

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO LA PERGOLA

presentadas el 18 de mayo de 1999 *

Las cuestiones prejudiciales

1. El presente procedimiento se refiere a la supuesta discriminación por razón de sexo en el reclutamiento en un cuerpo de élite de las fuerzas armadas británicas. Se someten al Tribunal de Justicia seis cuestiones con carácter prejudicial sobre el ámbito de aplicación del Tratado CE en general y, de manera más concreta, sobre la interpretación del artículo 224 del propio Tratado CE (actualmente artículo 297 CE) y del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 76/207/CEE (en lo sucesivo, «Directiva»).¹ En particular, el Industrial Tribunal de Bury St Edmunds (Reino Unido) solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre si una política que excluye, por razones relacionadas con la exigencia de garantizar la eficacia en combate de las fuerzas armadas en tiempos de paz y/o como preparación para la guerra, el enrolamiento de las mujeres en las fuerzas armadas en general o en un cuerpo de élite de infantería de marina que se rige de manera rigurosa, tanto en su organización como en sus actividades, por el denominado principio de «interoperatividad»,² está simplemente fuera del

ámbito de aplicación del Tratado CE y de la Directiva, o bien, con carácter subsidiario, no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en virtud del artículo 224 del Tratado o, con carácter subsidiario en segundo grado, puede justificarse con arreglo a la excepción establecida en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva. Las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia por el Juez *a quo* son las siguientes:

«1) ¿Quedan fuera del ámbito de aplicación del Tratado CE y/o de su Derecho derivado, en particular, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo las decisiones políticas que adopta un Estado miembro en tiempos de paz y/o como preparación para la guerra en relación con el acceso al empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo o el despliegue de sus fuerzas armadas cuando dichas políticas se han adoptado por razones de eficacia en combate?»

2) ¿Quedan fuera del ámbito de aplicación del Tratado CE y/o de su Derecho derivado las decisiones que un Estado miembro adopta como preparación para la guerra y en tiempo de paz respecto del reclutamiento, adiestramiento y destino de los soldados de tropas de choque de infantería de marina preparadas para el combate directo con las fuerzas enemigas

* Lengua original: italiano.

1 — 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 (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

2 — Según el Ministry of Defence (Ministerio de Defensa), la «interoperatividad» puede definirse como la capacidad de un individuo para desempeñar más de una función. En el caso de la infantería de marina, esto significa estar en condiciones de actuar indistintamente como militar especialista (por ejemplo, cocinero) y como soldado de infantería anfibio (véase el punto 2 de la resolución de remisión).

cuando dichas decisiones se han adoptado con objeto de garantizar la efectividad en combate de dichas unidades?

76/207/CEE del Consejo, la política adoptada por un Estado miembro de excluir a las mujeres, en tiempos de paz y/o como preparación para la guerra, del servicio como soldados interoperativos de infantería de marina?

3) ¿Autoriza el artículo 224 del Tratado CE (actualmente artículo 297 CE), interpretado correctamente, a los Estados miembros a excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo la discriminación por razón de sexo en relación con el acceso al empleo, formación profesional, condiciones de trabajo, incluidos los requisitos que rigen el despido en las fuerzas armadas en tiempos de paz y/o en preparación para la guerra con objeto de garantizar la eficacia en combate?

6) En caso afirmativo, ¿qué criterio debe aplicar el órgano jurisdiccional nacional para apreciar si la aplicación de tal política está justificada o no? »

Normas comunitarias pertinentes

4) ¿Es posible excluir del ámbito de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, mediante la aplicación del artículo 224 del Tratado CE (actualmente artículo 297 CE), la política adoptada por un Estado miembro consistente en excluir a las mujeres, en tiempos de paz y/o de preparación para la guerra, del servicio como soldados de infantería de marina interoperativos? En caso afirmativo, ¿qué directrices o criterios deberían aplicarse para determinar si es posible excluir regularmente la citada política del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE con arreglo al artículo 224 del Tratado CE (actualmente artículo 297 CE)?

2. Con arreglo al artículo 224 del Tratado, «los Estados miembros se consultarán a fin de adoptar de común acuerdo las disposiciones necesarias para evitar que el funcionamiento del mercado común resulte afectado por las medidas que un Estado miembro pueda verse obligado a adoptar en caso de graves disturbios internos que alteren el orden público, en caso de guerra o de grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra, o para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional».

5) ¿Es posible justificar, al amparo del artículo 2, apartado 2, de la Directiva

Las disposiciones pertinentes de la Directiva son el artículo 2, apartado 1, en el que se dispone que «el principio de igualdad de trato en el sentido de [la Directiva], supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirecta».

mente»; el artículo 2, apartado 2: «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»; el artículo 3, apartado 1: «La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación 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 el artículo 9, apartado 2: «Los Estados miembros procederán periódicamente a un examen de las actividades profesionales contempladas en el apartado 2 del artículo 2, con el fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social, si está justificado mantener las exclusiones de que se trata. Deberán comunicar a la Comisión el resultado de tal examen».

Marco jurídico nacional y hechos del procedimiento principal

3. La Sra. Sirdar fue admitida como cocinera en el Ejército británico en 1983, cuando tenía 17 años, y en 1990 fue destinada al 29º Regimiento de Comando de la Royal Artillery (si bien sin prestar servicio como combatiente). En febrero de 1994, recibió un preaviso de despido por causas económicas con efecto a un año después. El despido, que durante dicho período afectó a más de 500 cocineros de las fuerzas armadas, respondía al empeño de reducir los costes de la defensa. No obstante, en la Chefs Branch de los Royal Marines hacían falta cocineros, y el Coronel Brook, vicecomandante de logística de

dicha unidad, invitó a todas las personas afectadas por los recortes de la defensa a solicitar el traslado a los Royal Marines, solicitud que debía ir seguida en todo caso de una preselección y de un curso de formación. El 19 de julio de 1994, el Coronel Brook remitió una carta modelo en este sentido también a la Sra. Sirdar, cuyo nombre aparecía en la lista de personas que iban a ser despedidas de forma inmediata por causas económicas. Poco después del envío de dicha carta, el Coronel Brook fue informado por el 29º Regimiento de Comando de que el candidato al que había dirigido dicha oferta de traslado era, en realidad, una mujer. Dado que los Royal Marines no admiten mujeres en sus filas (por motivos que se expondrán más adelante), el Coronel Brook informó a la Sra. Sirdar de que la carta en la que se le invitaba a solicitar el traslado le había sido enviada por error y que, por consiguiente, su candidatura no podría tomarse en consideración. El 28 de febrero de 1995, la Sra. Sirdar fue despedida. Posteriormente, presentó una demanda judicial ante el Industrial Tribunal por considerar que había sido víctima de una discriminación ilegal por razón de sexo.

4. En el procedimiento principal, el Secretary of State for Defence (Ministro de Defensa) y la Army Board sostuvieron que la negativa opuesta a la Sra. Sirdar era fruto de una política del Ministry of Defence consistente en excluir a las mujeres del cuerpo de los Royal Marines con objeto de garantizar la eficacia en combate, y debía considerarse legal en la medida en que se basa en el texto actualmente vigente del artículo 85, apartado 4, de la Sex Discrimination Act 1975 (en lo sucesivo, «SDA»). Esta norma establece una excepción al principio general de la igualdad de trato entre hombres y mujeres; su tenor es el siguiente: «Ninguna disposición de la presente Ley podrá tener por efecto hacer

ilegal un acto adoptado con objeto de garantizar la eficacia en combate de las fuerzas navales, de tierra o aéreas de la Corona.»³

El cuerpo de los Royal Marines y el principio de interoperatividad

5. El cuerpo de élite de los Royal Marines está constituido por aproximadamente 5.900 militares, lo que equivale al 2 % de todas las fuerzas armadas del Reino Unido. Los Royal Marines son el cuerpo de tropas de asalto de las fuerzas anfibias del Reino Unido. Según las explicaciones de uno de sus jefes, el Coronel Wilson, «las características de esta fuerza de asalto, que tiene el tamaño de una brigada, son las de un cuerpo de infantería de marina flexible y militarmente equilibrado, adiestrado para el asalto, móvil, dispuesto a entrar en acción en un plazo mínimo y en condiciones de actuar en cualquier contexto y en el marco de cualquier tipo de operaciones militares».⁴ En resumidas cuentas, los Royal Marines es una unidad de dimensiones reducidas que constituye la punta de lanza de las fuerzas armadas británicas y tiene la misión de ser la primera en intervenir, sobre todo como infantería de asalto.

6. Según el Ministry of Defence, el principio de interoperatividad es suficiente para

justificar la negativa opuesta por los Royal Marines a la Sra. Sirdar: según afirma, la presencia de mujeres en dicho cuerpo obstaculizaría la interoperatividad y, por ende, la eficacia en combate de las unidades. La interoperatividad, que impregna todos los aspectos de la organización y la actividad de los Royal Marines, fue descrita por el Coronel Wilson como una doble capacidad de los militares sometidos a ella: en primer lugar, la de «una persona que, con independencia de su especialización [por ejemplo, como cocinero] es capaz de desarrollar una serie de funciones dentro de una formación, y hacerlo en un plazo muy breve»; en segundo lugar (lo que constituye la esencia misma de esta doctrina), la de «una persona que, con independencia de su especialización, es capaz de combatir como soldado de infantería». «A este respecto —añade el Coronel Wilson— todos los Royal Marines, tanto oficiales como tropa, son adiestrados como soldados de infantería de asalto».⁵ En síntesis, no es posible entrar en los Royal Marines para ejercer exclusivamente la función de cocinero o cualquier otra actividad especializada. Gracias a su adiestramiento (idéntico para todos los integrantes de la unidad), el cocinero de los Royal Marines es al mismo tiempo y sobre todo un soldado de asalto.

7. De la resolución de remisión se desprende que el principio de interoperatividad

3 — El texto modificado del artículo 85, apartado 4, se introdujo mediante la Sex Discrimination Act 1975 (Application to the Armed Force etc.) Regulations de 20 de diciembre de 1994 (S.I. 1994/3276; en lo sucesivo, «SDA Regulations») en cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva. Con anterioridad a dicha modificación, con arreglo a la versión del artículo 85, apartado 4 anteriormente vigente las fuerzas armadas quedaban completamente excluidas del ámbito de aplicación de la SDA.

4 — Véase el punto 14 de la resolución de remisión. Por sus características, los Royal Marines forman parte de las Fuerzas de Intervención Rápida de la OTAN. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente informa asimismo de que los Royal Marines operan en pequeñas unidades tácticas (los «fire teams») integradas por un reducido número de hombres que actúan en pareja y consiguen de este modo el máximo grado de entendimiento.

