CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON

presentadas el 28 de enero de 1986 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Situemos el presente asunto que se somete al Tribunal de Justicia por vía prejudicial. Nos encontramos en Irlanda del Norte. Disturbios de excepcional gravedad amenazan el orden público y la seguridad de las personas. Esta situación es reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, por medio de sentencia de 18 de enero de 1978, sitúa el punto de partida de la misma en 1970 y evoca «la más larga y violenta campaña de terrorismo jamás conocida en las dos partes de Irlanda». Nadie se imagina que dicho período haya pasado.

En estas circunstancias, el papel de las fuerzas del orden es esencial y, sobre todo, el de la policía. Como lo precisa el informe para la vista, al que nos remitimos expresamente para la exposición de los hechos y del procedimiento así como para el enunciado de las cuestiones prejudiciales, la Royal Ulster Constabulary (RUC) está bajo la autoridad del Chief Constable, que, además, puede nombrar agentes auxiliares, a tiempo completo o a tiempo parcial, que constituyen la Royal Ulster Constabulary Reserve (RUCR). Al igual que en Inglaterra y en el País de Gales, los textos legales que rigen la organización de la RUC y de la RUCR no hacen distinción alguna entre hombres y mujeres por lo que se refiere a las actividades ejercidas.

Así pues, desde 1973, se han reclutado mujeres en la RUCR a tiempo parcial y, a partir de 1974, a tiempo completo, sobre la base de un contrato de tres años prorrogables, para prestar servicios en lo que se ha convenido en llamar la RUC Full-time Reserve. A la Sra. Johnston, demandante en el pleito principal, que había sido contratada inicialmente a tiempo parcial y en 1974 a tiempo completo, se le prorrogó el contrato en 1977.

Mientras que en el Reino Unido las fuerzas de policía, generalmente, no van armadas, la especial situación de Irlanda del Norte indujo a las autoridades competentes a dotarlas de armas de fuego en el ejercicio normal de sus funciones. Esta modificación sólo afectó a policías del sexo masculino por las siguientes razones: evitar los riesgos de atentado de los que podrían ser víctimas las mujeres y que podrían permitir a sus autores apoderarse de sus armas; preservar su eficacia en el terreno social; mantener, en lo que les concierne, el ideal de una policía no armada. Esta decisión tuvo como corolario la de no adiestrar a las mujeres en el manejo de armas de fuego.

En 1980, el Chief Constable franqueó una etapa suplementaria. Ante la necesidad de afectar miembros de la RUC Full-time Reserve, principalmente, a misiones de seguridad que implicaban el uso de armas de fuego, decidió no renovar los contratos a tiempo completo, a su expiración, correspondientes a los agentes auxiliares de sexo femenino cada vez que sus tareas pudiesen ser llevadas a cabo por sus homólogos de la RUC. De esta manera, el contrato de la Sra. Johnston, como el de la casi totalidad de sus colegas femeninos, no fue renovado en 1980.

Nadie objeta que esta medida, ajena al modo en que la interesada ejercía sus funciones, se adoptó, únicamente, en razón de

* Traducción del francés.

su sexo. Ésta, por consiguiente, alegó ante el juez nacional que era víctima de una discriminación contraria a lo establecido en la Directiva nº 76/207 del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

2. Esta Directiva ha sido incorporada al Derecho nacional del Reino Unido. En Irlanda del Norte, lo fue mediante la «Sex discrimination (Northern Ireland) Order 1976» [*Statutory Instruments 1976*, nº 1042 (NI 15)]. Para no volver a realizar un análisis de este texto, presentado en el informe para la vista, limitémonos a recordar:

— que su artículo 10 se refiere a los casos excepcionales en los que la discriminación por razón de sexo está justificada;

— que, cuando se trata de empleos en la policía, el apartado 2 del artículo 19 prohíbe, salvo en materias ajenas al asunto que nos ocupa, cualquier trato discriminatorio por razón de sexo;

— que el artículo 53 legitima un acto contrario a esta prohibición cuando se adopte «con el fin de salvaguardar la seguridad del Estado o de proteger la seguridad o el orden público» y erige en prueba irrefutable la certificación ministerial que acredite que un acto dado se ha adoptado a tal fin.

Esta última disposición se encuentra en el centro del debate. En el presente caso, el ministro competente expidió, el 13 de mayo de 1981, una certificación según la cual

«el acto por medio del cual la Royal Ulster Constabulary se ha negado a ofrecer a la Sra. Marguerite I. Johnston un nuevo empleo a tiempo completo en el seno de la Royal Ulster Constabulary Reserve se ha adoptado a fin de:

a) salvaguardar la seguridad del Estado y

b) proteger la seguridad y el orden públicos».

