

Índice

Presentación	
EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS	9
La justicia administrativa en el cambio de siglo	
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA	11
La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil. (En torno a la «lex artis»)	
MARIANO ALONSO PÉREZ	31
Concentración de medios y pluralismo. «Acordes y desacuerdos» entre pluralismo y mercado	
FRANCISCO J. BASTIDA FREJEDO	75
Imparcialidad: abstención y recusación en la nueva Ley de Enjui- ciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero	
MARÍA DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ	89
La participación en las relaciones laborales y en el gobierno de la economía: el Consejo Económico y Social español	
FEDERICO DURÁN LÓPEZ	125
¿Está el contribuyente en una relación de «sujeción especial» frente a la Administración Tributaria?	
CARLOS PALAO TABOADA	143
Réflexiones sobre el bien jurídico protegido de los delitos sobre la ordenación del territorio	
ANTONIO VERCHER NOGUERA	161
Aspectos médico-legales de la toxicología. Nuevos enfoques	
JACINTO CORBELLA	175
La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/200, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores	
SILVIA DÍAZ ALABART	185
Un derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana	
MASSIMO DONINI	223
Las discriminaciones directas en materia de seguridad de trato hombre/mujer en el derecho comunitario europeo	
ARACELI MANGAS MARTÍN	249
Estados fuertes y definidos de la conciencia colectiva (y la idea de una «responsabilidad compartida»)	
DARIO MELOSSI	273
Relación de participantes	291

Las discriminaciones directas en materia de igualdad de trato hombre/mujer en el derecho comunitario europeo

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

RESPONSA IURISPERITORUM DIGESTA VOL. II

SEPARATA

ISBN-10:
8478008942
ISBN-13:
978-8478008940



Ediciones Universidad
Salamanca

Las discriminaciones directas en materia de igualdad de trato hombre/mujer en el derecho comunitario europeo

ARACELI MANGAS MARTÍN
*Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca*

1. INTRODUCCIÓN GENERAL: EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL MARCO DE LOS TRATADOS FUNDACIONALES

Hay que recordar que en el momento de su fundación en 1957, la versión inicial del Tratado de la Comunidad Económica Europea (así denominada hasta 1993) no formulaba un principio de no discriminación por razón de sexo con carácter general. En efecto, el antiguo art. 119 del Tratado CEE establecía solamente una prohibición de no discriminación restringida al ámbito de la retribución salarial¹.

Conviene, además, tener en cuenta en qué ambiente se redactó el artículo 119 durante la negociación de los tratados en 1956-57. En efecto, este precepto dio lugar a extensas negociaciones entre los redactores del Tratado. No es que hubiera dife-

¹ Antiguo art. 119.1 CEE: Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

rencias entre los Estados miembros en relación con el principio de igualdad en materia de retribución, dado que casi todos los Estados miembros en ese momento eran partes del Convenio núm. 100 de la Organización Internacional del Trabajo. Pero los efectos jurídicos y prácticos de dicha obligación convencional eran muy deficientes al no tener eficacia directa para los particulares.

El problema que se planteaba con la inclusión del principio de igualdad era su alcance jurídico y la finalidad del precepto. Varios Estados miembros se oponían a su inclusión en el articulado del Tratado. Conviene aclarar que en ningún momento en el debate entre los negociadores del Tratado se planteó el principio de igualdad en el marco de los derechos fundamentales: no era para ellos una cuestión de derechos humanos. En modo alguno, suscitó la sensibilidad de los Estados la necesidad de respetar la dignidad de los seres humanos, entre los que se encuentran las mujeres... Es lamentable pero no ha habido ninguna referencia en el Derecho originario hasta 1997 (en el Tratado de Ámsterdam) al principio de igualdad hombre-mujer y a la prohibición de no discriminación por razón de sexo².

Si los Estados miembros aceptaron la inclusión de una norma imperativa como la del art. 119 fue por razones económicas ligadas al derecho de la competencia leal.

La finalidad económica se ligaba a un régimen de libre competencia, en el que la contratación de mujeres con salarios inferiores a los hombres produciría unas mercancías más baratas y competitivas. Para evitar la competencia desleal entre las empresas los Estados miembros aceptaron el carácter imperativo del principio de igualdad de retribución. Se trataba de evitar que como consecuencia de la retribución inferior de las mujeres se produjera un *dumping* social. Esto explica la técnica jurídica tan distinta del artículo 119 y la de los artículos 117, 118 ó 120.

El principio de igualdad en materia de retribuciones se establece como una obligación jurídica concreta, que genera derechos subjetivos y que por tanto tiene un carácter imperativo u obligatorio.

Sin embargo, a pesar del carácter imperativo del artículo 119³, la Comisión de las Comunidades Europeas no exigió a los Estados miembros el cumplimiento del compromiso. Ciertamente, los Estados miembros se dieron un período inicial de

² Claro que si en el pasado la igualdad hombre —mujer fue un medio para prevenir la distorsión de la competencia, los nuevos art. 2 y 3 del Tratado de la CE, tal como fueron modificados por el Tratado de Ámsterdam en 1997, sitúan la lucha contra la desigualdad por motivos de sexo entre los objetivos o misiones de la Comunidad europea y que, además, debe inspirar y hacerse respetar en todas las restantes políticas comunitarias (transversalidad).

³ El antiguo art. 119.1 es actualmente el artículo 141, tras la modificación del Tratado de Ámsterdam y ha quedado redactado así: Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

franquicia o vacación legal: el compromiso de garantizar la igualdad de retribuciones debía alcanzarse en el curso de la primera etapa del período de transición, es decir, al término de 1961. Cuando llegaba la Nochevieja de 1961 los Seis Estados miembros fundadores decidieron, al margen del procedimiento previsto en los Tratados para la revisión de sus preceptos y en clara e intencionada infracción de los mismos, que de lo dicho sobre igualdad de trato no había nada, y que se postergaba hasta tres años más tarde (31.12.1964). Así fueron pasando los años sin que se aprobaran las normas de ejecución de dicho compromiso y sin que la Comisión europea se preocupara de recordar su cumplimiento hasta bien entrado 1973.

