

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. M. POIARES MADURO

presentadas el 29 de junio de 2004¹

1. Mediante la cuestión que ha formulado, el tribunal administratif de Paris (Tribunal de lo contencioso-administrativo de París) (Francia) pregunta si la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo,² se opone a una norma como la del artículo 8 de la Ley francesa nº 75-3, de 3 de enero de 1975,³ modificada por la Ley nº 79-569, de 7 de julio de 1979,⁴ y por la Ley nº 2001-397, de 9 de mayo de 2001⁵ (en lo sucesivo, «Ley 75-3»), en cuanto exime a las viudas que no se hayan vuelto a casar de los límites de edad para la selección de personal al servicio de la Administración.

I. Hechos, marco normativo y cuestión dirigida al Tribunal de Justicia

2. En la época de los hechos relevantes el Sr. Briheche, de 48 años de edad, era viudo, no se había vuelto a casar y tenía un hijo de 12 años a su cargo. Presentó su candidatura para participar en cuatro procedimientos de selección de personal para varios departamentos de la Administración en los que estaba fijado un límite de edad de 45 años. En todos ellos su candidatura fue rechazada porque superaba la edad máxima legalmente establecida.

3. El 30 de enero de 2002, el directeur du service inter-académique des examens et concours des académies de Créteil, Paris et Versailles (Director del Servicio inter-académico de exámenes y concursos de las academias de Créteil, Paris y Versailles) rechazó su candidatura para participar en el procedimiento externo de selección de auxiliares administrativos de la Administración central. El 5 de febrero de 2002, rechazó la candidatura del Sr. Briheche para partici-

1 — Lengua original: portugués.

2 — DO L 39, p. 40; EE, 05/02, p. 70. Hay que señalar que la Directiva 76/207 ha sido sustituida por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207 (DO L 269, p. 15). Las nuevas reglas no son aplicables al presente asunto ya que los Estados miembros deben adaptar su normativa a ellas a más tardar el 5 de octubre de 2005.

3 — *Journal Officiel de la République Française* (JORF) de 4 de enero de 1975, p. 198.

4 — JORF de 8 de julio de 1979, p. 1666.

5 — JORF de 10 de mayo de 2001, p. 7320.

par en el procedimiento externo de selección de secretarios administrativos de la Administración central y de secretarios de la Administración escolar y universitaria. El 27 de febrero de 2002, el ministre de l'éducation nationale (Ministro de Educación Nacional) desestimó el recurso de alzada del Sr. Briheche contra las resoluciones antes mencionadas.

4. El 28 de enero y el 8 de marzo de 2002, el ministre de l'intérieur (Ministro del Interior) rechazó la candidatura del Sr. Briheche para participar en el procedimiento externo de selección de auxiliares administrativos de la Administración central.

5. El 28 de febrero de 2002, el ministre de la justice (Ministro de Justicia) rechazó la candidatura del Sr. Briheche para participar en el procedimiento externo de selección de auxiliares administrativos de los servicios descentralizados de la Administración penitenciaria.

6. Mediante tres diferentes recursos interpuestos ante el tribunal administratif de Paris, el Sr. Briheche solicitó la anulación de las resoluciones antes mencionadas y la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de ellas.⁶

7. Según la clase de oposición de que se trate, el artículo 5 del Decreto n° 90-713, de 1 de agosto de 1990, que establece disposiciones comunes aplicables a los auxiliares administrativos de la Administración central,⁷ o en su caso el artículo 1 del Decreto n° 75-765, de 14 de agosto de 1975, relativo a los límites de edad aplicables en la selección mediante oposición de los funcionarios civiles clasificados en las categorías B, C y D,⁸ establecen ambos una edad máxima de 45 años para los candidatos.

8. El artículo 8 de la Ley 75-3 dispone una excepción: «el límite de edad para el acceso al empleo en el sector público no será aplicable a las madres de tres o más hijos, a las viudas no casadas de nuevo, a las mujeres divorciadas y no casadas de nuevo, a las mujeres separadas legalmente ni a los hombres y mujeres solteros con al menos un hijo a su cargo, que se vean en la necesidad de trabajar».

9. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207 prohíbe la discriminación «por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». Este principio es de amplio alcance sustantivo, tal como lo define el artículo 3, apartado 1, de la Directiva: «[La] aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discrimina-

7 — Artículo 5 del Decreto n° 90-713, de 1 de agosto de 1990, que establece disposiciones comunes aplicables a los auxiliares administrativos de la Administración central: «podrán participar en la oposición los candidatos cuya edad sea inferior a 45 años el 1 de enero del año de la oposición» (JORF de 11 de agosto de 1990, p. 9795).

8 — Artículo 1 del Decreto n° 75-765, de 14 de agosto de 1975, relativo a los límites de edad aplicables en la selección mediante oposición de los funcionarios civiles clasificados en las categorías B, C y D: «[la] edad límite será de 45 años, salvo que se establezca otra mayor mediante normas específicas» (JORF de 19 de agosto de 1975).

6 — Los recursos fueron registrados respectivamente el 28 y el 29 de marzo y el 19 de abril de 2002 con los números 0204512/5, 0204571/5 y 0205683/5.

ción por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional.»

y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1.»

10. En el presente asunto, según las partes, pueden ser pertinentes otras reglas de la Directiva 76/207. El Sr. Briheche invoca en sus observaciones escritas ante el tribunal nacional y ante el Tribunal de Justicia el artículo 2, apartado 2, que dispone: «[La] presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.»

11. El Gobierno francés mencionó el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207, que establece: «[La] presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.»

12. Según la Comisión, a fin de responder a la cuestión formulada por el Tribunal nacional, la regla principal de la Directiva 76/207 es el artículo 2, apartado 4, con arreglo al que: «[La] presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres

13. En esas circunstancias el Tribunal nacional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión:

«¿Se oponen las disposiciones de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, a que Francia mantenga en vigor las disposiciones del artículo 8 de la Ley nº 75-3, de 3 de enero de 1975, modificadas por la Ley nº 79-569, de 7 de julio de 1979, y posteriormente por la Ley nº 2001-397, de 9 de mayo de 2001, relativas a las viudas que no han contraído un nuevo matrimonio?»

II. Apreciación

14. En primer lugar me pronunciaré sobre la aplicabilidad de la Directiva 76/207 a una Ley como la que es objeto de discusión en el presente asunto, y examinaré después si esa Ley puede justificarse al amparo de las excepciones al principio de igualdad de trato.

A. Aplicabilidad de la Directiva 76/207 y existencia de discriminación por razón del sexo

15. El artículo 8 de la Ley 75-3 regula el acceso al empleo en la función pública en la medida en que exceptúa a determinados grupos de personas de los límites de edad para participar en oposiciones. Conforme a una jurisprudencia asentada, la Directiva 76/207 se aplica a las relaciones de empleo en el sector público.⁹ El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 76/207 menciona expresamente el acceso al empleo. El artículo 8 de la Ley 75-3 entra, pues, en el ámbito sustantivo de la Directiva 76/207, tal como lo define su artículo 3, apartado 1.

16. No cabe duda de que el artículo 8 de la Ley 75-3 crea una discriminación directa entre viudas y viudos que no se han casado de nuevo. De hecho, en tanto que las viudas pueden participar en procedimientos para la selección de personal al servicio de la Administración aun cuando hayan cumplido 45 años, la edad límite, los viudos carecen de ese derecho. Ello constituye con claridad una discriminación por razón del sexo en las condiciones de acceso a los puestos de trabajo de la Administración.¹⁰

17. Además, en sus observaciones ante el Tribunal de Justicia el Sr. Briheche señala otra discriminación, indicando que el artículo 8 de la Ley 75-3 discrimina injustamente a un viudo que no se haya casado de nuevo y tenga a su cargo un hijo respecto a un hombre o una mujer solteros con un hijo a su cargo, puesto que sólo estos últimos están exentos del límite de 45 años. También en este caso los requisitos de acceso a los procedimientos de selección de la Administración para los progenitores con un hijo a su cargo diferirán, según cuál sea su status marital. Sólo el padre o la madre solteros, las viudas que no se hayan casado de nuevo, las mujeres divorciadas y las separadas legalmente con un hijo a su cargo pueden participar en oposiciones si son mayores de 45 años.