Como se desprende de la resolución de remisión del Industrial Tribunal de Irlanda del Norte, con sede en Belfast, se admite:

— por el Chief Constable, que la medida controvertida no encuentra justificación alguna en otras disposiciones de la Sex Discrimination Order (punto 40);

— por la demandante, que el artículo 53 no le permite impugnación alguna con base en el Derecho interno (punto 34).

Situados en el marco que acabamos de recordar, las siete cuestiones planteadas por el Juez nacional ponen de manifiesto que la apreciación de este Tribunal de Justicia sobre esta discriminación debe orientarse según dos exigencias, la del orden público y la del orden jurídico, estando el control jurisdiccional en la intersección de ambas nociones.

Desde esta perspectiva, tendremos que examinar si un Estado miembro, por razones de orden público, tiene bases para suprimir todo control jurisdiccional de la legalidad de una medida nacional en relación con la legislación interna o comunitaria. En caso negativo, procederá examinar si, y en qué condiciones, la medida de que se trata puede recibir, bajo el control del juez, una justificación comunitaria por razón de orden público.

El principio de audiencia

3. Por más que el principio de legalidad es la piedra angular del Estado de Derecho, ello no excluye que hayan de tomarse en consideración las exigencias del orden público. Se debe incluso integrar ambos conceptos para garantizar la supervivencia del Estado, evitando, en todo caso, la arbitrariedad. El control jurisdiccional constituye, a tal fin, una garantía fundamental: el principio de audiencia es inherente al Estado de Derecho.

La Comunidad Europea, constituida por Estados de Derecho, es necesariamente una Comunidad de Derecho. Tanto su creación como su funcionamiento o, dicho de otra manera, el pacto comunitario, radican en que todos los Estados miembros respeten por igual el ordenamiento jurídico comunitario.

Igualmente, bajo el control del juez, dicho orden jurídico integra expresamente la noción de orden público, para conciliar el buen funcionamiento del mercado común con la necesidad para los Estados miembros de hacer frente a las circunstancias que amenacen sus intereses vitales.

Las partes han citado, en tal sentido, los artículos 36, 48 y 224 del Tratado, en particular. Cada una de estas disposiciones confirma nuestro análisis.

Respecto a las reservas por razón de orden público de los artículos 36 y 48, el Tribunal de Justicia, llevando a cabo una labor creadora, ha sabido, sin dejar de consagrar el poder de apreciación discrecional de los Estados miembros por lo que se refiere al contenido del orden público que se ha de mantener, deducir de aquellos artículos el principio y el alcance del control ejercido en dicha materia por el juez nacional.

Tratándose de la cláusula de salvaguardia del artículo 224, el Tribunal de Justicia no ha tenido todavía ocasión de pronunciarse sobre las condiciones de su aplicación. No obstante, el párrafo 2 del artículo 225 establece expresamente un procedimiento de recurso directo ante el Tribunal de Justicia cuando un Estado miembro haga un uso abusivo de las facultades excepcionales que le confiere el artículo 224. Esta disposición no excluye el control del juez nacional en la materia ni, por tanto, la posibilidad de someter este asunto, con carácter prejudicial, ante el Tribunal de Justicia.

4. Tanto el Tratado como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia consagran pues la regla fundamental, corolario del principio de legalidad, según la cual, por más que las exigencias de orden público pueden condicionar el alcance del control jurisdiccional, no pueden cuestionar el propio principio del derecho a la justicia.

Desde luego, una disposición nacional, aunque fundada en consideraciones de orden público, que se opusiese a la existencia misma de dicho control sería, en nuestra opinión, contraria al orden jurídico comunitario. Efectivamente, si se permite que ciertos actos de los Estados miembros se sustraigan a la legalidad comunitaria, originaria, derivada o puesta en vigor por los ordenamientos de los Estados miembros, se permitiría la creación, discrecional por parte de las autoridades nacionales, de una «zona de no derecho», que pondría en cuestión los fundamentos mismos de dicho orden jurídico.

Por lo que se refiere más concretamente a la igualdad de trato profesional entre hombres y mujeres, el artículo 6 de la Directiva establece que:

«Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se

considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los artículos 3, 4 y 5 pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes.»