La Comisión, que debe velar por el cumplimiento exacto de los Tratados (antiguo art. 155 TCE, actual art. 211 TCE) y que es una fiel guardiana de los Tratados cuando hay fuertes intereses económicos, miró para otro lado entre 1962 y 1975. No utilizó los poderes que le dan los Tratados para perseguir estas infracciones (el antiguo art. 169 TCE, actual 226), a pesar de que tenía un conocimiento detallado de las infracciones continuadas. Sólo bien entrado 1973 anunció que tenía intención de iniciar procedimientos judiciales por incumplimiento contra los Estados infractores y que dicha prohibición de discriminación era también exigible a los entonces recién adheridos Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

Habría de ser una trabajadora de la Compañía aérea belga «Sabena» la que provocara con sus acciones judiciales un cambio radical en la legislación⁴ y práctica comunitaria al demandar a su empresa en los años sesenta. Sus demandas judiciales ante los tribunales belgas fueron reenviadas al Tribunal de Justicia. La jurisprudencia

⁴ La igualdad de trato comenzó a ser desarrollada mediante Directivas a partir de 1975:

- la primera referida al marco de la igualdad prevista en el Tratado en materia de retribuciones (75/117);
- pero un salto cualitativo se dio con la Directiva 76/207 relativa a las condiciones de trabajo (acceso, formación, promoción, jubilación...); esta Directiva esta siendo objeto de modificación para incorporar con cierto detalle el acervo jurisprudencial de estos años y la legalidad de las discriminaciones inversas.
- la igualdad en materia de seguridad social se abordó en la Directiva 79/7;
- la igualdad en materia de regímenes profesionales de seguridad social se regula en la Directiva 86/378 —modificada por la Directiva 96/97—;
- las actividades autónomas, incluida la agrícola, son objeto de la Directiva 86/613;
- la situación específica de la trabajadora embarazada se ve protegida por la Directiva 92/85;
- la Directiva 96/34 sobre el permiso parental por motivo de nacimiento o adopción de un hijo;
- y la Directiva 97/80 sobre la inversión de la carga de la prueba cierra el ciclo de normas de Derecho derivado en vigor (a fecha de febrero de 2000) que protegen la igualdad de trato.

En este trabajo examinaré la aplicación práctica de la normativa relativa a las discriminaciones directas.

cia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas colmaría con su labor interpretativa una laguna de los Tratados haciendo una de las más importantes aportaciones a la construcción comunitaria. Examinemos esa jurisprudencia.

En este trabajo me limitaré a analizar la aplicación práctica de la normativa sobre discriminaciones *directas*, sin abordar, pues, el examen de la práctica sobre las discriminaciones indirectas y la inversión de la carga de la prueba, ni la discriminación positiva, ni las discriminaciones en razón de la orientación sexual, o el derecho a obtener una reparación económica en determinados casos ni tampoco voy a exponer los *dos* o *tres* casos de discriminaciones contra varones (pues aunque parezca poco creíble, es verdad que los hombres también *sufren* discriminaciones...) ni sobre la prohibición de las represalias por exigir el respeto de este derecho a la igualdad de trato⁵.

2. EL EFECTO DE LAS SENTENCIAS DEFRENNE II Y III (IGUALDAD DE RETRIBUCIONES; NOCIÓN AMPLIA DE RETRIBUCIÓN): LA IGUALDAD DE TRATO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En el marco de las relaciones contractuales de carácter laboral, como las que vinculaban a la Compañía Aérea belga «Sabena» con la azafata *Defrenne*, el Tribunal estimó que el art. 119 (hoy 141), sobre no discriminación entre trabajadores masculinos y femeninos es una norma clara y precisa que «se impone, no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todos los convenios que tienen como fin regular de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares»⁶. Tenía y tiene efecto directo, lo que significa que es un precepto que genera directamente un derecho a una retribución igual por un trabajo igual y que ese derecho subjetivo es invocable y exigible tanto en las relaciones laborales entre particulares (relaciones horizontales) como ante las administraciones públicas (relaciones verticales).

Llegado el caso, los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger los derechos que esa disposición atribuye a los particulares, frente a discriminacio-

⁵ Véase la recopilación de la normativa aplicable y de las sentencias sobre igualdad de trato en general en *Manual sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea*, publicado por la Comisión europea, OPOCE, Luxemburgo, 1999.

Hay una amplísima bibliografía y documentación sobre el tema; entre muchas obras, artículos e informes, vid.: Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la UE*, Bruselas, 8.3.2000, COM (2000) 123 final; VVA: *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona, 1999;

⁶ Sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, 43/75, fund. 39. Hubo un primer caso *Defrenne* (I), sentada de 25 de mayo de 1971.

nes establecidas en disposiciones legislativas o convenios colectivos o contratos de trabajo.

El Tribunal de Justicia reconoció una doble finalidad económica y social a esa disposición:

- la finalidad económica trata de evitar, en palabras del Tribunal, que «en la competencia intracomunitaria, las empresas establecidas en Estados que han aplicado efectivamente el principio de igualdad de retribución no sufran una desventaja competitiva en relación con las empresas situadas en Estados que no han eliminado aún la discriminación»;
- la finalidad social del precepto viene dada por el hecho de que la Comunidad «no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, tiene que asegurar, por medio de una acción común, el progreso social y perseguir la mejora constante de las condiciones de vida y de empleo de los pueblos europeos, tal como ha sido subrayado en el preámbulo del Tratado» (*Defrenne*, 43/75, fund. 8-10).

Para el TJCE el objetivo del art. 119 es la eliminación de todas las discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos y la prohibición afecta tanto a las discriminaciones directas y abiertas como a las discriminaciones indirectas y encubiertas. Se trata, pues, de una obligación de resultado y de claro efecto directo.

Es bien sabido que en ese caso se jugaban intereses económicos muy cuantiosos. El TJCE hizo preguntas sobre los efectos económicos. Reino Unido e Irlanda negaban el efecto directo de la disposición. Entendían que la noción de retribución es muy imprecisa y que si se reconocía efecto directo se planteaba un problema de seguridad jurídica por su retroactividad y un problema económico por los costes del pago de la diferencia salarial.

La Comisión, guardiana de los Tratados, estimaba que el art. 119 no tenía efecto directo en las relaciones entre particulares hasta en tanto no hubiese actos legislativos internos de desarrollo y aplicación, a su vez, de un acto comunitario, tal como la Directiva 75/117⁷; en cambio, lo aceptaba en las relaciones verticales, cuando la exigencia es ante una autoridad administrativa.