18. El Tribunal remitente ha limitado el alcance de su cuestión al supuesto de los viudos que no se hayan casado de nuevo, en comparación con la situación de las viudas que no se hayan casado de nuevo. En este aspecto, se ha de tener presente que según reiterada jurisprudencia corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que deba adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia.¹¹ El ámbito del examen puede,

9 — Sentencia de 26 de octubre de 1999, Sirdar (C-273/97, Rec. p. I-7403), apartado 18; sentencia de 11 de enero de 2000, Kreil (C-285/98, Rec. p. I-69), apartado 18; sentencia de 19 de marzo de 2002, Lommers (C-476/99, Rec. p. I-2891), apartado 25.

10 — Aunque la Directiva 76/207 fue inicialmente concebida con el fin de suprimir la discriminación en perjuicio de las mujeres, no cabe duda de que los hombres también pueden exigir la supresión de una discriminación que les afecte cuando su situación resulte desfavorable en comparación con la de las mujeres.

11 — Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de junio de 2000, Seher (C-302/98, Rec. p. I-4585), apartado 20; de 20 de marzo de 2001, Fahmi y Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado (C-33/99, Rec. p. I-2415), apartado 28, y de 8 de mayo de 2003, Gantner Electronic (C-111/01, Rec. p. I-4207), apartados 34 y 38.

pues, limitarse al problema de la discriminación entre viudas y viudos que no se hayan casado de nuevo.

19. Sin embargo, en este sentido puede observarse que el artículo 8 de la Ley 75-3 contiene otros supuestos semejantes de discriminación por razón de sexo. Las madres con tres o más hijos, las mujeres divorciadas que no se hayan casado de nuevo y las mujeres legalmente separadas se benefician todas ellas de la exención de la edad límite de 45 años para el acceso a la Administración, mientras que los hombres en igual situación (padres con tres o más hijos, hombres divorciados que no se hayan casado de nuevo y hombres legalmente separados) no disfrutan de esta exención.

20. Al facultar a las viudas que no se hayan casado de nuevo –no en cambio a los viudos que no se hayan casado de nuevo– para participar en procedimientos para la selección de personal de la Administración, sin atender a su edad, el artículo 8 de la Ley 75-3 crea una discriminación por razón de sexo en cuanto a los requisitos de acceso al servicio de la Administración, por lo que infringe los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207.

21. El problema que se plantea es si esa discriminación puede justificarse.

22. En sus observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno francés señaló que se ha emprendido una reforma de los requisitos de acceso a los procedimientos para la selección de personal de la Administración con el fin de subsanar la discriminación antes mencionada.

B. Posibles excepciones al principio de igualdad de trato

23. La Directiva 76/207 autoriza tres excepciones al principio de igualdad de trato: cuando el sexo del trabajador constituya una condición determinante (artículo 2, apartado 2); cuando sea necesaria la protección de las mujeres en relación con el embarazo y la maternidad (artículo 2, apartado 3), y cuando se adopten medidas para promover la igualdad de oportunidades (artículo 2, apartado 4). Como expondré, ninguna de ellas es aplicable al presente caso, teniendo en cuenta la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

24. El Sr. Briheche ha invocado el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 76/207 con objeto de aducir que no estaba justificado reservar a las mujeres los puestos de trabajo en la Administración a los que él aspiraba. Pero esa excepción al principio de igualdad de trato no es relevante. La República Francesa no alega que se haya aplicado esa excepción. En realidad, los concursos convocados por el Estado para proveer los puestos de trabajo en

la Administración no están reservados a las mujeres, puesto que pueden concurrir tanto los hombres como las mujeres. La discriminación consiste en las excepciones a la edad límite fijada en 45 años, conforme al artículo 8 de la Ley 75-3.

25. Otra posible excepción al principio de igualdad de trato se define en el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 y pretende la protección de las mujeres, en particular en relación con el embarazo y la maternidad. Al menos implícitamente el Gobierno francés parece alegar esa excepción, al mencionar que la legislación discutida fue adoptada con el fin de limitar las desigualdades entre hombres y mujeres. Con ese objeto, hace referencia a estudios según los cuales las mujeres asumen la parte sustancial de las labores domésticas, en particular, en las familias con hijos. También cita estadísticas de julio de 2003 que muestran que el 10,8 % de las mujeres están desempleadas, en comparación con el 8,7 % de los hombres. Cabe afirmar que esas estadísticas no son relevantes para la aplicación del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207. Sin embargo pueden ser pertinentes para justificar medidas adoptadas al amparo del artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207.