El Tribunal de Justicia, en la sentencia von Colson y Kamann, declaró que este artículo,

«al conceder el derecho a un recurso jurisdiccional a los candidatos a un empleo que hayan sido objeto de discriminación, reconoce a su favor la existencia de derechos que pueden ser alegados en juicio» (asunto 14/83, Rec. 1984, p. 1891, punto 22) *(traducción provisional).*

El Tribunal de Justicia ha deducido de lo anterior que un juez nacional, ante una disposición de su legislación que ponga en cuestión la eficacia de una obligación que se derive de una directiva, en este caso la Directiva 76/207, en su calidad de autoridad de un Estado miembro al cual se impone

«el deber en virtud del artículo 5 del Tratado de adoptar cualesquiera medidas generales o particulares adecuadas para garantizar la ejecución de dicha obligación» (sentencia 14/83, citada, punto 26),

tiene que dar a dicha legislación

«una interpretación y una aplicación conformes a las exigencias del Derecho comunitario» (sentencia 14/83, citada, punto 28).

De ello se deduce que dicho juez no puede, sin caer él mismo en incumplimiento del artículo 5 del Tratado y de la Directiva, considerarse vinculado por una disposición nacional que suprima, en nombre del orden público, la existencia de todo control jurisdiccional sobre la aplicación de normas impuestas por el legislador comunitario.

Esta obligación se impone de forma aún más imperativa al juez nacional cuando actúa, como en el presente caso, en calidad de juez comunitario de Derecho común por cuanto las disposiciones del artículo 6, que son incondicionales y suficientemente precisas, tienen, sin lugar a dudas, efecto directo. Desde luego, el derecho al recurso jurisdiccional que establecen puede ser invocado por los particulares contra cualquier disposición nacional contraria y no se puede, a este respecto, disociar la autoridad del Chief Constable de la del Estado que se la atribuye.

Una vez precisado esto, estimamos que, por razones similares a las que llevaron al Tribunal de Justicia a declarar en el asunto Simmenthal (asunto 106/77, Rec. 1978, p. 629), a propósito de un reglamento, se debe considerar

«incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho comunitario cualquier disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualquier práctica legislativa, administrativa o judicial, que tenga como efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al juez competente para aplicar ese Derecho la competencia para hacer, en el momento mismo de su aplicación, cuanto fuese necesario para no aplicar las disposiciones legislativas nacionales que constituyen eventualmente un obstáculo para la plena eficacia de las normas comunitarias» (asunto 106/77, punto 22) *(traducción provisional).*

Nos parece, por consiguiente, que no se puede permitir a un Estado miembro que, por razones de orden público, suprima todo control jurisdiccional sobre la legalidad de una medida nacional en relación con normas comunitarias. Ante semejante situación, es competencia del juez nacional

«asegurar el efecto pleno de dichas normas y no aplicar, si es preciso, por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional [...]» (asunto 106/77, citado, fallo p. 646) *(traducción provisional).*

Alcance del control jurisdiccional

5. Si el orden público no puede justificar que se prescinda del control del juez, ¿puede, no obstante, si está sujeto a dicho control, legitimar medidas del tipo de las adoptadas por el Chief Constable —relativas al porte de armas de fuego, al adiestramiento en su uso y manejo, y finalmente al acceso al empleo— cuyo carácter discriminatorio no se objeta? Tal es, efectivamente, el problema que sigue planteado al juez *a quo.*

Una justificación de tal naturaleza, constitutiva de una excepción al Derecho comunitario normalmente aplicable, sólo puede fundamentarse en dicho Derecho.

No son aplicables al caso ni el artículo 36 ni el apartado 3 del artículo 48. Por lo que se refiere al artículo 224, invocado por el Reino Unido y objeto de la cuestión séptima, el problema es más complejo. Este artículo dispone que:

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

En comparación con los otros dos artículos, que constituyen excepciones a reglas precisas, éste se presenta como una «cláusula de salvaguardia» cuyo campo de aplicación es general. Como toda regla general, sólo es aplicable en ausencia de una regla especial. Como cláusula de salvaguardia, es la *ultima ratio* a la que sólo se puede recurrir a falta de otra disposición comunitaria que permita satisfacer las exigencias del orden público de las que se trate.

Por otra parte, en la medida en que las exigencias del orden público lo exijan, nos parece que las preocupaciones del Reino Unido se pueden tomar en consideración en el marco de la Directiva 76/207. Por tanto, no procede examinar la eventualidad del recurso basado en el artículo 224.

6. El juez nacional solicita que el Tribunal de Justicia declare, habida cuenta de las circunstancias propias de Irlanda del Norte, si las medidas por las que se reserva a los hombres

— el acceso al empleo de miembro armado de un cuerpo de la policía auxiliar,

— el porte de armas de fuego y el adiestramiento en el manejo y uso de las mismas

pueden constituir excepciones admisibles de conformidad con la Directiva.