También la Comisión europea aceptó durante una buena parte del procedimiento judicial como plenamente legal el aplazamiento del compromiso sobre igualdad de retribuciones al margen de los Tratados, y solo ya estando muy avanzado el procedimiento se retractó reconociendo que los compromisos expresos de los Tratados solo pueden modificarse mediante la revisión formal

⁷ Esta Directiva facilita la correcta aplicación del art. 119 (hoy 141) y no modifica ni amplía el precepto del Tratado.

de los Tratados (una conferencia intergubernamental y la ratificación de los Parlamentos nacionales). La Comisión desempeñó un papel vergonzante en una materia tan delicada que afectaba a sus competencias, a los compromisos pactados que debe hacer cumplir y a los derechos de los particulares en el sistema de la integración.

Ciertamente, en lo esencial la sentencia Defrenne II de 1976 es muy positiva al descartar radicalmente las tesis estatales y de la Comisión y pronunciarse a favor de un principio de igualdad de trato que se extiende en el Derecho Comunitario a la igualdad entre hombres y mujeres en todo el ámbito de aplicación de los Tratados.

Pero no se debe pasar por alto graves responsabilidades del Tribunal de Justicia. Los aspectos negativos de la sentencia *Defrenne II* se refieren al enfoque que hace del pasado pues el Tribunal de Justicia se muestra muy comprensivo con el incumplimiento generalizado, aceptando por «razones imperiosas de seguridad jurídica» (influencia de los escritos de los Estados) que el efecto directo se produjera desde 1976 (8 de abril, fecha de su sentencia) y no desde la expiración de la primera etapa (1.1.1962). Por el contrario, el que supo estar en su sitio, el que supo defender el respeto del Derecho, fue el Abogado General Trabucchi, para quien los problemas económicos no tienen valor jurídico cuando se trata de respetar una norma y una norma que, además, protege derechos fundamentales.

En efecto, el Tribunal, aunque le reconoce a la señora Defrenne el derecho a percibir la diferencia salarial desde 1962 y a cuantas iniciaran su reclamación con anterioridad a su sentencia, limitó los efectos económicos en todas las demás reclamaciones posteriores, los cuales se computan, si fuera el caso, desde esta sentencia. La infracción hasta esa fecha resulta impune con carácter general por obra y gracia del Tribunal de Justicia. Las críticas han sido abundantes. Y no se ha aceptado pacíficamente; todavía en febrero de 2000 el Tribunal de Justicia ha tenido que volver a justificar aquella decisión: así ha declarado en una sentencia de 10 de febrero de 2000 que «sólo excepcionalmente puede el Tribunal de Justicia, tal y como estimó en su sentencia Defrenne II, antes citada, con arreglo al principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario y habida cuenta de los graves problemas que su sentencia podría acarrear para el pasado en las relaciones jurídicas establecidas de buena fe, limitar la posibilidad de los interesados de invocar la disposición así interpretada con vistas a cuestionar dichas relaciones jurídicas».

Se sigue justificando al señalar que «cuando decidió, en su sentencia Defrenne II, antes citada, limitar en el tiempo la posibilidad de invocar el efecto directo del artículo 119 del Tratado, el Tribunal de Justicia consideró que, ante el

comportamiento de algunos de los Estados miembros y de la actitud adoptada por la Comisión y comunicada reiteradamente a los medios afectados, debía tenerse en cuenta, con carácter excepcional que, durante un largo período, las partes interesadas se habían visto impulsadas a mantener prácticas contrarias al artículo 119 del Tratado, si bien todavía no prohibidas por su Derecho nacional (apartado 72)»⁸.

En descargo del Tribunal de Justicia hay que señalar que poco después tendría una nueva ocasión, de nuevo propiciada por el tercer asunto planteado en torno a la azafata Defrenne; sin entrar en los detalles materiales, lo que sobresale de esta sentencia de 15.6.1978 es que el Tribunal de Justicia reconoce, por fin, que el principio de la igualdad de trato entre hombre y mujer en materia de empleo y, correlativamente, la ausencia de toda discriminación directa o indirecta fundada sobre el sexo, es parte integrante de los derechos fundamentales cuyo respeto se garantiza por el Tribunal de Justicia en virtud del art. 164 del TCE (hoy, art. 220)⁹.

Todavía hace poco tiempo el Tribunal de Justicia, a instancias del procedimiento por incumplimiento abierto por la Comisión contra Grecia, ha vuelto a reconocer que un Estado miembro como Grecia incumple el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos al exigir, a través de convenios colectivos y laudos arbitrales, requisitos especiales a las trabajadoras casadas para la percepción de prestaciones familiares que no se imponen a los trabajadores casados. El hecho de que el Gobierno griego no participe en la negociación de los convenios colectivos no puede eximirlo de la obligación de adoptar las disposiciones complementarias para garantizar el cumplimiento de los imperativos derivados de las normas comunitarias¹⁰.

⁸ Tribunal de Justicia, sentencia de 10 de febrero de 2000, *Deutsche Post c. Elisabeth Sievers y otras*, C-270/97 y C-271/97, fund. 45 a 47.

⁹ TCE, sentencia de 15 de julio de 1978, *Defrenne III*, 149/77, fund. 27. También sentencia de 28 de enero de 1992, *Speybroeck* (I. 47).

¹⁰ TCE, sentencia de 28 de octubre de 1999, *Comisión c. Grecia* C-187/98.

3. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN MATERIA DE PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

A. *El derecho al recurso judicial: la sentencia Johnston (excepciones a la igualdad)*

Todas las Directivas comunitarias, antes citadas (nota 4), sobre la igualdad de trato exigen que este derecho pueda ser defendido ante un órgano jurisdiccional¹¹. No basta la vía administrativa, sino que se tiene derecho a que el caso se ha visto por un juez y decida conforme al derecho comunitario en vigor.

Precisamente, éste es el problema que se plantea en el asunto *Johnston* de 1986. El art. 6 de la Directiva 76/207 obliga a los Estados miembros a garantizar por medio de sus órganos jurisdiccionales nacionales el respeto a las disposiciones de la Directiva y de la legislación nacional destinada a aplicarla.

Los hechos del caso son los siguientes: la señora Johnston era policía en el Ulster; ante el nivel de violencia experimentado en ese conflicto armado interno el Gobierno británico decidió dotar de armas a la policía local, por lo que expeditivamente despide a las mujeres policías. La ley británica de transposición de la Directiva permite excepciones por razones de seguridad y declara suficiente constatación de la excepción mediante un certificado de la autoridad administrativa. La demandante entiende que hay violación del principio de igualdad de trato y plantea su caso ante el juez británico: lo primero que debe decidir éste es si tiene competencia para comprobar si la excepción de la ley británica es compatible con la Directiva, dado que la ley británica estima que es prueba irrefutable de que se cumple la excepción si media un acto administrativo nacional reconociéndola sin posible acceso al juez. Dicho de otro modo, si debe atenderse a la ley o a la Directiva.