5 — Véase el punto 18 de la resolución de remisión. Por lo demás, siempre según las declaraciones del Coronel Wilson, «la principal razón por la cual la interoperatividad tiene una importancia tan fundamental para el cuerpo de los Royal Marines está ligada a su función primaria, que le es propia, de realizar operaciones anfibias. Una vez que la brigada ha desembarcado en las playas, probablemente en un país hostil, debe valerse por sí misma hasta que se encuentre una posición segura y lleguen las tropas de refuerzo. Las vías de aprovisionamiento de las que normalmente dispone el Ejército, y a través de las cuales puede reforzarse y aprovisionarse rápidamente, no pueden ser utilizadas por las tropas anfibias que han desembarcado desde el mar. Por tanto, las fuerzas anfibias deben ser autosuficientes y confiar en sus propios recursos. Así pues, cualquier Royal Marine de la brigada debe ser capaz de combatir, donde quiera que encuentre al enemigo, demostrando en todo momento su interoperatividad» (véase el punto 23 de la resolución de remisión).

dad se aplica efectivamente de manera constante y en todo tipo de situaciones. El órgano jurisdiccional remitente recuerda, por ejemplo, el caso de los cocineros de la Chefs Branch de los Royal Marines que combatieron activamente en las Islas Malvinas, y que en algunos casos murieron. También los integrantes de las «unidades estáticas» (que no se encuentran en servicio activo) de los Royal Marines están obligados a mantener una buena condición física y deben pasar tres veces al año un examen que tiene por objeto verificar su forma física, el Marine Basic Fitness Test.⁶ Basándose en las pruebas aportadas por el Ministry of Defence, el órgano jurisdiccional nacional concluye que «[en relación con el principio según el cual todos los Royal Marines pueden ser utilizados en cualquier momento como soldados,] existen pruebas concluyentes de que: a) así sucede en la práctica; b) los Royal Marines están organizados y adiestrados únicamente con base en dicho principio; c) todos los hombres se reclutan con dicha finalidad (incidentalmente, obsérvese que en el presente caso se trata —sobre la base de los hechos no controvertidos del presente litigio— del *reclutamiento* de un cocinero militar para el cuerpo de los Royal Mari-

nes); d) *no* se admiten excepciones en el momento del *reclutamiento*».⁷

Sobre el fondo

8. Considerando los hechos sometidos a su examen, el órgano jurisdiccional remitente estimó que debía formular las primeras cuatro de las seis cuestiones prejudiciales planteadas distinguiendo los supuestos de acceso a las fuerzas armadas en general (cuestiones primera y tercera) del caso específico del acceso a un cuerpo de élite de infantería de asalto (cuestiones segunda y cuarta). Ahora bien, en lo fundamental las cuatro cuestiones plantean al Tribunal de Justicia dos problemas cuya solución no puede, a mi entender, diferir en función de si la discriminación por razón de sexo de los interesados afecta a la totalidad de las fuerzas armadas o sólo a una de sus unidades. En realidad, lo que se pregunta al Tribunal de Justicia es lo siguiente: a) si el empleo en las fuerzas armadas, ya sea en su conjunto o sólo en un cuerpo de élite, queda, por su naturaleza, fuera del ámbito de aplicación del Tratado CE o de su Derecho derivado, o b) si lo dispuesto en el artículo 224 del Tratado permite a los Estados miembros excluir esta materia —también en este caso tanto para el conjunto de las fuerzas armadas como para determinadas unidades o cuerpos de élite— del ámbito de aplicación de la Directiva, adoptada precisamente con el objeto de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al trabajo. Las

6 — La razón por la cual todos los Royal Marines, con independencia de su especialización, deben mantenerse en perfectas condiciones físicas se explica en un informe titulado *Nueva política de empleo de las mujeres en el Ejército: repercusiones para los Royal Marines*, publicado el 10 de junio de 1994 (pocas semanas antes de la fecha en que el Coronel Brook envió a la Sra. Sirdar la carta en la que le invitaba a presentar una solicitud de traslado): «2(b) *Interoperatividad*. Al pertenecer a un cuerpo pequeño, en tiempos de crisis y de escasez de efectivos todos los Royal Marines deben estar en condiciones de servir en cualquier momento en una unidad de asalto de acuerdo con su rango y su grado de especialización. Los procesos de redespigüe de los efectivos exigen que hasta un total de 1.150 soldados y oficiales sean trasladados desde el centro de instrucción, el acuartelamiento y el cuartel general a la unidad de asalto en sustitución de las pérdidas sufridas en combate con ocasión del envío de refuerzos para hacer frente a crisis importantes. El empleo de mujeres en el cuerpo de los Royal Marines obstaculizaría la interoperatividad» (véase el punto 42 de la resolución de remisión).

7 — Véase el punto 44 de la resolución de remisión (el subrayado es del autor). Preciso que, según indicó la Sra. Sirdar sin ser contradicha por el Gobierno británico, en el momento del reclutamiento la única excepción parecen constituirlos los componentes de la banda militar de los Royal Marines, a la que se admiten las mujeres y a los cuales, por tanto, no se aplica la norma de la interoperatividad.

cuestiones primera y segunda se refieren al problema expuesto en la letra a), mientras que las cuestiones tercera y cuarta al expuesto en la letra b). Dado que, como ya he dicho, están conectadas entre sí, examinaré conjuntamente las cuestiones incluidas, respectivamente, en los dos pares que acabo de describir.

Las cuestiones prejudiciales primera y segunda

9. Mediante las dos primeras cuestiones, el Juez británico pregunta al Tribunal de Justicia, fundamentalmente, si debe considerarse que las decisiones relativas a las condiciones de empleo, incluido el acceso a las fuerzas armadas o a uno de sus cuerpos de élite, adoptadas por un Estado miembro en tiempos de paz y/o como preparación para la guerra por razones de eficacia en combate quedan fuera del ámbito de aplicación del Tratado CE y del Derecho derivado.

10. El Gobierno del Reino Unido, que, al igual que la Sra. Sirdar, los Gobiernos francés y portugués y la Comisión, presentó sus observaciones, considera que de lo establecido en el artículo 224 se desprende necesariamente que este tipo de decisiones están excluidas del ámbito de aplicación del Tratado CE. Los Gobiernos francés y portugués sostienen que la actividad de las fuerzas armadas está íntimamente ligada al concepto de soberanía, que los Estados miembros sólo han «compartido», según el Tratado CE, en algunos sectores distintos de la defensa. Por tanto, consideran que esta última materia sigue siendo de su

exclusiva competencia⁸ y que el presente procedimiento, que se refiere a la misma, no puede asimilarse al resuelto por la jurisprudencia en la que este Tribunal consideró el problema de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación no con las fuerzas armadas, sino con las fuerzas de policía y de seguridad interna⁹ que, según observan dichos Gobiernos, es algo completamente diferente de la defensa externa del Estado. Además, el Gobierno francés señaló que las fuerzas armadas quedan por completo fuera del ámbito de aplicación del Tratado CE con arreglo a lo dispuesto en el artículo 48, apartado 4 (actualmente artículo 39 CE, apartado 4, tras su modificación), que excluye a los empleos en la Administración pública del ámbito de la libre circulación que el Tratado garantiza a los trabajadores. La Sra. Sirdar contesta, por su parte, que no puede considerarse que la decisión de excluir a las mujeres de las fuerzas armadas para asegurar su eficacia en combate quede fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado CE y de la Directiva. En su opinión, semejante resultado no está previsto en ninguna disposición especial de dichos cuerpos normativos, ni puede inferirse del ordenamiento jurídico comunitario en general. Por lo que respecta al artículo 224, en el que se basa el Reino Unido para llegar a la conclusión opuesta, la Sra. Sirdar considera que el mismo contempla, manifiesta y exclusivamente, supuestos excepcionales que no resultan pertinentes en el presente caso. La cuestión que debe aclararse de inmediato es la de si la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto Johnston puede ofrecernos un precedente útil para plantear y resolver correctamente las cuestiones exa-

8 — El Gobierno francés, en particular, considera que la defensa debe tratarse en pie de igualdad con el resto de las funciones tradicionalmente reservadas al Estado, como la justicia, la diplomacia, las finanzas públicas y la policía.

9 — Sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651).

minadas. Por mi parte, considero que sí, tal como se explica en las consideraciones que siguen.

11. El asunto Johnston se refería a la exclusión de las mujeres de las funciones de policía que implican llevar armas de fuego. Esta medida había sido adoptada por las autoridades del Reino Unido con el fin de salvaguardar el orden público, gravemente amenazado por la especial situación de Irlanda del Norte. En aquel asunto, el Gobierno del Reino Unido había invocado una serie de excepciones previstas en el Tratado CE en materia de seguridad pública [los artículos 36 (actualmente artículo 30 CE, tras su modificación), 48, 56 (actualmente artículo 46 CE, tras su modificación), 223 (actualmente artículo 296 CE, tras su modificación) y 224], alegando que ni el Tratado CE ni el Derecho derivado podían aplicarse al ámbito objeto de litigio.¹⁰ No obstante, el Tribunal de Justicia desestimó con firmeza este punto de vista en los siguientes términos: «[las excepciones aplicables a hipótesis excepcionales claramente delimitadas contenidas en el Tratado CE] no permiten deducir la existencia de una excepción general, inherente al Tratado, que abarque todas las medidas adoptadas por motivos de *seguridad pública*. Reconocer la existencia de una reserva general que cubra cualquier disposición del Derecho comunitario, sin atender a las condiciones específicas de las disposiciones del Tratado, podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario»¹¹

12. Ahora bien, esta formulación tan nítida y convincente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es válida, a mi enten-

der, tanto para la seguridad *externa* como para la seguridad *interna* de cada Estado miembro. No alcanzo a entender por qué razón las exigencias ligadas a la defensa habrían de ser elevadas al rango de una «excepción general, inherente al Tratado» y constituir así un orden «privilegiado» con respecto a las exigencias de seguridad interna que el Tribunal de Justicia examinó en el asunto Johnston con el resultado antes recordado. Y ello por más de una razón. Para empezar, desde la sentencia Costa/Enel el Tribunal de Justicia ha excluido siempre que los Estados miembros tengan poderes inherentes al sistema del Tratado para establecer excepciones generales: «cuando a los Estados se les reconoce la facultad de actuar unilateralmente, se hace en virtud de una cláusula especial *expresa* [artículo 15, derogado por el Tratado de Amsterdam; apartado 3 del artículo 93 (actualmente artículo 88 CE, apartado 3), y artículos 223 a 225 [este último actualmente artículo 298 CE], por ejemplo]».¹²

13. Observo, además, que las excepciones específicas en relación con la seguridad externa previstas en el Tratado tienen un carácter excepcional, *al igual* que las que tienen por objeto la seguridad interna. Las excepciones previstas en los artículos 223 y 224 del Tratado tienen incluso un carácter particularmente excepcional, en el sentido en que tienen un carácter «completamente excepcional»,¹³ y no simplemente «excepcional» como tienen, en cambio, las contempladas en los artículos 36, 48, apartado 3, y 56, apartado 1, del Tratado.¹⁴ Por su naturaleza, las excepciones así

10 — Véase el apartado 24 de la sentencia.

11 — Véase el apartado 26 de la sentencia (el subrayado es mío).

12 — Sentencia de 15 de julio de 1964, Costa/Enel (6/64, Rec. pp. 1127 y ss., especialmente p. 1144), el subrayado es mío.

13 — Véase el apartado 27 de la sentencia Johnston.

14 — La observación es del Abogado General Sr. Jacobs en las conclusiones que presentó en el asunto «Macedonia» (punto 46; auto de archivo de 19 de marzo de 1996, Comisión/Grecia, C-120/94, Rec. p. I-1513).

configuradas deben estar sujetas, en pura lógica, a una interpretación *particularmente* restrictiva. En todo caso, no es lícito inferir de la pura y simple previsión de dichas excepciones la existencia de una reserva general (de soberanía de los Estados miembros) subyacente en el Tratado CE. El Tribunal de Justicia lo ha negado por lo que respecta a la seguridad interna del Estado, y lo mismo debe concluirse por lo que respecta a la defensa y a la seguridad externa. De hecho, dejando a un lado el asunto Johnston, el paralelismo entre el ámbito externo y el ámbito interno de la seguridad ha sido puesto de relieve desde diversos puntos de vista en la propia jurisprudencia de este Tribunal (así, por ejemplo, en relación con lo establecido en el artículo 36 del Tratado).¹⁵ Por lo demás, resulta significativo que sea precisamente el texto del artículo 224 del Tratado el que pone en un mismo plano el caso de graves disturbios que alteren el orden público (a los que se refería la defensa del Gobierno británico en el asunto Johnston) y el caso de guerra o de grave tensión internacional.¹⁶

14. Quisiera añadir que, tal y como observó la Sra. Sirdar, cuando el Tratado

CE (véase el artículo 48, apartado 4) quiso excluir el empleo público lo hizo expresamente, mientras que no me parece que exista ninguna norma (sea expresa, implícita o «inherente») que excluya la materia del empleo en las fuerzas armadas en general o en cuerpos de élite en particular del ámbito de aplicación del Tratado CE o de la Directiva, salvo (en su caso) la excepción contemplada en el artículo 2, apartado 2, de la propia Directiva (de la que me ocuparé más adelante). Por lo demás, admitir la existencia de una reserva implícita de carácter general abriría la puerta a toda una serie de reservas similares potencialmente ilimitada, lo que tendría por efecto acentuar en mayor medida aun los efectos negativos para el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario, tal como precisó el Tribunal de Justicia en la sentencia Johnston.

