CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SIR GORDON SLYNN

presentadas el 24 de mayo de 1988 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

El artículo 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70) relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, establece en particular en lo que se refiere al acceso al empleo:

«1) La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad, y a todos los niveles de la jerarquía profesional.

2) Para ello, los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias a fin de que:

a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;

b) [...];

c) [...].»

Con carácter de excepción, el apartado 2 del artículo 2 establece que: «La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.» El apartado 2 del artículo 9 establece que: «Los Estados miembros procederán periódicamente a un examen de las actividades profesionales contempladas en el apartado 2 del artículo 2, con el fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social, si está justificado mantener las exclusiones de que se trata. Deberán comunicar a la Comisión el resultado de tal examen.»

De acuerdo con el apartado 1 del artículo 9 de la Directiva, la misma debería haber sido aplicada el 12 de agosto de 1978, por lo que a la República Francesa se refiere.

En 1982 la Ley francesa nº 82-380, de 7 de mayo de 1982, introdujo un nuevo artículo 18 *bis* en el Decreto-Legislativo de 4 de febrero de 1959 relativo al Estatuto general de los funcionarios y que permitía organizar selecciones distintas para ciertos cuerpos de la función pública francesa cuando el sexo constituía un factor determinante en las tareas a realizar. Esta disposición fue reproducida por el artículo 21 de la Ley nº 84-16, de 11 de enero de 1984, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Para ciertos cuerpos cuya lista la establece el Consejo de Estado mediante Decreto [...] podrán organizarse selecciones distintas

* Traducido del inglés.

para los hombres o para las mujeres si la pertenencia a uno u otro sexo constituye una condición determinante para el ejercicio de las funciones que realizan los miembros de dicho cuerpo.» *(Traducción no oficial).*

La lista de cuerpos para los cuales podía, pues, organizarse una selección separada fue establecida por el Decreto nº 82-886, de 15 de octubre de 1982, y mantenida en vigor por el Decreto nº 84-957, de 25 de octubre de 1984. La lista especifica: comisarios de policía, comandantes y oficiales, inspectores, investigadores y números y suboficiales de la policía nacional; asistentes de las casas de educación de la Legión de Honor, cuerpos de los servicios exteriores de la administración penitenciaria, a saber: cuerpo de personal de dirección, cuerpo del personal técnico y de formación profesional, cuerpo del personal de vigilancia, controladores, agentes de comprobación y vistas de aduanas, profesores, profesores y profesores adjuntos de educación física y deportiva.

Las tres categorías de controladores de aduana, agentes de comprobación de aduana y encargados de aduana fueron suprimidas de la lista por el Decreto nº 85-841, de 6 de agosto de 1985.

Mediante un recurso presentado en el Tribunal de Justicia el 17 de diciembre de 1986, la Comisión solicitó que éste declarase que:

al no adoptar todas las medidas necesarias para la aplicación completa y exacta de la Directiva 76/207/CEE del Consejo dentro del plazo establecido por el párrafo 1 del apartado 1 del artículo 9 de dicha Directiva, y al mantener, en particular, un sistema de selección distinta según el sexo para efectuar los nombramientos en los cuerpos de funcionarios públicos antes mencionados, en contra de lo dispuesto por dicha Directiva, la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado.

Se ha señalado que el recurso de la Comisión se dirige tanto contra las disposiciones legales que permiten la selección diferenciada como a la práctica de tal selección.

La Comisión acepta que la Directiva permita realizar selecciones distintas cuando se trata de agregados de educación en las «maisons d'éducation de la Légion d'honneur» y para el personal de vigilancia en la administración penitenciaria, pero alega que no son compatibles con la Directiva las selecciones distintas para los «jefes de cárceles», responsables de la dirección de las prisiones (que, en lo sucesivo, denominaré los «directores») y para otros funcionarios de la lista.

Una vez presentado el recurso, la República Francesa promulgó el Decreto nº 87-55, de 2 de febrero de 1987, eliminando de la lista a los enseñantes, y la Comisión desistió de su pretensión relativa a éstos.

Después de la vista, la República Francesa promulgó el Decreto nº 88-476, de 29 de abril de 1988, eliminando a los profesores de educación física y de deportes y a los profesores adjuntos de la lista. La Comisión desistió de su pretensión relativa a estas categorías, pero solicita el reembolso de las costas correspondientes a este extremo, a lo cual, en mi opinión, tiene derecho de acuerdo con el apartado 4 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento.

El recurso por lo tanto sigue en pie respecto a los cinco cuerpos de la fuerza de la policía nacional, el personal de dirección, el personal técnico y de formación profesional de

los servicios exteriores de la administración penitenciaria y los directores de cárcel.