26. A este respecto, como reconoció la propia República Francesa, una jurisprudencia reiterada ha establecido que la excepción del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 sólo puede ser alegada para proteger «la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a éste, hasta

el momento en que se normalicen sus funciones biológicas y psíquicas después del parto». ¹² Esa excepción no es por tanto aplicable en el presente asunto.

27. Por último, el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207 podría ser aplicado si se estimara que el artículo 8 de la Ley 75-3 pretende 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».

28. El objetivo de esa norma según ha sido definido por el Tribunal de Justicia es autorizar las medidas «que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. La referida disposición autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres». ¹³

12 — Sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047) y de 30 de junio de 1998, Brown (C-394/96, Rec. p. I-4185). Por analogía, aunque el análisis se refiere al artículo 141 CE, véase también la sentencia de 29 de noviembre de 2001, Marschall (C-366/99, Rec. p. I-9383), apartados 43 y 44.

13 — Sentencia Lommers, antes citada, apartado 32. Véanse, también, las sentencias de 17 de octubre de 1995, Kalanke (C-450/93, Rec. p. I-3051), apartados 18 y 19; de 11 de noviembre de 1997, Marschall (C-409/95, Rec. p. I-6363), apartados 26 y 27, y de 28 de marzo de 2000, Badeck y otros (C-158/97, Rec. p. I-1875), apartado 19.

29. En tanto que los términos amplios en los que ese objetivo está expresado parecen incluir medidas dirigidas a realizar la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, el Tribunal de Justicia ha interpretado el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207 de modo estricto, haciendo referencia al «concepto restringido de igualdad de oportunidades».¹⁴

30. Pueden diferenciarse tres categorías de medidas positivas.¹⁵ La primera categoría incluye las medidas que no son directamente discriminatorias por su naturaleza, sino que solamente tratan de mejorar la formación y cualificación de las mujeres (por ejemplo, la atribución de plazas de formación a las mujeres). La idea subyacente es que la igualdad de oportunidades exige la provisión de medios que permitan la manifestación de las cualidades individuales de las mujeres. La segunda categoría comprende medidas que pretenden capacitar a las mujeres para conciliar mejor su función como madres y su actividad profesional (como es la posibilidad de disponer de plazas de guardería ofrecidas por el empleador). Los hombres también pueden beneficiarse de la última clase de medidas, que pueden establecerse con neutralidad en favor de los progenitores. La tercera categoría incluye medidas que también pretenden lograr la igualdad entre hombre y mujeres en el mercado de trabajo, pero son discriminatorias por su naturaleza, ya que favorecen a las mujeres a fin de reducir su infrarrepresentación en la vida profesional. La tercera categoría comprende

medidas que tienen incidencia directa en el empleo, que dan preferencia a las mujeres en procesos de selección o fijan objetivos o cuotas que deben alcanzarse. La jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia ha tenido que pronunciarse principalmente sobre medidas positivas de la tercera categoría, que implicaron una discriminación potencial en perjuicio de los hombres. En las sentencias Badeck y otros y Lommers, el Tribunal de Justicia tuvo que juzgar si las medidas pertenecientes respectivamente a la primera y a la segunda categorías eran compatibles con el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207 y, en su caso, con qué condiciones. Todas las categorías de medidas positivas están sujetas a tres requisitos.

31. Para ser compatible con el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207, una medida nacional debe ir dirigida a corregir una situación existente de desequilibrio entre hombres y mujeres. Para que una medida positiva esté amparada por el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207, ha de demostrarse en primer lugar que las mujeres están infrarrepresentadas en un sector o en una categoría profesional específicos. La medida va así dirigida a la supresión de las desigualdades existentes en ese sector o esa categoría profesional. Puede también imaginarse la adopción de una medida positiva en el sector público, por ejemplo con objeto de compensar las dificultades que encuentran las mujeres de mayor edad en el sector privado. Una medida de esta segunda clase no trataría, sin embargo, de suprimir la discriminación, sino de compensarla. En cualquier caso, a falta de toda prueba, ninguna acción dirigida a remediar la situa-

14 — Sentencia Lommers, apartado 33.

15 — Una distinción parecida ya fue propuesta por el Abogado General Sr. Tesauro en sus conclusiones en el asunto Kalanke, antes citado, apartado 9.

ción, sea directa o indirectamente, puede ser justificada al amparo del artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207.

32. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia comprueba la probabilidad de que la medida adoptada llegue a subsanar la situación concreta. Este análisis de la adecuación será no obstante innecesario para las medidas de la tercera categoría, ya que éstas prescriben expresamente los resultados que pretenden lograr.