Por ello, el juez británico plantea si la Directiva 76/207 obliga a los Estados miembros a garantizar por medios jurisdiccionales el respeto a sus disposiciones. Para el Gobierno británico no era sí. En el derecho procesal nacional se admiten como pruebas irrefutables cuestiones relativas a la seguridad nacional y a la seguridad pública y sólo la autoridad pública es competente para identificar esas situaciones.

Para el Tribunal de Justicia el art. 6 es la expresión de un principio general del Derecho básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados

¹¹ Así, «Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que todo trabajador que se considere perjudicado por la no aplicación del principio de igualdad de retribución, pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras instancias competentes».

miembros, y está incluido en los arts. 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Declaración común de 1977 (fund. 18). Por ello todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo ante el órgano jurisdiccional competente contra aquellos actos que en su opinión vayan en contra de la igualdad de trato y los Estados miembros deben garantizar un control jurisdiccional efectivo para que se respeten las disposiciones aplicables de Derecho Comunitario y las de la legislación nacional destinada a garantizar la posibilidad del ejercicio de los derechos previstos en la Directiva (fund. 19).

Por ello la ley británica al conferir el carácter de prueba irrefutable de que se han cumplido las condiciones para establecer una excepción al principio de igualdad de trato es contraria a los derechos reconocidos por la Directiva.

En consecuencia, para el Tribunal de Justicia los Estados miembros están obligados a adoptar medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de la Directiva y a hacerlo de tal manera que las personas afectadas puedan invocar efectivamente los derechos así conferidos ante los tribunales nacionales (fund. 17).

La Directiva contiene excepciones en materia de igualdad de trato (que trataré en el punto 4. c de este trabajo), pero en modo alguno distingue excepciones en materia de tutela judicial: «...todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo ante el órgano jurisdiccional competente contra aquellos actos que, en su opinión, vayan en contra de la igualdad de trato entre hombres y mujeres previsto en la Directiva 76/207» (fund. 19)¹².

B. *El derecho a una tutela... efectiva: las sanciones a la violación del principio de igualdad entre hombre y mujer*

En las sentencias *Von Colson y Kamann*, y *Harz* de 1984 sobre igualdad en el acceso a un empleo y *Marshall II* de 1986 sobre condiciones de trabajo se van a plantear los problemas de eficacia de las sanciones en caso de infracción a esta regla de igualdad de trato.

En los dos casos alemanes el problema se planteó cuando las señoras Von Colson y Kamann se presentaron a un concurso para acceder a unas plazas de funcionarias de prisiones y fueron descartadas por ser mujeres frente a candidatos masculinos. La señora Harz se vió rechazada al pretender una plaza de ingeniero en una empresa privada por el hecho de ser mujer.

¹² TJCE, sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84.

La jurisdicción alemana pregunta en los dos primeros casos¹³ si la Directiva 76/207 impone que una discriminación fundada en el sexo con motivo del acceso al empleo sea sancionada mediante la obligación impuesta al empresario o empleador autor de la discriminación de concluir el contrato con la o el candidato discriminado.

El juez nacional entiende que es así y que se deduce de los considerandos y del texto mismo de la Directiva que en la transposición se impone la obligación de adoptar disposiciones legales provistas de sanciones efectivas.

Para la Comisión la transposición eficaz exigiría que las sanciones se concibieran como una reparación adecuada y para el empleador un medio de presión para tomar en serio y le incite a respetar el principio de la igualdad.

Para el TJCE, de conformidad con el (antiguo) art. 189.3 (actual, art. 249), la libertad que deja a los Estados no afecta a la obligación plena de los Estados miembros de adoptar *todas* las medidas necesarias en su orden jurídico nacional a fin de asegurar el pleno efecto de la directiva conforme a su objetivo. Y el art. 6 de la Directiva obliga expresamente a los Estados miembros a adoptar todas las medidas y a permitir a toda persona hacer valer sus derechos mediante la vía jurisdiccional. Luego las medidas deben ser lo suficientemente eficaces, tales como contratar al candidato discriminado o asegurarle una indemnización pecuniaria adecuada, reforzada, llegado el caso por un sistema de multas. Ahora bien, no impone una sanción determinada, sino que deja libertad a los Estados miembros para elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para conseguir el objetivo.

Si elige la indemnización, para que sea eficaz y disuasoria debe ser adecuada para reparar todos los daños y perjuicios sufridos y no puede ser una indemnización simbólica (devolver los gastos de concursar a un empleo).

En el asunto *Marshall II* de 1993 se planteaba si la sanción que debía imponerse por una jubilación discriminatoria podía encontrar límites en el Derecho interno. Para el TJCE, según el art. 6 de la Directiva 76/207 los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias que permitan a la persona lesionada por una discriminación hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional. Tal obligación implica que las medidas en cuestión sean suficientemente eficaces para alcanzar el objetivo de la Directiva y puedan ser efectivamente invocadas ante los tribunales nacionales por las personas afectadas¹⁴.

Recuerda que hay libertad de medio, pero que el objetivo de la Directiva (de carácter obligatorio) es alcanzar la igualdad de oportunidades efectiva y no

¹³ TJCE, sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, 14/83; *Harz* 79/83.

¹⁴ TJCE, sentencia de 2 de agosto de 1993, *Marshall II*, C-271-91.

podría ser alcanzado en ausencia de medidas propias a restablecer esa igualdad cuando no es respetada. Como señaló en *Von Colson* esas medidas deben garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz y tener respecto del empleador un efecto disuasorio real.

Hay que tener en cuenta las características propias de cada violación del principio de igualdad; si es un despido discriminatorio, el restablecimiento de la situación de igualdad no podría lograrse en defecto de una reintegración de la persona discriminada o alternativamente de una reparación pecuniaria del perjuicio sufrido.

Cuando la reparación pecuniaria es la medida elegida, debe ser adecuado en el sentido de permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos por el del despido discriminatorio, según las reglas nacionales aplicables.

Por ello, si se prevé un límite en la reparación, como sucedía en la legislación británica, dado que limita *a priori* el montante del resarcimiento a un nivel que no es conforme a la exigencia de asegurar una igualdad de oportunidades efectiva, esa legislación interna será inaplicable.

