo de breve recapitulación*

Asumo que la lectura de este trabajo puede haber dejado la sensación de tratarse de un ejercicio intelectual lejano a nuestra realidad jurídica. Planteo dos razones, al menos para intentar rebatir tal percepción. Por una parte el análisis del principio de igualdad tiene vocación universal, en cuanto constituye un principio y garantía fundamental de la persona humana, por tanto las conclusiones que aquí han sido vertidas deben ser consideradas desde esa perspectiva. En segundo término, los procesos de globalización e integración regional hoy día en marcha, por muy lejanos que nos parezcan, son un elemento más a considerar en el estudio dogmático de nuestros ordenamientos jurídicos. No se trata aquí de extrapolar de forma acrítica instituciones foráneas, ni mucho menos de plantearnos problemas que no nos conciernen ni ahora ni en el futuro. Por el contrario, lo que interesa aquí es presentar la forma en que se ha asumido la aplicación de un principio fundamental, inspirador de todo el ordenamiento jurídico, y que forma parte de nuestra tradición constitucional.

Como se ha visto, el principio de igualdad en el TCE, fuera de estar reconocido con los matices y alcances que a lo largo del tra-

bajo se han visto, constituye un principio fundamental del ordenamiento jurídico comunitario, que como tal posee una extensión superior a la que el solo texto de la norma positiva parece haberle reconocido. Sin duda en dicho reconocimiento y aplicación la jurisprudencia del TJCE ha sido fundamental, la cual fue objeto de duras críticas por lo regresiva que se había mostrado en ciertos casos particulares, en especial en el caso Kalanke. No obstante el balance general es mucho más que satisfactorio.

En este estudio jurisprudencial, la interpretación de la normativa comunitaria desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la persona ha sido la clave para el desarrollo de un ordenamiento jurídico con vocación supranacional, como lo es el Derecho Comunitario Europeo. Postura interpretativa digna de ser imitada por nuestros Tribunales.

HACIA LA DEMOCRACIA INDUSTRIAL:
LA PARTICIPACION DE LOS TRABAJADORES EN LA
EMPRESA. REFLEXIONES A PARTIR DE LA
LEGISLACION ESPAÑOLA

PAULINA GOMEZ BARBOZA *

I. *Introducción*

El hecho de incluir un seminario de "Participación de los Trabajadores en la Empresa" en el ámbito de un programa de doctorado dedicado al estudio de los Derechos Humanos (1), sugiere inicialmente que el tema de la participación habrá de decir relación con algún aspecto de la vida humana que se considera de especial relevancia. Lo contrario, esto es la concepción de la participación como una actividad irrelevante, como una actividad más en el campo laboral, no justificaría a mi juicio su inclusión en un curso de esta naturaleza.

Cosa distinta es, evidentemente, que esta preocupación fundamental subyacente coincida o no con semejante preocupación por el tema a la hora de su positivación en los sistemas jurídicos naciona-

* Doctora en Derecho. Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

1. Tal es el caso del programa de Doctorado y/o Especialización en Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos, perteneciente a la Universidad Complutense de Madrid, y que cursé años atrás.