

**LA PARADOJICA GARANTIA COMUNITARIA
DEL ACCESO DE LAS MUJERES
AL EJERCITO ALEMAN
(Comentarios a la Sentencia del Tribunal
de Justicia de las Comunidades Europeas
de 10 de enero de 2000,
en el asunto *Kreil c. República Federal de Alemania*)**

Por
MATILDE CARLÓN RUIZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—III. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO POR RAZÓN DE SEXO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO: 1. *La garantía del principio de igualdad de trato por razón de sexo en el ordenamiento comunitario.* 2. *Los parámetros de la aplicación del principio de igualdad de trato por razón de sexo en la sentencia de 11 de enero de 2000:* a) El principio de proporcionalidad como justificativo de ciertas excepciones del principio de igualdad basadas en la garantía de la seguridad pública. b) El principio de proporcionalidad como justificativo de ciertas excepciones del principio de igualdad basadas en medidas proteccionistas de un determinado sexo.—IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO COMUNITARIO Y EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA: LA PARADOJA ENCERRADA EN LA SENTENCIA *KREIL*.—V. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA *KREIL*: LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución operada en el seno de las Comunidades Europeas desde la aprobación de los Tratados fundacionales hasta la última versión del Tratado de Amsterdam —últimamente completada con la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea con ocasión del Consejo Europeo de Niza—, en un proceso continuo de ampliación de los objetivos en principio exclusivamente económicos hasta abarcar fines políticos y culturales, tiene una lectura particularmente expresiva desde la perspectiva de la progresiva asunción de un compromiso expreso con la garantía de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario. Desde el momento en que el ordenamiento comunitario empezó a ensanchar sus horizontes con la intención de convertirse en un marco institucional de carácter político, la carencia de un reconocimiento expreso de los derechos fundamentales como parte sustancial del mismo venía siendo denunciada

como una de las grandes deficiencias de la construcción europea, reflejo en último término de su déficit democrático (1).

El Tratado de Maastricht, aun de modo limitado, vino a suplir en parte esta grave carencia del ordenamiento comunitario recogiendo en su parte dispositiva el compromiso de la Unión con el respeto de los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (2). El Tratado de Amsterdam dio un paso más afirmando en su artículo 6 que la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios comunes a los Estados miembros (3), si bien no da el paso definitivo de incorporar un catálogo propio de derechos fundamentales. Este catálogo propio parece haberse volcado finalmente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada y proclamada por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión el 7 de diciembre de 2000, con oca-

(1) Vid. al respecto, y en general sobre el proceso —aún no culminado— de incorporación al Derecho comunitario positivo de un catálogo de derechos fundamentales, una muy abundante bibliografía: D. LÓPEZ GARRIDO, *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, Tecnos, 1986, págs. 122-171; J. DE MIGUEL ZARAGOZA, *La construcción jurisprudencial de una parte dogmática de la Constitución comunitaria*, en «AA», núm. 18, 1986, págs. 1017-1030; I. LASAGABASTER HERRARTE, *Las Comunidades Europeas y los derechos fundamentales*, en «REDC», núm. 18, 1986, págs. 51-82; L. M. DíEZ-PICAZO, *¿Una Constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)*, en «REDA», núm. 32, 1991, págs. 135-155; G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *La Constitución de la Comunidad Europea*, en «Noticias-CEE», núm. 100, 1993, págs. 95 y ss.; C. RUIZ MIGUEL, *Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho comunitario y el ordenamiento nacional*, en «Noticias de la Unión Europea», núm. 120, 1995, págs. 37-45; P. HÄBERLE, «Derecho Constitucional Común Europeo», en A.-E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Madrid, 1996, págs. 187-193; I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, «Derecho comunitario europeo y derechos humanos», en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998 (II), vol. I, págs. 1441-1445, y A. G. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1999, págs. 23-62, quien describe —desde planteamientos pesimistas— varios Proyectos fracasados y, en particular, el Proyecto de Constitución de la Unión Europea de 10 de febrero de 1994. A estos efectos, es especialmente interesante destacar el *Informe del Comité de Sabios (Informe Pintasilgo): Por una Europa de los derechos cívicos y sociales*, elaborado en Bruselas entre octubre de 1995 y febrero de 1996 por un Comité de expertos entre los que se encontraba el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA.

(2) Vid. en relación con las implicaciones de esta novedad introducida por el Tratado de Maastricht y, particularmente, con las dificultades de una adhesión de la Unión Europea al Convenio de 1950, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La Europa de los derechos humanos*, CEC, Madrid, 1998, págs. 37-39 y 47-59.

(3) Como consecuencia de ello, se considera como requisito para ingresar en la Unión Europea respetar los derechos humanos, la democracia y, en definitiva, estar constituido bajo los parámetros del Estado de Derecho —de ahí las dificultades de Turquía— y, lo que es más importante desde nuestra perspectiva, se recogió en el artículo 7 un mecanismo conforme al cual el Consejo puede constatar las violaciones de estos derechos por parte de los Estados miembros con la consecuencia de suspenderles en los derechos derivados de esta condición. Vid. al respecto C. GUTIÉRREZ ESPADA, *El Tratado de Amsterdam (1997), ¿Avance o estancamiento?*, en «Noticias de la Unión Europea», núm. 173, junio de 1999, págs. 18-20 y nota siguiente.

sión del Consejo Europeo de Niza y en el contexto de la adopción del propio Tratado de Niza (4), pero cuyo estatuto jurídico —vinculante o no— ha quedado sin decidir en el marco del debate general sobre el futuro de la Unión Europea (5).

Sin embargo, no hay que dejar de destacar que ni se puede afirmar que en los textos originales de los Tratados no hubiera ninguna mención a los derechos fundamentales (6), ni de esta carencia formal —aun matizada— se puede deducir que las Comunidades Europeas hayan hecho caso omiso de estos derechos hasta la aprobación de la última versión del Tratado y, en último término, de la Carta de los Derechos Fundamentales. Una vez más, ha sido la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la que ha suplido las carencias formales de los Textos para incorporar como principios fundamentales del Derecho comunitario los derechos fundamentales, ya desde la lejana sentencia de 20 de noviembre de 1969, dictada en el asunto *Stauder* (7), cuya doctrina fue consolidada en numerosas sentencias posteriores. Para ello, es sabido que el Tribunal se inspiró tanto en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros como en los distintos instrumentos internacionales que venían a constituir el acervo común en la materia, especialmente el Convenio Europeo, incorporado posteriormente por remisión en el Tratado de Maastricht.

En esta labor de continua y esforzada reafirmación de los derechos fundamentales como principios generales del ordenamiento jurídico comunitario —no exenta de incoherencias y pasos atrás—, el Tribunal de Justicia sigue —y ha de seguir— jugando un papel fundamental a pesar de

(4) El Tratado de Niza, firmado en esa ciudad el 26 de febrero de 2001 y publicado en el «Diario Oficial», C 80 el 10 de marzo de 2001, incluye en sí mismo una novedad en el marco de la protección de los derechos fundamentales, cual es la reforma del artículo 7.1 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, claramente inspirada en la experiencia reciente con el Estado austríaco, en el sentido de permitir que el Consejo dirija al «Estado rebelde» lo que califica como «recomendaciones adecuadas» en el caso de que constate riesgos de violación grave de los principios del artículo 6.1, «recomendaciones» que se convierten en medidas concretas —como la suspensión del derecho de voto en el Consejo— cuando la violación se ha constatado efectivamente.

(5) R. ALONSO GARCÍA se ocupa de este importante instrumento normativo en *La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, en «Gaceta Jurídica de la Unión Europea», núm. 209, septiembre-octubre de 2000, págs. 3-18, al igual que I. PERNICE, *Eine grundrechtecharta für die Europäische Union*, en «Deutsches Verwaltungsblatt», Heft 12, 2000, 15 de junio de 2000. En todo caso, este texto se basa esencialmente en los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, la Carta Social Europea del Consejo de Europa y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

(6) J. RODRÍGUEZ-ARANA, «Derechos fundamentales y construcción europea», en *Cuatro estudios de Derecho Administrativo europeo*, Comares, Granada, 1999, pág. 11, recuerda que —como consecuencia del contenido estrictamente económico de los Tratados Fundacionales de las Comunidades Europeas— «tan sólo consagraron explícitamente y establecieron medios para la protección de los derechos a la *no discriminación por razón de nacionalidad y sexo*, a la propiedad (en su forma industrial y comercial), a la libre circulación de personas, mercancías y capitales, el libre establecimiento empresarial, el secreto profesional y la garantía de no discriminación en el ejercicio de los derechos laborales y sindicales» (la cursiva es nuestra).

(7) Asunto 29/69, Rec. 1969, pág. 419.

la consolidación formal de su reconocimiento en el marco comunitario. Entre sus últimas sentencias queremos ahora destacar la dictada en el asunto *Kreil c. República Federal de Alemania*, el 11 de enero de 2000, ya que plantea interesantes cuestiones en relación con la protección de uno de los pocos derechos fundamentales que ya fueron recogidos desde las primeras versiones de los Tratados —el derecho a no ser discriminado por razón de sexo— y nos enfrenta con algunos de los principios clave en la construcción comunitaria, particularmente el de primacía. A ella dedicaremos, pues, algunas reflexiones.

II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

En la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de enero de 2000, dictada en el asunto C-285/98, se plantea la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación con la limitación del acceso de las mujeres a puestos de trabajo militares de la *Bundeswehr*. La sentencia en cuestión resuelve una cuestión prejudicial planteada en aplicación del artículo 177 del Tratado CE (actualmente art. 234 CE) por el *Verwaltungsgericht Hannover* en el litigio pendiente entre Tanja Kreil y la República Federal Alemana en relación con la interpretación 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* (8), y particularmente de su artículo 2.

El litigio principal fue planteado por la Sra. Kreil, especialista en electrónica, ante la denegación de su solicitud de ingreso voluntario en la sección de electromecánica de armas del Servicio de mantenimiento del Ejército alemán. Su solicitud fue, efectivamente, denegada en el Centro de Reclutamiento y, posteriormente, por la Administración Central de Personal de la *Bundeswehr* en aplicación de la prohibición, contenida en la propia Ley Fundamental de Bonn y desarrollada en la Ley reguladora del Ejército, de que las mujeres presten servicios con armas. En concreto, el artículo 12.a de la Constitución alemana, de 23 de mayo de 1949 —inmediatamente después de proclamar en el artículo 12 el derecho de todos los alemanes a elegir libremente profesión, trabajo y formación, aun contemplando la posibilidad de que el ejercicio de este derecho pueda ser regulado por una Ley o en virtud de una Ley—, prevé sólo para los hombres mayores de 18 años la posibilidad de que sean obligados a servir en las Fuerzas Armadas, en la Policía Federal de Fronteras o en un grupo de Protección Civil. En relación con las mujeres, sin embargo, sólo se prevé de forma excepcional la imposición forzosa de ciertas obligaciones en relación con la defensa del país si durante los estados de defensa las necesidades de los servicios civiles de los establecimientos sanitarios civiles y los hospitales militares no

(8) En «DO», L 39, de 14 de febrero de 1976, pág. 40.

pueden ser cubiertas sobre una base voluntaria: en estos casos, la mujeres de edades comprendidas entre los 18 y los 55 años podrán ser destinadas a este tipo de servicios por la Ley o en virtud de una Ley. No obstante, este artículo se cerraba —y hablamos en pasado porque precisamente en esta frase está la clave de la sentencia que comentamos— con una limitación que se había venido interpretando de forma absoluta: no pueden en ningún caso prestar un servicio con armas (9).