Además, la reparación íntegra del perjuicio no puede hacer abstracción de los elementos tales como el transcurso del tiempo, susceptible de reducir de hecho el valor. El reconocimiento de intereses, según las reglas nacionales aplicables, debe ser considerado como un componente indispensable de una reparación que permita el restablecimiento de una igualdad de trato efectiva; luego el art. 6 se opone a que la reparación del perjuicio sufrido se limite a un techo máximo fijado *a priori* así como a la ausencia de intereses destinados a compensar la pérdida sufrida por el beneficiario de la reparación hasta el pago efectivo del capital acordado. En definitiva, la reparación debe ser íntegra sin límites *a priori*, descartándose las disposiciones nacionales que imponen límites a la cantidad a resarcir.

Un caso no menos interesante es el asunto *Nils Draebmpaehl*¹⁵, en el que un varón responde a una oferta de empleo publicada en la prensa alemana; el anuncio se dirige exclusivamente a mujeres¹⁶ y el candidato no obtiene respuesta alguna a su solicitud y tampoco se le devuelven los documentos que presenta. Entiende que ha sido discriminado por ser varón y alega además que él era un

¹⁵ TJCE, sentencia de 22 de abril de 1997, *Nils Draebmpaehl*, C-180/95.

¹⁶ Resulta casi irresistible no reproducir el anuncio: «Buscamos para nuestra empresa de distribución una colaboradora de la Dirección con experiencia. Si puede entenderse con los caóticos empleados de una empresa orientada a la distribución, si quiere prepararles el café, obtener pocas alabanzas y es capaz de trabajar mucho, este es el lugar adecuado. En esta empresa hay que saber manejar el ordenador y pensar con los demás. Si de verdad quiere hacer frente a este desafío esperamos sus documentos de solicitud, que habrán de ser claros y terminantes. Pero luego no diga que no le hemos avisado...».

candidato cualificado para el puesto. En otra sala del órgano judicial alemán también se conocía de otra demanda de un varón —en relación con el provocador anuncio— al que tampoco se contestó a su petición de empleo si bien no reunía las cualificaciones correspondientes. Para el juez alemán había habido, en ambos casos, una discriminación en el acceso al empleo al no estar formulada la oferta de forma neutra sino que se dirigía manifiestamente a las mujeres, aunque el propio juez alemán entrevisté que la reparación debida no debe ser la misma por el diferente daño causado. Su reenvío prejudicial se refiere, entonces, a la interpretación del alcance de la tutela efectiva, dado que la legislación alemana de transposición exigía algunos requisitos y establecía límites en las indemnizaciones en caso de incumplimiento de la Directiva 76/207. En efecto, un requisito era que el empresario hubiera incurrido en una conducta culpable; además, a diferencia de las normas del Derecho civil y del Derecho laboral alemán, la norma de transposición de la Directiva 76/207 establecía a priori el límite máximo de tres mensualidades en las indemnizaciones en caso de infracción de la Directiva.

En su sentencia prejudicial el TJCE consideró, recordando el caso *Dekker*, que la Directiva no subordina la responsabilidad del autor de una discriminación a la prueba de una conducta culpable o a la inexistencia de causas de exención de la responsabilidad previstas por el Derecho nacional. En relación con el límite *a priori* en las indemnizaciones, únicamente para las violaciones a la citada Directiva, el TJCE mantiene su jurisprudencia —citada ya— *Von Colson y Kamann* entendiendo que la protección debe ser efectiva y eficaz y tener efecto disuasorio real y adecuado al perjuicio sufrido; además entiende que las infracciones al Derecho Comunitario deben ser sancionadas en condiciones de fondo y procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional que tengan una índole y una importancia similares. El Tribunal entiende que el límite *a priori* puede hacer inadecuada por simbólica la indemnización en el caso del solicitante de empleo que reunía las cualificaciones. Luego, para los candidatos que no reunieran las cualificaciones sería razonable una indemnización que no sobrepase las tres mensualidades de salario; pero el perjuicio sufrido por el candidato con opciones es muy superior al no haber obtenido la plaza vacante. Si el empresario estima que no hubiera reunido las cualificaciones, deberá aportar la prueba de que el candidato no habría obtenido la plaza aunque no hubiera existido discriminación alguna.

4. EXAMEN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIONES DIRECTAS

Ya en el asunto *Defrenne II* el Tribunal de Justicia distinguía entre las discriminaciones directas y las indirectas o encubiertas. Todas ellas están igualmente prohibidas por el actual art. 141 TCE (antiguo art. 119). Los casos que he examinado respecto del derecho al juez y a una sanción efectiva en caso de infracción, son todos de discriminaciones directas, ya sean en materia de retribuciones, de acceso a un puesto de trabajo o en la jubilación.

Ahora voy a examinar más casos de discriminaciones abiertas o directas como son las que afectan a la maternidad o a supuestas protecciones especiales.

A. Rechazo a contratar por causa de embarazo y protecciones especiales. *Promoción y permiso de maternidad*

La señora Dekker concursó al empleo de educadora en un centro de formación de jóvenes adultos; el comité de selección conoce que ella está embarazada de 3 meses; el comité la propone a la dirección del centro como la postulante más apta para ejercer la función. Pero la dirección le comunica por escrito que no será contratada a causa de su embarazo, debido a que el asegurador no le reembolsaría las indemnizaciones que le tendría que pagar durante su permiso de maternidad, por lo que se veían en la imposibilidad financiera de contratar un sustituto durante su ausencia. La legislación holandesa asimilaba el embarazo a la imposibilidad de ejercer una actividad por causa de enfermedad común. El asegurador puede rechazar el reembolso de las indemnizaciones a un afiliado en la hipótesis en que el asegurado sea incapaz de ejercer sus funciones en los seis meses siguientes a la toma del seguro.

Para el Tribunal de Justicia el rechazo por causa de embarazo no puede serle opuesto más que a las mujeres y constituye una discriminación directa fundada en el sexo¹⁷. El rechazo de contrato por causa del embarazo debe ser contemplado como fundado esencialmente sobre el hecho del embarazo. Tal discriminación no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio financiero sufrido por el empresario en caso de contratar una mujer encinta durante el periodo de su permiso de maternidad. Luego hay discriminación directa cuando se rechaza concluir un contrato de trabajo con una candidata que había sido juzgada apta para ejercer la actividad en cuestión, cuando el rechazo se funda en las consecuencias posiblemente perjudiciales para el empresario de contratar a una mujer encinta. Hubo, pues, violación de los arts. 2.1 y 3.1 de la Directiva 76/207.

¹⁷ TJCE, sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C-177/88.