El Gobierno francés ha manifestado al Tribunal de Justicia que se encuentra en trámite un procedimiento para eliminar de la lista el personal de dirección así como el personal técnico y de formación profesional de los servicios exteriores de la administración penitenciaria. De hecho, se admite la incompatibilidad con la Directiva comunitaria para estas dos categorías de funcionarios. Aunque el Gobierno francés ha manifestado su intención de cumplir sus obligaciones en relación con dichas categorías, me parece que las pretensiones de la Comisión de que se declare el incumplimiento en que ha incurrido dicho Estado son legítimas en tanto que la legislación aún no ha sido adoptada hasta el momento.

El litigio sólo se refiere pues a los cinco cuerpos de la policía nacional y a los directores de prisiones.

La selección en los cinco cuerpos de la policía nacional no implica la organización de concursos-oposiciones separados, con pruebas separadas y tribunales distintos. Sólo existe un concurso-oposición, pero la decisión que lo inicia fija en cada caso el porcentaje de puestos que se atribuirán a los hombres y a las mujeres, respectivamente. Como consecuencia, una persona de un sexo determinado que haya obtenido buenos resultados en un concurso-oposición de selección para uno de estos cuerpos puede ver denegada su selección en favor de una persona del otro sexo que ha obtenido peores resultados si la cuota de puestos a cubrir para el sexo de la primera persona ya ha sido agotada y la otra no. La Comisión alega que, en el pasado, la proporción de los puestos reservados a las mujeres, al efectuar la selección, ha sido del 10 al 30 %. No se debate que el artículo 3 de la Directiva se aplica al empleo en la función pública (sentencia 248/83, Comisión/Alemania, Rec. 1985, pp. 1459, 1480, apartado 16) y que, de entrada, la determinación de estas cuotas es contraria al tenor literal de este artículo, que excluye toda discriminación basada en el sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo».

La cuestión consiste, por lo tanto, en saber si la práctica y la norma adoptada quedan cubiertas por una excepción a dicha norma.

La postura del Gobierno francés consiste en afirmar que el supuesto de hecho encaja en lo previsto en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva (actividades profesionales para las cuales el sexo del trabajador constituye un factor determinante). Dicho Gobierno alega que el mantenimiento del orden público exige la posibilidad de utilizar la fuerza en cualquier momento, lo cual sería imposible si se emplearan mujeres en gran número. La necesidad de disuadir a los potenciales promotores de disturbios y los peligros físicos propios del trabajo justifican que se emplee sólo una proporción limitada de mujeres.

La Comisión responde que el efecto disuasivo tiene más relación con la fuerza física que con el sexo de la persona afectada.

Parece claro que el apartado 2 del artículo 2 debe interpretarse estrictamente (sentencia 222/84, Johnston/Chef Constable of the RUC, Rec. 1986, p. 1651, apartado 36). En mi opinión, para decidir si dicha excepción es aplicable es necesario considerar las actividades específicas del trabajador y examinar si el sexo de este último constituye una condición determinante para las mismas, en

razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.

Las actividades de los cinco cuerpos de policía de que se trata son diversas y variadas. El Gobierno francés acepta que muchas de estas actividades pueden ser desarrolladas por uno cualquiera de los dos sexos. Su argumento, sin embargo, es que los funcionarios de policía deben ser intercambiables y que todos ellos deben ser capaces de realizar funciones de policía que implican el ejercicio de la fuerza. Estas últimas, añade dicho Gobierno, no pueden ser desarrolladas por las mujeres.

Este argumento no carece de fuerza, pero me parece que amplía el alcance del apartado 2 del artículo 2. Es muy posible que en determinadas actividades de policía (cuando es necesario el uso de la fuerza o la demostración de la capacidad de utilizar la fuerza) el sexo pueda constituir un factor determinante no sólo porque de ordinario los hombres medios sean más altos y más fuertes que las mujeres (lo cual en sí mismo podría no ser suficiente), sino porque los delicuentes potenciales consideran a los hombres más dispuestos a utilizar la fuerza, y quizás porque los hombres recurren a ella con mayor facilidad. Sin embargo, son estos aspectos los que no me parece necesario o, mejor dadas las pruebas disponibles, no me parece posible resolver, especialmente si se tiene en cuenta el papel que las mujeres están llamadas a desempeñar hoy en día en las fuerzas armadas y de policía en algunas partes del mundo. Puede existir una diferencia entre el manejo de turbas violentas y las situaciones en que uno o dos individuos amenazan con utilizar la violencia. En el segundo caso, la Comisión parece aceptar que la excepción permitida por el apartado 2 del artículo 2 puede aplicarse a cuerpos tales como las Compagnies républicaines de sécurité («CRS»), cuyas actividades implican normalmente el uso de fuerza en circunstancias que afectan a grupos numerosos de personas. En cuanto a la segunda posibilidad mencionada antes, puede argumentarse que, en algunas situaciones a las cuales debe enfrentarse la policía, la presencia de mujeres podría evitar el recurso a la violencia.