Así pues, en el marco de la redacción original de la Ley Fundamental de Bonn, se recogían dos supuestos de diferenciación por razón de sexo en relación con las funciones de defensa: en primer lugar, sólo los hombres podrían estar obligados en general a prestar estos servicios y, en segundo lugar, en ningún caso las mujeres podrían prestar servicios con armas. La primera clave de diferenciación se aleja del objeto de la sentencia que nos ocupa y, con ello, del objeto estricto de nuestras reflexiones, pero plantea, desde luego, una perspectiva en la consideración de la garantía de la igualdad de sexos en relación con el ejercicio de la libertad profesional —en cierto modo, la otra cara de la moneda— que, de hecho, ha generado una cierta polémica en nuestro propio ordenamiento y una muy abundante jurisprudencia (10). Es, pues, la segunda clave de diferenciación, la prohibición absoluta de encomendar a las mujeres servicios con armas —en la medida en que supone una exclusión estricta del acceso de las mujeres a determinadas profesiones—, la que centrará nuestras reflexiones.

Con el pie forzado de esta absoluta prohibición constitucional —única en Derecho comparado—, la regulación del acceso de las mujeres a los empleos militares contenida en la *Soldaten Gesetz* en la versión de 15 de diciembre de 1995, modificada en último lugar por la Ley de 14 de diciembre

(9) Exactamente se emplea el verbo alemán *dürfen*, que se puede traducir como «no se les permitirá»: «*Sie dürfen auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten*». Tal y como aclaró el Gobierno alemán en sus alegaciones, esta disposición se corresponde con una «nueva formulación puramente lingüística» introducida en 1968 de una disposición análoga de 1956 —concretamente el art. 12.3—.

La discusión doctrinal ha estribado, como veremos, en si esta limitación se ha de interpretar de forma absoluta —sobre la base de la expresión «en ningún caso» (*auf keinen Fall*)— o sólo para el caso de la prestación de servicios obligatorios por las mujeres. El desarrollo legislativo, siguiendo la interpretación mayoritaria, se ha decantado por la primera interpretación.

(10) Efectivamente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó un gran número de sentencias denegando recursos de casación contra Resoluciones de la Oficina de la Prestación Social Sustitutoria basados en la supuesta discriminación por razón de sexo implícita en el hecho de que el servicio militar —y, consecuentemente, la prestación social sustitutoria— es —casi diríamos «esa»— obligatorio exclusivamente para los hombres: desde la sentencia de 21 de mayo de 1993 (Ar. 3964) hasta la más reciente de 2 de febrero de 1999 (Ar. 1508). En el argumento del Tribunal, queda dentro de la discrecionalidad del legislador decidir el momento adecuado para adoptar una decisión política como es la incorporación de las mujeres a las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta particularmente «la necesidad de una lógica previa adaptación de la infraestructura organizatoria militar, inexcusable para las posibles implicaciones económicas y sociales a ponderar para dicha incorporación», y ello aun después de que el Tribunal Constitucional hubiese declarado la inconstitucionalidad de esta demora en su sentencia 216/1991, a la que posteriormente haremos referencia. Este argumento se sostiene, incluso, después de que la legislación hubiese excluido expresamente a las mujeres de la prestación obligatoria del servicio militar.

de 1997 —artículo 1.2, tercera frase—, y en el *Soldatenlaufbahnverordnung*, en la versión publicada el 28 de enero de 1998 —artículo 3.a— limitaba estrictamente las posibilidades de reclutamiento de aquéllas —sobre una base exclusivamente voluntaria— para el desempeño de funciones en unidades sanitarias y en formaciones de música militar.

En aplicación de esta normativa, la Administración militar denegó el ingreso de la Sra. Kreil en el Ejército, ante lo cual reaccionó ésta formulando un recurso ante el Tribunal Administrativo de Hannover argumentando expresamente que la denegación de su solicitud, basada únicamente en razones de sexo, se oponía al Derecho comunitario, ya que —en este marco— es improcedente que una Ley o un Reglamento prohíba a una mujer el acceso a una profesión que desea ejercer. Para resolver el recurso, el *Verwaltungsgericht* de Hannover formula la cuestión prejudicial que es objeto de la sentencia que tratamos, cuestionando efectivamente si la citada normativa interna restrictiva del servicio con armas y, en definitiva, del acceso de las mujeres a los empleos militares es constitutiva de una infracción de lo dispuesto en la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, y particularmente de lo dispuesto en su artículo 2, el cual, tras proclamar en su primer apartado con carácter general que el principio de igualdad de trato supone «la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar», recoge una «cláusula de escape» del siguiente tenor:

«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 ejercicio.»

Así planteada la cuestión, parece claro que el *Verwaltungsgericht Hannover* ha concluido que, ante la tajante prohibición de toda discriminación por razón de sexo en el acceso a las profesiones contenida en el artículo 2.1 de la Directiva, la normativa alemana limitativa del acceso de las mujeres a los empleos militares —empezando por la prohibición de uso de las armas contenida en la propia Ley Fundamental de Bonn— sólo podría mantener su vigencia con la cobertura de lo dispuesto en el segundo apartado del mismo artículo 2, es decir, en el caso de que cupiese justificar que el sexo constituye una condición determinante de las especialidades del Derecho interno alemán en razón de la naturaleza o de las condiciones de ejercicio de las profesiones militares que impliquen el uso de las armas. En definitiva, la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Hannover traslada al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la decisión sobre si en la naturaleza o en las condiciones del servicio con armas reside una condición determinante de la exclusión absoluta de las mujeres del mismo.

Tal y como hemos adelantado, esta sentencia nos enfrenta con interesantes cuestiones desde un doble plano: desde una perspectiva material, permite analizar en profundidad los matices que es necesario atender a la hora de aplicar el principio de igualdad de trato por razón de sexo en el acceso a las profesiones; por otra parte, desde una perspectiva jurídico-formal, nos enfrenta con una cuestión de siempre renovado interés en el ordenamiento comunitario, cual es la reafirmación del principio de primacía en relación con la protección de los derechos fundamentales, perspectiva ésta que obliga a encarar los problemas radicales de la propia naturaleza de este ordenamiento constitutivo de una entidad supranacional de carácter político. Analicemos el tema desde una y otra perspectiva.

III. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO POR RAZÓN DE SEXO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO

1. *La garantía del principio de igualdad de trato por razón de sexo en el ordenamiento comunitario*

Es en el Tratado de Amsterdam en el que se incluyó por primera vez el principio de igualdad entre hombres y mujeres dentro de los objetivos de la Unión —concretamente en sus arts. 2 y 13 (11)—, si bien desde la primera redacción de los Tratados fundacionales se recogía —aunque de forma parcial— este derecho, posibilitando la elaboración en el seno de las Comunidades Europeas de distintos instrumentos normativos y organizativos encaminados a asegurar su garantía en el ámbito laboral.

Desde esta perspectiva, ya en un primer estadio del Derecho europeo —teniendo en cuenta que la garantía de unos mínimos valores de política social era instrumento imprescindible para alcanzar el cumplimiento de los objetivos en principio exclusivamente económicos— se recogió en el artículo 119 del propio Tratado constitutivo de la CEE el principio de igualdad retributiva por un mismo trabajo con independencia del sexo (12).

(11) El Tratado de Amsterdam constituye una etapa importante que permite consolidar los mecanismos establecidos por el Tratado de Maastricht al enunciar una serie de orientaciones sociales prioritarias en el ámbito comunitario, en particular para el empleo. En concreto, este Tratado —en el que se observa claramente la influencia del Informe Pintasilgo, mencionado en la nota 1— sitúa la igualdad entre hombres y mujeres como uno de los objetivos de la Comunidad (art. 2), previendo explícitamente que en todas sus acciones debe fijarse como objetivo eliminar las desigualdades y promover la igualdad entre hombres y mujeres (párrafo 2 del art. 3). Además, desde una perspectiva más general, en su Preámbulo se declara que las Partes confirman «su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989», y en la Declaración núm. 28 adoptada por la Conferencia se insta a los Estados miembros a mejorar la situación laboral de las mujeres. Vid. al respecto C. GUTIÉRREZ ESPADA, *El Tratado de Amsterdam...*, ob. cit., pág. 20.

(12) Vid. al respecto A. MONTOYA MELGAR, *Armonización de Políticas y derechos sociales*, en «Instituciones de Derecho Social Europeo», Tecnos, Madrid, 1991, págs. 13-15, y E. ELLIS, *EC Sex Equality*, 2.^a ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, págs. 1-12 y 59-64, quienes

Las dificultades de aplicación del principio así formulado fueron superándose a través de distintas iniciativas que desembocaron finalmente en la aprobación de un paquete de Directivas entre las que ahora nos interesa destacar la 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*, cuyo propósito no era otro que extender el principio de igualdad de sexo restrictivamente recogido en el artículo 119 del Tratado en relación con los aspectos retributivos, al momento anterior del propio acceso al trabajo y, en general, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones laborales —incluida la Seguridad Social—, para lo cual busca su base en el artículo 235 del Tratado.

No obstante lo anterior, la política dirigida a desarrollar hasta sus últimas consecuencias este principio de la igualdad de trato al margen de las cuestiones de sexo se ha visto, efectivamente, reforzada tras la aprobación del Tratado de Amsterdam. La incorporación al texto del Tratado del Protocolo sobre la Política Social (Capítulo 1 del Título IX, nuevos arts. 136 a 145) plantea sobre nuevas bases el desarrollo de una política social a nivel europeo en la medida en que se asume que se trata de una competencia compartida entre la Comunidad y los Estados miembros, permitiendo expresamente que el Consejo apruebe Directivas adoptadas por mayoría cualificada, en codecisión con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones para intervenir o reforzar su acción en cuestiones como la que nos ocupa, es decir, para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a sus oportunidades en el mercado laboral o en el trato en el trabajo. Además, y particularmente en relación con esta cuestión, el nuevo artículo 141 implica un refuerzo del principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres y de la igualdad de oportunidades más allá del estrecho marco del antiguo artículo 119: con la introducción del nuevo párrafo tercero se ha dado garantía expresa en el propio Tratado al principio de igualdad en el acceso al empleo, que está en la base de la Directiva a aplicar en la sentencia que es objeto de estas reflexiones.