El empleador se defendió de la acusación de discriminación pues todas las candidatas eran mujeres; estaba guiado por consideraciones exclusivamente financieras o de gestión. Para el Tribunal de Justicia si el rechazo es porque está embarazada, la decisión está ligada al sexo; la ausencia de candidatos masculinos no puede tener incidencia sobre su respuesta.

En un asunto posterior, el Tribunal de Justicia tuvo que juzgar un caso en el que una enfermera de quirófano contratada como eventual opta en la misma clínica a un contrato de trabajo por tiempo indefinido¹⁸. Cuando presentó la candidatura, la demandante comunica por escrito al empresario que estaba embarazada. A consecuencia de dicho escrito, el empresario efectuó un traslado interno de la enfermera eventual para que no siguiera su actividad en quirófano, al conllevar consigo un riesgo de infección y además por exigencia de la ley alemana de protección de la maternidad que impide contratar o mantener a trabajadoras en puestos de alto riesgo. Poco después le comunica que no acepta su candidatura para el contrato indefinido como enfermera de quirófano.

La enfermera demanda al empresario y éste justifica que su negativa a celebrar un contrato de trabajo no constituía una discriminación ilegal por razón de sexo, puesto que la decisión de no celebrar el contrato controvertido resultaba de las disposiciones de la ley alemana que le prohibían contratar a la demandada. A diferencia del asunto *Dekker*, la desigualdad de trato, no se basa directamente en el embarazo de la trabajadora, sino que resulta de la prohibición general de trabajo vinculada a dicho estado.

Para el Tribunal, se deduce de su jurisprudencia que la protección de la mujer embarazada no puede tener por consecuencia un trato desfavorable en lo que atañe al acceso al empleo y a sus condiciones de trabajo y que, desde esta perspectiva, la Directiva tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal. La directiva no permite a un empresario negarse a contratar a una candidata embarazada debido a que una prohibición de trabajo motivada por dicho embarazo impide destinarla, desde el primer momento y durante su embarazo, al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encuentre vacante. La negativa de contratación debida al embarazo no está justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad (sentencia *Dekker*). La misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de que se trata durante el período de su embarazo.

¹⁸ TJCE, sentencia de 3 de febrero de 2000, *Silke-Karin Mahlborg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*, C-207/98.

A veces la discriminación se produce por el hecho de utilizar el permiso de maternidad y perder antigüedad en la empresa. Esto es lo que le sucedió a la señora Thibault, pues al disfrutar de dicho permiso no pudo acreditar un determinado plazo¹⁹. Para el TJCE, «el principio de no discriminación exige que la trabajadora, que en virtud del contrato de trabajo sigue estando vinculada al empresario durante su permiso de maternidad, no se vea privada de sus condiciones de trabajo que se aplican a tanto los trabajadores de sexo femenino como a los de sexo masculino y que derivan de dicha relación laboral». Por ello, hay discriminación puesto que, de no haber estado encinta y de no haber hecho uso del permiso para maternidad al que tenía derecho, dicha trabajadora habría podido beneficiarse de una promoción profesional. Para el Tribunal, el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres no puede dar lugar a un trato desfavorable ni en lo que atañe a su acceso al empleo ni en lo que respecta a sus condiciones de trabajo. Desde esta perspectiva, la Directiva tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal.

También el Tribunal de Justicia comunitario ha confirmado el derecho de la mujer que ha dado a luz a volver a su puesto de trabajo u otro equivalente en las mismas condiciones laborales que le eran aplicables antes de su permiso de maternidad²⁰. Igualmente, el Tribunal ha estimado que excluir de la gratificación de Navidad a una mujer que había estado durante alguna parte del año con su permiso de maternidad es una discriminación por razón de sexo en cuanto que la gratificación constituya una retribución por un trabajo previamente realizado²¹.

Algunas empresas entienden que el permiso de maternidad puede conllevar desventajas profesionales inherentes a esa interrupción del trabajo e incentivan la solicitud del permiso con una indemnización económica. Esta práctica, lamentablemente poco frecuente, es compatible con el art. 141 que establece la igualdad de retribuciones; así lo ha declarado el Tribunal ante la demanda presentada por algunos trabajadores varones de la compañía automovilística Renault por la asignación a tanto alzado que perciben las mujeres al inicio del permiso de maternidad, pues ellos estimaban que era una discriminación por razón de sexo²².

¹⁹ TJCE, sentencia de 30 de abril de 1998, *Evelyne Thibault*, C-136/95.

²⁰ TJCE, sentencias de 12.7.1984, *Hofmann c. Barmer Ersatzkasse* 184/83, 5.5.1994, *Habermann-Beltermann* C-421/92, así como el citado caso *Webb c. EMO Air Cargo* (nota 23).

²¹ TJCE, sentencia de 21 de octubre de 1999, *Susanne Lewen c. Lothar Delda*, C-333/97.

²² TJCE, sentencia de 16 de septiembre de 1998, *Oumar Dabo Abdoulaye y otros c. Renault*, C-218/98.

B. Prohibición de despido por maternidad

Esta prohibición se deduce de la Directiva 76/207, si bien la prohibición se regula expresamente en la Directiva 92/85. La prohibición de despido por maternidad abarca desde el principio del embarazo hasta el final del permiso de maternidad.

Examinaré uno de los casos más relevantes. Una trabajadora de la Compañía *Emo Air Cargo* había quedado embarazada por lo que la empresa decidió contratar a una sustituta que sería formada por aquella; después del período de prácticas, podría ser contratada fija pues la empresa deseaba aumentar la plantilla. La nueva empleada, la Señora Webb empezó a trabajar y dos semanas después quedó embarazada, por lo que fue despedida. Demandó al empresario por discriminación directa por razón del sexo.

La legislación británica no le protegía, pues la ley de discriminación por razón de sexo no protege a los trabajadores por cuenta ajena que lleven empleados menos de dos años. Para el Tribunal británico no había sido despedida por razón del sexo sino por su previsible incapacidad para cumplir la tarea básica para la que fue contratada, cubrir el puesto de otra trabajadora. De modo que si hubiera contratado a un hombre y le hubiera comunicado que estaría ausente durante un período comparable, dicho hombre también hubiera sido despedido.

El art. 2.3 de la Directiva 76/207 protege la condición biológica de la mujer durante el embarazo y además la Directiva 92/85 (art. 10) prohíbe despedir a la mujer durante su embarazo y permiso de maternidad, a fin de evitar el riesgo que un posible despido supone para la condición física y psíquica de la trabajadora embarazada o que han dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo.

