

Derecho Comunitario sobre las Justificaciones de la Discriminación por Razones de Sexo en la Vida Laboral

Tamara K. Hervey, Universidad de Nottingham, RU
Tamara.Hervey@nottingham.ac.uk

Index

A	Introducción	105
B	Discriminación Directa por Razones de Sexo	108
	Norma de justificación	108
	Razones de fondo	109
	1. Autenticidad artística y necesidad cultural	109
	2. Decoro y privacidad	110
	3. Seguridad	110
	4. Embarazo y maternidad/paternidad	112
	5. Acción afirmativa	121
C	Discriminación Indirecta por Razones de Sexo	125
	Norma de justificación	125
	Causas substantivas	128
	1. Relacionadas con el trabajo	128
	2. Relacionadas con la empresa	131
	3. Relacionadas con el interés público	135
D	Discriminación Injustificable por Motivos de Sexo	143
E	Conclusiones	143

Derecho Comunitario sobre las Justificaciones de la Discriminación por Razones de Sexo en la Vida Laboral

Tamara K. Hervey, Universidad de Nottingham, RU

A Introducción

La justificación de la discriminación por razones de sexo cobra cada vez más importancia a medida que el “principio general” de no discriminación por razones de sexo (entre otras causas) pasa a ser la norma aceptada en las sociedades occidentales, la Comunidad Europea inclusive. No obstante, en ciertas circunstancias, las decisiones, prácticas o políticas que son discriminatorias por motivos de sexo, bien directamente o en efecto, son consideradas aceptables, por una variedad de razones. En estas circunstancias, la desviación del principio de no discriminación está jurídicamente justificada.

De todos es sabido que los principios generales están sujetos a excepciones. Sin embargo, si lo que se pretende es respetar el valor del principio general, dichas excepciones deberían aplicarse para evitar minar el principio básico, y por consiguiente, se les debe dar una interpretación tan limitada como sea consecuente con sus objetivos. Así, una determinación de las justificaciones de la discriminación por razones de sexo en el Derecho comunitario debe proceder a partir de un entendimiento del principio básico, y debe valorar las justificaciones con respecto al grado hasta el cual éstas consiguen equilibrar otros intereses con el principio básico de la no discriminación por razones de sexo.

Hasta aquí, el análisis no es controvertido. Sin embargo, el problema es que no existe un acuerdo o interpretación común del principio básico de la no discriminación por razones de sexo. Más bien, la discriminación por razones de sexo ha sido objeto de un número de definiciones o enfoques, en particular con respecto a su fin o función clave, tanto en escritos teóricos como en el Derecho comunitario.¹ Naturalmente, la adopción de un enfoque determinado de la aplicación del principio de no discriminación por razones de sexo tendrá repercusiones directas para la evaluación de supuestas justificaciones.

No entra dentro de la finalidad de este estudio dar una teoría o definición definitiva de la discriminación por razones de sexo, o incluso hacer una exposición exhaustiva de dichas teorías o definiciones.² Sin embargo, con el objeto de evaluar justificaciones legítimas de la discriminación por razones de sexo en el Derecho comunitario, una clara exposición de la finalidad o función del principio de no discriminación es necesaria. El análisis siguiente de las justificaciones de la discriminación por razones de sexo parte de la base de que la función de las leyes contra la discriminación por razones de sexo, ciertamente en el contexto de la vida

laboral, es proporcionar “igualdad de oportunidades” a las mujeres y hombres en dicho ámbito.

Adoptar la frase “igualdad de oportunidades” presenta por supuesto más preguntas que respuestas. Sin embargo, como punto de partida para el análisis, lo que debe denotar es una noción de no discriminación por razones de sexo más allá de una igualdad formal. La igualdad formal (o igualdad de trato) es un punto útil de partida en una democracia liberal, ya que resuena con nociones liberales de justicia. No obstante, como mecanismo para reparar las desigualdades de hecho entre mujeres y hombres en la vida laboral, es limitado. Yendo más allá de la igualdad formal, la “igualdad de oportunidades” reconoce las desventajas históricas y estructurales afrontadas por las mujeres en el campo del empleo, y busca avanzar hacia “puntos de partida iguales” para hombres y mujeres en el trabajo. Rebate el supuesto de que el “trabajador normal” es masculino, y que los modelos tradicionales masculinos de trabajo (tiempo completo, de por vida) son la norma. Aunque rechazando diferencias de creación social entre hombres y mujeres, si actúan para suprimir la capacidad de elección de las mujeres, reconoce y busca compensar las diferencias reales que efectivamente existen entre los hombres y mujeres, en particular las relacionadas con la maternidad. Así, la prohibición jurídica de la discriminación por razones de sexo se considera un factor de equilibrio de las posiciones relativas de los hombres y mujeres en el trabajo, y en sus contextos sociales más amplios.³

No está totalmente claro si la promoción de la “igualdad de oportunidades” es la función básica del Derecho comunitario.⁴ La inclusión original del Artículo 119 CEE (actualmente el Artículo 141 CE) en el Tratado de Roma fue mayormente para cumplir un propósito económico. Francia estaba preocupada de que sus leyes de igualdad salarial pusieran a las empresas francesas en desventaja competitiva en la CEE. Por consiguiente, la disposición sobre igualdad de salario fue agregada al Tratado para prevenir el *dumping* social.⁵ Sin embargo, desde entonces, las instituciones legislativas y el Tribunal de Justicia Europeo (el Tribunal) han reconocido el principio de igualdad de trato por razones de sexo como derecho fundamental que cumple una función social, además de su función económica.⁶ Por ejemplo, en *P v S*,⁷ en el contexto de la aplicación de la Directiva sobre Igualdad de Trato a la discriminación contra un transexual por razón de su cambio transgénico, el Tribunal consideró que “la Directiva es simplemente la expresión, en el campo pertinente, del principio de igualdad, que es uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario”.⁸ El Tribunal pasó a declarar que “tolerar tal discriminación equivaldría, con respecto a dicha persona, a no respetar la dignidad y libertad a las que él o ella tienen derecho, y que el Tribunal está obligado a salvaguardar”.⁹ Más recientemente, en *Schröder*,¹⁰ el Tribunal ha reafirmado¹¹ que el derecho a no ser discriminado por razones de sexo es un derecho fundamental de la persona, subrayando que,

“dada la jurisprudencia, debe concluirse que el objetivo económico perseguido por el Artículo 119 del Tratado, concretamente la eliminación de distorsiones de competición entre empresas establecidas en diferentes Estados miembros, es *secundario* al objetivo social perseguido por la misma disposición, que constituye la expresión de un derecho fundamental de la persona.”¹²

La interpretación de la igualdad de sexo como derecho fundamental en el Derecho comunitario tiene implicaciones para su justificación.¹³ Por supuesto, los

derechos fundamentales no son absolutos, y las consideraciones de interés público podrían justificar su violación *prima facie*. Sin embargo, los derechos fundamentales no deben ser justificados a la ligera. Más bien se esperaría que fuesen sometidos a lo que otros ordenamientos jurídicos denominan una prueba de “riguroso escrutinio”, lo cual probablemente se traduce en una versión rígida del principio de proporcionalidad en Derecho comunitario.

Por consiguiente, es significativo que la construcción como “derechos fundamentales” de la igualdad de sexo en el Derecho comunitario dista mucho de estar establecida. La construcción por parte del Tribunal de la igualdad de trato ha sido objeto de críticas constantes a causa de que no ha hecho honor a sus declaraciones en *Defrenne*, y ha tendido hacia enfoques de la igualdad formal, especialmente cuando están en juego las fuerzas del mercado.¹⁴ Esto queda ilustrado, por ejemplo, por el fallo en el asunto *Grant v South-West Trains*,¹⁵ relacionado con la negativa de un empresario a conceder concesiones de viaje a la pareja femenina de una trabajadora lesbiana, cuando dichas concesiones hubieran sido otorgadas a la pareja masculina de una trabajadora heterosexual. El Abogado General, siguiendo las declaraciones del Tribunal en *P v S*, instó al Tribunal a aplicar el Artículo 119 CE. El Tribunal rehusó y aplicó un enfoque de igualdad formal, declarando que en el caso de la Sra. Grant, el parágón apropiado era un hombre gay, que habría sido tratado de la misma manera, y que por lo tanto no había discriminación.