Como instrumento de cierre del sistema, la nueva disposición permite al Consejo adoptar, previa consulta al Comité Económico y Social y según el procedimiento de codecisión, medidas positivas destinadas a garantizar la aplicación de este principio. Los Estados miembros tendrán la posibilidad de mantener o adoptar ventajas específicas para el sexo infrarrepresentado con el fin de facilitarle el ejercicio de una actividad profesional o impedir o compensar desventajas en la carrera profesional. De este modo, se da un nuevo cauce a las políticas activas de anulación de los privilegios

afirman que los objetivos sociales siempre estuvieron presentes en el Derecho comunitario: primero supeditados a los económicos, posteriormente adquiriendo independencia y mayor importancia a medida que las propias competencias comunitarias se reforzaban y crecían. A este respecto, es interesante recordar cómo precisamente este artículo 119 se introdujo en el Tratado a petición de Francia, que temía que su avanzada normativa social en este ámbito fuera un obstáculo para la competitividad de sus empresas a nivel europeo.

por razón de sexo, evitando el rechazo que el Tribunal de Justicia había expresado en 1995 frente a las cuotas rígidas en la sentencia *Kalanke*, posteriormente enmendado a través de una jurisprudencia iniciada en 1997 con la sentencia que resolvió el asunto *Marschall* y últimamente confirmada en el asunto *Badeck y otros* (13).

En todo caso, con la reafirmación del principio de igualdad de sexos en el mundo laboral consagrada por el Tratado de Amsterdam, no pierden vigencia sino que se refuerzan instrumentos normativos como la Directiva aplicada en la sentencia que nos ocupa. De hecho, todo este acervo jurídico es el que se ha volcado en la redacción del artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuando prescribe que:

«Se asegurará la igualdad entre hombres y mujeres en todas las áreas, incluyendo el empleo, el trabajo y el sueldo.

El principio de igualdad no impedirá el mantenimiento o adopción de medidas que supongan ventajas especiales a favor del sexo infrarrepresentado.»

2. *Los parámetros de la aplicación del principio de igualdad de trato por razón de sexo en la sentencia de 11 de enero de 2000*

No es preciso insistir en el hecho de que el principio de igualdad es por naturaleza relativo y supeditado a la evolución social, porque sólo se consideran discriminatorias las desigualdades que en cada momento no se admiten socialmente, derivadas en último término de la valoración que se tiene de los distintos grupos dentro de la sociedad. Junto a esta evolución, que podemos calificar de subjetiva —trasladando nuestras reflexiones al ámbito concreto de la consideración de cuestiones de género en el ejercicio de profesiones—, hay que tener igualmente en cuenta una evolución objetiva del modo de llevar a cabo y del propio objeto de muchos empleos y actividades, en los que los desarrollos tecnológicos han posibilitado una clarísima mejora de las condiciones de trabajo y una tecnificación de las funciones que diluye progresivamente los condicionamientos por razón de

(13) Vid. sentencias de 11 de noviembre de 1997, *Marschall*, C-409/95, y de 28 de marzo de 2000, *Georg Badeck y otros*, C-158/97. En relación con esta jurisprudencia, R. RIVERO ORTEGA, *Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la sentencia «Kalanke» del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en «REDA», núm. 90, abril-junio de 1996, págs. 321-333, únicamente en relación con la primera sentencia y la polémica que generó en el seno de la Comunidad, quien destaca que el estrecho marco del entonces artículo 119 del Tratado CEE no era suficiente para lograr llevar a efecto eficazmente el principio de igualdad de trato al margen de las cuestiones de género, por consagrar únicamente una igualdad formal entre los sexos; M.^a A. MARTÍN VIDA, *Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia «Marschall»*, en «REDC», núm. 53, mayo-agosto de 1998, págs. 313-336, quien opina que entre las sentencias en los asuntos *Kalanke* y *Marschall* no hay, en rigor, contradicción; A. G. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en...*, ob. cit., págs. 197-200; D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La igualdad entre hombres y...*, ob. cit., págs. 257-270, y F. REY MARTÍNEZ, *El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, en Revista «La Ley», núm. 4984, 3 de febrero de 2000, pág. 3, desde un planteamiento escéptico respecto de la política de «cuotas» con ejemplos de Derecho comparado.

sexo. Como consecuencia de todo ello, muchas de las limitaciones del acceso de un determinado sexo a ciertos empleos o actividades dentro de determinadas profesiones están basadas en prejuicios o convenciones sociales que van desapareciendo a medida que se elimina la perspectiva de género como determinante de las distintas funciones económicas, políticas, sociales y culturales.

En definitiva, se trataría de que —en atención a la evolución social— se vayan eliminando progresivamente las restricciones de acceso a ciertas profesiones por razón de sexo hasta alcanzar un núcleo irreductible en el cual la distinta naturaleza de los géneros tenga efectivas implicaciones en relación con el ejercicio de las funciones o tareas que sean objeto de una determinada profesión, impidiendo obviar si se toma en consideración. Esto no es, sin embargo, obviamente, una tarea fácil. De hecho, tal y como ha destacado nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 128/1987, de 16 de julio, la prohibición de toda discriminación por razón de sexo —recogida en nuestro ordenamiento en el art. 14 de la Constitución— afecta explícitamente al «mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución».

Así pues, como consecuencia de la evolución social, la continua afirmación del principio de igualdad de sexos en el acceso al trabajo se manifiesta claramente en la progresiva incorporación de la mujer a profesiones tradicionalmente reservadas a los hombres. En este largo proceso, si ha habido un ámbito profesional en el que se ha prolongado de forma más renuente la exclusión de las mujeres, éste ha sido el de las Fuerzas Armadas (14): la especial naturaleza de las funciones desempeñadas en el Ejército, que requieren especiales cualidades —no sólo físicas— que se han asociado tradicionalmente al hombre (15), ha supuesto que la incorpora-

(14) Vid. acerca del régimen de incorporación de la mujer al Ejército en Derecho comparado, D. BLANQUER, *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 150-167, con especial atención al caso italiano, donde todavía no se ha producido de manera efectiva esta incorporación, aun cuando por sentencia de la Corte Constitucional núm. 33, de 18 de mayo de 1960, se declaró expresamente inconstitucional la norma en la que se excluía en general a la mujer de los puestos públicos y cargos electivos, incluidos los de la defensa nacional. El 20 de octubre de 1999 se ha aprobado la Ley núm. 380 para instituir un servicio voluntario militar femenino.

Respecto del caso francés, vid. A. HAQUET, *L'accès des femmes aux corps de l'armée*, en «RFD adm.», 16 (2), marzo-abril de 2000, págs. 342-351, quien destaca la importancia del Decreto de 16 de febrero de 1998, que —invirtiendo la situación anterior— instauro el principio de acceso de las mujeres a todos los puestos del Ejército francés, salvo las excepciones debidamente justificadas, y del *arrêt* del Consejo de Estado de 11 de mayo de 1998, en el asunto *Mll Aldige*, en el que se declaró contrario al principio constitucional de igualdad de acceso de las mujeres a todos los empleos públicos el sistema de cuotas limitadas establecido en la normativa anterior a aquel Decreto.

(15) En este sentido es muy expresivo del tipo de argumentos, explícitos o implícitos, que se han esgrimido tradicionalmente para justificar el retraso en la incorporación de la mujer al Ejército, el razonamiento del Consejo de Estado italiano en su Decisión núm. 526, de 28 de julio de 1982, cuando afirma que la desigualdad de las mujeres en el Ejército

ción de las mujeres a las Fuerzas Armadas se ha retrasado respecto de otros sectores profesionales, incluso hasta hoy —tal y como demuestra nuestra Jurisprudencia constitucional (16) y, particularmente, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas—. En esta Jurisprudencia entronca la sentencia que comentamos.

Efectivamente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se enfrenta una vez más en la sentencia *Kreil* con una normativa nacional que restringe el acceso de las mujeres a funciones militares, aun con ciertas particularidades que merecen ser destacadas: nos consta que era la propia Ley Fundamental de Bonn en su artículo 12.a —de acuerdo con la interpretación mayoritaria que se ha plasmado en la normativa que lo desarrolla— la que implícitamente excluía a las mujeres no de un concreto destino militar, sino de todos los servicios del Ejército alemán que no fueran el sanitario o el de música para impedirles el uso de armas. La compatibilidad de esta normativa con los términos de lo dispuesto en la Directiva 76/207/CE, y concretamente en su artículo 2.2, es el objeto de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Hannover que resuelve la sentencia.

Perfilada en estos términos la cuestión prejudicial, la normativa alemana sólo podría mantener su compatibilidad con el ordenamiento comunitario, y en particular con el citado artículo 2.2 de la Directiva, como excepción al principio de igualdad, si se pudiera justificar que en el acceso a las Fuerzas Armadas el sexo constituye una condición determinante en razón de la naturaleza o de las condiciones del ejercicio de las funciones militares (17). En estos términos, parece que la resolución de la cuestión se limi-

se justifica no sólo en sus menores cualidades físicas —fuerza muscular, resistencia a la fatiga o al dolor—, sino también en sus reducidas capacidades psicológicas para aguantar el dolor, y —aún cuando en condiciones normales esto tiene connotaciones negativas— para ejercer el instinto de dominación y la propensión a atacar y matar a otros seres humanos.

Es de observar que se trata de características que, en todo caso, al margen de su fidelidad o no a la realidad, se le niegan con carácter general al género femenino, excluyendo, en consecuencia, radicalmente a mujeres que podrían cumplir perfectamente con los requisitos exigidos para la función militar.

(16) En nuestra Constitución no se recoge ninguna cláusula del tipo del artículo 12.a de la Ley Fundamental de Bonn. Por ello, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 216/1991, de 14 de noviembre, resolvió un recurso de amparo en un supuesto similar al del caso *Kreil* —la denegación a una mujer del derecho a hacer las pruebas de acceso a la Academia General del Aire— admitiéndolo por entender que la demora consciente del legislador para adaptar la normativa preconstitucional por la que se prohibía el acceso de las mujeres al Ejército era de por sí inconstitucional por opuesta al artículo 14 cuando prohíbe toda discriminación por razón de sexo. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de octubre de 1988 (Ar. 7579), había justificado el acto denegatorio por entender que se produjo «en armonía con una realidad social que no cabe desconocer, con las diferencias existentes en orden a la permanente disponibilidad para el servicio, con la infraestructura actual de los Ejércitos e incluso con las características y funciones propias del Arma aérea, al menos en sus actividades operativas y de combate». Nótese que esta argumentación es similar a la planteada en relación con la objeción de conciencia.

Vid. al respecto D. BLANQUER, *Ciudadano y soldado...*, ob. cit., págs. 167-195.