15. El propio Reino Unido, que en el presente asunto sostiene firmemente que la materia examinada queda fuera del Tratado CE, ha demostrado en otras ocasiones que reconoce *expresamente* que tampoco el empleo en las fuerzas armadas queda fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario y, en particular, de la Directiva. En la exposición de motivos de 1994 que acompañaba al SDA Regulations, mediante el que se modificó el artículo 85, apartado 4, de la SDA con base en el artículo 2, apartado 2, de la European Communities Act 1972, se afirmaba que se advertía la necesidad de derogar la norma anteriormente adoptada para excluir por completo a las fuerzas armadas del ámbito de aplicación de dicha Ley, y ello «con el fin de que la Sex Discrimination Act se atenga a las obligaciones derivadas de la Directiva 76/207/CEE del Consejo *en relación con las fuerzas*

15 — Sentencias de 4 de octubre de 1991, Richardt y «Les Accessoires Scientifiques» (C-367/89, Rec. p. I-4621), apartado 22; de 17 de octubre de 1995, Werner (C-70/94, Rec. p. I-3189), apartado 25, y de 17 de octubre de 1995, Leifer y otros (C-83/94, Rec. p. I-3231), apartado 26.

16 — Por lo que respecta a la tesis del Gobierno francés basada en la competencia exclusiva de los Estados miembros en relación con las funciones, como la de policía, tradicionalmente reservadas a los Estados, observo asimismo que, en consonancia con la jurisprudencia de la sentencia Johnston, en la sentencia de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia (318/86, Rec. p. 3559), el Tribunal de Justicia no dudó en considerar que estaban incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva tanto las unidades activas del cuerpo de la policía nacional [por más que el Gobierno francés hubiera subrayado «el imperativo fundamental del mantenimiento del orden» (apartado 21) y de «no comprometer el buen ejercicio de las tareas de seguridad pública» (apartado 22)] como el cuerpo de personal de vigilancia de las prisiones (actividad que implica contactos regulares con los presos).

armadas de la Corona». ¹⁷ A este respecto, procede señalar que, al igual que el Reino Unido, también Bélgica, ¹⁸ Dinamarca, ¹⁹ la República Helénica, ²⁰ Luxemburgo ²¹ y los

Países Bajos ²² han considerado que la Directiva es aplicable al empleo en las fuerzas armadas, mientras que en Francia están vigentes disposiciones de todo punto similares a las de la Directiva. ²³

17 — «Explanatory Note» que acompañaba al SDA Regulations (el subrayado es mío). A mi entender, el propio título de la Ley [*Sex Discrimination Act 1975 (Application to Armed Forces etc.) Regulations*] resulta cuando menos significativo. En la misma exposición de motivos se lee que «se deroga ahora (*de forma que en lo sucesivo la Ley se aplicará también al servicio de las fuerzas armadas*) el texto que figuraba en el artículo 83, apartado 4, anteriormente vigente [mediante el que se excluía a las fuerzas armadas del ámbito de aplicación de la Ley]» (el subrayado es mío).

Observo asimismo que, ya en 1991, el Ministry of Defence del Reino Unido había admitido ante la High Court que la política consistente en despedir del Ejército a las mujeres embarazadas que aplicaba era contraria a la Directiva, reconociendo así la pertinencia de ésta precisamente en relación con las fuerzas armadas (véase la pregunta escrita nº E-2447/94 a la Comisión de Robin Teverson de 30 de noviembre de 1994; DO C 81, de 3.4.1994, p. 33). También la política consistente en despedir a las mujeres embarazadas podría considerarse necesaria para no perjudicar, en alguna medida, el grado de eficacia en combate del cuerpo al que las mismas pertenecían, en la medida en que se ausentan del mismo durante un periodo bastante significativo y se hace necesaria su sustitución por otro militar.

18 — Una circular del ministère de la Défense nationale declara sin ambigüedad que la Ley de 4 de agosto de 1978 (por la que se adaptó el Derecho interno a la Directiva) es aplicable asimismo al personal militar.

19 — El artículo 13, apartado 1, de la Ley nº 213, de 3 de abril de 1978, por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva, se corresponde con el artículo 2, apartado 2, de la propia Directiva, y ha sido aplicado durante años por el Ministerio de Defensa por lo que respecta al empleo de mujeres en las tropas de combate y como pilotos de caza. Esta excepción no ha vuelto a ser invocada desde 1993, de modo que desde entonces se admite a las mujeres en todas las unidades de las fuerzas armadas danesas. Por lo demás, de un reciente informe de la OTAN se deduce que, en virtud de una nueva Ley adoptada el 19 de febrero de 1998, a partir del 1 de junio de 1998 no existe ya ninguna actividad de las fuerzas armadas vedada a las mujeres (véase *Women in the NATO Forces — Year-In-Review*, publicado por The Advisory Office on Women in the NATO Forces, Bruselas, 1998, pp. 14 a 16).

20 — La jurisprudencia de lo contencioso-administrativo considera aplicable a las fuerzas armadas y a la policía un principio constitucional de no discriminación de todo punto similar al previsto en la Directiva. En diversas ocasiones, el Consejo de Estado se ha referido además directamente a la Directiva para declarar ilegal una orden ministerial que establecía cuotas anuales para la admisión de mujeres en las escuelas militares (véase ΔΕρΑΘ 2470/1991, ΣτΕ 2857/1993, ΣτΕ 1067/1994, ΣτΕ 744/1995 y ΣτΕ 870/1995).

21 — A raíz de un recurso con arreglo al artículo 169 del Tratado CE (actualmente artículo 226 CE) interpuesto por la Comisión (véase el asunto Comisión/Luxemburgo, 180/86, DO C 215, p. 3; el asunto fue archivado), el Gran Ducado de Luxemburgo modificó las disposiciones relativas a la organización de sus fuerzas armadas que resultaban contrarias a la Directiva (en particular, se derogó la norma que establecía que sólo los hombres podían prestar servicio como voluntarios).

16. Está además la tesis del Gobierno francés según la cual la materia objeto de las cuestiones prejudiciales se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Tratado CE con arreglo al artículo 48, apartado 4, que excluye los empleos en la Administración pública de la libre circulación de trabajadores. Se trata de una opinión que no comparto. Tal y como el propio Tribunal de Justicia ha afirmado, «procede señalar que la Directiva 76/207, al igual, por otra parte, que la Directiva 75/117, ²⁴ se aplica a las relaciones de empleo en el servicio público. Estas Directivas, del mismo modo que el artículo 119 del Tratado CEE [los artículos 117 a 120 del Tratado han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE], tienen un alcance general, inherente a la naturaleza misma del principio que definen; en efecto, no se pueden introducir nuevas discriminaciones

22 — El artículo 5, apartado 2, de la *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen* (Ley sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres) reproduce la disposición del artículo 2, apartado 2, de la Directiva. Una política adoptada por el Ministerio de Defensa excluye a las mujeres únicamente de unidades concretas, como las de submarinistas y de soldados de infantería de marina («*korps mariniers*»).

23 — Pese a no haberse adoptado expresamente con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la Directiva, el artículo 6 de la Ley de 13 de julio de 1983 sobre el Estatuto de los Funcionarios establece una excepción al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres muy similar a la establecida en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva. Esta excepción se aplica también a las fuerzas armadas, y una Orden del ministro de la Défense (Ministro de Defensa) de 29 de abril de 1998 enumera los empleos en las fuerzas armadas y en la *gendarmérie* a los que no tienen acceso las mujeres (en relación con las fuerzas de tierra se incluyen, en particular, los empleos que implican la posibilidad de un contacto directo y prolongado con el enemigo).

24 — Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52).

exceptuando a determinados grupos de la aplicación de disposiciones destinadas a garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en toda la vida profesional». ²⁵ En la misma línea que esta jurisprudencia apuntan asimismo los citados asuntos Johnston (fuerzas de policía en Irlanda del Norte) y Comisión/Francia (unidades activas del cuerpo de la policía nacional y del personal de vigilancia de prisiones), ²⁶ en los que el Tribunal de Justicia aplicó concretamente la Directiva al empleo en la Administración pública. El hecho de que el empleo en la Administración pública en general y en las fuerzas armadas en particular está comprendido dentro del ámbito de aplicación del Tratado CE del Derecho derivado se ve confirmado asimismo por el tenor del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva, cuyo alcance es amplísimo. En él, la prohibición de discriminación por razón de sexo, que se asimila al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres —uno de los derechos fundamentales de la persona—, ²⁷ se define textualmente como aplicable «*cualquiera que sea el sector o la rama de actividad*»: las únicas excepciones son las previstas en la propia Directiva. Entre estas se encuentra la que figura en el artículo 2, apartado 2.

17. En todo caso, observo que el artículo 48, apartado 4, del Tratado no puede aplicarse al caso de la Sra. Sirdar

25 — Sentencia de 21 de mayo de 1985, Comisión/Alemania (248/83, Rec. p. 1459), apartado 16.

26 — Véanse también las sentencias de 17 de octubre de 1995, Kalanke (C-450/93, Rec. p. I-3051), referida al caso de un técnico de planificación de jardines en el Servicio de Parques y Jardines de la Ciudad de Bremen, y de 30 de abril de 1996, P./S. (C-13/94, Rec. p. I-2143), relativa a un administrador en un centro de enseñanza dependiente de la autoridad administrativa territorialmente competente.

27 — Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 15 de junio de 1978, Defrenne (149/77, Rec. p. 1365), apartado 27; de 20 de marzo de 1984, Razzouk y Beydoun/Comisión (asuntos acumulados 75/82 y 117/82, Rec. p. 1509), apartado 10, y P./S., citada en la nota 26 *supra*, apartado 19.

por dos motivos. Por una parte, debido a la naturaleza estrictamente interna del empleo (potencial): se denegó el acceso a un empleo en el Reino Unido a una mujer nacional británica no migrante. Por otra, el principio fundamental de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al trabajo se deriva de una normativa [la Directiva, adoptada con base en el artículo 235 del Tratado CE (actualmente artículo 308 CE)] que forma parte de la política social de la Comunidad Europea [artículo 3, letra i) del Tratado CE (actualmente artículo 3 CE, letra i), tras su modificación], ²⁸ más que del objetivo de establecer un mercado interior caracterizado por la inexistencia de obstáculos a la libre circulación de personas [artículo 3 CE, letra c)] a efectos del artículo 48 del Tratado.