Otra posible explicación de la diferencia de enfoque entre los asuntos *Grant* y *P* es que surgieron en el contexto de diferentes disposiciones del Derecho comunitario. El Derecho comunitario sobre la igualdad de sexo en la vida laboral comprende un número de medidas separadas, cada una de las cuales contempla la igualdad de trato por razón de sexo en un contexto diferente.¹⁶ El Artículo 141 CE contempla la igualdad de salario por trabajo igual o de igual valor.¹⁷ La igualdad de trato en el contexto de empleo está contemplada en la Directiva 76/207/EEC (la “Directiva sobre Igualdad de Trato” (ETD)).¹⁸ Dicha Directiva está actualmente bajo revisión, y a la fecha de este escrito la enmienda propuesta ya había sido sometida a un comité de conciliación.¹⁹ La igualdad de trato para profesionales y autónomos está contemplada en la Directiva 86/613/EC.²⁰ Un número de otras medidas pertinentes del Derecho del Trabajo comunitario también se relacionan con las medidas de igualdad de trato en campos determinados, incluyendo medidas sobre embarazo y maternidad,²¹ trabajadores atípicos,²² permiso parental.²³ Finalmente, quedan por elaborar las implicaciones para el Derecho comunitario sobre igualdad de sexo del “Artículo 13 Directivas”, sobre igualdad de raza,²⁴ e igualdad de empleo por las otras razones relacionadas en el Artículo 13 CE²⁵.

Para nuestros fines, lo más interesante acerca de la “construcción” del Derecho comunitario sobre igualdad de sexo es que parece que diferentes normas de justificación se aplican en circunstancias diferentes.²⁶ Si la no discriminación se tratara simplemente como un “derecho fundamental” en el Derecho comunitario, cabría esperar que las normas de justificación permanecieran constantes, independientemente de la causa de justificación. De la jurisprudencia del Tribunal parece que esto no es así, y que las normas de justificación varían según el contexto de su aplicación. Este punto se elaborará más adelante. Parece que hay un número de diferentes “normas de justificación” en el Derecho comunitario,

variando desde versiones más rígidas a versiones más laxas de la prueba de proporcionalidad.

Queda otro punto final que hacer con respecto al término “justificación” en esta introducción. En Derecho comunitario, la “discriminación indirecta”,²⁷ puede estar justificada por razones legítimas y proporcionadas de política presentadas por el empresario, o, en el caso de legislación nacional, por el Gobierno del Estado miembro correspondiente. Esta es una “clase abierta” de posibles justificaciones. Por otra parte, la opinión ortodoxa en el Derecho comunitario es que la “discriminación directa”²⁸ sólo puede estar “justificada” por una derogación legislativa expresa: una clase cerrada.²⁹ Algunos opinan que dichas derogaciones expresas, en lugar de *justificar* la discriminación, lo que hacen es sacar totalmente la actividad fuera de la categoría de “discriminación”. En mi opinión, la valoración de “justificaciones de discriminación por razón de sexo en la vida laboral” debería incluir la valoración de todas las excepciones al principio de no discriminación en dicho contexto.³⁰ Esto permite una comparación general de las normas de justificación. En teoría, no importa el enfoque que se adopte: la desigualdad de trato es legítima ya se interprete la excepción como algo que hace que el acto no sea discriminatorio o que justifica la discriminación.³¹

B Discriminación Directa por Razones de Sexo

Norma de justificación

La norma de justificación de la discriminación directa por razones de sexo proviene de la aplicación del Tribunal de la disposición sobre exclusión en la Directiva 76/207/EEC (DIT), Artículo 2 (2). Debe tenerse en cuenta que esta derogación y las otras en los Artículos 2 (3) y (4) sólo se aplican dentro del ámbito de la directiva ETD, es decir a la igualdad de trato en acceso a empleo, formación y condiciones de trabajo. No se aplican a la igualdad de salario (contemplada por el Artículo 141 CE) ni, como se alega, se aplican al acoso sexual.

El Artículo 2 (2) de la directiva ETD prevé que

“Esta Directiva se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a excluir de su campo de aplicación aquellas actividades profesionales y, cuando fuese apropiado, la formación conducente a ellas, para las cuales, debido a su naturaleza o al contexto en que se llevan a cabo, el sexo del trabajador constituya un factor determinante”.

La excepción es estrecha, y está sujeta a una versión relativamente rígida del principio de proporcionalidad.³² Un Estado miembro que desee utilizarla debe demostrar que, para la ocupación en cuestión, el sexo es un “factor determinante”; es decir, una política no discriminatoria en la ocupación en cuestión haría muy difícil o imposible llevar a cabo las actividades requeridas por dicha ocupación. Sin embargo, el sexo puede ser un factor determinante no sólo por motivo de la *índole* del trabajo, sino también por el *contexto* en el que se lleva a cabo, permitiendo más libertad en la interpretación y aplicación de la excepción.

La aplicación del Artículo 2 (2) ETD es ilustrada por el enfoque del Tribunal de la discriminación contra las mujeres empleadas en las fuerzas armadas y de policía nacionales.³³ En primer lugar, es importante observar que el Tribunal no halló *exclusión general* para las fuerzas de policía o armadas desde el ámbito de

aplicación del Derecho comunitario sobre igualdad de trato. Al interpretar el Artículo 2 (2) ETD, el Tribunal destacó que, como excepción, debe interpretarse restringidamente y limitado a circunstancias excepcionales *específicas*.

El Artículo 2(2) ETD debe leerse junto con el Artículo 9 (2) ETD que impone un requisito de transparencia sobre los Estados miembros que invoquen la excepción en el Artículo 2 (2). Los Estados miembros deben notificar a la Comisión si, “dentro del marco de los desarrollos sociales, hay justificación para mantener las exclusiones en cuestión”. El Tribunal ha adoptado una interpretación estricta de este requisito de transparencia, sosteniendo que una declaración general por parte de un Estado miembro en el sentido de que una derogación sería deseable es insuficiente para satisfacer sus términos.³⁴

La nueva directiva ETD propuesta modificará el Artículo 2 (2) para disponer que,

‘Los Estados miembros pueden prever, por lo que respecta a acceso a empleo ..., que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, por razón de la naturaleza de las actividades particulares en cuestión o del contexto en el que se llevan a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional auténtico y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.’³⁵

La cláusula final de esta disposición fue agregada a la propuesta de la Comisión³⁶ por el Parlamento Europeo.³⁷ Parece que el Parlamento Europeo está interesado en destacar y reforzar el carácter fundamental del principio de igualdad entre mujeres y hombres. El nuevo texto sugiere una versión más rígida de proporcionalidad, que estaría conforme con esta meta.³⁸

Razones de fondo

Habiendo considerado la norma de justificación de la discriminación directa por razón de sexo requerida por el Derecho comunitario, pasemos ahora a estudiar razones específicas de fondo de la justificación.

1. *Autenticidad artística y necesidad cultural*

Parece claro que el Artículo 2(2) ETD contemplaría ciertas actividades laborales en las artes, por ejemplo en interpretaciones dramáticas, o trabajos de modelo para pintores o escultores, cuando el papel a desempeñar no podría ser realizado fielmente si fuese ejecutado por una persona del otro sexo. La propia naturaleza de la actividad profesional en concreto justifica la discriminación, si las cualidades intrínsecas de las obras de arte van a ser valoradas y preservadas. Esta causa de justificación no parece polémica: ¿quién desearía sancionar a un Otelo femenino³⁹ o una Eva masculina en una escultura o pintura?

La necesidad cultural podría justificar también el empleo de una persona de sexo determinado, en particular el empleo de un hombre para trabajar en un país donde sería difícil para una mujer, por motivos religiosos y/o culturales, llevar a cabo el trabajo, porque las mujeres están excluidas de la esfera pública, o de la actividad comercial en dicha comunidad. Una vez más, esta justificación entraría claramente dentro del ámbito del Artículo 2(2) ETD, por referencia al contexto en el que el trabajo se lleva a cabo.