(17) El propio artículo 9.2 de la Directiva ha previsto un mecanismo de revisión periódica por parte de la Comisión de las excepciones al principio de igualdad «teniendo en

taría a un análisis formal de la naturaleza de las funciones militares respecto del cual el Tribunal de Justicia se constituiría en un mero controlador del cumplimiento de una condición impuesta al Derecho interno por el ordenamiento comunitario. No obstante, el hecho de que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres —en la perspectiva de prohibición de toda discriminación por razón de sexo— constituya un derecho fundamental (18), obliga a hacer un análisis más matizado de la cuestión y convierte al Tribunal de Luxemburgo —lo cual es sustancialmente distinto— en garante de los derechos fundamentales. En definitiva, el Tribunal de Justicia se convierte en un órgano supervisor del nivel de garantía del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexos por parte de los ordenamientos internos, y en concreto del alemán.

En el análisis de la cuestión prejudicial, el Tribunal recuerda que el mantenimiento de una excepción al principio de igualdad enmarcada en el artículo 2.2 de la Directiva debe ser objeto de una interpretación restrictiva en la medida en que afecta a un derecho fundamental. Se trataría, pues, de justificar que resultaría extremadamente difícil, si no imposible, el desempeño de las funciones correspondientes por el sexo excluido, por sí mismo o en sus relaciones con el otro sexo (19). Además, en esta argumentación restrictiva, el parámetro de aplicación ha de ser el principio de proporcionalidad —uno de los principios generales del Derecho comunitario importado del Derecho alemán—, conforme al cual las excepciones no pueden sobrepasar los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto (20).

cuenta la evolución social», si bien —en opinión del Abogado General M. Antonio La Pergola, en sus Conclusiones respecto del asunto *Kreil* presentadas el 26 de octubre de 1999— la Comisión ha contribuido a mantener la disparidad en la aplicación de la Directiva entre los Estados miembros por no ejercer estas funciones de revisión periódica.

(18) Tal y como aclara F. REY MARTÍNEZ, *El principio de igualdad por razón de sexo...*, ob. cit., pág. 2, la igualdad de trato se constituye en un principio dirigido como mandato a los poderes públicos, mientras que la prohibición de toda discriminación, por ejemplo por razón de sexo, es un auténtico derecho fundamental judicialmente exigible. La primera vez que en el ámbito comunitario se afirmó que la no discriminación por razón de sexo es un derecho fundamental fue en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de junio de 1978, dictada en el asunto *Defrenne III*, en la que se engarza esta declaración con la más general, entonces recientemente elaborada en la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, conforme a la cual los derechos fundamentales se constituyen en principios generales del Derecho comunitario, a la que aludiremos posteriormente. Esta jurisprudencia se reitera en múltiples sentencias posteriores: de 20 de marzo de 1984, en los asuntos 75/82 y 117/82, *Razzouk e.a. c. Comisión*; de 26 de febrero de 1986, en el asunto 51/84, *Robert/tate & Lyle*; de 26 de febrero de 1986, en el asunto 152/84, *Marshall*; de la misma fecha, en el asunto 262/84, *Beets-Proper/Van Lanschot*; de 2 de agosto de 1993, en el asunto C-158/91, *Levy*, y de 30 de abril de 1996, en el asunto C-13/94, *P/s y Cornwall County Council*.

(19) En aplicación de esta interpretación restrictiva, en relación con ciertas profesiones el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido que el sexo puede ser una condición determinante para su ejercicio, como —en ámbitos similares al que es objeto de la sentencia *Kreil*— en el caso del trabajo de los vigilantes o jefes de prisiones —en el asunto *Comisión c. Francia*, 318/86, sentencia de 30 de junio de 1988—, o, desde una perspectiva bien distinta, en el desempeño de funciones de comadrona únicamente por mujeres —en el asunto *Comisión c. Reino Unido*, 165/8, sentencia de 8 de noviembre de 1983—. Sobre ello volveremos posteriormente.

(20) En opinión de F. REY MARTÍNEZ, *El principio de igualdad y el derecho fundamen-*

Así pues, el principio de proporcionalidad —en su aplicación a los supuestos de denegación de acceso de un sexo a determinadas profesiones— obliga a analizar si esta denegación de acceso es una medida adecuada y necesaria para lograr los objetivos que se han propuesto, objetivos que —por otra parte— es obvio que deben ser en cierto sentido superiores al principio de igualdad. Llevando esta pauta de argumentación al supuesto que nos ocupa, se puede afirmar que en el caso concreto de la sentencia que comentamos se han analizado dos tipos de objetivos a lograr por la denegación de acceso de las mujeres al Ejército —alegados por el Gobierno alemán— y que coinciden de hecho con los que tradicionalmente se han presentado generalmente para justificar la denegación del acceso de las mujeres a muchos ámbitos laborales y, particularmente, a las Fuerzas Armadas.

- a) *El principio de proporcionalidad como justificativo de ciertas excepciones del principio de igualdad basadas en la garantía de la seguridad pública.*

Las Fuerzas Armadas tienen una marcada particularidad frente a otros sectores profesionales, ya que son el instrumento de la política de defensa y de seguridad pública. En este sentido, el Gobierno alemán alegó en el asunto *Kreil* que la incorporación de las mujeres al Ejército afectaría a la seguridad pública, supuestamente por la incapacidad de éstas para desarrollar las funciones militares.

La cuestión así planteada requiere, en primer lugar, despejar toda duda acerca de la supuesta inaplicabilidad del Derecho comunitario en todo lo concerniente a la defensa, por tratarse de cuestiones relacionadas con la política exterior y de seguridad común y, como tales, residir en la esfera de la soberanía de los Estados miembros (21), argumentación ésta que de hecho le sirvió al *Bundesverwaltungsgericht* al enjuiciar precisamente la misma cuestión que es objeto de la sentencia *Kreil* en la sentencia de 20 de mayo de 1999 (22). Bien al contrario —y así lo ha venido señalando el propio Tribunal de Justicia en más de una ocasión (23)—, los principios

tal..., ob. cit., págs. 1 y 2, caben dos criterios para analizar si son discriminatorias o no las medidas normativas creadoras de desigualdades: el criterio de la razonabilidad, adoptado por el Tribunal Constitucional español como importación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través del artículo 10.2 de la Constitución, y el criterio de la proporcionalidad, conforme al cual el valor en favor del cual se sacrifique el valor «igualdad» debe ser constitucionalmente legítimo y superior a éste. En su opinión, el primer criterio es más respetuoso con el principio de separación de poderes.

(21) Así lo planteó el Gobierno alemán en sus Observaciones escritas, y los Gobiernos italiano y del Reino Unido en sus Observaciones orales.

(22) Vid. esta sentencia en «DÖV», noviembre 1999, H. 21, págs. 914-916.

(23) De hecho, la propia sentencia cita las de 15 de mayo de 1986 en el asunto 222/84, *Johnston*, y de 26 de octubre de 1999, dictada en el asunto C-273/97, *Sirdar*. Destacando la importancia de este argumento del Tribunal del Luxemburgo, vid. A. HAQUET, *L'accès des femmes...*, ob. cit., pág. 350; R. STREINZ, *Frauen an die Front —Bewertung und Folgen der Urteile des EuCG vom 26. Oktober 1999 —Rs. C-273/97 (Angela Maria Sirdar)— und vom*

del carácter imperativo y de aplicación uniforme del Derecho comunitario impiden interpretar que exista una reserva general que excluya de su ámbito de aplicación las medidas adoptadas por motivos de seguridad pública — sea interior o exterior—, sin perjuicio de reconocer a los Estados miembros la competencia para organizar libremente sus Fuerzas Armadas con el fin de garantizar su seguridad en ambos planos. Y en ningún caso cabe entender que entre las excepciones previstas en el Tratado para la aplicabilidad de sus disposiciones por estas razones se encuentre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, respecto del cual hay abundante Jurisprudencia del Tribunal insistiendo en su alcance general (24).

Sentado lo anterior, conviene destacar que el principio de proporcionalidad aplicado a supuestos del tipo del que es objeto de la sentencia en el asunto *Kreil* obliga a que se concilie el principio de igualdad de trato con las exigencias de un interés público, el de la defensa nacional o, más en general, la seguridad pública, que determinen las condiciones de ejercicio de la actividad de que se trate. Desde esta perspectiva, el objetivo de la seguridad pública —que, en general, está reconocido como un valor cuya consecución puede permitir a los Estados miembros adoptar medidas con un cierto margen de maniobra (25)— puede dar cobertura a determinadas excepciones al principio de igualdad de trato en el acceso a las profesiones y, de hecho, así lo reconoció el Tribunal de Luxemburgo en varias sentencias, y concretamente en una muy cercana en el tiempo a la sentencia *Kreil* dictada en el asunto *Sirdar*.

En estos términos, en la sentencia *Kreil*, el Tribunal se plantea si las medidas adoptadas por las autoridades nacionales con la cobertura del margen de apreciación de las excepciones al principio de igualdad de trato son adecuadas y necesarias para alcanzar el objetivo de la seguridad pública a cuya consecución pretendidamente se dirigen. La clave de la cuestión reside, pues, en analizar si el propio artículo 12.º de la Constitución alemana y las normas que en su desarrollo han excluido de forma total y ab-

11. Januar 2000— Rs. C-285/98 (*Tanja Kreil*)—, en «Deutsches Verwaltungsblatt», Heft 9 2000, 1 de mayo de 2000, págs. 588-590, quien destaca el hecho de que esta Jurisprudencia se basa en último término en la afirmación de que el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo es de aplicación general y la Directiva es aplicable a todo tipo de servicios públicos, y S. MÜLLER y H. SCHULTSKY, *Die Zulässigkeit des freiwilligen Wehrdienstes von Frauen an der Waffe*, en «Neues Zeitschrift für Verwaltungsrecht», 12 2000, 19 Jahrgang, 15 de diciembre de 2000, pág. 1381.

(24) A este respecto, se citan las sentencias de 21 de mayo de 1985, en el asunto *Comisión contra Alemania*, 248/83, de 2 de octubre de 1997, en el asunto *Gerster*, C-1/95, en la que se afirmó que el artículo 3.1 de la Directiva prohíbe toda discriminación por razón de sexo «sea cual sea el sector o la rama de actividad», incluidos específicamente los empleos en servicios públicos, y la ya citada sentencia del caso *Sirdar*.

(25) De hecho, este valor de la seguridad pública, o más concretamente de la defensa nacional, se ha empleado igualmente en el ámbito interno como valor absoluto y, en consecuencia, justificativo de restricciones a derechos fundamentales como el de igualdad. Así ocurrió, de hecho, en España, en relación con las denegaciones de las solicitudes de retiro voluntario de varios pilotos del Ejército del Aire, justificadas sobre la base de este tipo de argumentos tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional. Vid. al respecto J. DE LA CRUZ FERRER, *Derechos fundamentales y razón de Estado: el caso de los pilotos del Ejército del Aire*, en «REDA», núm. 71, julio-septiembre de 1991, págs. 389 y ss.

soluta a las mujeres de la prestación de servicios con armas en el Ejército, reduciendo sus opciones a prestar servicios en unidades sanitarias y musicales, pueden encajar en el supuesto previsto en el artículo 2.2 de la Directiva reiteradamente citada por constituir excepciones al principio de igualdad de trato necesarias y adecuadas para garantizar el valor de la seguridad pública.