18. ¿A qué conclusión me llevan las consideraciones anteriores por lo que respecta a las cuestiones primera y segunda? A excluir que el empleo en las fuerzas armadas constituya, incluso en tiempos de paz, una materia entera y necesariamente subsumida entre las competencias nacionales en virtud de una reserva general en favor de los Estados miembros sobreentendida en el propio Tratado CE: una materia en la cual la soberanía no sería «compartida» a efectos del proceso de integración. En las consideraciones que siguen, explicaré cómo el instrumento de la Directiva se utilizó para integrar en el ordenamiento jurídico comunitario la materia controvertida en el presente asunto desde la perspectiva fundamental de las garantías relacionadas con la igualdad de trato entre hombres y mujeres, sin perjuicio de la excepción permitida a los Estados miembros para

28 — Aun cuando en el momento de adoptarse la Directiva tuviera un tenor literal diferente del actual, el artículo 3, letra i), del Tratado parece haber mantenido desde entonces en lo esencial el objetivo actualmente perseguido por la Comunidad.

tener debidamente en cuenta las circunstancias sujetas a su apreciación. En este sentido, lo que los autores de la Directiva «compartieron» son no sólo los valores de la soberanía nacional, sino también los del Estado de Derecho. Esto es algo que se puede inferir claramente de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Johnston. De todo lo afirmado por el Tribunal de Justicia en aquella sentencia se desprende que la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no está sujeta a ninguna excepción general por lo que respecta a las medidas adoptadas en tiempos de paz y/o como preparación para la guerra motivadas por la necesidad de garantizar la eficacia en combate de las fuerzas armadas.

Las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta

19. El problema planteado mediante las cuestiones tercera y cuarta se refiere a las disposiciones del artículo 224 del Tratado. Se pide al Tribunal de Justicia que determine si el intérprete está autorizado, precisamente por dicha disposición, para excluir al menos del ámbito de aplicación de la Directiva las decisiones políticas relacionadas con el acceso a las fuerzas armadas objeto de las cuestiones anteriormente examinadas.

20. El Gobierno portugués excluye que la excepción prevista en el artículo 224 del Tratado pueda ser pertinente en el caso de autos. En su opinión, las facultades reconocidas en dicho artículo a los Estados miembros deben ejercerse exclusivamente en situaciones absolutamente excepcionales, y no se aplican en el caso en que las opciones relativas a la preparación y la organización de las fuerzas armadas, aunque estén inspiradas por la preocupación de asegurar la eficacia en combate, se realicen

en un clima de normalidad. Por el contrario, el Reino Unido y la Comisión²⁹ consideran que el caso examinado está amparado por la excepción prevista en el artículo 224 del Tratado. A su entender, la facultad de adoptar medidas de excepción al Tratado CE «en caso de guerra» se extiende necesariamente también a las decisiones análogas por las que se establecen excepciones en tiempos de paz pero como preparación para la guerra, siempre que sea con objeto de garantizar la eficacia en combate; con mayor razón aún, observa el Reino Unido —invocando las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto Macedonia—, cuanto que «la guerra es, por definición, un acontecimiento imprevisible. El paso [de las demostraciones de fuerza] al conflicto armado puede ser rápido y dramático». ³⁰ En cambio, la Sra. Sirdar niega la pertinencia del artículo 224 del Tratado en el caso que aquí nos ocupa, invocando dos tipos de argumentos: a) según afirma, en la sentencia Johnston el Tribunal de Justicia calificó la excepción contemplada en la norma de que se trata de «completamente excepcional», de modo que no puede ser objeto de una interpretación extensiva (con lo que la Sra. Sirdar comparte la postura de la República Portuguesa); b) en aquel mismo asunto, el Abogado General Sr. Darmon apreció en el artículo 224 del Tratado una «cláusula de salvaguardia cuyo campo de aplicación es general [...] y sólo [...] aplicable en ausencia de una regla especial [como el artículo 2, apartado 2, de la Directiva]». ³¹

29 — No obstante, esta es una postura que la Comisión formula con carácter subsidiario con respecto a su postura principal, según la cual el artículo 2, apartado 2, de la Directiva, objeto de las últimas dos cuestiones prejudiciales, es aplicable al caso de autos. En efecto, en sus observaciones la Comisión sigue el orden lógico de los fundamentos de Derecho de la sentencia Johnston, en la que el Tribunal de Justicia examinó la cuestión exclusivamente a la luz de la Directiva, declarando a continuación innecesario realizar un análisis con base en el artículo 224 (apartado 60).

30 — Punto 52 de las conclusiones.

31 — Véase el punto 5 de las conclusiones.

21. Comparto las observaciones de la demandante en el procedimiento principal y no las de los Gobiernos interesados y la Comisión. En primer lugar, me parecen fundamentales para el análisis que sigue las afirmaciones formuladas por el Tribunal de Justicia en el asunto Johnston invocadas por la Sra. Sirdar. En ellas se distingue claramente el caso de las excepciones «completamente excepcionales» (artículos 223 y 224 del Tratado) del de las excepciones solamente «excepcionales» (artículos 36, 48 y 56 del Tratado). A esto se añade que, según la jurisprudencia en el asunto Salgoil, los supuestos contemplados en los artículos 223 y 224 están «bien delimitadas y [...] no se prestan a ninguna interpretación extensiva». ³² Por tanto, estos supuestos deben ser necesariamente objeto de una interpretación estricta, en razón de su «carácter particularmente excepcional» y del hecho de que, a diferencia de los casos en que pueden establecerse excepciones a un aspecto concreto del mercado común (piénsese en los artículos 36 o 48, apartado 3), el artículo 224 permite establecer excepciones a la normativa del mercado común en general. Definido así el criterio para la correcta interpretación de la norma, observo que los supuestos previstos en el artículo 224 se refieren a situaciones transitorias y no permanentes, y al mismo tiempo de auténtica *crisis*, que cuando se presentan ponen en grave peligro intereses vitales, cuando

no la propia existencia de un Estado miembro. ³³ Precisamente el Reino Unido adoptó medidas unilaterales con arreglo al artículo 224 en una situación de grave crisis transitoria como fue la producida en 1982, cuando tropas argentinas ocuparon las Islas Malvinas, ³⁴ territorio británico de Ultramar.

22. Me adhiero a la opinión formulada sobre este particular por la Sra. Sirdar y la opinión análoga del Gobierno portugués. También yo considero que lo dispuesto en el artículo 224 del Tratado no puede aplicarse a decisiones políticas de los Estados miembros relativas al enrolamiento en las fuerzas armadas en situaciones que me atreveré a calificar de «normales», para distinguirlas de las de «guerra efectiva» y

32 — Sentencia de 19 de diciembre de 1968, Salgoil (13/68, Rec. p. 601), parte III.2. En el mismo sentido se pronunció también el Abogado General Sr. Gand, que consideró que el artículo 224 del Tratado tenía «un ámbito limitado y correspond[ía] a una situación particular. [Se trata de una] excepción, de interpretación estricta, que no puede [...] invocarse para negar la existencia de los derechos nacidos de otros preceptos del Tratado» (parte IV de las conclusiones, Rec. p. 687).

33 — Según J. Verhoeven, habida cuenta del tenor y del espíritu de los artículos 223 y 224 del Tratado, parecería razonable considerar que el artículo 223 se refiere a las medidas generales que un Estado miembro adopta en tiempos «normales» para garantizar su seguridad, mientras que el artículo 224 se refiere a las medidas *especiales* que se hacen necesarias en una *situación real de crisis, una vez producida* [véase V. Constantinesco, J.-P. Jacqué, R. Kovar y D. Simon (dirs.): *Commentaire du Traité instituant la CEE*, económica, París, 1992, entrada dedicada al artículo 224, apartado 2, del Tratado]. Según P.J.G. Kapteyn y P. Verloren van Themaat, las medidas que los Estados miembros pueden adoptar con base en el artículo 224 van mucho más allá de las que pueden adoptar con arreglo al artículo 36, precisamente atendiendo a las circunstancias *especiales* previstas en la primera norma (véase Kluwer y Graham & Trotman: *Introduction to the Law of the European Communities*, Deventer-Londres, 2ª ed., 1990, p. 406). También en el «Commentaire Megret» a propósito del artículo 224 se trata de las «medidas necesarias en caso de crisis» (VV.AA.: *Le droit de la Communauté économique européenne*, Universidad de Bruselas, 1987, vol. 15, p. 435), mientras que en el «Commentario Quadri-Monaco-Trabucchi» se hace referencia a medidas unilaterales de una «duración estrictamente necesaria» para hacer frente a «circunstancias excepcionales y de especial gravedad» (véase R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi: *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Giuffrè, Milán, 1965, vol. III, comentario al artículo 224, pp. 1633 y 1634).

34 — Véase el segundo considerando del Reglamento (CEE) n° 877 del Consejo, de 16 de abril de 1982, por el que se suspenden las importaciones de todos los productos originarios de Argentina (DO L 102, p. 1), cuyo tenor es el siguiente: «considerando que, a raíz de las medidas ya adoptadas por el Reino Unido, los Estados miembros se consultaron de conformidad con el artículo 224 del Tratado [CE] constitutivo de la Comunidad Económica Europea».

de «grave tensión internacional» que constituya una «amenaza de guerra». Se dirá que también en período de paz existe el riesgo de que se produzcan disturbios. Es cierto: en la práctica, la preparación para la guerra no conoce interrupciones; al fin y al cabo, el propio Tribunal de Justicia ha reconocido que «cada vez es menos posible considerar aisladamente la seguridad de un Estado, puesto que está estrechamente ligada a la seguridad de la comunidad internacional en general y de los diversos elementos que la componen». ³⁵ Ahora bien, precisamente por eso considero ilegal con arreglo al Tratado CE la conducta de un Estado miembro que adopte iniciativas unilaterales amparándose en el artículo 224 simplemente con vistas y como preparación para un eventual conflicto. Si se acogiera la tesis formulada por el Reino Unido y la Comisión en el presente procedimiento, lo que tendría como resultado justificar *cualquier* medida unilateral de un Estado miembro dirigida en *cualquier* momento a preparar a sus fuerzas armadas para la guerra, la situación configurada en el artículo 224 como completamente excepcional quedaría, por así decirlo, normalizada, es decir, se la consideraría normal. Y no sólo eso. Se concretaría además el riesgo, a que se refirió el Tribunal de Justicia en la sentencia Johnston, de ver comprometido el carácter imperativo de la aplicación uniforme del Derecho comunitario. ³⁶

23. La Sra. Sirdar también recordó, como queda indicado, la opinión del Abogado General Sr. Darmon en el asunto Johnston, según la cual el artículo 224 del Tratado, en cuanto cláusula de salvaguardia, consti-

tuye «la *última ratio* a la que sólo se puede recurrir a falta de otra disposición comunitaria que permita satisfacer las exigencias del orden público de las que se trate». ³⁷ Las cuestiones quinta y sexta versan precisamente sobre dicha disposición. Así pues, la atinada observación del Sr. Darmon resulta importante también a efectos del presente procedimiento. No obstante, antes de entrar en el examen de esas otras cuestiones, quisiera completar el análisis del problema aquí considerado deteniéndome sobre otra tesis formulada por el Gobierno francés.

24. En apoyo de su conclusión según la cual el empleo en las fuerzas armadas está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva, el Gobierno francés invoca asimismo algunas observaciones realizadas por el Abogado General Sr. Jacobs en el asunto Macedonia sobre la interpretación del artículo 224 del Tratado y otras formuladas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH») en relación con la interpretación del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «Convenio»), que constituye en el sistema de dicho Convenio una disposición análoga a la del artículo 224 del Tratado. ³⁸ En nuestro caso, la República Francesa invocó estos

³⁷ — Punto 5 de las conclusiones.