2. *Decoro y privacidad*

Los intereses y reclamaciones de individuos distintos del empleado que ha sido discriminado podrían constituir justificación de discriminación directa por razón de sexo en el Derecho comunitario. Por ejemplo, es justificable que los individuos que desempeñan el cargo de funcionario de aduanas o de prisiones, cuando los deberes del puesto incluyan llevar a cabo el registro íntimo del público o de presidiarios, sean del mismo sexo que las personas con las que están en contacto físico directo. Parece que la cuestión de privacidad podría haber entrado en juego en el fallo del Tribunal en el asunto *Sirdar*, citado a continuación, con respecto a la naturaleza del trabajo llevado a cabo por los Royal Marines británicos, una fuerza especial de primera línea, que opera en condiciones difíciles e insalubres.

El Tribunal rechazó una exclusión estatutaria general del principio de no discriminación por razones de privacidad en el asunto *Comisión v RU*.⁴⁰ En este caso, el Tribunal falló que, aunque ciertas clases de empleo en domicilios particulares podrían estar justificadamente restringidas a miembros de un sexo, esto no era así con respecto a todas las clases de empleo excluidas de la aplicación de la Ley sobre Discriminación Sexual de 1975 del Reino Unido. En efecto, el Tribunal declaró que la exclusión era desproporcionada.

La aplicación del Tribunal del principio de proporcionalidad a la justificación por decoro o privacidad no ha sido siempre enérgica. El Tribunal aceptó la razón de privacidad como justificación para la segregación de sexos en varios puestos dentro del régimen penitenciario francés.⁴¹ Uno de estos puestos era el de director de una cárcel para presos de un solo sexo. Al decidir que la discriminación directa estaba justificada, el Tribunal examinó el puesto de celador, a partir del cual los individuos son ascendidos a director. El Tribunal dictó que la naturaleza específica y el contexto del puesto de celador justifican la reserva de puestos en prisiones masculinas para hombres y en prisiones femeninas para mujeres, a fin de proteger los intereses de decoro y privacidad de los presos con quienes el celador ha de trabajar. Aunque las actividades de los *directores* no son necesariamente de tal naturaleza para que el sexo sea un factor determinante en su nombramiento, las razones de nombrar directores a partir del colectivo de celadores, en particular que los directores tengan experiencia del puesto de celador, justificaron la política.

A primera vista, esta decisión parecería acertada. Es claramente aceptable estipular que los directores deben tener la experiencia de ser celadores, y que la naturaleza específica del puesto de celador y los deberes llevados a cabo en dicho puesto justifican la restricción de celadores a personas del mismo sexo que los presos. Sin embargo, el Tribunal no ha tenido en cuenta la situación cuando una celadora, habiendo ganado experiencia en una cárcel de mujeres, desea solicitar *promoción* a un puesto para el cual pertenecer a un sexo determinado no constituye un factor determinante, esto es el puesto de director, en una cárcel de hombres. En esta situación, la exclusión de mujeres no debería estar justificada.

3. *Seguridad*

a. *La seguridad del público*

Una justificación de seguridad pública fue presentada con éxito en el asunto *Johnson v RUC*.⁴² El Tribunal tuvo que decidir si la política del Royal Ulster Constabulary (a la sazón) de que las mujeres miembros del RUC no estuvieran armadas, estaba conforme con la directiva ETD. El efecto de esta política fue que la

Sra. Johnson perdió su empleo, cuando un hombre en su misma situación no lo habría perdido. El Tribunal dictó que,

“no se puede excluir la posibilidad en una situación caracterizada por graves disturbios internos de que el hecho de llevar armas de fuego las mujeres policías podría crear riesgos adicionales de ser asesinadas y por consiguiente, ser contrario a los requisitos de la seguridad pública. En dichas circunstancias, el contexto de ciertas actividades policiales podría ser tal que el sexo de los infractores constituya un factor determinante para llevarlas a cabo. Si esto es así, un Estado miembro podría por lo tanto restringir dichas tareas ... a los hombres.”⁴³

El fallo en el asunto *Johnson* podría considerarse problemático. El Tribunal aceptó, sin explicación, la aseveración de que las agentes de policía del RUC tenían más probabilidades de ser asesinadas. Pero no hay razón biológica que impida a las mujeres utilizar las armas con igual eficacia que los hombres. Con la capacitación apropiada, no parece haber motivo por el cual las mujeres serían más vulnerables que los hombres cuando se enfrentan a una situación de disturbio interno. ¿Constituirían las percepciones públicas de las mujeres como “el sexo débil” un riesgo *significativamente* mayor para las mujeres, a fin de satisfacer la versión rígida de la prueba de proporcionalidad requerida para justificar la discriminación directa en el trabajo?

Los fallos más recientes de los asuntos *Sirdar* y *Kreil* están conformes con el fallo del asunto *Johnson*. En el caso de *Kreil*, el Tribunal consideró la política del ejército alemán de que las mujeres no podían ocupar ningún puesto que implique el uso de armas. La Sra. Kreil, titulada en electrónica, solicitó un puesto de trabajo en el servicio voluntario del ejército, solicitando tareas de mantenimiento electrónico de armas. La rechazaron, y recusó este rechazo por ser contrario al Derecho comunitario. El Tribunal dictó que una norma general no podía estar justificada ni por la naturaleza específica de los puestos en cuestión, ni por el contexto particular en el que las actividades en cuestión se llevan a cabo. Además, cuando las mujeres se enlistaban en el ejército alemán, recibían entrenamiento básico en el uso de armas. Por lo tanto, la exclusión de las mujeres de todos los puestos que impliquen el uso de armas era desproporcionada. Por contraste, en el asunto *Sirdar*, el Tribunal falló que podía satisfacerse el principio de proporcionalidad. Los Royal Marines británicos excluyen a las mujeres del servicio basándose en que cada Marine, independientemente de su especialización, debe estar capacitado para combatir en una unidad de comandos: el requisito de “interoperabilidad”. La Sra. Sirdar, cocinera militar en situación de despido por regulación de empleo, recibió una oferta de transferencia a los Royal Marines. Sin embargo, la oferta se había hecho sobre el supuesto equivocado de que la Sra. Sirdar era un hombre, habiéndose retirado subsiguientemente la oferta. La Sra. Sirdar recusó la decisión como contraria al Derecho comunitario. El Tribunal dictó que, considerando la función de los comandos en primera línea, la exclusión de las mujeres podía estar justificada. El Tribunal explicó así su decisión:

“la organización de los Royal Marines difiere fundamentalmente de la de otras unidades de las fuerzas armadas británicas, de las cuales son la “punta de la flecha”. Se trata de una fuerza reducida y concebida para ser la primera línea de ataque. Se ha establecido que, dentro de este cuerpo, a los cocineros también se les exige efectivamente servir como comandos de primera línea, que todos los miembros del cuerpo están

comprometidos y entrenados para dicho fin, y que no hay excepciones a esta regla en el momento del reclutamiento”.

Una interpretación de esta jurisprudencia es que el servicio en los Royal Marines podría ser un “ caso especial”, en comparación con el servicio en el ejército en general, lo mismo que el servicio en el RUC era un caso especial, en comparación con el servicio en la policía en general. Si esto es correcto, las objeciones planteadas más arriba con respecto al asunto *Johnson* se aplican igualmente al asunto *Sirdar*.⁴⁴ Sin embargo, podría haber algo acerca del *contexto* en el que el trabajo de los Royal Marines se lleva a cabo (las condiciones de combate de primera línea – una fuerza reducida, operando en condiciones difíciles e insalubres) que efectivamente justifique la excepción no desde el punto de vista de la seguridad pública, sino de la privacidad personal. En este caso, *Sirdar* es una aplicación apropiada de la excepción en el Artículo 2(2) de la directiva ETD.