A este respecto, tal y como destaca el Tribunal citando Jurisprudencia anterior, el hecho de que esta excepción se aplique de forma general a la práctica totalidad de las ocupaciones o puestos a desempeñar en el Ejército alemán impide entender que estas normas nacionales tengan cobertura en el artículo 2.2 de la Directiva, que sólo puede referirse a actividades específicas (26). En todo caso, teniendo en cuenta que en la propia naturaleza de las Fuerzas Armadas reside la necesidad de utilizar armas, no cabe excluir radicalmente a las mujeres del acceso a la gran mayoría de los puestos militares sin violar el principio de proporcionalidad (27).

En los términos de lo dispuesto en el citado artículo 2.2 de la Directiva, no cabe encontrar en la naturaleza del servicio militar un argumento justificativo de la excepción al principio de igualdad. No obstante, ya hemos adelantado que el Tribunal sí ha considerado, en otras ocasiones, que las especiales condiciones del puesto a desempeñar dentro del Ejército o de las Fuerzas de Seguridad —especialmente en ciertas unidades de combate (28)— pueden justificar la exclusión de las mujeres para garantizar el bien mayor que es la seguridad pública. A estos efectos, se entiende que la eficacia de ciertos cuerpos o unidades del Ejército se vería reducida o anulada si la mujer se incorporase a los mismos (29): en el caso de las Fuerzas

(26) Así lo ha afirmado, de hecho, el propio Tribunal en las sentencias *Comisión c. Reino Unido*, asunto 165/82, y *Comisión contra Francia*, asunto 318/86, en el que se declaró contraria a la Directiva la normativa francesa de acuerdo con la cual las mujeres sólo podían acceder a cinco Cuerpos concretos dentro de las Fuerzas de Policía francesas.

(27) A este respecto, el Tribunal hace referencia al dato aportado por el Gobierno alemán en el que se reconoce que en los servicios del Ejército en los que se da acceso a las mujeres se les instruye en el manejo de las armas con el objetivo de permitir su autodefensa y el socorro a otros. Hay que matizar, no obstante, que también alegó este Gobierno que los miembros de los servicios de mantenimiento técnico como aquél en el que quería ingresar la Sra. Kreil pueden ser enviados al frente en caso de guerra, razón por la cual el acceso a los mismos de las mujeres incurriría en la prohibición del artículo 12.º de la *Grundgesetz*.

(28) En la Jurisprudencia norteamericana, sin embargo, se ha justificado implícitamente la exclusión de las mujeres de todas las unidades de combate en general: asunto *Schlesinger v. Ballard* —419 US 498 (1975)— y, especialmente, *Rostker v. Goldberg* —453 US 57 (1981)—. En el caso francés, la referencia genérica, sin motivación, a «ciertas condiciones del servicio» ha justificado tradicionalmente la aplicación del sistema de cuotas de acceso femenino, tal y como aclara A. HAQUET, *L'accès des femmes...*, *ob. cit.*, págs. 343-345, quien, en consecuencia, llega a la conclusión de que «la discusión conduce siempre a las condiciones de ejercicio de la función y no a su naturaleza».

(29) En el caso español, el artículo 25 del Reglamento de Tropa y Marinería profesionales de las Fuerzas Armadas, aprobado mediante Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, excluyó a las mujeres de la prestación de los empleos militares de tipo táctico u operativo en unidades de la Legión, de operaciones especiales, paracaidistas y cazadores paracaidistas. Tampoco podían formar parte de las fuerzas de desembarco, de las dotaciones de submarinos ni de buques menores «en los que sus condiciones estructurales no permitan el

de Seguridad destacadas en el Ulster —sentencia *Johnston* (30)—; en el supuesto de ciertos Cuerpos de la Policía francesa —sentencia *Comisión c. Francia* (31)— y, últimamente, en relación con ciertos Cuerpos de combate del Ejército británico —en el ya citado asunto *Sirdar* (32)—.

- b) *El principio de proporcionalidad como justificativo de ciertas excepciones del principio de igualdad basadas en medidas proteccionistas de un determinado sexo.*

Tanto el Tribunal Administrativo Federal alemán como la doctrina mayoritaria de este país venían admitiendo que las disposiciones del artículo 12.a de la Ley Fundamental —interpretadas de forma absoluta, incluyendo tanto los servicios obligatorios como los voluntarios— y su normativa de desarrollo constituían excepciones respecto del principio general de igualdad de trato entre hombres y mujeres (33). Como tales, constituían una *lex specialis* frente a este principio consagrado genéricamente en el artículo 3, apartados 2 y 3, de la propia Ley Fundamental de Bonn, y particularmente en los artículos 12.1 y 33.2 de la misma norma, en relación con la libre elección de profesión y oficio y con el acceso al empleo en la Administración Pública. A estos efectos, la justificación última de esta excepción se encontraría en una «obligación moral de protección de las mujeres» frente a los peligros a los que pueden verse expuestos los soldados fruto de la dura experiencia de la guerra. Así lo afirmó, de hecho, el *Bundesverwal-*

alojamiento en condiciones adecuadas». Este artículo fue formalmente derogado por la Disposición derogatoria única del Real Decreto 66/2000, de 21 de enero, que desarrolla lo dispuesto en la Ley 17/1997, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, conforme a la cual desaparecen todas las limitaciones que sufrían las mujeres para el acceso a determinados destinos, sin perjuicio de que «puedan establecerse diferencias en las condiciones físicas para el acceso al aplicar distintos parámetros al hombre y a la mujer».

(30) En esta sentencia se cuestionó el acceso de una mujer a un Cuerpo de la Policía armada que patrulla por el Ulster. Atendiendo al hecho de que no se podía excluir «la posibilidad de que, en ocasiones de graves disturbios internos, el llevar armas de fuego por mujeres policías pueda crear riesgos suplementarios de atentados contra ellas y pueda, por tanto, ser contrario a la seguridad pública», el Tribunal no consideró que se hubiera violado en este caso el principio de igualdad de trato. No se justificó en ningún momento de qué modo y en qué medida el llevar armas de fuego las mujeres podría aumentar los riesgos contra la seguridad pública.

(31) En general, sobre esta Jurisprudencia se puede consultar E. ELLIS, *EC Sexual Equality...*, ob. cit., págs. 237-240, y R. STREINZ, *Frauen an die Front*, ob. cit., págs. 590-591.

(32) En esta sentencia, de 26 de octubre de 1999, el Tribunal justifica que se excluya a las mujeres del Cuerpo de *Royal Marines* del Ejército británico en atención al hecho de que estos cuerpos de élite, preparados para entrar en combate en cualquier momento, necesitan para su propia eficacia cumplir con la regla de la «interoperabilidad», que supone que todos los miembros del Cuerpo —incluso si desempeñan funciones como cocinero, como sería el caso de la recurrente— deben estar preparados para la lucha. De nuevo aquí, como en el caso *Johnston*, no se profundiza en las causas de exclusión de las mujeres siempre y en todo caso.

(33) Vid. al respecto, sistematizando esta doctrina, R. STREINZ, *Frauen an die Front*, ob. cit., págs. 592-594, y, ampliamente, S. MÜLLER y H. SCHULTSKY, *Die Zulässigkeit des freiwilligen Wehrdienstes...*, ob. cit., págs. 1381-1383, quienes aportan argumentos para interpretar que el artículo constitucional sólo se refería al servicio obligatorio.

tungsgericht —remitiéndose al Derecho Humanitario Internacional (34)— en su sentencia de 30 de junio de 1996, dictada en el asunto *Sanitätsdienst*, cuya doctrina ha sido reiterada en la más reciente de 20 de mayo de 1999, ya citada.

Este respaldo jurisprudencial —contradicho para supuestos similares por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (35)— no impidió, sin embargo, que fueran cada vez más las voces que reclamaran una interpretación restrictiva de este artículo, particularmente teniendo en cuenta que —como tal *lex specialis*— no deja de ser una derogación de principios de carácter general de especial relevancia en la construcción constitucional, afirmando incluso que nunca debería ser de aplicación cuando el servicio se preste de forma voluntaria (36).

Siendo éste el planteamiento mantenido en el Derecho alemán, no es de extrañar que el Gobierno alemán invocara ante el Tribunal de Luxemburgo la aplicabilidad al caso del artículo 2.3 de la Directiva, para justificar la vigencia de la normativa en cuestión en argumentos de tipo protector respecto de la mujer. En estos términos, se pretendía argumentar en aplicación del principio de proporcionalidad en el sentido de que el objetivo de protección de la mujer podría ser adecuado para justificar la exclusión de la mujer del Ejército. El Tribunal negó, sin embargo, esta tesis, dado que la protección que se recoge en el artículo 2.3 de la Directiva de la condición biológica de la mujer y de su relación con los hijos no permite excluir radicalmente a las mujeres de ciertos empleos o profesiones en atención a que aquéllas deberían recibir una protección mayor frente a riesgos a los que se exponen —en principio— en las mismas condiciones que los hombres (37), razonamiento al que no podemos dejar de añadir la

(34) En concreto, la Tercera Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra, y el Primer Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, en cuyo artículo 51 —conforme al cual la población civil no puede ser objeto de ataques, entre la que se encuentra el personal sanitario— entiende el Tribunal que se ha inspirado el artículo 12.a de la *Grundgesetz*. Sin embargo, tal y como destaca el Abogado General en sus Conclusiones, en el Ejército alemán trabajan muchas mujeres en labores de Administración de naturaleza civil, que no se verían cubiertas por estas Normas Internacionales en caso de conflicto bélico. Vid. igualmente al respecto R. STREINZ, *Frauen an die Front*, ob. cit., págs. 591-592.

(35) Vid. las sentencias del *Bundesverfassungsgericht* de 28 de enero de 1992 —*Nachtsarbeitsverbot*, *BVerfGE* 85, 191—, sobre la interdicción del trabajo nocturno de las mujeres, y de 24 de enero de 1995 —*Feuerwehrdienstpflicht*, *BVerfGE* 92, 91—, que declaró inconstitucional la exclusión de las mujeres del servicio obligatorio en el Cuerpo de Bomberos después de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se hubiese pronunciado sobre la cuestión en su sentencia de 18 de julio de 1994, y, sobre las mismas, U. DI FABIO, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau*, en «Archiv des öffentlichen Rechts», 122. Band, Heft 3, septiembre de 1997, págs. 408-414, quien insiste especialmente en el cambio que estas sentencias suponen respecto de la jurisprudencia anterior en el sentido de incorporar una obligación de actuar sobre la realidad para conseguir la igualdad efectiva entre hombres y mujeres más allá de declaraciones puramente formales.