33. Por último, para que esté justificada en virtud del artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207, la medida positiva adoptada debe conciliarse en todo lo posible con el principio de igualdad de trato. Este requisito parece excluir las medidas que establecen preferencias automáticas o absolutas en favor de las mujeres y exige un análisis de la proporcionalidad de la medida. Ese análisis de proporcionalidad tendrá consecuencias dependiendo del tipo de medida de que se trate y de su posible conciliación con el principio de igualdad de trato.

34. En las sentencias Kalanke, Marschall y Badeck y otros, el Tribunal de Justicia tenía que apreciar legislaciones nacionales que conferían preferencia a las mujeres candidatas cuyas cualificaciones eran iguales a las de los candidatos masculinos. En la sentencia Badeck y otros, el Tribunal de Justicia afirmó que «Una acción encaminada a promover

prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública 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.»¹⁶

35. En el asunto Abrahamsson y Anderson,¹⁷ la norma nacional discutida confería preferencia automática a las mujeres candidatas siempre que estuvieran suficientemente capacitadas, con la única limitación de que la diferencia entre los méritos de los candidatos de ambos sexos no fuera tan considerable que con ello se vulnerara la exigencia de objetividad en la contratación. El Tribunal de Justicia estimó que esa medida estaba prohibida por el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207, ya que el proceso de selección «se basa, en definitiva, en el mero hecho de que [el candidato] pertenezca al sexo infrarrepresentado».¹⁸ No obstante el Tribunal de Justicia manifestó que un proceso de selección podía incluir criterios que concedieran preferencia a las mujeres, con la condición de que «[la aplicación de esos criterios] debe efectuarse

16 — Badeck y otros, apartado 23. Véase, también, la sentencia E-1/02 del Tribunal de la AELC, Órgano de vigilancia de la AELC/Reino de Noruega, Recopilación de la AELC 1, apartado 15.

17 — Sentencia de 6 de julio de 2000, Abrahamsson y Anderson (C-407/98, Rec. p. I-5539).

18 — Sentencia Abrahamsson y Anderson, apartado 53.

de manera transparente y debe poder ser controlada con el fin de excluir cualquier apreciación arbitraria acerca de la capacitación de los candidatos». ¹⁹

36. En la línea de esa jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la AELC manifestó en la sentencia E-1/02, Órgano de vigilancia de la AELC/Reino de Noruega ²⁰ que la reserva de puestos académicos permanentes y temporales para las mujeres era contraria al principio de igualdad de trato y no podía considerarse que queda amparada por la excepción definida en el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207, ya que no estaba dotada de la flexibilidad necesaria y no preveía ninguna valoración de las cualificaciones de los candidatos, sino que excluía automáticamente a los candidatos masculinos de los puestos reservados.

37. Se ha de tener presente sin embargo que las medidas objeto de apreciación en las sentencias Kalanke, Marschall y Abrahamsson y Anderson pertenecían a la tercera categoría que se ha definido anteriormente en el apartado 30 (medidas que confieren preferencia a las mujeres en el acceso al empleo o que establecen objetivos o cuotas que deben alcanzarse). Las medidas de las otras categorías están sujetas a los mismos criterios de control, aunque el último requisito de proporcionalidad puede imponer diferentes exigencias, ya que esas medidas no discriminan directamente en cuanto al acceso al empleo.

38. En el asunto Lommers, la medida nacional discutida consistía en la reserva en exclusiva de plazas de guardería para las empleadas del Ministerio de Agricultura, Patrimonio Natural y Pesca de los Países Bajos, «salvo en caso de urgencia, que corresponderá apreciar al Director». ²¹ El Tribunal de Justicia destacó el hecho de que la medida de que se trataba no reservaba a las mujeres puestos de trabajo, sino tan sólo «el disfrute de ciertas condiciones de trabajo». ²²

39. Además, la asignación de plazas de guardería a las mujeres empleadas era apta para promover la igualdad de oportunidades en favor de las mujeres, pues estaba probado que la renuncia al empleo para el cuidado de los hijos era más probable en el caso de las mujeres que en el de los hombres. ²³

40. Tanto en la sentencia Badeck y otros como en la sentencia Lommers, el Tribunal de Justicia concedió especial consideración al hecho de que las medidas discutidas no suponían la total exclusión de los candidatos masculinos. ²⁴ El Tribunal de Justicia afirmó que, para ser compatible con el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207, una medida debe cumplir ese requisito negativo. De hecho, el Tribunal de Justicia observó expresamente en la sentencia Lommers que la medida discutida no excluía totalmente a

19 — Sentencia Abrahamsson y Anderson, apartado 49.