³⁸ — En dicha disposición, titulada «Excepción en caso de estado de urgencia» (*Dérrogation en cas d'état d'urgence*), se dispone, en el apartado 1, que en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el Convenio, en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional. Como se ve, esta norma tiene un tenor de todo punto análogo al del artículo 224 del Tratado: ambas introducen una excepción a un sistema general (respectivamente, la protección de los derechos humanos y el mercado común), pero sólo en supuestos totalmente excepcionales cuyo carácter sea tan grave que no permita otra solución que una excepción de esa índole.

³⁵ — Véanse las sentencias Werner, apartado 26, y Leifer y otros, apartado 27, citadas en la nota 15 *supra*.

³⁶ — Véase el apartado 26 de la sentencia.

precedentes jurisprudenciales³⁹ para sustentar la opinión según la cual ante un acto adoptado unilateralmente por un Estado miembro en defensa de sus intereses vitales, el control jurisdiccional ha de atenuarse de forma considerable, cuando no desaparecer por completo, en cuanto medio de control eficaz de los actos y comportamientos que debe apreciar el Juez. Según esta tesis, tan sólo el Estado interesado está verdaderamente en condiciones de apreciar si existe una amenaza para su seguridad y con qué y cuántos medios debe afrontarla. Esto entraña, a los efectos que aquí importan, la siguiente consecuencia: las medidas mediante las que un Estado miembro organiza las fuerzas armadas, las recluta y las prepara para el cumplimiento de sus funciones no pueden reducirse a vínculos y obligaciones que afectan al núcleo de la soberanía y cuya observancia difícilmente puede ser objeto de control jurisdiccional. Ahora bien, los requisitos para la aplicación del artículo 224 del Tratado se establecen no sólo en el propio tenor de dicha disposición, sino en varias precisiones jurisprudenciales relativas a la misma, a las que se pueden añadir las disposiciones análogas del artículo 15 del Convenio tal como han sido interpretadas por el TEDH:

«un caso de crisis grave»,⁴⁰ «una situación que raya en el hundimiento total de la seguridad [externa]»,⁴¹ «[una situación] que amenace la vida de la nación»⁴² o «un peligro para la vida de la nación».⁴³ Si he entendido bien, la República Francesa considera que para justificar su punto de vista, anteriormente expuesto, basta la existencia de un mero nexo instrumental entre los intereses superiores cuya salvaguarda sigue correspondiendo a los Estados miembros con arreglo al artículo 224 del Tratado, cada uno dentro de su propio ámbito, y las medidas adoptadas, aunque sea en tiempos de paz, para protegerlos. ¿Qué decir del razonamiento así sometido a la consideración del Tribunal de Justicia? Ciertamente, no ignoro la cautela que emana de las consideraciones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto Macedonia: se trata de una invitación a la prudencia que debería inspirar al Juez competente para apreciar la legalidad de las medidas que un Estado miembro adopta para salvaguardar sus intereses en casos, o para casos, de extremo peligro. Sin embargo, no considero que por ello deba adherirme a las conclusiones del Gobierno francés, que me causan perplejidad por los motivos que a continuación expongo.

39 — Según el Abogado General Sr. Jacobs, «es evidente que el alcance del control jurisdiccional ejercido con arreglo al artículo 225 [del Tratado CE sobre los actos adoptados por un Estado miembro con arreglo al artículo 224] es muy limitado [...] también en razón del propio objeto del litigio» y «no existe criterio jurídico alguno en relación al cual [el Tribunal de Justicia] pueda apreciar estas cuestiones [como la de la corrección de la respuesta de un Estado miembro a una amenaza a sus intereses vitales]» (puntos 63 y 65 de las conclusiones presentadas en el asunto Macedonia).

Según el TEDH, «incumbe en primer lugar a cada Estado firmante, responsable de "la vida de [su] nación", determinar si un "peligro público" la amenaza y, en caso afirmativo, hasta dónde debe llegarse para tratar de eliminarlo. Las autoridades nacionales, al estar en contacto directo y constante con las realidades apremiantes del momento, se encuentran en principio en mejor situación que el Juez internacional para pronunciarse tanto sobre la existencia de dicho peligro como sobre la índole y la amplitud de las excepciones necesarias para conjurarlo» [sentencia de 18 de enero de 1978, Irlanda/Reino Unido, TEDH, Serie A, vol. 25 (1978), pp. 78 y 79; este pasaje fue citado por el Abogado General Sr. Jacobs en el punto 55 de sus conclusiones en el asunto Macedonia].

25. En primer lugar, afirmar que la materia examinada, por su escasa idoneidad para el control jurisdiccional, queda fuera del ámbito de aplicación del Tratado CE significa, a mi entender, invertir el orden lógico en el que deben considerarse los distintos aspectos en relación con los cuales el

40 — Conclusiones del Abogado General Sr. Gand en el asunto en el que recayó la sentencia de 15 de octubre de 1969, Ugliola (15/69, Rec. pp. 363 y ss., especialmente p. 373), parte III.1.

41 — Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto Macedonia, en cuyo punto 47 se refiere a un «hundimiento total de la seguridad interior».

42 — Artículo 15, apartado 1, del Convenio.

43 — TEDH, asunto Irlanda/Reino Unido, citado en la nota 39 *supra*.

Tribunal de Justicia puede examinar la cuestión de interpretación que se le ha sometido en el presente caso. En primer lugar, hay que haber demostrado que la materia sujeta a las medidas de control está fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones de Derecho comunitario, ya sea primario o derivado. Sólo entonces, y en ningún otro caso, podrán dichas medidas dejar de ser objeto del control jurisdiccional que —en una comunidad de Derecho como es la Comunidad Europea— va inevitablemente unido a la obligación de los Estados miembros de observar las normas establecidas en el Tratado CE o derivadas del mismo. Ahora bien, en el presente caso, por las razones ya expuestas y las que aún expondré más adelante, las medidas controvertidas en el procedimiento principal pertenecen a una materia que, por estar sujeta a las disposiciones del Derecho comunitario, no queda fuera del ámbito en el que el Tratado CE produce sus efectos ni, desde luego, puede quedar excluida del mismo por vía de interpretación.

26. En segundo lugar, la sujeción al control jurisdiccional de las medidas unilaterales adoptadas por los Estados miembros con base en el artículo 224 del Tratado está expresamente prevista en el artículo 225 del propio Tratado. Se trata de un control evidentemente atribuido al Tribunal de Justicia en pleno uso de sus competencias como órgano jurisdiccional garante de la observancia del Derecho comunitario. De hecho, el Tribunal de Justicia lo ha ejercido [mediante un auto dictado con arreglo al artículo 186 del Tratado CE (actualmente artículo 243 CE)] frente a la República Helénica en un caso en que dicho Estado consideraba que existía una situación de «tensión internacional que constituya una amenaza de guerra». ⁴⁴ En aquella ocasión,

tras señalar que los argumentos formulados por la Comisión eran «lo bastante pertinentes y serios», el Tribunal de Justicia manifestó que le correspondía «comprobar si [...] ni siquiera se han cumplido en el presente caso *los requisitos para la aplicación* del artículo 224 [del Tratado], [si bien esto] implica el examen de cuestiones jurídicas complejas». ⁴⁵ El Tribunal de Justicia ha reconocido asimismo al Juez del Estado miembro interesado la competencia de controlar las medidas adoptadas (en tiempos de paz relativa) ⁴⁶ con el fin de garantizar la seguridad nacional, pronunciándose del siguiente modo: «[en el marco del control jurisdiccional de las restricciones cuantitativas a la exportación de mercancías que pueden utilizarse con fines militares] *corresponde al órgano jurisdiccional nacional* decidir [con base en los hechos] sometidos a su apreciación [si realmente existen razones de seguridad pública]». ⁴⁷

27. En tercer lugar, no debe perderse de vista el carácter particular de la excepción prevista en el artículo 224 del Tratado, al que deben atenerse, en mi opinión, los

45 — Véase el apartado 69 del auto (el subrayado es mío).

46 — Los hechos de aquel asunto se referían a las exportaciones por parte de Alemania de mercancías de doble uso (productos apropiados para la fabricación de armas químicas) con destino a Irak cuando este Estado se encontraba en guerra con Irán (en los años ochenta), conflicto durante el cual se utilizaron armas químicas (véase las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs, punto 57).

47 — Véase la sentencia Leifer y otros, citada en la nota 15 *supra*, apartado 29 (el subrayado es mío). En el mismo sentido, véase la sentencia de 27 de octubre de 1977, Regina/Boucherou (30/77, Rec. p. 1999), en la que se afirma que «en la medida en que pueda justificar determinadas restricciones a la libre circulación de personas establecida en el Derecho comunitario, la invocación por parte de una autoridad nacional del concepto de orden público supone, en todo caso, la existencia, además de la perturbación del orden público que constituye cualquier infracción de la Ley, de una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad» (apartado 35 de la sentencia; el subrayado es mío), con lo que el Tribunal pretendía a todas luces señalar que debe ser posible efectuar un control jurisdiccional sobre la concurrencia de las propias premisas de la medida nacional que limita una libertad tutelada por el ordenamiento jurídico comunitario.

44 — Auto dictado con arreglo al artículo 186 del Tratado, de 29 de junio de 1994, Comisión/Grecia (C-120/94 R, Rec. p. I-3037), apartado 31.

criterios hermenéuticos relativos a la aplicación de dicha disposición. De incluir la organización ordinaria de las fuerzas armadas en el ámbito de aplicación del artículo 224, tal y como pretenden los Gobiernos nacionales que han intervenido en el presente procedimiento, se estaría autorizando a los Estados miembros a acogerse de forma prácticamente «normal» a dicha excepción, extendiendo indebidamente el ámbito en el que puede invocarse la norma que la establece (y, a este respecto, me remito a lo ya señalado en los puntos 21 y 22).

28. Por último, procede recordar que en el caso de autos está en juego un derecho fundamental de la Sra. Sirdar, como es el de no ser discriminada por razón de sexo en lo que se refiere al acceso al trabajo. A este respecto, debe tenerse presente que el artículo 6 de la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de «[introducir] en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los artículos 3, 4 y 5 pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional». La tesis formulada por el Gobierno francés parece pasar por alto este aspecto del caso que nos ocupa, así como la interpretación del artículo 6 de la Directiva que hizo el Tribunal de Justicia en el asunto Johnston, en el que se trataba del orden público de un Estado miembro, considerándolo como «la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros». ⁴⁸

29. Llegados a este punto, quisiera recapitular brevemente mi postura sobre el fondo de las cuatro primeras cuestiones. La cuestión de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso a un empleo en las fuerzas armadas no es ajena al Derecho comunitario ni queda fuera del mismo en virtud del artículo 224 del Tratado. Es cierto que los Estados miembros no han transferido a la Comunidad competencias relativas a la organización y dirección de sus fuerzas armadas, pero ése no es el objeto de litigio. El Derecho comunitario no pretende interferir en la ordenación de las fuerzas armadas, pero se ocupa de las medidas excepcionales adoptadas con base en el artículo 224 del Tratado y del funcionamiento del mercado común, integra esta materia dentro de su ámbito de aplicación y contempla el correspondiente control jurisdiccional. Además, esta materia está regulada por la Directiva precisamente en relación con el acceso al trabajo; y la Directiva tiene un ámbito de aplicación «universal», en el que el Tribunal de Justicia ya ha incluido la seguridad interna, un poder «soberano» de los Estados miembros al igual que lo es la defensa. Tampoco el artículo 224 del Tratado permite que se excluya la aplicación de la Directiva (en menor medida aún, me permito decir, en el caso de medidas adoptadas en tiempos de paz). Y si bien es cierto que el Derecho comunitario contempla determinados supuestos de exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva, tan sólo lo hace en el marco de la propia Directiva, problema éste que paso a abordar ahora en relación con las cuestiones quinta y sexta.