(36) Vid. H. D. JARASS y B. PIEROTH, *Grundgesetz Kommentar*, 4.ª ed., 1997; J. KOKOTT, en M. SACHS, *Grundgesetz Kommentar*, 2.ª ed., 1999, y el propio R. STREINZ, *Frauen an die Front*, ob. cit., págs. 593-594. Expresa.

(37) El Tribunal ya se había pronunciado en el mismo sentido en varias sentencias,

obvia ineficacia de las supuestas medidas protectoras frente a los últimos avances militares. De hecho, se puede concluir que la Directiva se opone a toda medida discriminatoria de naturaleza «protectora» que no sea la prevista en el artículo 2.3 de la misma, única en la que la naturaleza de la mujer, *per se*, puede justificar medidas protectoras, sin que ello suponga que haya de ser justificativa de medidas excluyentes de determinados ámbitos profesionales, por ser de carácter temporal.

Es de advertir que muchas de las formas tradicionales de discriminación de la mujer se basan precisamente en argumentos protectores que, con apariencia de discriminaciones de signo positivo, no hacen sino perpetuar esquemas sociales en los que se consideraba a la mujer un ser inferior merecedor de una protección suplementaria. En estos términos, y teniendo en cuenta que —como hemos dicho— el concepto de igualdad es por naturaleza mutable históricamente y basado en último término en la consideración social de los distintos grupos, lo que en un momento determinado se asume como medida protectora justificada en la menor capacidad de un grupo —en este caso, las mujeres— se considera posteriormente como criterio discriminatorio no justificado en una naturaleza sustancialmente distinta de los géneros. El problema reside, pues, descartadas justificaciones de género que discriminen a las mujeres en bloque, en analizar caso por caso, y en atención a las circunstancias concretas de cada supuesto, si en la distinta naturaleza de los sexos podría haber justificaciones para formas de desigualdad que no resulten, en consecuencia, discriminatorias.

A este respecto es especialmente esclarecedora la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional cuando —profundizando en una doctrina adelantada en numerosas sentencias anteriores (38) y citando expresamente la

sobre la base de entender que en este artículo se trata de defender la condición biológica de la mujer durante el embarazo y sus especiales relaciones con el recién nacido, no establecer un criterio de protección general del sexo femenino —vid. SSTJCE desde la de 12 de julio de 1984, en el asunto 184/83, *Hofmann*, hasta las más recientes de 30 de abril de 1998, en el asunto C-136/95, *CNAVTS y Thilbault*, y de 19 de noviembre de 1998, en el asunto C-66/96, *Høj Pedersen e.a.*—.

(38) Vid. SSTC 81/1982, de 21 de diciembre; de 15 de noviembre de 1983; 38/1986, de 21 de marzo; 207/1987, de 22 de diciembre, en las que se argumenta a favor de la equiparación de los hombres en ciertas condiciones de trabajo más ventajosas para las mujeres, por entender que estas supuestas discriminaciones positivas para la mujer encubren en realidad medidas proteccionistas de las mujeres basadas en prejuicios sobre su menor capacidad física para el trabajo. De hecho, en la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, desde la sentencia 128/1987, de 16 de julio, se califican de discriminaciones contrarias al artículo 14 de la Constitución muchas medidas falsamente protectoras de la mujer. En estos términos, se trata de diferenciar medidas constitutivas de discriminaciones positivas favorecedoras de la mujer para asegurar su acceso efectivamente igual al mercado de trabajo frente a auténticas discriminaciones con apariencia de medida protectora, pero basadas en último término en la consideración de las mujeres como seres por naturaleza menos aptos para desempeñar ciertos papeles en la sociedad. En sentido similar, la sentencia 19/1989, de 28 de enero; la 137/1994, de 28 de noviembre, y varias sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo —de 22 de enero, 2 de abril y 3 de julio de 1990 (Ar. 366, 2793 y 6350, respectivamente)—, que declararon que el otorgamiento de pensiones de orfandad exclusivamente a hijas de funcionarios era contrario al principio de igualdad por responder a «motivaciones sociológicas superadas en la actualidad» basadas en una «supuesta inferioridad congénita o social (de las mujeres) para enfrentarse con el

Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en aplicación de la Directiva 76/207/CE— declaró la inconstitucionalidad de la prohibición del trabajo de las mujeres en el interior de las minas fundada en argumentos tuitivos en su sentencia 229/1992, de 14 de diciembre, en la que llegó a afirmar que «el mandato de no discriminación por sexo del artículo 14 de la Constitución, consecuente al principio de igualdad de derecho entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo».

En aplicación de todos los argumentos anteriores, descartados tanto los razonamientos de tipo proteccionista como los que esgrimían el valor superior de la seguridad pública, el Tribunal llega a la conclusión de que la Directiva 76/207/CEE se opone a la aplicación de disposiciones, como el artículo 12.a de la Ley Fundamental de Bonn en su redacción original y su normativa de desarrollo, que de manera general excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo autorizan su acceso a unidades sanitarias y de música militar. A estos efectos, no se puede dejar de concluir que —tal y como destaca el propio Abogado General en sus Conclusiones— una exclusión de este tipo supone no sólo una discriminación directa —que es por la que se interroga el Tribunal de Hannover—, sino múltiples discriminaciones indirectas derivadas de aquélla, como en el acceso a ciertos empleos públicos en los que los militares tienen prioridad o incluso a ciertos empleos privados para los que la especial formación recibida en el Ejército es muy valiosa (39).

mundo del trabajo o las circunstancias ambientales, que no se corresponde con la posición que la mujer reclama y tiene asignada en la sociedad actual». En estas argumentaciones, nuestra Jurisprudencia constitucional recuerda a la americana, que desde la sentencia en el caso *Frontiero v. Richardson* —411 US 677 (1973)—, precisamente en un supuesto relativo a las Fuerzas Armadas, viene afirmando que tradicionalmente la discriminación sexual era justificada por una actitud de «paternalismo romántico» que «a efectos prácticos, pone a las mujeres, no en un pedestal, sino en una jaula».

Respecto de esta jurisprudencia, M. ELÓSGUI ITXASO, *Igualdad y diferencia hombre-mujer según el Tribunal Constitucional español*, en «RVAP», núm. 52, septiembre-diciembre de 1998, págs. 164-168.

(39). Tal y como ha afirmado reiteradamente el Tribunal de Justicia —vid. sentencias de 1 de julio de 1986, *Gisela Rumlér c. Dato-Druck GmbH*, 237/85; de 14 de diciembre de 1995, *Megner y Scheffel*, C-444/93, apartado 24; de 24 de febrero de 1994, *Roks y otros*, C-343/92; de 2 de octubre de 1997, *Kording*, C-100/95...—, existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres. Según afirma F. REY MARTÍNEZ, *El principio de igualdad y...*, ob. cit., pág. 2, esta doctrina fue recibida por el Tribunal de Justicia de la Jurisprudencia norteamericana —desde la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Griggs v. Duke Power Company*, de 1971— y, como tal, fue recogida a su vez por nuestro Tribunal Constitucional desde la sentencia 145/1991, de 1 de julio, cuya doctrina fue confirmada por la 58/1994, de 28 de febrero; la 147/1995, de 16 de octubre, y la 41/1999, de 22 de marzo, únicamente contradicha por la 286/1994, de 27 de octubre.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO
COMUNITARIO Y EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA:
LA PARADOJA ENCERRADA EN LA SENTENCIA *KREIL*

El problema de la incorporación de los derechos fundamentales como parte sustantiva del Derecho comunitario —más allá de huera declaraciones de intenciones— constituye la clave del engarce del ordenamiento comunitario y los ordenamientos estatales. Ante la pérdida creciente de competencias y, en definitiva, de soberanía por parte de los Estados miembros como consecuencia de un proceso de integración europea en el que se ampliaban los objetivos comunitarios, en principio exclusivamente económicos, hacia el ámbito de lo social, lo cultural y, en último término, lo político (40), los Estados mostraron sus recelos precisamente abanderando la causa de la protección de los derechos fundamentales frente a una construcción europea que no había querido comprometerse activamente en su protección. Esta tensión entre los ordenamientos internos y el ordenamiento europeo se expresa formalmente en la lucha por la afirmación de los principios de autonomía, efecto directo y primacía del Derecho comunitario —matizada últimamente por el principio de subsidiariedad— y sólo se explica desde la paralela lucha por los derechos fundamentales en este ámbito (41).

A estos efectos, la sentencia que comentamos nos enfrenta con una cierta paradoja muy expresiva de la consolidación que ha alcanzado el ordenamiento comunitario como cuerpo institucional completo que se superpone a los ordenamientos internos. Siendo como es la República Federal de Alemania el Estado que —junto a Italia— más ha atacado el principio de primacía del Derecho comunitario, precisamente por entender que

De hecho, en el caso de la sentencia *Kreil*, la discriminación directa de las mujeres en el acceso a los empleos militares las excluye indirectamente del desempeño de Altos Cargos del Estado, como *Bundeskanzler*, *Bundesminister der Verteidigung* y *Staatssekretär*, en los que en todo caso es necesario el «servicio con armas». En el ámbito privado, en muchos servicios militares se adquieren títulos profesionales o experiencia muy valorados en el desempeño de puestos civiles. A este respecto, vid. las Conclusiones del Abogado General M. Antonio La Pergola.

(40) Analizando el concepto de «integración supranacional», determinante de la diferente naturaleza de la Unión Europea respecto de las organizaciones internacionales fundadas en el principio de cooperación, sobre la base de la cesión de soberanía que aquélla supone, vid. P. PÉREZ TREMPES, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Fundación Universidad Empresa-Cívitas, Madrid, 1994, págs. 21-64.

(41) G. ROBLES MORCHÓN, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1996, págs. 17-19, implícitamente, y A. G. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en...*, ob. cit., pág. 19, afirman, de hecho, que el sistema de protección de derechos fundamentales se crea respondiendo a la necesidad de preservar la primacía del Derecho comunitario sobre los Derechos estatales o internos y, en definitiva, de asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario. Quisiéramos creer, sin embargo, que esta circunstancia aceleró el proceso de asunción formal de la garantía de los derechos fundamentales al ordenamiento comunitario, no que la haya forzado, porque la tendencia de este ordenamiento a convertirse en una entidad supranacional de carácter político —y no meramente económico— es inseparable del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.

la Ley Fundamental de Bonn y, particularmente, los derechos fundamentales en ella reconocidos no podían ser anulados por un ordenamiento que no garantizaba de manera suficiente estos mismos derechos, es digno de destacar que en la sentencia dictada en el asunto *Kreil* se afirma la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una norma contenida en la Constitución alemana que limita un derecho fundamental tal y como ha sido objeto de garantía en aquel ordenamiento (42).

En la introducción a estas reflexiones ya hemos tenido ocasión de señalar cómo la carencia de un catálogo de derechos fundamentales en el Derecho positivo comunitario ha venido siendo salvada por una Jurisprudencia progresiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sin embargo, en un primer momento, el Tribunal rechazaba las demandas que afectasen a derechos fundamentales garantizados en las Constituciones nacionales, consciente del déficit de los Tratados y en un clima de escrupuloso respeto de los Derechos internos, basado en último término en el hecho de que las instituciones comunitarias estaban en período de consolidación.