Dicho de otra manera, se le pregunta al Tribunal de Justicia si hay razones de orden público que puedan justificar dichas medidas:

— ya sea porque el empleo en cuestión, por razón de la naturaleza y de las condiciones de ejercicio de las actividades que implica, sólo se puede confiar a un hombre, constituyendo el sexo, en este caso, una condición determinante en el sentido del apartado 2 del artículo 2;

— ya sea porque así lo exige la protección de la mujer y, en caso afirmativo, si se pueden aplicar las disposiciones del apartado 3 del artículo 2 o la letra c) del apartado 2 del artículo 3.

7. Procede, en este punto, hacer una distinción entre las medidas discriminatorias según que hayan sido adoptadas antes o después de la promulgación de la Directiva.

La letra c) del apartado 2 del artículo 3 se refiere a las primeras, es decir, en el asunto que nos ocupa, a la decisión adoptada por el Chief Constable de armar solamente a los hombres de la RUC Full-time Reserve, afectando dicha exclusión a las mujeres, incluido el adiestramiento correspondiente.

De las justificaciones aportadas a este respecto por la autoridad competente, sólo la relativa a la prevención del riesgo de atentados de los que las mujeres podrían ser víctimas podría quedar cubierta por un deseo de protección de las mismas, entendida en sentido amplio. Hay que resaltar que las cuestiones planteadas a este respecto por el juez (números 4 y 5) pretenden, esencialmente, saber si las circunstancias mencionadas son de tal naturaleza que puedan justificar la prohibición de que las mujeres policía porten armas de fuego por un deseo de protección de las mismas.

Ello no se puede excluir *a priori*. Al tratarse de medidas en vigor en el momento de la notificación de la Directiva, están sujetas a la obligación, prescrita por el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 9, de revisión por los Estados miembros. Pero la ejecución de dicha obligación no condiciona la intervención del juez nacional. Como dichas medidas forman todavía parte del Derecho positivo, le corresponde a dicho juez, facultado para ello por el artículo 6, declarar si las circunstancias que las fundaban en su origen hacen todavía necesario su mantenimiento y, en particular, indagar si dichas medidas no han llegado a ser desproporcionadas, habida cuenta del objetivo perseguido.

8. La última medida, que consistió en excluir a las mujeres del acceso al empleo en cuestión, fue adoptada por el Chief Constable tras la promulgación de la Directiva. Así pues, no están sujetas a la letra c) del apartado 2 del artículo 3, sino, únicamente, a las otras dos disposiciones citadas por el juez.

¿Puede dicha medida justificarse por el deseo de «protección de la mujer» contenido en el apartado 3 del artículo 2? Esta segunda preocupación, siendo la primera el mantenimiento del orden público, no concierne a la población femenina en general, sino a la mujer policía específicamente.

Es indiscutible que las tareas de mantenimiento y de restablecimiento del orden exponen a peligros a los que las asumen. ¿Es mayor este peligro para las mujeres que para los hombres por razones biológicas derivadas de su sexo?

En efecto, si dicho texto pudiese ser invocado para reducir los derechos de la mujer, no se podría, con fundamento en el apartado 3 del artículo 2, tomar en consideración una necesidad de protección, por muy fundada que fuese, cuya naturaleza sería socio-cultural o incluso política. En otros términos, no parece que una autoridad nacional pueda, de conformidad con el Derecho comunitario, oponerse al acceso de las mujeres al empleo de policía armada porque haría suya la frase de Hamlet: «Frailty, thy name is woman». Tal es, además, el sentido de la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Hofmann, en la cual se afirmaba que la Directiva legitimaba las medidas que protegiesen la «condición biológica de la mujer» en el curso del embarazo y del parto y su prolongación en las «particulares relaciones»

que se traban entre la madre y el hijo inmediatamente después del nacimiento (asunto 184/83, Rec. 1984, p. 3047, apartado 25).

9. Examinemos, pues, si el apartado 2 del artículo 2 puede aportar una justificación que no nos parece que aporte el apartado 3.

Recordemos sus términos:

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

En vano se buscaría aquí la menor relación con la protección de la mujer. Tampoco se menciona el orden público. Pero silencio no significa exclusión.