El Tribunal de Justicia niega que pueda compararse la situación de incapacidad por embarazo a la de un hombre que sufre una incapacidad por razones médicas o de otra naturaleza²³. No es un estado patológico ni una indisponibilidad de origen no médico, situaciones que sí podrían motivar el despido de una mujer sin constituir despido discriminatorio por razón de sexo (sentencias *Hertz*, 8.II.90; *Habermann-Beltermann*, 5.5.94). El despido de una trabajadora por razón del embarazo constituye siempre una discriminación directa por razón del sexo.

El despido no puede fundarse en su incapacidad para cumplir uno de los requisitos esenciales de su contrato de trabajo. Tal disponibilidad es siempre un requisito esencial del contrato de trabajo, pero la protección que el Derecho

²³ TJCE, sentencia de 14 de julio de 1994, *Carol WEBB c. EMO Air Cargo* C-31/93.

Comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y aun después no puede depender de si la presencia de la interesada durante su maternidad es indispensable para la buena marcha de la empresa. El hecho de que se la contrate para sustituir a otra embarazada carece de incidencia en la respuesta.

Ciertamente, son numerosas las sentencias que afectan a despidos de mujeres embarazadas. Otro caso de interés es el asunto *Mary Brown* de 1998. Esta señora era conductora de reparto y debía hacer un trabajo especialmente pesado. El contrato preveía que tras una baja superior a 26 semanas se despedía al trabajador. La ley británica prohíbe el despido si la trabajadora lleva más de dos años empleada y si la ausencia es a partir de la undécima semana anterior al alumbramiento, circunstancias que no concurrían en el caso.

Para el Tribunal de Justicia, la Directiva 92/85 no preve ninguna excepción a la prohibición de despido de la mujer encinta, salvo los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada (como ya lo había señalado en el caso *Webb*). Dado que la «enfermedad» era el embarazo, el despido era improcedente pues el despido durante el embarazo «no puede fundarse en motivos basados en la incapacidad, derivada de su estado, para desempeñar la actividad laboral a la que se comprometió frente a su empresario»²⁴. Si se acogiera semejante interpretación, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo quedaría reservada únicamente a las trabajadoras embarazadas que pudieran cumplir las obligaciones de su contrato de trabajo, de manera que las disposiciones de la Directiva 76/207 perderían su eficacia (fund. 21).

El TJCE reitera que el embarazo no es un estado patológico, pero, como señala el Abogado General «el embarazo es un período durante el cual pueden producirse trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de éste. Dichos trastornos y complicaciones, que pueden implicar una incapacidad laboral, constituyen riesgos inherentes al embarazo y, por tanto, comparten la especificidad de este estado» (fund. 22).

C. Prohibiciones de acceso a determinados trabajos (nocturnos y profesión militar). El problema de las actividades profesionales excluidas del ámbito e la Directiva

La Directiva 76/207 permite a los Estados excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales —y las enseñanzas a ellas conducentes— en las

²⁴ TJCE, sentencia de 30 de junio de 1998, *Mary Brown c. Rentokil*, C-394/96.

que el sexo constituya una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.

Tratándose de una excepción a un derecho fundamental el Tribunal de Justicia ha hecho una interpretación restrictiva en el sentido de que el derecho a la igualdad de trato no está sujeto a ninguna reserva general por motivos de seguridad pública. Cuando el Tribunal ha tenido que juzgar profesiones excluidas (policía armada norirlandesa, trabajos nocturnos, o profesiones militares) ha contrastado la exclusión con el principio de proporcionalidad, de forma que el principio de la igualdad de trato pueda conciliarse con las necesidades de la seguridad pública (así, en el citado asunto *Johnston* relativo al despido de las mujeres policías de la policía norirlandesa). También de esa sentencia se deducía que toda exclusión, por su carácter excepcional, debe ser examinada periódicamente teniendo en cuenta la evolución social.

Por ello, el Tribunal aceptó en 1983 que el Reino Unido excluyera de la profesión de comadrona —y de los estudios que habilitan para su ejercicio— a los hombres pues «en el momento actual, las sensibilidades personales pueden desempeñar un papel importante en las relaciones entre la comadrona y la paciente». Entonces era 1983, y desde hace unos años el Gobierno británico abrió la profesión de comadrona a los hombres ante la evolución social.

Además del caso *Johnston*, el Tribunal ha tenido que juzgar otros asuntos sobre las posibles profesiones o trabajos excluidos. Por ejemplo, las prohibiciones en algunos Estados miembros de turnos de noche para las mujeres trabajadoras.

Dos empresarios franceses fueron procesados por haber empleado a mujeres en un trabajo nocturno, en contra de lo dispuesto por el Código de trabajo francés²⁵. Ambos mantenían que dicha norma nacional es contraria a la Directiva 76/207 (art. 5). Francia ya había sido condenada por el Tribunal de Justicia por no suprimir todas las desigualdades prohibidas por dicha Directiva. Para el Gobierno francés dicha prohibición, que reconoce tiene muchas excepciones, responde a objetivos generales de protección de la mano de obra femenina y a consideraciones de carácter social relacionadas con los riesgos de agresión y con la carga superior de trabajo familiar que pesa sobre las mujeres.

Para el Tribunal de Justicia, por lo que respecta a las protecciones, no cree que, salvo en caso de embarazo, los riesgos a que están expuestas las mujeres en el trabajo sean de diferente naturaleza a aquellos a los que también están expuestos los hombres. En lo que se refiere a los riesgos de agresión, el Tribunal

²⁵ TJCE, sentencias de 25 de julio de 1991, *Ministerio Público c. Stoeckel*, y de 2 de agosto de 1993, *Ministerio Público c. Jean Claude Levy*, C-158/91.

hace una afirmación no exenta de ironía al señalar que en el supuesto de que los riesgos sean mayores por la noche que de día, pueden adoptarse medidas adecuadas para hacer frente a los mismos, sin ir en contra del principio fundamental de igualdad; recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 28.5.85, asunto *Abdulaziz*), había dicho que un trato diferenciado de las mujeres por relación a los hombres debe estar justificado por motivos objetivos y razonables y debe respetar de forma razonable la proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo previsto.