Efectivamente, el Tribunal de Justicia evitó inicialmente en varias sentencias entrar a pronunciarse sobre cuestiones respecto de las que se alegaba la aplicabilidad de derechos fundamentales recogidos precisamente en la Ley Fundamental alemana, argumentando que su cometido era única y exclusivamente aplicar el Derecho comunitario y no los Derechos internos (43). Esta actitud pasiva del Tribunal de Justicia fue quizás el caldo de cultivo necesario para que los Tribunales constitucionales internos, y particularmente el Tribunal Constitucional alemán, cuestionaran el principio de aplicación prioritaria del Derecho comunitario cuando este Derecho no incorporaba un grado mínimo de protección de los derechos fundamentales (44). La famosa sentencia de aquel Tribunal de 24 de mayo de 1974, dictada en el caso *Solange I*, es capital a este respecto.

(42) En términos similares cifran la importancia de esta sentencia S. MÜLLER y H. SCHULTSKY, *Die Zulässigkeit des freiwilligen Wehrdienstes...*, ob. cit., pág. 1381, y R. SCHOLZ, *Frauen an die Waffe kraft Europarechts? —Zum Verhältnis von Art. 12 Abs. 4 S.2 GG zur EU-Gleichbehandlungsrichtlinie—*, en «Die Öffentliche Verwaltung», 53. Jahrgang, mayo de 2000, Heft 10, págs. 418-420, quien se muestra en estos términos muy crítico.

(43) Vid. las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos *Stork c. Haute Autorité*, de 4 de febrero de 1959; *Ruhrkohlenverkaufsgesellschaften c. Haute Autorité*, de julio de 1960; *Sgarlatta c. Comisión CEE*, de 1 de abril de 1965, y, sobre esta primera Jurisprudencia, M. LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, *Derechos y libertades en la Europa comunitaria*, Sociedad Española para los Derechos Humanos, Madrid, 1992, págs. 39-39 y ss.; G. ROBLES MORCHÓN, *Los derechos fundamentales en...*, ob. cit., págs. 46-53, y A. G. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en...*, ob. cit., págs. 88-94.

(44) El principio de primacía del Derecho comunitario fue afirmado por primera vez por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las sentencias de 1964, dictada en el asunto *Costa/ENEL*, y de 9 de marzo de 1978, dictada en el asunto 106/77, *Simmenthal*, ambas forzadas por una Jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana que defendía la aplicación prioritaria de leyes aprobadas con posterioridad a las normas comunitarias. Vid. al respecto G. ROBLES MORCHÓN, *Los derechos fundamentales en...*, ob. cit., págs. 121; P. PÉREZ TREMPES, *Constitución Española y...*, ob. cit., págs. 139-149, quien cita las SSTC 28/1991 y 64/1991, que aplican correctamente el principio de primacía a supuestos similares aun calificando de «infraconstitucional» este tipo de conflictos —co-

Concretamente, en esta sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán se sentó como doctrina que ante un conflicto entre los derechos fundamentales garantizados en la Constitución alemana y el Derecho comunitario deberían prevalecer aquéllos, siendo competencia, en primera instancia, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reparar tal vulneración, salvando la competencia de los Tribunales alemanes de actuar si la reparación del Tribunal de Luxemburgo no fuera suficiente; en este último caso, los Tribunales internos sólo podrían inaplicar la norma comunitaria, nunca declarar su invalidez (45).

Fue esta rebeldía de los Tribunales constitucionales internos a aceptar el principio de primacía del Derecho comunitario, precisamente planteada alrededor de la imprescindible protección de los derechos fundamentales (46), la que empujó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a producir una Jurisprudencia activa en esta materia sobre la base de calificar los derechos fundamentales como principios fundamentales del ordenamiento europeo. A partir de la famosa sentencia, ya citada, de 20 de noviembre de 1969, dictada en el caso *Stauder*, también en un caso surgido en la República Federal de Alemania, el Tribunal no ha dejado de afirmar que en la aplicación del Derecho comunitario es necesario tomar en consideración los derechos fundamentales implicados, puesto que su garantía es un principio fundamental de este ordenamiento.

mentándolas, J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *El control del Derecho interno que infrinja el Derecho comunitario europeo y el alcance del artículo 10.2 CE en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en «REDA», núm. 72, 1991, págs. 573 y ss.—; A. LA PERGOLA, *Constitución e integración europea: la contribución de la jurisprudencia constitucional*, en «Cuadernos de Derecho Público», núm. 6, enero-abril de 1999, págs. 9-15; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea*, en «REDA», núm. 103, julio-septiembre 1999, pág. 402.

(45) Vid. respecto de esta sentencia, P. PÉREZ TREMPs, *Constitución Española y...*, ob. cit., págs. 151-153, quien cita asimismo la decisión *Eurocontrol*, de 23 de junio de 1981 —comentada por A. EMBID IRUJO, *Derechos fundamentales y protección judicial contra actos de organizaciones internacionales. El caso Eurocontrol*, en «REDA», núm. 38, 1983, págs. 421 y ss.—, en la que se matiza esta doctrina sobre la base de la «equivalencia», que no «identidad», de los niveles de protección de los derechos fundamentales, si bien no se refiere a la Comunidad Europea; y L. MICHAEL, *Die Wiedervereinigung und die europäische Integration als Argumentationstopoi in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Zuer Bedeutung der Art. 23 S. 2 a.F. und 23 Abs. 1 S. 1 n.F. GG*, en «Archiv des öffentlichen Rechts» 124. Band, Heft 4, diciembre de 1999, págs. 606-607.

(46) El Tribunal Constitucional italiano, por su parte, dictó varias sentencias en sentido similar, como la 183/1973, en el asunto *Frontini*; la 232/1975, en el asunto *Industria Chimica Italia Centrale*; la 170/1984, de 8 de junio de 1984, en el asunto *Granital*; la 399/1987, en el asunto *Programas Integrados Mediterráneos*, y 232/1989, en el caso *Fragd*, si bien su argumentación difiere de la del Tribunal Constitucional alemán, ya que en el caso italiano se sostiene que si el Derecho comunitario no garantiza los derechos fundamentales la cesión de competencias realizada por el Estado italiano resulta inconstitucional —vid. al respecto A. LA PERGOLA, *Constitución e integración...*, ob. cit., págs. 15-27—. El Consejo Constitucional francés, por su parte, incluyó como una de las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional el respeto a los derechos fundamentales, tal y como recuerdan P. PÉREZ TREMPs, *Constitución Española y...*, ob. cit., págs. 116-125 y 151-155, desde la perspectiva de los límites a la integración supranacional para asegurar la compatibilidad de los dos ordenamientos, y L. FAVOREU y H. OBERDORFF, *Droit Constitutionnel et Droit Communautaire. Les rapports de deux ordres juridiques*, en «Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne», núm. 435, febrero de 2000, págs. 94-99.

En este sentido, de la doctrina de dos sentencias de 17 de diciembre de 1970, dictadas en los asuntos *Internationale Handelsgesellschaft* y *Köster*, y de la de 17 de mayo de 1972, dictada en el asunto *Leonesio*, de nuevo en asuntos planteados ante Tribunales alemanes, se derivan nuevas consecuencias de la declaración del caso *Stauder*, ya que —si la Comunidad Europea asume la garantía de los derechos fundamentales en tanto en cuanto éstos se constituyen en principios fundamentales de este ordenamiento— ya no hay obstáculo alguno para afirmar la aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario, de acuerdo con el cual este ordenamiento se aplica prioritariamente sobre el interno «cualquiera que sea el rango de la legislación nacional que se oponga» (47), incluso si se trata de una norma constitucional (48). Con esta Jurisprudencia, el Tribunal de Luxemburgo se opone radicalmente a planteamientos nacionales conforme a los cuales la invocación de derechos fundamentales protegidos por las Constituciones internas serviría de barrera frente a la aplicación prioritaria del Derecho europeo, que —supuestamente— podría ser acusado de desatender estos derechos (49).

En el plano interno, y en particular en el caso alemán, el Tribunal Constitucional Federal reaccionó ante esta Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo matizando su propia doctrina anterior en las sentencias *Solange II*, de 22 de octubre de 1986, y *Soweit*, de 12 de mayo de 1989, sobre la base de entender que ya existía en ese momento en el marco comunitario «un nivel mínimo de los derechos fundamentales que satisface en principio las exigencias desde el punto de vista del Derecho Constitucional», si bien no renuncia a verificar la constitucionalidad de las normas comunitarias si la protección de los derechos fundamentales garantizada por el Tribunal de Luxemburgo se muestra insuficiente, en el sentido de no «equiva-

(47) Es de observar, en todo caso, que las primeras sentencias del Tribunal de Luxemburgo en esta materia son anteriores a las sentencias de los Tribunales Constitucionales internos radicalmente opuestas a la aceptación del principio de primacía frente a la protección prioritaria de los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones nacionales, pero responden en todo caso a planteamientos nacionales similares manifestados en todos los órdenes. Insistiendo en esta línea jurisprudencial, vid. SSTJCE de 14 de mayo de 1974, asunto *Nold*; de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79, *Hauer*; de 26 de junio de 1980, asunto 136/79, *National Panasonic*; de 17 de octubre de 1989, asunto *Dow Chemical Iberica*; de 5 de marzo de 1998, *Solred*, C-347/96, Rep. pág. 937, y de 22 de octubre de 1998, *Ministerio delle Finanze y otros*, C-10/97 a C-22/97. En general sobre esta Jurisprudencia, vid. G. ROBLES MORCHÓN, *Los derechos fundamentales en...*, ob. cit., págs. 53-83, y A. G. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en...*, ob. cit., págs. 94-104.

(48) En la sentencia de 13 de julio de 1972, asunto 48/71, *Comisión v. Italia*, el Tribunal de Luxemburgo advirtió por primera vez expresamente que el Derecho comunitario prevalece incluso frente a las normas constitucionales de los Estados miembros.

(49) Vid. en este sentido S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, págs. 83 y ss., quien destaca que la clave de esta Jurisprudencia se basa en la negación de la teoría de que los principios de primacía y efecto directo derivan de las Constituciones internas: «[El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas] fundamenta, de hecho, su tarea jurisprudencial sobre el carácter autónomo del ordenamiento comunitario que aparece como un ordenamiento propio, surgido de una fuente autónoma, que se integra en el sistema jurídico de los Estados miembros».

lente» (50). Este recelo latente frente al grado de asunción por parte de la construcción europea del compromiso por la protección de los derechos fundamentales —reflejado igualmente en la sentencia en el asunto *Maastricht* (51)— se demuestra en el hecho de que la reforma constitucional en la República Federal de Alemania forzada por la ratificación del Tratado de Maastricht introdujo un nuevo artículo 23 a la Ley Fundamental, conforme al cual se afirma que el Estado alemán tiene por objetivo la realización de una Europa unida y que se abre al desarrollo de la Unión Europea, exigiendo que ésta respete los principios de democracia, del Estado de Derecho, social y federal y el principio de subsidiariedad, además de exigir que ofrezca una garantía de los derechos fundamentales comparable al de la Constitución alemana (52). En todo caso, este artículo constitucional responde a una nueva fase en las relaciones entre el Tribunal de Luxemburgo y los Tribunales Constitucionales internos —especialmente el alemán— basada en el principio de cooperación para lograr el fin común de garantizar una tutela efectiva de los derechos fundamentales por encima de pretensiones de soberanía jurisdiccional.