Efectivamente, este texto no incluye ninguna enumeración de las razones que justifiquen una excepción a la igualdad de trato. En él se contemplan de manera genérica las actividades profesionales cuya naturaleza o cuyas condiciones de ejercicio determinan el sexo de los agentes que son llamados a asumirlas. No hay duda de que, en determinadas circunstancias, las necesidades del orden público pueden legítimamente llevar a las autoridades de un Estado miembro a reservar ciertas actividades de mantenimiento del orden sólo a los individuos de un determinado sexo. Lo mismo ocurre con los imperativos de protección de la mujer distintos de aquéllos a que se refiere el apartado 3 del artículo 2. Contemplamos aquí aquéllos que son de naturaleza social (culturales, políticos, etc.), sujetos ellos mismos a revisión periódica en virtud del apartado 2 del artículo 9.

Orden público y protección de la mujer pueden estar íntimamente relacionados, como lo demuestra el presente asunto. El juez nacional tendrá, pues, que determinar si las mujeres están más expuestas a peligros que los hombres en el ejercicio de las actividades profesionales correspondientes al empleo de policía armado y/o si de ello se puede derivar un mayor peligro para el orden público; en otros términos, si se debe tener en cuenta el sexo para el ejercicio de la actividad en cuestión. En la afirmativa, le corresponderá, para determinar si «el sexo constituye una condición determinante», enjuiciar la medida en cuestión a la luz del principio de proporcionalidad, es decir, comprobar si se podía adoptar otra medida al mismo efecto, sin necesidad de excluir a las mujeres del acceso al empleo.

Digámoslo claramente: cualquier excepción a un principio tan fundamental para la persona humana como el de la igualdad de trato debe considerarse de manera restrictiva, habida cuenta, particularmente, de las circunstancias excepcionales que caracterizan, durante el período considerado, la situación en Irlanda del Norte.

10. Habida cuenta del carácter general de la cuestión sexta, nos parece que se debe realizar una última precisión en cuanto al efecto directo de las disposiciones de la Directiva, aparte de las de su artículo 6, sobre las cuales ya nos hemos pronunciado. Este problema sólo se plantearía en el caso en el que el juez nacional declarase que las circunstancias invocadas no pueden justificar, en virtud del apartado 2 del artículo 2, o de la letra c) del apartado 2 del artículo 3, las medidas en cuestión. En tal caso, el principio establecido por el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva recobraría toda su fuerza. La cuestión sexta puede inducirnos a examinar si esta última disposición es de efecto directo. No nos parece que sea necesario dicho examen puesto que no se discute que la legislación interna hace una incorporación exacta del principio contenido en el apartado 1 del artículo 2.

Proponemos, por consiguiente, que el Tribunal de Justicia declare que:

1) no se puede admitir que un Estado miembro, por razones de orden público, soslaye todo control jurisdiccional sobre la legalidad de una medida nacional respecto de las normas comunitarias. Le corresponde al juez nacional, a instancias de un particular y en virtud de las disposiciones del artículo 6 de la Directiva 76/207, 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, garantizar la plena eficacia de dichas normas, dejando sin aplicación, si es preciso, cualquier disposición contraria de la legislación nacional;

2) la prohibición impuesta a las mujeres policía de portar armas de fuego y de recibir el adiestramiento correspondiente:

   — no se puede considerar como una disposición relativa a la protección de la mujer en el sentido del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207,

   — puede, si dicha prohibición estaba en vigor en el momento de la notificación de la mencionada Directiva, quedar sometida a las medidas contempladas en la letra c) del apartado 2 de su artículo 3;

3) la decisión de excluir a las mujeres del acceso a un empleo a tiempo completo como miembro armado de un cuerpo de policía auxiliar puede, habida cuenta de las circunstancias excepcionales relativas al orden público y a las exigencias relativas a la protección de las interesadas, considerarse como una excepción que cabe en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva;

4) para la aplicación de las correspondientes disposiciones de la Directiva a las medidas en cuestión, corresponde al juez nacional:

   — si el trato discriminatorio estaba ya en vigor en el momento de la notificación de la Directiva, determinar, en virtud de la letra c), del apartado 2 del artículo 3, si el ánimo de protección que la inspiró en su origen tiene todavía fundamento;

— si el trato diferenciado se instituyó con posterioridad a la notificación de la Directiva, determinar, en virtud del apartado 2 del artículo 2, si el sexo constituye una condición determinante para el ejercicio de la actividad en cuestión;

— si, tanto en un caso como en otro, la respuesta es afirmativa, comprobar si las medidas adoptadas son proporcionadas a los objetivos perseguidos;

5) al no poder invocar un Estado miembro la cláusula de salvaguardia del artículo 224 del Tratado CEE más que en ausencia de otra norma comunitaria que implique una disposición de excepción basada en el orden público, no procede dar respuesta a la última cuestión prejudicial.