Quinta cuestión prejudicial

30. Mediante la quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional nacional pregunta al Tribunal de Justicia, con carácter

48 — Véase el apartado 18 de la sentencia; por su parte, el Abogado General Sr. Darmon afirmó que «el orden público no puede justificar que se prescindiera del control del Juez» (véase el punto 5 de sus conclusiones). En el mismo sentido, si bien en un contexto fáctico diferente, véase la sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), apartado 18.

subsidiario de segundo grado, si la política de un Estado miembro consistente en excluir a las mujeres, en tiempos de paz y/o como preparación para la guerra, del servicio en una unidad sujeta a la norma de la interoperatividad, como es la de los Royal Marines, puede justificarse con arreglo al artículo 2, apartado 2, de la Directiva. En concreto, se trata de determinar si el sexo constituye una condición determinante para el acceso al trabajo en una unidad de las características descritas en la resolución de remisión.

31. Subrayando las analogías del presente caso con el resuelto mediante la sentencia Johnston, todos los Gobiernos que han intervenido en el presente procedimiento y la Comisión están de acuerdo en que el servicio en la unidad de los Royal Marines puede considerarse incluido dentro del ámbito de aplicación de la excepción prevista en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva en razón tanto de su naturaleza como de las condiciones de su ejercicio. Algo que también la Sra. Sirdar parece admitir, al menos en principio.

32. Por lo que respecta a la *naturaleza* de las actividades de los militares que prestan servicio en dicha unidad, todos los Gobiernos que han intervenido en el procedimiento y la Comisión subrayaron las especiales características de un cuerpo destinado a darlo todo en combate, deteniéndose sobre la intensidad y la continuidad del duro adiestramiento y sobre los esfuerzos físicos a los que se somete a los soldados de asalto, sobre todo en las acciones de guerra. Estas consideraciones, por sí solas, no me parecen suficientes para justificar la aplicabilidad de la excepción

prevista en la Directiva.⁴⁹ En la sentencia Johnston, el Tribunal de Justicia llegó a la misma conclusión en relación con unos hechos muy similares a los que aquí nos ocupan, caracterizados por unas disposiciones nacionales de todo punto análogas.⁵⁰ Dichas disposiciones se correspondían bastante exactamente con el artículo 85, apartado 4, de la SDA, y —no puedo dejar de señalarlo—, al igual que la normativa relativa a las fuerzas de

49 — Al menos algunas mujeres, particularmente adiestradas y en óptimas condiciones físicas, pueden soportar desde un punto de vista físico las mismas pruebas a las que se somete a los Royal Marines. La idea preconcebida de la inferioridad física femenina con respecto a los hombres no tiene un fundamento real, hasta el punto de que en las fuerzas armadas de algunos países se admite a las mujeres para desempeñar funciones que antes se pensaba que debían estar reservadas a los hombres por una simple cuestión de fuerza física (del informe de la OTAN de 1998 citado en la nota 19 *supra* se desprende que se emplea a mujeres en una de las unidades que desempeña algunas de las funciones más duras y comprometidas en términos absolutos de todas las fuerzas armadas canadienses, el «Search and Rescue», p. 12; véanse también los casos de Bélgica, Dinamarca y Noruega, que admiten a las mujeres en cualquier unidad, incluidas, según creo, las similares a los Royal Marines). ¿Y qué decir, por lo demás, del hecho de que en nuestros días las marcas deportivas de las mujeres superen en distintas disciplinas, a menudo por amplio margen, los *records* masculinos establecidos hace años? En el asunto Comisión/Francia, el Abogado General Sir Gordon Slynn observó, en relación con la actividad en la policía, en la que «es necesario el uso de la fuerza o la demostración de la capacidad de utilizar la fuerza», que, aunque «los hombres medios sean más altos y más fuertes que las mujeres», esto «en sí mismo podría no ser suficiente [para considerar] que el sexo pueda constituir un factor determinante [a efectos del artículo 2, apartado 2, de la Directiva]» (Rec. p. 3571).

50 — La igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso y el empleo en el cuerpo de policía auxiliar en el que prestaba servicio la Sra. Johnston estaba consagrada en la Sex Discrimination (Northern Ireland) Order 1976. El artículo 53, apartado 1, de dicha Ley, cuyo contenido y objetivos eran bastante similares a los de la SDA, prevé que «ninguna de las disposiciones de la Sex Discrimination Order que prohíben la discriminación puede tener por efecto convertir en ilícito un acto realizado con el fin de salvaguardar la seguridad del Estado o de proteger la seguridad o el orden público» (véase el apartado 3 de la sentencia).

Tras excluir que la *naturaleza* de la actividad profesional de la policía pudiera justificar la discriminación por razón de sexo (apartado 34 de la sentencia), el Tribunal de Justicia desestimó implícitamente la alegación del Gobierno británico según la cual entre los criterios que debían tenerse en cuenta en relación con los cuerpos de policía de Irlanda del Norte estaba la existencia de una diferencia de fuerza física entre ambos sexos (apartado 31 de la sentencia).

El Abogado General Sr. Darmon manifestó, asimismo en el asunto Johnston, que «no parece que una autoridad nacional pueda, de conformidad con el Derecho comunitario, oponerse al acceso de las mujeres al empleo de policía armada porque haría suya la frase de Hamlet: "Frailty, thy name is woman"» (punto 8 de las conclusiones).

policía en Irlanda del Norte, la SDA se aplica (en el ámbito de las «fuerzas armadas») indistintamente a los hombres y las mujeres. Por tanto, considero que puedo tomar prestada para el caso que nos ocupa, *mutatis mutandis*, la fórmula empleada por el Tribunal de Justicia en el asunto Johnston: habida cuenta de que la SDA se aplica expresamente a los empleos en las fuerzas armadas y que no se hace distinción alguna, a este respecto, entre hombres y mujeres, la *naturaliza* de la actividad profesional en las fuerzas armadas no debe estimarse para justificar la discriminación en cuestión.⁵¹

33. Dicho esto, procede comprobar si el sexo constituye, esta vez en razón de las particulares *condiciones* en las que se desarrolla la actividad de los Royal Marines, un factor de discriminación lícito a efectos de la presente cuestión. De la resolución de remisión se desprende que la política de exclusión de las mujeres adoptada por el Ministry of Defence en relación con el cuerpo de los Royal Marines está dictada exclusivamente por la preocupación de garantizar la eficacia en combate de la unidad, la cual, según sostiene el Gobierno británico, está adiestrada y organizada precisamente con este fin sin apartarse en ningún caso de la norma de la interoperatividad.⁵² Los autos del procedimiento principal atestiguan la existencia de

pruebas inequívocas de la aplicación sin excepciones de esta norma en el momento, pertinente a efectos del presente asunto, en el que el militar es enrolado o trasladado a la unidad.⁵³ El cuerpo de los Royal Marines está adiestrado de tal modo que pueda actuar en cualquier circunstancia o ambiente en un plazo mínimo: es la punta de lanza de las fuerzas armadas, nos dice el Reino Unido. El Ministry of Defence pretendía evitar incluso la mera posibilidad de que la inclusión de mujeres en este sector neurálgico del sistema defensivo pudiera menoscabar la eficacia en combate. No hay pruebas (como observa la Sra. Sirdar) de que efectivamente exista tal riesgo de deterioro: cualquier experimentación real sería extremadamente arriesgada, ya que debería efectuarse en el curso de operaciones militares reales.⁵⁴ Existe, en cambio, una mera presunción, fruto, según insiste en precisar el Gobierno británico, de una «valoración militar». Pero es precisamente una valoración de este tipo la que, a mi entender, cuenta a efectos de la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión planteada. Para valorar cuáles son, con arreglo a la Directiva, las condiciones de ejercicio de la actividad confiada a los Marines, no existe ningún otro criterio de referencia, diría yo, que el que se deriva de los datos, opiniones y testimonios aportados al respecto por las autoridades nacionales responsables de la dirección y organización de dicho cuerpo armado. He recordado dichos elementos de juicio tal y como se derivan con suma claridad y puntualidad de los fundamentos de Derecho de la resolución de remisión y de las alegaciones del Gobierno del Reino Unido. Sobre esta base, he adquirido un convencido

51 — Apartado 34 de la sentencia.

52 — Véase el contenido del informe de 10 de junio de 1994 titulado *Nueva política de empleo de las mujeres en el Ejército: repercusiones para los Royal Marines* (citado en la nota 6 *supra*). A esto se añade el contenido del informe de febrero de 1997 titulado *Política de empleo de las mujeres en los Royal Marines*, citado en el punto 24 de las observaciones del Reino Unido: «La integración de mujeres en el seno de pequeñas unidades estrechamente cohesionadas cuya principal función consiste en aproximarse al enemigo para matarlo podría tener una incidencia negativa sobre la moral y la cohesión de dichas unidades, lo que tendría como resultado menoscabar su eficacia en combate, lo que podría afectar negativamente a la vida de nuestros soldados y, en última instancia, a la seguridad nacional».

53 — Véase el punto 7 *supra*.

54 — Tal vez cabría solicitar la colaboración y el consejo de aquellos países que, como Bélgica, Dinamarca y Noruega (todos ellos Estados miembros de la OTAN) no establecen ningún tipo de impedimento al empleo de las mujeres en las fuerzas armadas (véase el informe de la OTAN de 1998 citado en la nota 19 *supra*, pp. 7, 14 y 31).

miento que puedo formular del siguiente modo: la norma inflexible de la interoperatividad, que se opone a la contratación de una cocinera en el presente caso, preside tanto la organización como el propio rendimiento de este cuerpo de élite de las fuerzas armadas. Si dicha norma está justificada —y me inclino a pensar que lo está— no cabe excluir que pueda justificarse, a su vez, la consiguiente decisión de no admitir mujeres en las filas de los Royal Marines. El testimonio aportado en el procedimiento principal por el Comandante de la unidad alude a las repercusiones negativas para la cohesión de dicha unidad de asalto que tendría una eventual presencia de elementos femeninos en caso de intervención, debido a la previsible preocupación de los soldados por proteger a las mujeres, prescindiendo de la idoneidad física de estas últimas (jamás puesta a prueba) para las arduas acciones de guerra y para la lucha cuerpo a cuerpo, que constituye la misión a la que está destinada la unidad. Dejaré tales apreciaciones y las demás de este tipo a las autoridades nacionales que han optado —opción siempre motivada y responsable en democracia— por mantener la tradicional composición masculina de un núcleo de vanguardia de las fuerzas armadas, que por lo demás de un tiempo a esta parte están ampliamente abiertas a las mujeres en el Reino Unido: «según las circunstancias, las autoridades nacionales disponen de un cierto margen de apreciación al adoptar las medidas que consideran necesarias para garantizar la seguridad pública de un Estado miembro». ⁵⁵ Repito que no estoy en condiciones de excluir con absoluta certeza que la presencia de mujeres en la unidad pueda perjudicar, al menos a algún respecto y en determinadas circunstancias, los resultados de máxima eficacia que se

exigen del empleo y la intervención de la infantería de asalto de marina o tener como consecuencia exponer a los combatientes a mayores riesgos y debilitar un recurso importante de la defensa nacional.