Dada la similitud de los riesgos a los que los trabajadores de noche, hombres y mujeres, se exponen, un trato diferente de las mujeres no puede justificarse. La Directiva no tiene por objeto regular la organización de la familia o modificar el reparto de responsabilidad dentro de la pareja. El hecho de que admita excepciones, no basta para asegurar el objetivo de la Directiva, que es prohibir un principio general de exclusión de las mujeres del trabajo nocturno. En el caso *Levy* el Gobierno francés alega que dicha norma interna es de aplicación de un convenio de la OIT de 1948. Pero el Derecho Internacional ha evolucionado y un Protocolo de 1979 y otro de 1990 acogen las nuevas exigencias sociales de igualdad de oportunidades para mujeres y hombres y se abren al trabajo nocturno de la mujer²⁶. El Tribunal de Justicia, en la sentencia *Levy*, llega a la misma conclusión que en *Stoeckel*.

Ahora bien, los Estados siguen siendo muy renuentes a modificar las caducas normas de protección debido a que mediante esas antiguallas legales se puede reservar cierto mercado de trabajo exclusivamente para los varones. Pero en los años noventa la Comisión europea ha aprendido la lección de que no puede seguir siendo tan benevolente con los Gobiernos infractores en asuntos en los que la sociedad va muy por delante de las estructuras políticas. Así se explica que la Comisión se decidiese, por fin después de casi veinte años de vigencia de la Directiva 76/207, a iniciar sendos procedimientos de infracción a Francia e Italia a fin de lograr la constatación de las infracciones que en estas materias mantenían ambos Gobiernos al no derogar leyes de aparente protección que prohibían la contratación de mujeres para trabajos nocturnos²⁷.

En otro asunto el Tribunal declaró que la Directiva 76/207 se opone que un contrato de trabajo de duración indeterminada para un trabajo nocturno sea

²⁶ Ciertamente se planteaban algunos interesantes problemas de Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario al ser las normas nacionales una ejecución de un Convenio internacional. Un análisis desde esta perspectiva puede verse en Javier Roldán Barbero, «Una revisión del art. 234 del TCE: la sentencia *Levy* dictada por el TJCE», en *Revista de Instituciones Europeas*, 1994-2, pp. 481 y ss.

²⁷ TJCE, sentencias de 13 de marzo de 1997, *Comisión c. Francia*, C-197/96, y de 4 de diciembre de 1997, *Comisión c. Italia*, C-207/96.

declarado nulo debido a la prohibición legal de trabajo nocturno para embarazadas y madres lactantes; esta prohibición solo le afectaría por un tiempo determinado en relación con la duración total del contrato²⁸.

Tienen mucho interés también dos sentencias relativas a las prohibiciones de contratar mujeres en las Fuerzas Armadas. La primera sentencia del TJCE se pronuncia sobre un caso británico y la segunda sobre un caso alemán. La Sra. Angela María Sirdar era cocinera en el Ejército de Tierra británico; en una reducción de plantilla fue despedida junto a otros 500 cocineros en 1994. Poco después la Infantería de Marina ofertó plazas de cocineros y recibió una carta a tal fin, a la que ella respondió solicitando la plaza. Al saber que era mujer, le comunicaron que era un error pues era política tradicional de los Royal Marines no contratar mujeres debido a que todos sus miembros, incluidos los cocineros, son instruidos para el combate en primera línea. La ley británica sobre no discriminación excluye de la ley a las normas sobre eficacia en el combate de las Fuerzas Armadas. El juez británico plantea si las normas de las fuerzas armadas sobre la eficacia en el combate están excluidas del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario.

Para el TJCE el tratado solo prevé excepciones muy limitadas en materia de seguridad pública, que abarca tanto la interior como la exterior²⁹. Por otra parte la Directiva 76/207 tiene alcance general y se aplica a las relaciones del empleo del sector público; así pues, las normas internas sobre el acceso al empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo en las fuerzas armadas no están, por regla general, excluidas del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario.

Ahora bien, el TJCE ha reconocido que el sexo puede ser una condición determinante en situaciones muy concretas, pero como excepción de un derecho individual debe ser interpretado muy restrictivamente y tener en cuenta el principio de proporcionalidad. Este principio exige —dice el Tribunal de Justicia— que no se sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el de igualdad de trato con las exigencias de seguridad pública determinantes de las condiciones de ejercicio de la actividad de que se trate. Por ello, el TJCE estima que el juez nacional debe examinar en las circunstancias del asunto si cabe un margen de apreciación sin violar el principio de proporcionalidad y examinar periódicamente, en función de la evolución social, si se puede mantener la excepción al régimen general de la Directiva. Así pues, las autoridades nacionales disponen de cierto

²⁸ TJCE, sentencia de 5.5.1994, *Habermann-Beltermann C-421/92*.

²⁹ TJCE, sentencia de 26 de octubre de 1999, *Angela María Sirdar c. The Army Board, C-273/97*.

margen de apreciación al adoptar las medidas que consideran necesarias para garantizar la seguridad pública de un Estado miembro.

En el caso alemán, la señora Kreil pretendía ingresar en el servicio de mantenimiento del ejército y le fue denegada su solicitud por no permitirse la contratación de mujeres más que en las unidades sanitarias y en las formaciones de música militar. El TJCE repite uno por uno los argumentos de la sentencia *Sirdar*, pero al examinar la prohibición casi absoluta de contratar mujeres en empleos militares, estima que no puede considerarse como una excepción justificada por la naturaleza específica de los empleos de que se trata o por las condiciones especiales de su ejercicio. Las excepciones tienen que referirse a actividades específicas. El hecho de que las personas que sirven en las fuerzas armadas tengan que utilizar armas no justifica por sí solo la exclusión de las mujeres. La exclusión general vulnera el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, la Directiva 76/207 se opone a la aplicación de disposiciones nacionales como las del Derecho alemán que excluyen de manera general a las mujeres de los empleos militares³⁰.

En definitiva, toda excepción a la igualdad de trato debe referirse a puestos específicos y, aun así, tales puestos excluidos deben ser revisados periódicamente.

REFLEXIÓN FINAL

No quisiera terminar este recorrido por la aplicación práctica del principio de no discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario, sin señalar que el balance general, aún siendo enormemente positivo y audaz, debe ser contrapesado por el hecho de que estos casos, algunos tan elementales, para lograr el respeto a la igualdad de trato han tenido que armarse de paciencia durante muchos años, confiar su caso a un abogado, que éste conociese el Derecho Comunitario y que el juez nacional tuviese cierta sensibilidad por los derechos humanos, amén de conocimiento jurídico. En fin, el examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no debe darnos una imagen idealizada del Derecho Comunitario.

³⁰ TJCE, sentencia de 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil c. Alemania, C-285/98*.