20 — Antes citada.

21 — Sentencia Lommers, antes citada, apartado 11.

22 — Sentencia Lommers, antes citada, apartado 38.

23 — Sentencia Lommers, antes citada, apartado 37.

24 — Sentencia Badeck y otros, antes citada, apartado 53; sentencia Lommers, antes citada, apartados 44 y 45.

los funcionarios masculinos de su ámbito de aplicación.²⁵ De no ser así, la medida positiva no podría conciliarse con el principio de igualdad de trato.²⁶

41. Queda de manifiesto que esa conciliación con el principio de igualdad de trato excluye toda clase de preferencia automática en favor de las mujeres y requiere que las medidas sean proporcionadas, al equilibrar los beneficios de la acción positiva para promover la igualdad a favor de las mujeres y los costes impuestos a otras personas. Esas exigencias se revelan necesarias para impedir que la igualdad entre los individuos sea postergada por el objetivo de la igualdad sustantiva entre los grupos.²⁷

42. El Tribunal de Justicia intenta conciliar la discriminación positiva con el principio general de igualdad reconociendo validez a

aquella sólo en la medida en que no lleve a una discriminación que favorezca a determinado grupo a costa de los sujetos individuales: conseguir una representación más igualitaria de hombres y mujeres en la población laboral activa no justifica excluir el derecho de cada individuo a no sufrir discriminación. Dicho de otro modo, la igualdad de oportunidades prevalece sobre la igualdad de resultados. El Tribunal de Justicia reconoce que las medidas discriminatorias positivas pueden ser aceptadas sólo si están dirigidas efectivamente a impedir la discriminación en cada caso singular obligando al empleador a situar a las mujeres en similar posición a la de los hombres. Desde esta perspectiva, las medidas discriminatorias positivas son sólo discriminatorias en apariencia. Ello explica por qué el Tribunal de Justicia acepta, por ejemplo, medidas dirigidas a conciliar el trabajo con el cuidado de los hijos, de modo que se favorece a las mujeres, siempre que esas medidas no guarden relación con el acceso al empleo y puedan ser ampliadas a los hombres.²⁸ Ello también explica por qué el Tribunal de Justicia acepta medidas que conceden cierta preferencia a las mujeres en el empleo, siempre que no se convierta en una prioridad automática sino que sea sólo un criterio más que deba tener en cuenta el empleador al asignar los puestos de trabajo. Esta lógica de autorización de la discriminación positiva sólo en la medida en que puede servir para eliminar la potencial discriminación puede no obstante entrar fácilmente en conflicto con los objetivos más ambiciosos a veces atribuidos a las medidas de acción afirmativa. A menudo se conceden con el propósito de eliminar o compensar la infrarepresentación de algunos grupos en la sociedad por medio de la preferencia que se

25 — Sentencia Lommers, antes citada, apartado 45.

26 — Sentencia Lommers, antes citada, apartado 39, y Órgano de vigilancia de la AELC/Reino de Noruega, antes citada, apartado 43.

27 — Para el análisis crítico de la preferencia atribuida a la igualdad entre individuos, véase Freeman, S.: *Social Law and Policy in an evolving European Union*, J. Shaw (eds), 2000, p. 189; Haquet, A.: *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, 2001, p. 305; Prechal, S.: *Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, CMLRev., 2004, p. 533.

28 — Sentencia Badeck y otros, antes citada, apartado 53; sentencia Lommers, antes citada, apartados 44 y 45.

les concede en el acceso a determinados sectores sociales.

adoptarse medidas. En cualquier caso el Gobierno francés no ha aportado prueba alguna en apoyo de este razonamiento.

43. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia refleja antes bien la exclusiva referencia en el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207 a medidas dirigidas a «corregir las desigualdades de hecho» sin mencionar la compensación. Desde este punto de vista, el Tribunal de Justicia autoriza formas de discriminación positiva sólo en la medida en que pueden ayudar a corregir procedimientos discriminatorios de decisión (en particular en relación con el empleo), pero no con el fin de su compensación.