34. El resultado al que llego se ve sustentado por la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto Johnston. En efecto, en aquel asunto se consideró justificable, siempre en virtud de la excepción prevista en la Directiva, la decisión de excluir a las mujeres de la participación activa en unidades, como el cuerpo de policías provistos de armas de fuego, destinadas a mantener el orden público en Irlanda del Norte en una situación de auténtica y verdadera *guerra civil*. ⁵⁶ Entonces, el Tribunal de Justicia acogió las alegaciones del Gobierno del Reino Unido, que no se diferencian sustancialmente de las formuladas en el presente procedimiento. En el asunto Johnston, el Reino Unido alegó que para excluir a las mujeres de las unidades de policía de Irlanda del Norte se habían tenido en cuenta los riesgos *previsibles* que la utilización de mujeres armadas podría entrañar. El Tribunal de Justicia reconoció que la exclusión de las mujeres de las unidades de policía armada podía estar justificada con esta afirmación textual: «*no se puede excluir la posibilidad*, a este respecto, de que la tenencia de armas de fuego por mujeres policías pueda crear, en una situación de graves disturbios internos, riesgos suplementarios de atentados contra ellas y pueda, por tanto, ser contraria a las exigencias de la seguridad pública». ⁵⁷ Es la misma *ratio decidendi* que se plantea en el presente caso: cuando se trata de las

55 — Sentencia Leifer y otros, citada en la nota 15 *supra*, apartado 35.

56 — «Graves disturbios internos», tal como los calificó el Tribunal de Justicia; apartado 36 de la sentencia.

57 — Véase el apartado 36 de la sentencia; el subrayado es mío.

condiciones de ejercicio de la actividad bajo control jurisdiccional, la diferencia de trato entre hombres y mujeres puede justificarse si no se consigue excluir que el factor del sexo *pueda* resultar determinante para la adopción del criterio de diferenciación controvertido. Por otro lado, debo precisar que, mientras que en el pronunciamiento que acabo de citar el Tribunal de Justicia no se basó en ninguna prueba efectiva, sino sólo en «previsiones» de las autoridades competentes que no se definieron con mayor precisión, en nuestro caso mi convencimiento se apoya cuando menos en indicios extraídos de informes militares elaborados en *tempore non suspecto*, es decir, antes de que se suscitara el litigio que hoy nos ocupa.⁵⁸

35. Merece la pena examinar también un último aspecto de la cuestión, señalado por la Comisión y el Gobierno francés. Para que pueda considerarse aplicable la excepción, es necesario que la actividad profesional para la cual el sexo constituye una condición determinante y que, por tanto, puede quedar excluida del ámbito de aplicación de la Directiva, sea *específica*. No cabe duda de que se trata de un requisito impuesto por la Directiva. Tal como precisó el propio Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/Francia: «[de los artículos 2, apartado 2, y 9, apartado 2, de la Directiva] resulta que las excepciones previstas por el apartado 2 del artículo 2 sólo pueden referirse a actividades específicas».⁵⁹ Ahora bien, la actividad de los Royal Marines es *específica*, tal como exige el artículo 2, apartado 2, de la Directiva. Mejor dicho, se trata de una característica

específica de la *función* encomendada a los Royal Marines con respecto a la del resto de las fuerzas armadas. Estamos ante una función específica, lo que implica que deben considerarse asimismo específicas las diferentes acciones en que se concreta el adiestramiento y la intervención en la guerra de dicha unidad. Como dije antes, sus funciones, su organización y su característico modo de funcionamiento hacen de ella la punta de lanza de las fuerzas armadas británicas, así como uno de los elementos más sólidos de una formación que de por sí ya es de élite, las Fuerzas de Intervención Rápida de la OTAN.

36. Además, no considero que el «carácter específico» del caso de los Royal Marines se vea contradicho por la norma en virtud de la cual *todos* los militares de dicho cuerpo están sujetos a la interoperatividad. En efecto, dicha norma se aplica de modo constante, responde a la razón de ser de un cuerpo así estructurado y, tal como indicó el órgano jurisdiccional remitente, es un «hecho» y no una «ficción». Los hechos del presente caso son distintos de los examinados por el Tribunal de Justicia en el asunto Comisión/Francia. En aquel caso, la República Francesa había adoptado un sistema de reclutamiento en cinco cuerpos de la policía nacional⁶⁰ en virtud del cual se limitaba la posibilidad de acceso de las mujeres, consideradas poco aptas para las funciones de policía que implicaran el uso de la fuerza. Según la normativa francesa, todos los agentes de policía deben ser *intercambiables* y estar en condiciones de desarrollar dichas funciones.⁶¹ El Tribunal de Justicia estimó el recurso de la Comisión, señalando que la normativa francesa

58 — Véase el informe citado en la nota 6 *supra*.

59 — Véase el apartado 25 de la sentencia; en el mismo sentido se manifestó el Abogado General Sir Gordon Slynn (Rec. pp. 3570 y 3571); véase también la sentencia de 8 de noviembre de 1983, Comisión/Reino Unido (165/82, Rec. p. 3431), apartado 16.

60 — Los comisarios de policía, los comandantes y oficiales de la policía nacional, los inspectores, los investigadores y los suboficiales y números (véanse Rec. pp. 3561 y 3562).

61 — Conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn (Rec. p. 3571), que anticipan la Decisión del Tribunal de Justicia sobre este particular.

era demasiado genérica y no permitía «verificar si los porcentajes de las distintas selecciones adoptadas corresponden *en modo efectivo* a las actividades *específicas* para las cuales, en el sentido del artículo 2, apartado 2, de la Directiva, el sexo constituye una condición determinante». ⁶²

Ahora bien, el principio de «intercambiabilidad» invocado por Francia en aquel asunto puede asimilarse, a mi entender, al de la «interoperatividad» examinado por el Tribunal de Justicia en el caso de autos. En el asunto Comisión/Francia, había dudas acerca de si la norma de la intercambiabilidad era necesaria y se aplicaba concretamente en todos los cuerpos interesados de la policía. En cambio, no existe ninguna duda sobre la aplicación efectiva y necesaria de la interoperatividad en el presente caso. Disipada esa duda, está claro que la interoperatividad, tal como se aplica en el seno del cuerpo de los Royal Marines, nos ofrece una confirmación adicional para considerar que puede aplicarse la excepción permitida por la Directiva, por tratarse de un caso suficientemente específico y definido sin ambigüedad.

37. La interpretación del artículo 2, apartado 2, de la Directiva como norma justificativa de una excepción a un importante principio general que se hace en los asuntos Comisión/Francia y Comisión/Reino Unido ⁶³ me parece de todo punto conforme a la jurisprudencia mediante la cual el Tribunal de Justicia ha interpretado el artículo 48, apartado 4, del Tratado, el cual también permite una excepción (los empleos en la Administración pública) a otro importante principio general (la libre circulación de los trabajadores). Mediante

dicha jurisprudencia, el Tribunal de Justicia se ha esforzado por adoptar un criterio funcional de aplicación de la norma que ha restringido su validez únicamente «a *determinadas* actividades en la Administración pública». ⁶⁴

38. En conclusión, las *condiciones* en las que deben actuar los Royal Marines confirman que el sexo masculino exigido para pertenecer a dicha unidad se considera, en el sentido de la Directiva, determinante para el desarrollo de la actividad, es decir, de las funciones militares desempeñadas por dicha unidad de las fuerzas armadas.

La sexta cuestión prejudicial

39. En caso de respuesta afirmativa a la cuestión precedente, mediante la última cuestión el órgano jurisdiccional nacional pregunta al Tribunal de Justicia sobre el criterio que debe utilizar para apreciar si una política como la descrita en la resolución de remisión está comprendida o no dentro del ámbito de aplicación de la excepción prevista en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva.

40. La Comisión y la Sra. Sirdar consideran necesario que el órgano jurisdiccional

62 — Apartado 27 de la sentencia (el subrayado es mío).

63 — Véanse el punto 35 y la nota *supra*.

64 — Sentencia de 12 de febrero de 1974, Sotgiu (152/73, Rec. p. 153), apartado 4; en el mismo sentido, véanse también, entre otras muchas, las sentencias de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (149/79, Rec. p. 3881), apartados 10 y ss.; de 26 de mayo de 1982, Comisión/Bélgica (149/79, Rec. p. 1845); de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia (225/85, Rec. p. 2625), y de 27 de noviembre de 1991, Bleis (C-4/91, Rec. p. I-5627).

nacional compruebe *in concreto* (y de acuerdo con un criterio de especial rigor, por tratarse de aplicar una excepción) si la exclusión total de las mujeres de los Royal Marines es *proporcionada* al fin de garantizar la máxima eficacia en combate de la unidad. El Gobierno del Reino Unido admite que el Juez pueda controlar la decisión de excluir a las mujeres de una determinada unidad, si bien considera que sólo puede censurarla, dada la naturaleza de los intereses protegidos (la defensa nacional), en caso de que sea manifiestamente irrazonable.⁶⁵

41. En la sentencia Johnston, el Tribunal de Justicia respondió a una cuestión prejudicial análoga a la que aquí nos ocupa. Ya me he referido en varias ocasiones a la similitud entre el asunto Johnston y el caso de autos. La respuesta a la cuestión planteada en aquel asunto me parece de todo punto pertinente aquí: «al determinar el alcance de una excepción a un derecho individual cual el de igualdad de trato entre hombres y mujeres, consagrado por la Directiva, hay que respetar el *principio de proporcionalidad*, que forma parte de los principios generales del Derecho, base del ordenamiento jurídico comunitario. Este principio exige que *no se traspasen los límites de lo que es adecuado y necesario* para la consecución del objetivo propuesto y exige *conciliar*, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias de seguridad pública determinantes de las condiciones de ejercicio de la

actividad de que se trate. En la distribución de competencias del artículo 177 del Tratado CEE (actualmente artículo 234 CE), corresponde al órgano jurisdiccional nacional [...] velar por el respeto al principio de proporcionalidad y *comprobar si* la negativa a prorrogar el contrato de la Sra. Johnston *no se podría haber evitado* destinando a las mujeres a tareas que pueden ser realizadas sin armas y que no pongan en peligro los objetivos aludidos». ⁶⁶ Así pues, en la sentencia Johnston el Tribunal de Justicia no sometió el poder de control del órgano jurisdiccional nacional a las limitaciones invocadas por el Gobierno del Reino Unido, a pesar de que se trataba de «una situación de graves disturbios internos» caracterizada por numerosos atentados terroristas y centenares de víctimas. Por su parte, el Abogado General Sr. Darmon observó, también en el asunto Johnston, lo siguiente: «Digámoslo claramente: cualquier excepción a un principio tan fundamental para la persona humana como el de la igualdad de trato debe considerarse de manera restrictiva». ⁶⁷

42. La política de los Royal Marines excluye por completo a las mujeres de cualquier tarea en el seno de dicha unidad. Habida cuenta de que la cuestión afecta a un derecho fundamental de la persona, la función que corresponde al Juez es la de comprobar *in concreto* si el «carácter absoluto» que parece caracterizar a dicha política es estrictamente necesario o, por el contrario, excede de lo que sería una medida adecuada para garantizar en todo caso la eficacia en combate de los Royal Marines. En mi opinión, entre los elementos que el órgano jurisdiccional remitente

65 — El Gobierno del Reino Unido, recordando la exigencia de garantizar la eficacia en combate de la unidad como motivo en el que se basa la política de exclusión de las mujeres de los Royal Marines, sostuvo que la apreciación del fundamento de dicho motivo, y de si efectivamente puede justificar dicha política, debe ser «restringida», es decir, debe tener en cuenta «un cierto margen de apreciación» del Estado miembro, habida cuenta de que se trata de una «medida que considera necesaria para garantizar la seguridad pública» (sentencia Leifer y otros, citada en la nota 15 *supra*, apartado 35).

66 — Véanse los apartados 38 y 39 de la sentencia (el subrayado es mío).