Por contraste, en el asunto *Comisión v Francia (Discriminación por razón de sexo en la Administración pública)*, el Tribunal no estuvo satisfecho de que se hubiese respetado el principio de proporcionalidad en el caso de un sistema de cuotas para el reclutamiento de hombres y mujeres en la policía francesa. El Tribunal dictó que los cupos para los distintos grados de oficiales no estaban suficientemente relacionados con las actividades específicas de los trabajos en cuestión, conforme al texto del Artículo 2(2) ETD. Una justificación relacionada con la “seguridad pública” en general no se puede aplicar a todos los puestos en las fuerzas de policía de un Estado miembro.⁴⁵

b. Seguridad de las mujeres

En el pasado, en un número de Estados miembros, el motivo de la seguridad de las mujeres se ha utilizado para justificar la discriminación directa en su contra, en particular en la exclusión de las mujeres de trabajos considerados demasiado peligrosos, o de otro modo no apropiados para las mujeres, por ejemplo, explotación de minas subterráneas de carbón o trabajos de noche. Estas medidas se reflejan en un número de obligaciones del derecho internacional del trabajo.⁴⁶ Algunas de estas medidas continúan hoy día en vigor. Sin embargo, la tendencia general en la UE parece ser suprimir progresivamente dicha legislación protectora, dejando solamente las medidas necesarias para proteger a las mujeres con respecto a su capacidad reproductiva.⁴⁷ Al tratar la compatibilidad de dichas medidas con las obligaciones nacionales en el Derecho comunitario, el Tribunal ha tenido que considerar la relación entre Derecho comunitario, Derecho internacional y derechos fundamentales.⁴⁸

4. Embarazo y maternidad/paternidad

El Artículo 2 (3) ETD prevé que “esta Directiva se aplicará sin perjuicio de las disposiciones referentes a la protección de las mujeres, particularmente con respecto a embarazo y maternidad”. Al igual que con el Artículo 2 (2) ETD, el Tribunal ha considerado esta disposición como una causa limitada para el trato diferente de las mujeres, declarando, por ejemplo, que su intención es solamente eximir medidas relacionadas con la protección de la condición biológica de las mujeres, y no se puede emplear para favorecer a los hombres, incluso cuando lleven a cabo funciones “femeninas” de cuidado de los hijos.⁴⁹ Los detalles de la aplicación de esta disposición, una aplicación del principio general de subsidiariedad,⁵⁰ y, más recientemente, su relación con las disposiciones de la

directiva sobre embarazo y maternidad (PMD),⁵¹ plantean problemas difíciles para el Derecho comunitario.

La directiva PMD prevé un número de protecciones especiales para las trabajadoras gestantes⁵² y aquéllas que acaban de dar a luz, y así, estrictamente hablando, elabora un número de políticas de empleo justificables que son discriminatorias contra los hombres. La directiva PMD exige que los empresarios valoren el riesgo para las trabajadoras gestantes o lactantes de la exposición a sustancias, procesos o condiciones de trabajo peligrosos, y si fuese necesario, hagan los arreglos apropiados, incluyendo el traslado de la mujer a otro trabajo.⁵³ Los derechos laborales deben ser asegurados para las mujeres en estas circunstancias.⁵⁴ Las trabajadoras tienen derecho al menos a 14 semanas de permiso por maternidad antes y/o después del parto.⁵⁵ Durante este tiempo, tienen derecho a la protección de sus condiciones de empleo, y derecho a paga y/o “subsidio adecuado”, no inferior a la indemnización por baja laboral.⁵⁶ No pueden ser despedidas en ningún momento durante el periodo desde el comienzo de su embarazo hasta el final de su permiso por maternidad.⁵⁷ Así, se deduce claramente del Artículo 2(3) ETD y la directiva PMD que el embarazo y la maternidad son causas aceptadas de justificación de medidas discriminatorias a favor de las mujeres. Sin embargo, las medidas *perjudiciales* para las mujeres no pueden estar justificadas por razón de embarazo *per se*.⁵⁸ Esta es una consecuencia directa de la opinión firme del Tribunal de que, en el Derecho comunitario, la discriminación por causa de embarazo es una discriminación *directa* por razones de sexo.⁵⁹

a. *protección de la trabajadora o feto*

Según se observa más arriba, la directiva PMD exige un trato diferente de las mujeres gestantes o lactantes en circunstancias cuando el lugar de trabajo constituya un peligro específico para la mujer, el recién nacido o el feto. Dicha “discriminación” está por consiguiente “justificada” (o de hecho mandada⁶⁰) en el Derecho comunitario. No obstante, sólo el trato diferente *beneficioso* de una mujer embarazada puede estar justificado en estas circunstancias. En el Asunto *Mahlburg*⁶¹ el Tribunal dictó que la negativa a emplear a una mujer embarazada bajo contrato permanente cuando el trabajo implicaba exposición a sustancias peligrosas era contraria al Artículo 2 (1) ETD.

b. *capacidad para desempeñar el trabajo*

Una mujer embarazada que sea físicamente incapaz de ejecutar su trabajo, debido al cambio físico experimentado durante el embarazo (digamos, una azafata que no puede continuar trabajando en el espacio restringido de una cabina de avión) está protegida contra despido⁶² y trato perjudicial en virtud de los términos de la directiva PMD.

La capacidad para desempeñar el trabajo no en el sentido de la capacidad física, sino de la disponibilidad de trabajo, plantea problemas más difíciles. ¿Es justificable para un empresario argumentar que el hecho de que la trabajadora embarazada no esté disponible para trabajar durante su permiso por maternidad justifica su despido? El Tribunal rechazó firmemente esta justificación con respecto a una trabajadora permanente en el asunto *Webb*,⁶³ declarando que, “el despido de una trabajadora embarazada contratada por un periodo indefinido no puede justificarse por razones relacionadas con su incapacidad para cumplir una condición fundamental de su contrato de empleo”.

Sin embargo, parecería del fallo en *Webb*, por implicación, que el despido de una mujer empleada bajo contrato a *plazo fijo* podría estar justificado si por causa de embarazo la mujer no puede estar presente por el periodo de tiempo necesario.⁶⁴ Este fue el argumento presentado por el empresario en el asunto *Tele-Danmark*,⁶⁵ en el que una mujer fue contratada por seis meses, no informó al empresario del embarazo en el momento de la entrevista, y fue despedida al poco tiempo de hacerlo, basándose en que no podría trabajar durante una parte significativa de su periodo de empleo. El empresario argumentó que el Artículo 10 de la directiva PMD no era aplicable en estas circunstancias. El Tribunal rechazó enérgicamente este argumento, declarando que los principios desarrollados en casos precedentes con respecto al despido de trabajadoras por causa de embarazo se aplican igualmente a los contratos a plazo fijo.⁶⁶ En el asunto *Melgar*,⁶⁷ el Tribunal llegó al mismo resultado con un enfoque diferente, en el contexto de un contrato a plazo fijo⁶⁸ que había terminado, y no fue renovado, supuestamente por razón del embarazo de la trabajadora. El Tribunal señaló que la no renovación del contrato no constituía despido, pero que, como la negativa a emplear a una mujer bajo contrato permanente por causa de embarazo constituye discriminación directa injustificable,⁶⁹ la no renovación de un contrato a plazo fijo, cuando es motivada por el estado de embarazo de la trabajadora, podría constituir discriminación directa por razones de sexo.⁷⁰ Lo que no ha considerado todavía el Tribunal, y no fue discutido en la decisión *Mahlburg*,⁷¹ es si una negativa a emplear a una mujer embarazada bajo contrato a plazo fijo, cuando el contrato no puede ser cumplido por una mujer embarazada, debido a que el lugar de trabajo constituye un peligro específico para la mujer y/o el feto, está justificada. Una opinión es que se puede deducir del silencio del Tribunal sobre este tema que el Tribunal ha introducido una posible justificación de discriminación directa por razones de seguridad e higiene.⁷² Sin embargo, el contrato en tela de juicio en el asunto *Mahlburg* era un contrato permanente, y por consiguiente no requería el fallo del Tribunal acerca de la cuestión de la negativa a emplear a una mujer embarazada bajo contrato a plazo fijo en esas circunstancias.