44. En el presente asunto el Gobierno francés no ha demostrado que las mujeres estén infrarrepresentadas en la Administración, o más en particular en determinadas categorías profesionales. Es más, el artículo 8 de la Ley relevante no sólo diferencia entre hombres y mujeres, sino que también se refiere al status marital de los individuos. Tampoco es evidente por qué las viudas que no se hayan casado de nuevo, las mujeres divorciadas que no se hayan casado de nuevo y las mujeres legalmente separadas deben ser diferenciadas de otras categorías de personas no casadas a favor de las que deben

45. Además, como manifesté antes, las medidas que entran en el ámbito del artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207 sólo son compatibles con esa norma si son adecuadas y proporcionadas al fin que se proponen. En el presente asunto, a falta de prueba alguna de que la medida esté dirigida a corregir una infrarrepresentación existente de las mujeres, no es siquiera necesario valorar la adecuación y la proporcionalidad de la Ley relevante respecto a su objetivo.

46. De esas consideraciones se sigue que ninguna de las excepciones al artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207 puede justificar la discriminación por razón del sexo contenida en el artículo 8 de la Ley 75-3.

47. En estas circunstancias es preciso no obstante determinar si la legislación discutida puede justificarse en virtud del artículo 141 CE, apartado 4.

48. El artículo 141 CE, apartado 4, permite las 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 No puede excluirse que medidas positivas que no entran en el ámbito de la Directiva 76/207 puedan ser autorizadas al amparo de esa regla. ³⁰ En efecto, como he puesto de relieve, puede aducirse que existe una distinción entre las medidas dirigidas a reducir las desigualdades y las medidas dirigidas a compensar desigualdades pasadas o presentes sufridas por un grupo social. No puede excluirse que la referencia en el artículo 141 CE, apartado 4, a la finalidad de la compensación trate de conceder a los Estados miembros una mayor discrecionalidad para adoptar medidas de discriminación positiva. Esa interpretación debe no obstante mantenerse siempre dentro de los límites autorizados por el principio general de igualdad. El problema que debe resolver el Tribunal de Justicia no es el de si determinadas formas de discriminación positiva llevarían o no a una sociedad más igualitaria y justa, sino el de si esas formas de discriminación positiva, cuando se adopten por el poder legislativo, pueden conciliarse

con el principio general de igualdad y no discriminación. ³¹

49. En este aspecto, la referencia a la compensación en el artículo 141 CE, apartado 4, puede interpretarse, bien en el sentido de que la necesidad de compensar las desigualdades sociales pasadas o presentes puede justificar favorecer a los sujetos de esos grupos a costa de discriminar en perjuicio de los miembros de los grupos sobrerrepresentados, o bien en el sentido de que la adopción de medidas de naturaleza compensatoria es necesaria en razón del hecho de que la aplicación no discriminatoria de las reglas sociales actuales está estructuralmente desequilibrada a favor de los miembros de los grupos sobrerrepresentados. ³² La primera interpretación subordina los derechos de las personas a no ser perjudicialmente discriminadas al logro de la igualdad entre grupos que se justifica por el fin de compensar a los miembros de los grupos infrarrepresentados por la discriminación que sufrieron en el pasado. Esa interpretación es difícilmente compatible

29 — El término «compensar» fue introducido por el Tratado de Amsterdam.

30 — Como reconoció el Tribunal de Justicia en la sentencia Abrahamsson y Anderson, antes citada, apartado 54.

31 — Al valorar las opciones legislativas nacionales, el Tribunal de Justicia debe tener en cuenta también el hecho de que permitir cierta diversidad de opciones políticas nacionales, en una materia en la que existe elevada incertidumbre y controversia acerca de los efectos y los beneficios concretos de las medidas de discriminación positiva, puede facilitar un grado útil de experimentación y de aprendizaje entre los diferentes Estados miembros. Otro factor que debe considerarse es el de si, en los supuestos en los que se adopten medidas de discriminación positiva, los miembros del grupo sobrerrepresentado disponen de suficiente representación y participación para manifestar sus opiniones en el proceso político.

32 — Esto constituye el meollo de las críticas a la igualdad formal de la que se dice que refuerza la discriminación existente en la sociedad.

con la prioridad que el Tribunal de Justicia ha reconocido a la igualdad de oportunidades y con su tradicional interpretación del principio general de igualdad de trato.