67 — Punto 9 de las conclusiones.

podría tener en cuenta para la apreciación objeto de la sexta cuestión prejudicial⁶⁸ se encuentra, sobre todo, el «carácter específico» de los Royal Marines, o bien el hecho de que la excepción al principio general afecta a un cuerpo que representa sólo el 2 % de las fuerzas armadas, en el seno de las cuales, por lo demás, se admite a las mujeres a la gran mayoría de los empleos, hasta el punto de que constituyen más del 7 % de los efectivos. En segundo lugar, me parece importante el hecho de que el principio de interoperatividad, que en los Royal Marines se caracteriza por su *carácter absoluto*, sea *efectivamente* aplicado de modo *constante*.

43. A continuación, procede examinar con atención el significado de la excepción a la norma de la interoperatividad prevista en relación con los componentes de la banda militar. Se trata de la única excepción. Cabría preguntarse por qué no hay ninguna otra, ni siquiera en relación con aquellas actividades «estáticas» que se ejercen en el cuartel general, la base o el centro de instrucción del cuerpo. Como resulta fácil de comprender, semejante cuestión plantea, sin embargo, la cuestión de la autonomía organizativa que ostentan los Estados miembros y sus órganos militares. El hecho de plantearse la identificación de actividades que deben quedar al margen de la interoperatividad implica necesariamente admitir que en toda una serie de casos pueden identificarse nuevas funciones que pueden confiarse a soldados de infantería de marina no «interoperativos». En el

asunto Johnston, el Tribunal de Justicia no fue tan lejos. Se limitó a sugerir que tal vez pudieran atribuirse a las mujeres funciones compatibles con el respeto de los objetivos perseguidos que pudieran realizarse sin armas.⁶⁹ En aquel caso, las unidades de la policía británica presentes en Irlanda del Norte desarrollaban toda una serie de actividades para las cuales no era necesario llevar armas. Pues bien, las autoridades competentes identificaron entre ellas una en particular, empleando a la Sra. Johnston como ayudante de transmisiones.⁷⁰ En cambio, en nuestro caso el cuerpo de los Royal Marines tan sólo contempla una actividad: la de soldado de asalto interoperativo. Identificar, dentro de dicha unidad, la actividad de cocinero no interoperativo equivaldría a «crear», sustituyendo a las autoridades nacionales competentes, una misión donde antes no existía. Es posible que un análisis de los motivos por los cuales la banda de música de los Royal Marines no está sujeta al principio de la interoperatividad pudiera llevarnos a seguir un razonamiento lógico diferente, comprobando si alguna de dichas razones puede aplicarse también a misiones como, por ejemplo, la de cocinero en el cuartel general o el centro de instrucción. Por lo demás, en la vista el Abogado de la Sra. Sirdar señaló que «*algunos cocineros de la marina británica no forman parte del sistema de interoperatividad*».

44. Para terminar, considero poco pertinente a efectos del presente asunto una sugerencia de la Comisión, al menos en la forma en que fue formulada. Según la Comisión, para apreciar la proporcionalidad de la política de que se trata deberían

68 — «Aun cuando, en el marco de una remisión prejudicial, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar [los hechos] en el caso concreto del que conoce, el Tribunal de Justicia, llamado a facilitar respuestas útiles al Juez nacional, es competente *para proporcionar indicaciones, basadas en los autos del procedimiento principal [...]*» (sentencia de 30 de marzo de 1993, Thomas y otros, C-328/91, Rec. p. I-1247, apartado 13; el subrayado es mío).

69 — Véase el apartado 39 de la sentencia.

70 — Véase la parte relativa a los antecedentes de hecho de la sentencia (Rec. p. 1666).

tenerse en cuenta asimismo los resultados del examen periódico que el Reino Unido asegura efectuar cada cierto tiempo con arreglo al artículo 9, apartado 2, de la Directiva. Con arreglo a dicha disposición, los Estados miembros tienen la obligación de proceder periódicamente a un examen de las actividades que quedan fuera de la Directiva con el fin de comprobar si está justificado mantener dichas exclusiones teniendo en cuenta «la evolución social». En nuestro caso, el Gobierno del Reino Unido no se ha basado en el estado actual de la evolución social del país para justificar su política, sino en apreciaciones y previsiones de carácter estrictamente militar. En los autos existen indicios de que periódicamente se procede a una revisión de estas últimas apreciaciones, pero su resultado no parece presentar grandes variaciones en relación con la unidad a la que pretendía ser trasladada la Sra. Sirdar.⁷¹

45. Siempre con objeto de proporcionar al órgano jurisdiccional remitente consideraciones concretas para la aplicación del criterio de la proporcionalidad, la sugerencia de la Comisión ofrece, sin embargo, la ocasión de indicar la que podría ser una interpretación alternativa del artículo 9, apartado 2, de la Directiva. La Comisión y el Reino Unido aluden al concepto de «evolución social» en el conjunto de la población de un Estado miembro. No obstante, habida cuenta de que, como se sabe, el «mundo de las fuerzas armadas» presenta numerosas peculiaridades, hasta el punto de que puede hablarse de una verdadera cultura específica que le es propia (por lo demás, a menudo están sujetas a un ordenamiento jurídico especí-

fico, como por ejemplo el Código Penal Militar), creo que, en cumplimiento de las obligaciones que establece la Directiva y con el fin de «promover [en la mayor medida de lo posible] la equiparación por la vía del progreso de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra [en las fuerzas armadas]»,⁷² cabría plantearse una interpretación «moderna» de la disposición de que se trata, realizando un examen periódico de cuál ha sido la evolución social en el seno de las propias fuerzas armadas. Esta, aun siendo en buena medida el reflejo de la evolución general de un país, podría poner de manifiesto, en relación con determinados aspectos, que se han producido cambios en un determinado sector de las actividades profesionales que justifican una gradual apertura a las mujeres de actividades hasta ahora reservadas a los hombres. La anterior observación nace de la constatación de que el núcleo de los argumentos del Gobierno del Reino Unido dirigidos a justificar la exclusión de las mujeres de los Royal Marines por exigencias de eficacia en combate radica en el temor de que la participación de las mujeres podría tener efectos negativos «para la moral o la cohesión» de las unidades de comando (los «fire teams»).⁷³ En el mismo sentido, aunque con un matiz netamente más «social», apuntan las observaciones del Abogado del Gobierno del Reino Unido contenidas en un documento aportado al órgano jurisdiccional nacional en el marco del procedimiento principal y anexo a las observaciones escritas de la Sra. Sirdar.⁷⁴ Ahora bien, me pregunto si no sería posible comprobar, como efectivamente se hizo (al menos con carácter experimental y limi-

71 — Véase el contenido del punto 2, letra b), del informe *Nueva política de empleo de las mujeres en el Ejército: repercusiones para los Royal Marines*, citado en la nota 6 *supra*; véanse asimismo las conclusiones de un informe análogo de 1997, citado en la nota 52 *supra*.

72 — Véase el tercer considerando de la Directiva (el subrayado es mío).

73 — Véase el extracto de un informe militar de 1997 citado en las observaciones escritas del Reino Unido (véase la nota 52 *supra*).

74 — Véase el Anexo 4 de dichas observaciones, «Further and better particulars of the amended grounds of resistance», punto 1, inciso ii).

tado) en el seno de las fuerzas armadas canadienses ya desde principios de los años ochenta, si cabe garantizar la eficacia en combate también en el caso de que se admitan mujeres, teniendo en cuenta sobre todo el modo en que los compañeros de armas de sexo masculino perciben realmente su presencia. Las conclusiones extraídas de aquellos experimentos fueron positivas. No sólo no se ponía en peligro la eficacia en combate, sino que el empleo de mujeres, lejos de minar la cohesión de los soldados, reforzó efectivamente su espíritu de cuerpo.⁷⁵

activamente en la medida de lo posible, de acuerdo con el espíritu de la Directiva, que tiene por objeto un «progreso de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra»,⁷⁶ la sensibilidad y el grado de aceptación de los compañeros de armas de sexo femenino: que yo tenga conocimiento, fueron precisamente iniciativas de este tipo las que se emprendieron, también en los años ochenta, en el seno de las fuerzas armadas canadienses, especialmente en las fuerzas aéreas.⁷⁷ Del mismo modo, las fuerzas armadas estadounidenses han tenido un éxito completo en sus esfuerzos encaminados a favorecer la cohesión entre militares «blancos» y «negros», pero sólo gracias a una «dirección y una planificación minuciosas» (careful leadership and planning).⁷⁸

46. Existe asimismo una consideración en sentido contrario que tal vez pudiera enriquecer el conjunto de elementos útiles para la apreciación de la proporcionalidad de una medida discriminatoria como la controvertida en el presente asunto. En efecto, de la apreciación de la actitud de dicho Estado miembro podría inferirse que se limita a «constatar» el estado de la evolución social de sus unidades, sin favorecer

47. En conclusión, he señalado los elementos en que puede basarse el órgano jurisdiccional nacional para comprobar si, en el ejercicio del control que le compete y de acuerdo con el criterio de proporcionalidad, la exclusión de las mujeres del cuerpo de los Royal Marines, que como concluí anteriormente en principio es justificable, está justificada en las circunstancias concretas del presente caso.

75 — Véase la sentencia del Tribunal Canadiense de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TCDH») de 20 de febrero de 1989, TD 3/89, Gauthier y otros/Canadian Armed Forces, Anexo 5 de las observaciones escritas de la Sra. Sirdar, apartado 6 de la sentencia, especialmente p. 26; las pruebas realizadas por las fuerzas armadas canadienses se conocen con el nombre de «SWINTER» (Service Women in Non-Traditional Environments and Roles).

76 — Véase el tercer considerando de la Directiva. En este sentido se ha expresado también el Tribunal de Justicia: «[el artículo 119 (los artículos 117 a 120 del Tratado han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE), que impone la obligación de garantizar una retribución igual a hombres y mujeres] responde a los objetivos sociales de la Comunidad, la cual no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, mediante una acción común, debe garantizar el progreso social, *promover la mejora constante* de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos europeos tal como subraya el Preámbulo del Tratado» (sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne, 43/75, Rec. p. 455, apartados 7 a 11; el subrayado es mío).

77 — Véase la sentencia del TCDH Gauthier y otros/Canadian Armed Forces, apartado 8.

78 — Véase la sentencia del TCDH Gauthier y otros/Canadian Armed Forces, apartado 10, letra d).

Conclusión

48. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Industrial Tribunal de Bruy St Edmunds:

- « 1) Las decisiones que adopta un Estado miembro por razones de eficacia en combate, en tiempos de paz y/o como preparación para la guerra en relación con las condiciones de empleo en sus fuerzas armadas o en un cuerpo de élite como el descrito en la resolución de remisión no quedan fuera del ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico comunitario.

- 2) El artículo 224 del Tratado CE (actualmente artículo 297 CE) no permite excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, las discriminaciones por razón de sexo en lo que se refiere a las condiciones de empleo en las fuerzas armadas o en una unidad de élite como la descrita en la resolución de remisión efectuadas, en tiempos de paz y/o como preparación para la guerra, con objeto de garantizar la eficacia en combate.

- 3) La política adoptada por un Estado miembro consistente en excluir a las mujeres, en tiempos de paz y/o como preparación para la guerra, del servicio en una unidad como la descrita en la resolución de remisión está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la excepción prevista en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 76/207.

- 4) Para determinar si los motivos en que se basa el Estado miembro para la aplicación de dicha política justifica la aplicación del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 76/207, corresponde al Juez nacional apreciar si la medida de que se trata respeta el principio de proporcionalidad.»