Incluso suponiendo, sin embargo, que, para tratar con violencia o las amenazas de violencia, el sexo pueda constituir un factor determinante, el Gobierno francés no limitó la práctica de fijar cuotas para los funcionarios de policía que normalmente desempeñan o que normalmente pueden cumplir tal función. Adoptó las cuotas para todos los funcionarios de los cinco cuerpos de policía afectados.

Me parece que la conducta violenta tiene varios grados y no se ha demostrado que las mujeres no puedan tratar con cualquiera de ellos, y, aunque para ciertos aspectos o funciones específicas esté justificada la participación sólo de hombres, tampoco se ha demostrado que la selección de mujeres en base a cuotas para todas las fuerzas de policía estuviera justificada, cualquiera que fuera la naturaleza de las actividades ejercidas en la práctica. Las normas francesas establecen por anticipado una cuota de puestos correspondientes a los hombres y a las mujeres respectivamente, sin considerar el contexto en el que va a desarrollarse la actividad profesional.

El caso Johnston era especial, en una situación «caracterizada por asesinatos frecuentes». No considero lo dicho en esta sentencia, en particular en los apartados 36 a 40 y en el punto 3 del fallo, como aplicable a todos los Estados miembros y en cualquier momento, incluso aunque, de vez en

cuando, se hayan producido serios estallidos de violencia en muchos de ellos. Las disposiciones controvertidas aquí me parecen desproporcionadas. (Johnston, apartado 38).

En mi opinión, tampoco justifica esta aproximación indiferenciada del problema el peligro potencial para las mujeres en caso de que se produzcan estallidos de violencia, cualquiera que pueda ser la situación de los cuerpos específicos que deben enfrentarse a serias y violentas manifestaciones de turbas o de grupos. Tampoco estos riesgos quedan incluidos en el ámbito de aplicación del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva, que establece una excepción en favor de las «disposiciones relativas a la protección de la mujer», como las referentes al embarazo y a la maternidad, y no cubre los riesgos y peligros que no afectan específicamente a las mujeres como tales.

El Gobierno francés se ha basado también en el apartado 2 del artículo 9 de la Directiva, que menciona «la evolución social», para alegar que su sistema de selección separado es un modo evolucionista de obtener gradualmente una igualdad completa entre hombres y mujeres en materia de selección. Desde mi punto de vista, este argumento carece de base porque el apartado 2 del artículo 9 sólo es aplicable cuando se ha producido una excepción al amparo del apartado 2 del artículo 2, lo cual en este caso no ha sido demostrado con la amplitud que pretende el Gobierno francés.

La dificultad práctica de aplicar la Directiva, que se refiere a actividades profesionales específicas, a una función pública en la cual la selección se hace por cuerpos y no por empleos específicos también ha sido subrayada. Aunque en el presente sistema subsistan tales dificultades, el Tribunal de Justicia ha manifestado muchas veces que «un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o circunstancias de su ordenamiento jurídico para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por Directivas comunitarias» (por ejemplo en el asunto 42/80, Comisión/Italia, Rec. 1980, pp. 3635, 3640). En mi opinión y de acuerdo con el artículo 189 del Tratado CEE, es el Gobierno francés quien debe decidir y aplicar las medidas necesarias para atenerse a la Directiva, incluso si ello implica introducir cambios en su sistema de selección de funcionarios públicos.

Por último, el Gobierno francés ha mencionado otras dificultades prácticas que se oponen al empleo de mujeres en los cinco cuerpos de policía mencionados en igualdad plena con los hombres, como el hecho de que una proporción relativamente amplia de las mujeres empleadas han solicitado trabajos a tiempo parcial y el hecho de que una funcionaria de policía embarazada ya no puede vestir el uniforme y debe ser asignada a un trabajo de oficinas. No me parece que el hecho de que los trabajadores, cualquiera que sea su sexo soliciten trabajo a tiempo parcial pueda justificar un sistema discriminatorio de selección. El embarazo tiene que ser asumido por los empleadores como una consecuencia de la igualdad de trato que establece la Directiva. Las dificultades de gestión que este tipo de situaciones plantea, en mi opinión, no pueden justificar el incumplimiento por parte de un Estado miembro de la obligación de promulgar las medidas necesarias para aplicar la Directiva, incluso en un servicio de importancia tan vital como la policía.