Otros problemas surgen cuando la supuesta justificación es la incapacidad de trabajar por enfermedades relacionadas con el embarazo. El Tribunal ha tratado esta cuestión en un número de ocasiones, esforzándose por hallar un equilibrio entre la carga financiera de los empresarios (y por lo tanto del mercado laboral) resultante de la incapacidad a largo plazo relacionada con el embarazo de las trabajadoras, y el principio de igualdad de trato. En el asunto *Hertz*,⁷³ el Tribunal confirmó que el despido de una trabajadora constituye discriminación directa por razones de sexo. Sin embargo, el Tribunal no siguió la lógica de *Dekker*,⁷⁴ declarando en su lugar que el despido de una trabajadora por absentismo repetido debido a una enfermedad que aparezca después del periodo de permiso por maternidad establecido por la ley nacional, incluso si esta enfermedad es atribuible al embarazo, no es discriminatorio.⁷⁵ Después de finalizar el permiso por maternidad, el despido debido a absentismo por enfermedad relacionada con el embarazo no se distingue del despido debido a absentismo resultante de otras enfermedades, y por tanto el absentismo, no el embarazo o la enfermedad relacionada con el embarazo, justifica el despido. Por otra parte, el Tribunal falló en el asunto *Larsson*⁷⁶ que nada en el Derecho comunitario aplicable impedía al empresario tener en cuenta las ausencias de la Sra. Larsson desde el principio de su

embarazo, hasta el comienzo de su permiso por maternidad, con el objeto de calcular las ausencias que proporcionaban razones para su despido. Este fallo fue muy criticado, y el Tribunal reexaminó su posición en el asunto *Brown v Rentokil*.⁷⁷

En *Brown v Rentokil*, el Tribunal declaró (que),

“contrario al fallo del Tribunal en el Asunto C-400/95 *Larsson*, cuando una mujer se ausenta debido a enfermedad resultante del embarazo o nacimiento, y dicha enfermedad surgió durante el embarazo y persistió durante y después del permiso por maternidad, su ausencia no sólo durante el permiso por maternidad, sino también durante el periodo que abarca desde el principio de su embarazo hasta el comienzo de su permiso por maternidad *no puede tomarse en cuenta para calcular el periodo que justifica su despido en virtud de la ley nacional*”.⁷⁸

La enfermedad de la Sra. Brown estaba relacionada claramente con su embarazo. Por lo tanto, durante el periodo protegido su situación no podía compararse con la de una compañera ausente del trabajo por razones no relacionadas con un embarazo.⁷⁹ Se deduce que el absentismo del trabajo durante el “periodo protegido” establecido por la directiva PMD, (que va desde el principio del embarazo hasta el final del permiso por maternidad) no puede justificar el despido, o supuestamente cualquier otro trato perjudicial de una trabajadora en función de su estado o derechos. Sin embargo, fuera de dicho periodo, el derecho comunitario sobre igualdad de sexo no impide dicha justificación, y las leyes laborales nacionales sobre despido improcedente en casos de enfermedad se aplicarán.

Los fallos en los asuntos *Larsson* y *Brown v Rentokil* podrían criticarse desde el punto de vista de la promoción de “igualdad de oportunidades”, basándose en que sólo las mujeres pueden sufrir enfermedades relacionadas con el embarazo, independientemente de que la enfermedad se presente o no dentro del periodo protegido. El establecimiento de dicho periodo protegido ofrece protección a las mujeres con embarazos “normales”, pero deniega la protección de empleo a las mujeres cuyos embarazos son problemáticos, posiblemente las mujeres que más necesitan la protección. No está claro por qué, si la *causa* de la enfermedad es el embarazo, una enfermedad debería tratarse de forma diferente según ésta se presente dentro o fuera del periodo de permiso por maternidad. Efectivamente, en el contexto de una reclamación de igualdad de salario en el asunto *Høj Pedersen*,⁸⁰ el Tribunal falló que, cuando, en virtud de la legislación nacional, en principio todos los trabajadores tienen derecho a continuar recibiendo el salario íntegro en caso de incapacidad para trabajar, privar a una mujer del salario íntegro en caso de incapacidad para trabajar que ocurra antes del permiso por maternidad, cuando la incapacidad sea “el resultado de una condición patológica conectada con el embarazo, se debe considerar como trato basado esencialmente en el embarazo y por lo tanto discriminatorio”.⁸¹

Sin embargo, desde el punto de vista de los empresarios, la combinación de *Brown*, *Larsson* y la directiva PMD deja expuesto claramente cuando, de acuerdo con la disposición en el Artículo 2 (3) ETD, un empresario puede basarse en el reglamento de empleo nacional y justificar el despido de una trabajadora cuyos periodos prolongados de absentismo resulten de enfermedad relacionada con el embarazo. El fallo en *Brown* demuestra que el Tribunal ha aplicado el principio de justificación de la discriminación por motivos de sexo de forma que no infrinja la disposición hecha por la legislatura en la directiva PMD.

La decisión del Tribunal en el asunto *Grüber*⁸² afectó aún menos el *statu quo* con respecto a la relación de las mujeres entre el mercado laboral y las responsabilidades familiares. La Sra. Grüber tuvo que rescindir su contrato de empleo, ya que no pudo encontrar una guardería adecuada. Los empleados que habían trabajado durante tres años tenían derecho a un pago por rescisión si el contrato terminaba por “razones importantes”. Estas razones no incluían explícitamente el cuidado de los hijos, pero los que habían trabajado durante cinco años tenían derecho a la mitad del pago por rescisión si habían dejado de trabajar al nacer un hijo. En lugar de comparar a las personas que dimitían para cuidar de sus hijos con las que dimitían por “razones importantes”, el Tribunal falló que los grupos de comparación apropiados eran las personas que dimitían para cuidar de sus hijos y las que dimitían sin “razón importante”. Así, el Tribunal no halló discriminación indirecta, y no hubo necesidad de considerar la cuestión de justificación.⁸³

c. *coste para el empresario*

El Tribunal falló, en términos sumamente generales, en el asunto *Dekker*, que “una negativa de empleo a causa de las consecuencias financieras del absentismo debido a embarazo se debe considerar, esencialmente, que se ha basado en el hecho del embarazo. Dicha discriminación no puede justificarse por motivos relacionados con la pérdida financiera que supondría para un empresario contratar a una mujer embarazada ...”.⁸⁴

Este principio se confirmó en el asunto *Webb*, en el que el Tribunal falló que la protección brindada bajo el Derecho comunitario a una mujer durante el embarazo y el permiso por maternidad no puede depender de que su presencia en el trabajo durante el periodo de permiso por maternidad sea esencial para la buena marcha del negocio del empresario.⁸⁵ Más recientemente, en el asunto *Mahlburg*,⁸⁶ el Tribunal ha aplicado el principio en el caso de que la trabajadora embarazada no pueda realizar el trabajo en concreto durante todo el embarazo. La pérdida financiera para un empresario en dichas circunstancias no puede justificar la negativa a nombrar, al menos para un puesto permanente.⁸⁷

Sin embargo, una vez que pasamos de la negativa de empleo a los términos y condiciones de empleo de las trabajadoras embarazadas o con permiso por maternidad, la cuestión está menos definida. La directiva PMD implica que la carga financiera del embarazo no necesita ser soportada enteramente por los empresarios, sino también por el estado, en el mantenimiento de un subsidio adecuado durante el permiso por maternidad, y, cuando, como ocurre en muchos casos, dicho subsidio es menor que el salario, por la misma mujer. Esta justificación de la diferencia de reembolso entre las trabajadoras con permiso por maternidad y otros empleados ha sido confirmada por el Tribunal en un número de casos que implican las interacciones entre el Artículo 141 EC, la directiva ETD y la directiva PMD.