Sin perjuicio de lo anterior, hoy por hoy no se puede negar que el principio de primacía del Derecho comunitario no es objeto de discusión, ni en la República Federal de Alemania ni en cualquier otro Estado miembro, porque tampoco es discutible que la Unión Europea ha asumido un com-

(50) Expresamente sobre la sentencia *Solange II*, vid. J. M.^a BAÑO LEÓN, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional*, en «REDA», núm. 54, 1987, págs. 287 y ss., quien llega a afirmar —y en ello estamos de acuerdo— que la supremacía del Derecho comunitario no queda garantizada por esta sentencia.

(51) «BVerfGE», 89, 155.

(52) Este artículo fue introducido por la Ley de Reforma Constitucional de 15 de noviembre de 1994, para superar las reticencias frente a la ratificación del Tratado por la desconfianza respecto del efectivo compromiso de las instituciones comunitarias para la protección de los derechos fundamentales. P. PÉREZ TREMP, *Constitución Española y...*, ob. cit., pág. 48, por su parte, afirma que lo que está en la base de este artículo —como plasmación de la doctrina de la sentencia *Solange II*— es que, a través de la cesión de poder a las Comunidades Europeas, no puede procederse a una desfiguración del Estado por afectar a sus elementos esenciales, mientras que L. MICHAEL, *Die Wiedervereinigung und die europäische Integration...*, ob. cit., págs. 606-619, considera que el artículo 23.1 de la Ley Fundamental de Bonn debe interpretarse a la luz del principio de *Kooperationsverhältnis* entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal de Luxemburgo, en los términos de la sentencia de aquél en el asunto *Maastricht*, de modo que el Derecho europeo y el Derecho constitucional alemán se influenciarían mutuamente: el artículo 23.1 se interpretaría a la luz del principio de «efecto útil», tal y como ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia Europeo, mientras que los artículos 6 y 7 del Tratado de Amsterdam adoptarían la idea de la homogeneidad, tal y como ha sido plasmada en el artículo 28.1 y 3 de la Ley Fundamental alemana.

Distinto ha sido, sin embargo, el caso de Francia, que, si bien planteó serias dificultades a la ratificación del Tratado, resueltas finalmente con una reforma constitucional, basaba sus recelos en la pérdida de soberanía para la toma de decisiones de política monetaria o de control de fronteras; ni mucho menos, de España, que limitó el problema del impacto del Tratado de Maastricht en la Constitución a la reforma del artículo 13.2 en lo relativo al sufragio de los ciudadanos europeos en las elecciones municipales. Vid. desde una perspectiva crítica respecto del caso español, R. ALONSO, *Estudio preliminar al Tratado de la Unión Europea*, 1.^a ed., Civitas, Madrid, 1992, y S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea y...*, ob. cit., págs. 27-63.

promiso —quizás imperfecto en sus instrumentos, pero sólido en su fundamento— respecto de la garantía activa de los derechos fundamentales. Prueba de ello es la sentencia que comentamos, la cual concluye en la inaplicación de un artículo de la Ley Fundamental alemana por resultar injustificadamente restrictivo del acceso de las mujeres a la práctica totalidad de los empleos militares y, como consecuencia de ello, atentatorio contra el principio de igualdad de trato por razón de sexo de acuerdo con el estándar establecido en el ordenamiento comunitario.

Precisamente ahí radica la paradoja a la que nos referíamos al comenzar este apartado: si en la sentencia *Solange I* el Tribunal Federal alemán dudó de la idoneidad del Derecho comunitario para satisfacer la protección de los derechos fundamentales que la *Grundgesetz* consagra como fundamento esencial del orden político, y de ello derivó su propia capacidad para analizar las normas de ese ordenamiento antes de dar luz verde a su aplicación a nivel interno, ahora el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas viene a afirmar en la sentencia *Kreil* que el Derecho comunitario ofrece un nivel de protección de un derecho fundamental mayor que el garantizado en la Ley Fundamental de Bonn (53). La paradoja es aún mayor cuando reparamos en el hecho de que el derecho fundamental cuya protección es objeto de la sentencia en el asunto *Kreil* es el de la no discriminación por razón de sexo, derecho éste que ya había sido recogido —aun en la formulación estricta relativa a las retribuciones— en los propios Tratados fundacionales.

V. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA *KREIL*: LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En la sentencia cuyo comentario nos ocupa, el Tribunal de Luxemburgo concluye afirmando que la prohibición de que las mujeres presten servicios con armas en el Ejército contenida en la Constitución de la República Federal de Alemania es contraria al principio de igualdad de sexos tal y como ha sido definido y protegido por los Tratados y por la Jurisprudencia del propio Tribunal. Por aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario, conforme al cual todo juez nacional tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación cualquier disposición nacional eventualmente contraria al mismo, la consecuencia inmediata de la sentencia que comentamos consiste en que el Tribunal Administrativo de Hannover al resolver el litigio principal que dio ocasión a la sentencia *Kreil* y, en general, todos los jueces alemanes se han debido

(53) En opinión de R. STREINZ, *Frauen an die Front*, ob. cit., pág. 593, sin embargo, en esta sentencia no se plantea un problema de contradicción entre el nivel de protección de un derecho fundamental en el ámbito comunitario y en el alemán —que para él se resolvería entendiéndose que se habría producido una extralimitación de las competencias de la Comunidad— dado que en realidad el artículo 12.º no contiene un derecho fundamental, sino —bien al contrario— una limitación o restricción de un derecho fundamental.

inaplicar a partir del 11 de enero de 2000, el artículo 12.a de la Constitución federal y toda la normativa que lo desarrolla.

No obstante, no hay que olvidar que el principio de seguridad jurídica exigía que el Estado Federal de Alemania eliminase las incertidumbres derivadas de la existencia de estas normas por ser incompatibles con las comunitarias, integrando así el contenido material del Derecho comunitario en el ordenamiento interno de manera clara e inequívoca, a fin de que se aclarase de qué modo y en qué circunstancias las mujeres podrían acceder al Ejército alemán y, de esta forma, podrían ejercitar con normalidad el derecho a no ser discriminadas en este ámbito, tal y como ha sido declarado por el Tribunal de Justicia. A estos efectos, la anulación de las normas internas incompatibles con el ordenamiento comunitario debía llevarse a cabo conforme al ordenamiento interno —en los términos de la sentencia *Simmmenthal*—, sin olvidar que si la República Federal de Alemania dejara de adoptar las medidas que comporta la ejecución de la sentencia incurriría en un ilícito y en la correspondiente «penalización adecuada a las circunstancias» que, en el sentido del nuevo artículo 171 del Tratado, el Tribunal puede adoptar a instancias de la Comisión.

En este sentido, la existencia de una cierta coerción sobre el Estado alemán para proceder a las necesarias reformas de su ordenamiento ha permitido evitar largos períodos de *impasse* como los que se han producido en el ordenamiento italiano, e incluso en el español, en los que el legislador pospuso la efectiva incorporación de la mujer al Ejército aun cuando constitucionalmente se había garantizado. Tal y como adelantábamos, la polémica que suscitó en su momento la sentencia del Tribunal de Luxemburgo desembocó en la creación de un grupo de trabajo para estudiar las condiciones jurídicas y organizativas en las que permitir, desde principios del presente año, que las mujeres presten voluntariamente servicios en el Ejército —recordemos que el Tribunal admite restricciones de acceso de las mujeres a ciertas funciones militares para la consecución del objetivo de seguridad pública—, examinando especialmente el modo de transponer al Derecho interno la doctrina de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo (54).

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, se planteó ineludiblemente el dilema entre reformar la Constitución o, siguiendo la interpretación hasta ahora minoritaria, evitar esta opción manteniendo la dicción literal de la prohibición del artículo 12.a de la Constitución, pero interpretándola de modo estricto, únicamente en referencia a la prestación obligatoria de servicios en tiempos de guerra. Seguramente para evitar malinterpretaciones ya conocidas del texto original, se optó finalmente por reformar el polémico texto de la Ley Fundamental de Bonn incorporando una redacción que aclara finalmente que las mujeres no tienen vedado el acceso voluntario al Ejército alemán: «*Sie (Frauen) dürfen auf keinen Fall*

(54) Sobre las reacciones encontradas que han surgido en la República Federal de Alemania frente a la sentencia en el asunto *Kreil*, vid. R. STREINZ, *Frauen an die Front*, ob. cit., págs. 587 y 592-593.

zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden» (55). A partir de la nueva norma constitucional se pretende dar acceso a las mujeres a todos los puestos y funciones en el Ejército alemán (56).

Sin embargo, en este punto estriba precisamente una nueva polémica —antes velada— acerca de la posible contradicción con la Directiva de esta y otras normas constitucionales a las que ya hemos hecho referencia en su momento, por las que se limita a los hombres la obligación del servicio militar (57). Esto excede, no obstante, los objetivos que nos habíamos propuesto al iniciar estas reflexiones sobre la sentencia *Kreil* que ahora concluimos.

(55) La reforma constitucional fue aprobada siguiendo el procedimiento preestablecido: primero por el *Bundestag*, el 27 de octubre de 2000, y finalmente por el *Bundesrat*, el 1 de diciembre siguiente. No ha sido ésta, sin embargo, la primera ocasión en la que se pretendió una reforma en este sentido, ya que el *Freie Demokratische Partei* (FDP) había presentado al *Bundesrat* un borrador con este fin que fue rechazado en la Cámara el 5 de octubre de 1999.

(56) Esta conclusión no era, sin embargo, obligada, dado que —tal y como recuerdan S. MÜLLER y H. SCHULTSKY, *Die Zulässigkeit des freiwilligen Wehrdienste...*, ob. cit., pág. 1383, quienes consideran que la reforma constitucional era innecesaria— era, en todo caso, imprescindible la reforma de la *Soldatengesetz* y de la *Soldatenlaufbahnverordnung*, pero el legislador era libre de contemplar excepciones respecto de ciertas actividades militares que implicasen un especial riesgo para las mujeres.

(57) La sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 20 de diciembre de 1960 («BVerfGE», 12, 45) había afirmado expresamente que no cabría discutir la constitucionalidad de esta norma dado que su rango es el mismo que el del artículo 3 de la Ley Fundamental, en el que se garantiza el principio de igualdad.