Por lo tanto, considero ilegítima la pretensión de la Comisión respecto a los cinco cuerpos de policía de que se trata.

El caso de los directores de prisiones es distinto del de los cinco cuerpos de policía que acabamos de analizar, en la medida en que tales puestos no se cubren mediante una selección inicial, sino que forman parte de la carrera de vigilantes de prisión y se ocupan mediante promoción interna. Así el artículo 1 del Decreto 77-1540, de 31 de diciembre de 1977, establece que el cuerpo de vigilantes de prisión de los departamentos externos de la administración penitenciaria incluye tres grados, de los cuales el más alto es el vigilante en jefe. En virtud del artículo 15 del Decreto, las cárceles de capacidad inferior a cien reclusos pueden ser dirigidas por un director, y en virtud del artículo 17 del Decreto, los vigilantes en jefe, que han alcanzado el escalón 3 en su grado, pueden ser elegidos como directores de prisión si resultan inscritos en una lista de candidatos adecuados establecida por un comité conjunto formado paritariamente por representantes del personal y de la administración. Conviene distinguir el jefe de prisión del que vengo denominando «director de establecimiento penitenciario», que parecé tener responsabilidades más amplias y ser seleccionado de modo distinto.

La Comisión admitió que el personal de vigilancia (es decir, los vigilantes) cuyo rango es inferior al de Director de prisión pueden seleccionarse en función de su sexo sin que exista en ello una infracción a la Directiva, debido a que a efectos del apartado 2 del artículo 2, el sexo constituye una condición determinante para el empleo del personal de prisiones que realiza de modo efectivo tareas de vigilancia. Sin embargo, dicho organismo mantiene que no sucede lo mismo con el nombramiento de los Directores de prisión, pues tales personas no ejercen funciones de vigilancia, sino funciones administrativas, y no visten uniforme.

Si se tiene en cuenta la naturaleza de las tareas de un Director en las condiciones en que suele ejercerlas, no me parece que el sexo constituya una condición determinante.

El Gobierno francés ha puesto de manifiesto que tanto las mujeres como los hombres son nombrados para estos puestos de Directores, y la Comisión no ha discutido la información aportada. Sin embargo, dicho organismo mantiene que el hecho de nombrar a un Director entre el personal seleccionado desde un principio por vías distintas en función del sexo constituye en sí mismo una discriminación. No admitimos este argumento, cuanto más que la Comisión acepta que el personal de vigilancia puede seleccionarse por vías distintas. Lo importante es saber si los nombramientos a los puestos de Director se hacen en base a un criterio discriminatorio, lo cual no sucede aparentemente en este caso. Por ello, en mi opinión, las condiciones que en la práctica se exigen para un nombramiento de vigilantes jefes como Directores no son contrarias al apartado 1 del artículo 3 de la Directiva.

Sin embargo, las disposiciones legales y normativas que permiten selecciones distintas para el puesto de Director siguen estando en vigor en la medida en que este puesto queda incluido en el cuerpo de personal de vigilancia mencionado en la lista. Incluso si los puestos de que se trata son cubiertos por vía de promoción, ello no impide que se les aplique el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva, que menciona de modo expreso el acceso «a todos los niveles de la jerarquía profesional». En tal medida, el Gobierno francés ha permitido que siguieran vigentes disposiciones legales y reglamentarias contrarias a la Directiva y legítima la pretensión de la Comisión, para que se declare el incumplimiento que solicita.

En consecuencia, la Comisión solicita, y en nuestra opinión, con todo derecho, la declaración de que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado al no adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación completa y exacta de la Directiva 76/207/CEE del Consejo en el plazo establecido por el párrafo 1 del apartado 1 del artículo 9 de esta Directiva, y al mantener en particular y de modo injustificado, frente a lo exigido por la Directiva, un sistema de selecciones distintas por razón de sexo para los nombramientos en los siguientes cuerpos de funcionarios: comisarios de policía de la policía nacional, comandantes y oficiales de la policía nacional, inspectores de la policía nacional, investigadores de la policía nacional, suboficiales y números de la policía nacional, personal de dirección de los servicios exteriores de la administración penitenciaria, personal técnico y de formación profesional de los servicios exteriores de la administración penitenciaria y jefes de prisión responsables de la dirección de prisiones.

En mi opinión, la parte demandada debe pagar las costas de la Comisión puesto que han prosperado en lo esencial las pretensiones por ésta formuladas.