En el caso bastante insólito de *Thibault*, el Tribunal consideró la negativa a conceder a una mujer una evaluación del rendimiento, a causa de que había estado ausente del trabajo más de seis meses del año pertinente, cuando el absentismo se debía principalmente a permiso por maternidad. La evaluación del rendimiento conducía normalmente a una “promoción”, en el sentido de un aumento de sueldo, pero el Tribunal aplicó al caso la directiva ETD, en lugar del Artículo 141 CE. El Tribunal declaró que negar a Thibault una evaluación del rendimiento

constituía discriminación directa, ya que si ella no hubiese estado con permiso por maternidad, habría sido elegible para el aumento. El razonamiento parece implicar que una mujer con permiso por maternidad se debe comparar con sus compañeras que continúan en empleo. Sin embargo, el Tribunal no reconoció expresamente este hecho, ni distinguió este caso de otros, en los que el Tribunal ha fallado sistemáticamente que una mujer con permiso por maternidad se encuentra en una situación especial, no comparable con ninguna otra.⁸⁸

En el asunto *Lewen*, el Tribunal dictó que la negativa a pagar una paga de Navidad, a causa de la ausencia por permiso de maternidad durante el año correspondiente a la paga, fue ilegítima. Este fallo se fundó en que la paga era “salario” en el sentido del Artículo 141 CE, no el “pago” del Artículo 11 de la directiva PMD, ya que no se proponía asegurar un nivel mínimo de ingresos durante el periodo de permiso. Por lo tanto parece ser que, con respecto a salario conectado con el contrato de empleo, la discriminación por motivos de embarazo no es justificable.⁸⁹

No obstante, por lo general, según el Tribunal ha fallado en los asuntos *Gillespie*⁹⁰ y *Boyle*⁹¹, diferentes niveles de remuneración para mujeres que están con permiso por maternidad en comparación con aquéllas que continúan trabajando, y las que están de baja por enfermedad, son justificables en el Derecho comunitario. El Tribunal llegó a esta conclusión declarando que una mujer que está con permiso por maternidad no es comparable a un hombre o una mujer que están realmente trabajando, o con otros tipos de permisos, tales como baja por enfermedad. Así, el Tribunal no lo enfoca como una cuestión de justificación, sino como una cuestión de falta de discriminación, ya que no hay un paragón apropiado. Sin embargo, parece probable que este razonamiento se base en la opinión de que, en el convenio previsto en el Derecho comunitario para compartir los costes del permiso por maternidad, la disposición del Artículo 11 de la directiva PMD traza una línea en la arena, previniendo que el uso del principio de no discriminación comprometa dicho convenio.⁹²

Sin embargo, el Artículo 11 de la directiva PMD se aplica solamente a los pagos efectuados *durante el permiso por maternidad*. En el asunto *Høj Pedersen*,⁹³ los demandados argumentaron que el Artículo 11 de la directiva PMD permite a la legislación nacional establecer un tope para los subsidios que las mujeres pueden reclamar en caso de *embarazo*. Además, sostuvieron que toda discriminación que pudiera existir en dicha legislación nacional estaría justificada por el hecho de que refleja un compartimiento de los riesgos y gastos económicos conectados con el embarazo entre la trabajadora embarazada, el empresario y la sociedad en conjunto.⁹⁴ El Tribunal rechazó este argumento, declarando que el tope sólo se aplica al salario o beneficios recibidos durante el permiso por maternidad.⁹⁵ En todo caso, el Tribunal añadió (que)

“La discriminación ... [la privación de una mujer de su salario íntegro por razones de incapacidad laboral relacionada con el embarazo, cuando otras incapacidades no son tratadas de este modo] no puede estar justificada por el objetivo de compartir los riesgos y gastos económicos conectados con el embarazo entre la trabajadora embarazada, el empresario y la sociedad en conjunto. Dicha meta no se puede considerar un factor objetivo no relacionado con cualquier discriminación por razón de sexo dentro del significado de la jurisprudencia del Tribunal.”⁹⁶

Así, al interpretar la justificación del coste al empresario respecto al trato discriminatorio resultante del embarazo y la maternidad, el Tribunal ha respetado los criterios de la legislatura, y ha marcado una distinción entre embarazo y maternidad.⁹⁷

d. moralidad/libertad de religión

En ciertas circunstancias, el embarazo de una trabajadora plantea problemas morales o religiosos para el empresario. Este es el caso, por ejemplo, cuando una maestra soltera en una escuela religiosa queda embarazada. No es el embarazo *per se* lo que se considera reprehensible desde el punto de vista moral o inconsistente con las creencias religiosas del empresario, sino más bien el embarazo como signo externo de actividad sexual extramarital. ¿Sería el despido de dicha empleada lícito en el Derecho comunitario? El Tribunal no ha tenido todavía que considerar este problema. Aplicando la lógica de *Dekker*, parecería que, como el embarazo, un signo visible de actividad sexual, sólo puede ocurrir a una mujer, el despido de una mujer en dichas circunstancias constituiría discriminación directa por razones de sexo. Sería difícil para un empresario demostrar satisfactoriamente que habría tratado igual a un hombre en una relación sexual extramarital.

Sin embargo, si el Tribunal tuviera que enfrentarse con un caso así, podría remitirse, además de a la legislación sobre igualdad de sexo, al “Artículo 13” de la Directiva 2000/78/EC.⁹⁸ Este artículo contempla la no discriminación por razones de religión o credo, discapacidad, edad, y orientación sexual en la esfera del empleo. El Artículo 4 prevé una exención basada en “requisitos profesionales legítimos y determinantes”. El Artículo 4(2) elabora esta noción en el contexto de la discriminación por motivos de religión. En el empleo dentro de “iglesias u otras organizaciones públicas o privadas cuyos valores éticos se basan en religión o credo”, la diferencia de trato basada en la religión de la persona es lícita, cuando la naturaleza del trabajo o el contexto en el que se lleva a cabo lo justifica. Al evaluar si se trata de un requisito profesional legítimo, hay que considerar la ética de la institución. El empleo de la palabra “ética” aquí es significativo, y parece implicar algo más que los puros principios de fe implicados en la religión, en el sentido de creencia interior, tal vez extendiéndose a manifestaciones externas consecuentes con la fe. Por lo tanto, la ética religiosa podría requerir la conformidad de un trabajador con respecto a cuestiones de estilo de vida, en particular de moralidad sexual. Efectivamente, el Artículo 4 establece que la disposición “no debería justificar la discriminación por otro motivo”, lo cual supuestamente incluiría el motivo de sexo. Sin embargo, continúa diciendo que “la Directiva no perjudicará el derecho de las iglesias ... a exigir de los individuos que trabajan para ellas obrar de buena fe y con lealtad hacia la ética de la institución”. ¿Podría entonces el Tribunal considerar que un embarazo extramarital no es consecuente con la ética de un empresario, dictar que existe discriminación directa por razón de sexo, pero declararla justificada por la ética religiosa del empresario? Se suele entender que la discriminación directa por razón de sexo sólo puede estar justificada por los motivos establecidos en la directiva ETD, que no incluyen la moralidad, la ética o la libertad de religión. Sin embargo, el Tribunal nunca ha declarado explícitamente que esto es así, y en efecto al menos un Abogado General ha invitado al Tribunal a declarar justificada la discriminación directa por razón de sexo en un contexto que no entra dentro de las derogaciones explícitas de la directiva ETD.⁹⁹ La existencia

de otra medida de legislación comunitaria, la Directiva del Artículo 13, podría ser suficiente para persuadir al Tribunal de que dicha discriminación estaría justificada.

e. *responsabilidades familiares*

El Tribunal ha mantenido sistemáticamente que la diferencia beneficiosa de salario y trato de las madres con permiso por maternidad es justificable, y que los padres no pueden basarse en las disposiciones no discriminatorias del Derecho comunitario para reclamar igualdad de trato. Esto es así incluso cuando el padre está desempeñando el papel (tradicionalmente femenino) de cuidador. En el asunto *Hofmann*,¹⁰⁰ el Tribunal consideró la reclamación de un padre que deseaba tomar permiso por paternidad en las mismas condiciones que la madre hubiera tenido derecho a permiso por maternidad en virtud de la legislación nacional. El Tribunal declaró que la legislación nacional estaba dentro del ámbito de aplicación del Artículo 2 (3) de la directiva ETD, ya que su propósito era la protección de las mujeres, y su “relación especial” con sus hijos, con respecto a los efectos del embarazo y la maternidad.¹⁰¹ Sin embargo, en el asunto *Comisión v Francia*,¹⁰² el Tribunal rechazó el argumento de que los distintos privilegios especiales para las madres, tales como vacaciones extras, permiso laboral el Día de la Madre y subsidios especiales para pagar a cuidadores, eran legítimos dentro de los Artículos 2 (3) ó 2 (4) de la directiva ETD. No obstante, este caso es único en representar este argumento. En casos posteriores, como *Abdoulaye*,¹⁰³ el Tribunal ha seguido el enfoque *Hofmann*. En aquél, el Tribunal dictó que, cuando una suma global es pagadera solamente a las trabajadoras al tomar permiso por maternidad, no puede haber discriminación, ya que una trabajadora con permiso por maternidad no está en una situación comparable a otras.¹⁰⁴ En el asunto *Lommers*,¹⁰⁵ el Tribunal dictó que la restricción de plazas de guardería en el trabajo a los hijos de trabajadoras¹⁰⁶ estaba conforme con el Derecho comunitario.