50. La segunda interpretación puede, sin embargo, ser conciliada más fácilmente con el principio de igualdad de trato según es interpretado y aplicado por el Tribunal de Justicia. Según ese criterio, la igualdad de resultados no es la finalidad. Tampoco los objetivos de la discriminación positiva justifican necesariamente la discriminación entre individuos. Lo que se piensa es que las medidas, a menudo asociadas con la igualdad sustantiva, que compensan la infrarrepresentación de determinados grupos (por ejemplo cuotas, preferencias automáticas), son las únicas que efectivamente pueden lograr a largo plazo la igualdad de oportunidades. Las medidas que favorecen a los miembros de determinados grupos no son, pues, concebidas como medios para alcanzar la igualdad entre los grupos o la igualdad de resultados, sino más bien como un instrumento para conseguir la efectiva igualdad de oportunidades. El propósito de las medidas compensatorias de esta clase pasa a ser el de restablecer la igualdad de oportunidades por medio de la remoción de los efectos de la discriminación y de la promoción a largo

plazo de la máxima igualdad de oportunidades.³³ La compensación en este caso se refiere a restablecer el equilibrio entre las oportunidades que la sociedad concede a los miembros de los diferentes grupos.

51. Basar la aceptación de las formas compensatorias de discriminación positiva en la igualdad de oportunidades y no en la igualdad de resultados haría prevalecer además la igualdad entre las personas sobre la igualdad entre grupos, pero en cambio impondría algunos límites y requisitos a las formas de discriminación positiva compensatoria que pueden ser aceptables con arreglo al artículo 141 CE, apartado 4. La aceptabilidad de esas formas de discriminación positiva estaría por ejemplo estrechamente ligada a su naturaleza transitoria.³⁴ De no ser así, esas formas de discriminación

33 — Dos razones principales pueden argüirse en este aspecto. En primer lugar, la discriminación positiva se concibe simplemente como la mejora de las expectativas de las víctimas de la discriminación hasta llegar a la situación en la que se habrían hallado sin tal discriminación. En segundo lugar, se presume que la discriminación positiva es el único medio eficaz para generar los incentivos apropiados para que los grupos infrarrepresentados inviertan en capital humano (rompiendo el ciclo de la discriminación) y hagan frente a las deficiencias del mercado (monopolios sociales y costes de información) que, al reforzar la actual discriminación en la sociedad, impiden efectivamente que las mejores personas sean elegidas. Debe señalarse que la causalidad entre esas razones y los efectos de la discriminación positiva es discutida a menudo y es objeto de numerosas estrategias alternativas. No corresponde, sin embargo, al Tribunal de Justicia valorar las virtudes de esas políticas, sino tan sólo si pueden ser consideradas compatibles con el principio de igualdad de trato y en qué medida.

34 — Ello podría conseguirse mediante cláusulas de limitación o exigencias de evaluación periódica de la legislación.

positiva pueden a largo plazo crear derechos protegidos aun cuando las circunstancias iniciales que las justificaron hayan desaparecido. Con ello se pondría en peligro la finalidad de lograr a largo plazo la efectiva igualdad de oportunidades. Otros requisitos pueden vincularse a la naturaleza y onerosidad de la carga impuesta a los individuos del grupo sobrerrepresentado, a la probabilidad de que las superiores expectativas de los miembros del grupo infrarrepresentado puedan llevar a la efectiva igualdad de oportunidades y a la exigencia de demostrar la

infrarrepresentación, no sólo en general, sino en el sector o la institución específicos sujetos a formas de discriminación positiva.

52. En el presente caso, a falta de prueba del objetivo pretendido por la legislación, una norma como el artículo 8 de la Ley 75-3 no puede justificarse en virtud del artículo 141 CE, apartado 4, por lo que no es preciso determinar si esos requisitos se cumplen.

III. Conclusión

53. Por tanto, en mi opinión debe responderse a la cuestión planteada por el Tribunal nacional que:

«La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y el artículo 141 CE, apartado 4, se oponen a una legislación nacional como el artículo 8 de la Ley francesa 75-3, según su modificación, en cuanto discrimina entre viudos y viudas que no se han casado de nuevo en lo que atañe a la limitación de edad que se les impone para el acceso a puestos de trabajo en la Administración, sin estar dirigida a la remoción de desigualdades existentes ni a su compensación.»