La evaluación de estos casos desde el punto de vista de la igualdad de oportunidades plantea problemas especiales. Como McGlynn y otros¹⁰⁷ han demostrado convincentemente, el enfoque del Tribunal se basa en una noción desacreditada de la “vinculación afectiva” madre-bebé. Sin embargo, al mismo tiempo, los elementos del enfoque del Tribunal reflejan efectivamente la realidad social con respecto al papel de las mujeres en la familia. Para la mayoría de los niños en la UE, las madres son las cuidadoras primarias. Así, se podría considerar que el enfoque del Tribunal es consecuente con la “igualdad de oportunidades”, ya que reconoce la diferencia real entre mujeres y hombres con respecto al cuidado de los hijos.

Sin embargo, por otra parte y especialmente a largo plazo, el enfoque “protección especial de las mujeres”, cuando se aplica a la crianza de los hijos a diferencia del parto, es fundamentalmente perjudicial para las mujeres. Sólo las mujeres pueden dar a luz: por lo tanto, es justificable en nombre de la igualdad de oportunidades tratar a las mujeres de forma diferente por razón de su embarazo. Pero, tanto los hombres como las mujeres se convierten en padres; por consiguiente, con respecto a la crianza de los hijos, al menos con una perspectiva a largo plazo, el Derecho comunitario debería avanzar hacia el mismo trato para las madres y los padres. Esto implicaría el establecimiento de disposiciones relacionadas con el cuidado de los hijos, fuera del “periodo especial” de embarazo,¹⁰⁸ basándose en una “igualdad de condición como padres”. El

tratamiento favorable de las mujeres, en función de sus deberes parentales, no fomentará, a la larga, la igualdad de oportunidades.

Actualmente, sin embargo, ni los fallos del Tribunal ni el marco legislativo del derecho comunitario funcionan conforme a esta base. El problema con el enfoque del Tribunal es que considera “embarazo” y “maternidad” como equivalentes, o al menos fundidos el uno con el otro, mientras que sólo el embarazo es exclusivo a las mujeres: la condición de padres es compartida con los hombres. La Directiva sobre el Permiso Parental (PLD),¹⁰⁹ significativamente al dejar de otorgar el derecho a permiso parental pagado, no alcanza la protección ofrecida por la directiva PMD. Por tanto, la legislatura ha fallado en otorgar a todos los padres la protección especial necesaria para lograr auténtica “reconciliación de la vida laboral y familiar”, en nombre de la igualdad de oportunidades.

El Tribunal ha perpetuado su ideología de maternidad en la interpretación de la directiva PLD. En el asunto *Lewen*,¹¹⁰ el Tribunal consideró una reclamación de pago de la paga de Navidad presentada por una mujer con permiso por maternidad. El Tribunal declaró que la paga de Navidad no entra dentro del ámbito de aplicación de los “derechos adquiridos o en vías de ser adquiridos por el trabajador en la fecha de comienzo del permiso parental”, los cuales deben ser mantenidos tal como son hasta el final del permiso parental.¹¹¹ Esto parece sorprendente, pero se explicaría supuestamente por el argumento del empresario en el sentido de que la paga era un incentivo para el año venidero, no una recompensa por el trabajo ya realizado. Pero el Tribunal, remitiéndose a la realidad social de que “es mucho más probable que las mujeres trabajadoras ... estén con permiso parental cuando se concede la paga que los trabajadores masculinos”,¹¹² falló que había habido discriminación indirecta por razón de sexo. Por una parte, se podría considerar que este fallo reconoce el *statu quo* y protege a las mujeres dentro del mismo, favoreciendo de este modo la igualdad de oportunidades. Por otra parte, este argumento reafirma los supuestos de que el cuidado de los hijos es la responsabilidad primaria de las mujeres, y sólo las mujeres necesitan protección laboral especial a este respecto. Además, si más hombres tomaran permiso para cuidar de los hijos, el argumento de discriminación indirecta cesaría de estar disponible, dado que la disparidad estadística entre mujeres y hombres disminuiría.¹¹³ Por consiguiente, es particularmente lamentable que el Tribunal adoptara este enfoque en el contexto de la directiva PLD. Lo que es necesario es un trato especial de los *padres*, y el reconocimiento de que toda discriminación indirecta por motivos de sexo que pudiese surgir¹¹⁴ es justificable.

Las enmiendas propuestas de la directiva ETD podrían aclarar las cosas, pero en definitiva no lograrán lo que sería necesario para fomentar la igualdad de oportunidades a la larga. Lo que se propone es añadir al Artículo 2 (3) de la directiva ETD un derecho específico para que una mujer se reincorpore a su trabajo, o a un puesto equivalente, en condiciones no menos favorables para ella, tras su permiso por maternidad.¹¹⁵ Esta enmienda reflejará una disposición semejante en la directiva PLD.¹¹⁶ La directiva ETD se aplicará explícitamente sin perjuicio de las disposiciones de las directivas PLD y PMD, que otorgan a las madres con permiso por maternidad derechos laborales diferentes de los otorgados a padres/madres con permiso parental. El trato diferente de las madres con respecto a los padres en este respecto, ya garantizado por el Tribunal, estará así mucho más arraigado en la directiva ETD.

Lo más prometedor para la igualdad de oportunidades es que la nueva directiva ETD propuesta se aplicará también sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a reconocer el derecho claro de permiso por *paternidad*. Los Estados miembros que reconozcan dicho derecho deberán hacer provisiones para proteger a los padres contra el despido resultante del ejercicio de dicho derecho, y otorgarles el derecho a reincorporarse a sus trabajos o puestos equivalentes en condiciones no menos favorables para ellos. Por una parte, se podría entender que esta disposición reconoce la necesidad de otorgar derechos especiales en el derecho laboral a los padres trabajadores, a fin de promover la reconciliación de la vida laboral y familiar. Las derogaciones específicas en la directiva ETD modificada asegurarán que la aplicación del principio de no discriminación no se pueda utilizar para exigir que dichos derechos especiales se extiendan más allá de su ámbito previsto, por ejemplo para abrir el argumento de que las mujeres deberían tener derecho también a cualesquier derechos a permiso por paternidad que fueren otorgados por la legislación nacional. Dicha aplicación correría el riesgo de perder el apoyo de los empresarios, quienes podrían argumentar justificadamente que se les está exigiendo, en nombre de la igualdad, otorgar derechos más amplios que la legislatura comunitaria considera necesarios para fomentar la reconciliación de la vida laboral y familiar.

Por otra parte, al perpetuar la distinción entre permiso por maternidad y permiso por paternidad, podría considerarse que la propuesta no ha logrado avanzar hacia un enfoque de “igualdad de condición como padres”. Este cambio fundamental es el necesario para poner todo el marco jurídico del Derecho comunitario sobre la reconciliación de la vida laboral y familiar en línea con el enfoque de la igualdad de oportunidades, y reafirmar el carácter fundamental del derecho a la igualdad de oportunidades, con respecto a su relación con otros derechos laborales.

5. *Acción afirmativa*

El Artículo 2 (4) de la directiva ETD exime del ámbito de aplicación de la Directiva “medidas para promover la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, en particular suprimiendo las desigualdades existentes que afectan la oportunidad de las mujeres en empleo”. A su vez, el Artículo 141 (4) EC prevé que

“con el fin de asegurar una igualdad total en la práctica entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que prevean ventajas específicas a fin de que sea más fácil para el sexo subrepresentado seguir una actividad vocacional o prevenir o compensar las desventajas en las carreras profesionales”.

Así, el Derecho comunitario permite ciertos tipos de acción afirmativa. Las medidas de acción afirmativa obran para asegurar la igualdad substantiva, en contraposición a formal, teniendo en cuenta las diferencias históricas, sociales y estructurales entre la experiencia y oportunidades de los hombres y mujeres en el mercado laboral, en vista de las funciones sociales de las mujeres (y hombres).¹¹⁷

El Tribunal ha dictado que en principio la aplicación de una disposición de acción afirmativa constituye discriminación directa por motivos de sexo.¹¹⁸ Adoptando un enfoque de igualdad formal, el Tribunal no considera que la acción afirmativa promueva la igualdad substantiva.¹¹⁹ Más bien, la acción afirmativa es una discriminación que podría en algunas circunstancias estar justificada a fin de promover la igualdad de oportunidades. Esta construcción tiene consecuencias

para el enfoque del Tribunal de las medidas de acción afirmativa. Dado que las medidas de acción afirmativa constituyen una excepción a la regla de no discriminación, el Tribunal adopta un enfoque limitado de lo que constituye acción afirmativa permisible.

En el primer caso en el que el Tribunal tuvo la oportunidad de considerar el Artículo 2 (4) de la directiva ETD, *Kalanke*,¹²⁰ el Tribunal declaró que el Artículo 2(4) de la directiva ETD permite medidas relacionadas con la organización del trabajo, especialmente para los trabajadores con hijos, y la reconciliación de la vida laboral y familiar, pero no así reglas de cuotas rígidas que exijan el nombramiento o la promoción de mujeres a trabajos en preferencia a los hombres (con las mismas calificaciones). Dichas reglas sobrepasan los límites de la excepción en el Artículo 2 (4) de la directiva ETD.¹²¹ Esto se confirmó en el asunto *Abrahamsson*,¹²² en el que el Tribunal dictó que una regla nacional que da prioridad automática a una persona del sexo subrepresentado que posee calificaciones adecuadas, pero que son inferiores en aspectos menores a las de una persona que de otro modo habría sido nombrada, falla en satisfacer los requisitos del Artículo 2 (4) de la directiva ETD y el Artículo 141 (4) CE.¹²³

La sentencia en el asunto *Kalanke* causó bastante preocupación y puso en duda la legalidad de una variedad de formas diferentes de acción afirmativa.¹²⁴ Sin embargo, el Tribunal, tal vez en respuesta a los cambios del Tratado acordados en Amsterdam,¹²⁵ modificó su posición en el asunto *Hellmut Marschall*.¹²⁶ El Sr. Marschall no fue ascendido a un puesto docente en una escuela secundaria, y una mujer con las mismas calificaciones fue ascendida en su lugar, alegando que las mujeres estaban subrepresentadas en los puestos docentes de categoría superior. Este fallo estaba conforme con la ley aplicable del Estado, que permitía preferir a una mujer igualmente calificada para promoción, “a menos que razones específicas a un candidato [masculino] inclinen la balanza a su favor” (la “cláusula de excepción”). Distinguiendo a *Kalanke*, y rechazando la Opinión de su Abogado General, el Tribunal dictó que una regla de cuotas con una “cláusula de excepción” estaría conforme con el Artículo 2 (4) de la directiva ETD si se aplicaba para contrarrestar el perjuicio experimentado por los candidatos femeninos a causa de las tendencias discriminatorias de los empresarios. Este sería el caso,

“sí, en cada caso individual, [la cláusula de excepción] prevé para los candidatos masculinos [igualmente calificados] ... una garantía de que las candidaturas serán objeto de una evaluación objetiva que tendrá en cuenta todos los criterios específicos a los candidatos individuales y anulará la prioridad dada a los candidatos femeninos cuando uno o más de dichos criterios inclinen la balanza a favor del candidato masculino. Sin embargo, en este respecto, debería recordarse que estos criterios no deben ser tales que discriminen contra los candidatos femeninos.”¹²⁷

Por consiguiente, el fallo en el asunto *Hellmut Marschall* limita a *Kalanke* a la situación (insólita) de una regla de cuotas sin reservas. Una regla de cuotas con cláusula de excepción, siempre que se aplique objetivamente, entra dentro de los términos del Artículo 2 (4) de la directiva ETD, como excepción al principio de igualdad de trato. Además, el Tribunal ha limitado los criterios que se pueden aplicar para inclinar la balanza (de vuelta) a favor del hombre, lo cual en efecto restringe la aplicación de dichas cláusulas de excepción. Los criterios aplicados deben basarse en los individuos interesados y no deben ser discriminatorios en el

sentido general.¹²⁸ No deben basarse en generalizaciones acerca de los hombres.¹²⁹ Así, parecería que *Hellmut Marschall* abre la puerta a todos los sistemas de cuotas, salvo los más aparentemente inflexibles o mal aplicados, dando facultad a las legislaturas nacionales para que permitan medidas (flexibles) de acción afirmativa, incluyendo los sistemas de cuotas.

Esto se confirmó en el asunto *Baedeck*,¹³⁰ en el cual el Tribunal dictó que los Artículos 2 (1) y (4) de la directiva ETD no excluían normas estatales que favorezcan la participación “justa” en el trabajo asignando al menos la mitad de las plazas de formación en administración pública a las mujeres, sujeto a ciertas salvaguardias.¹³¹ El Tribunal consideró también la legalidad de las llamadas “cuotas de resultados flexibles”¹³² en el estado de Hesse. Se trata de una norma que se aplica en sectores de la administración pública en los que las mujeres están subrepresentadas. Esta norma da prioridad a los candidatos femeninos cuando los candidatos masculinos y femeninos para selección poseen las mismas calificaciones, si esto es necesario para cumplir los objetivos obligatorios en el plan de promoción de las mujeres, siempre que no haya motivos de “mayor peso legal”.¹³³ El Tribunal declaró que la regla de prioridad introducida por la ley Hesse no era “absoluta e incondicional” en el sentido *Kalanke*. Era legítima con tal que garantizara que las candidaturas fuesen objeto de una evaluación objetiva que tuviera en cuenta las situaciones personales específicas de todos los candidatos.¹³⁴ El Tribunal reconoció que las aptitudes y experiencia adquiridas en el desempeño del trabajo en el hogar habrían de tenerse en cuenta hasta donde fuesen importantes para la aptitud, el rendimiento y la capacidad de los candidatos. Por contraste, la antigüedad, edad y la fecha de la última promoción habrían de tenerse en cuenta sólo hasta donde tuviesen importancia para el trabajo. La condición familiar o los ingresos de la pareja carecían de importancia. Además, el trabajo a tiempo parcial, los permisos, y los retrasos en completar la formación a consecuencia de cuidar de los hijos u otros familiares a cargo no podrían tener un efecto negativo en el proceso de selección.¹³⁵ El Tribunal añadió (que),

“Dichos criterios, aunque formulados en términos que son neutros con respecto al sexo y por lo tanto capaces de beneficiar a los hombres también, en general favorecen a las mujeres. Son evidentemente pensados para conducir a una igualdad que sea substantiva en lugar de formal, reduciendo las desigualdades que podrían ocurrir en la práctica en la vida social.”¹³⁶

Así, el Tribunal parece¹³⁷ permitir cierta discriminación (indirecta) contra los hombres en la aplicación de los criterios de selección. Por supuesto, sólo si no se pudiese distinguir entre una candidata femenina y un candidato masculino a tenor de sus calificaciones, podría elegirse a la mujer de acuerdo con la cuota flexible.¹³⁸

Un elemento de las reglas Hesse prescribía objetivos obligatorios para las mujeres para puestos temporales en la vida académica y para ayudantes académicos cuando las solicitantes femeninas estaban igualmente calificadas que los solicitantes masculinos. Estos objetivos exigían que el porcentaje mínimo de mujeres fuese al menos igual al porcentaje de mujeres entre graduados, titulados superiores y alumnos en cada disciplina. Este planteamiento se aproxima mucho al enfoque de “igualdad de resultados”, que había ido rechazado por el Tribunal en *Kalanke* por estar fuera de las disposiciones del Artículo 2 (4) de la directiva ETD. El Tribunal en el asunto *Baedeck* declaró la regla compatible con el Derecho comunitario, destacando que el sistema no fijaba un tope absoluto, sino relativo al

número de personas que habían recibido la formación apropiada.¹³⁹ El uso de un hecho real como criterio cuantitativo para dar preferencia a las mujeres era justificable.

Un argumento que justifica la acción afirmativa en asuntos tales como *Marschall* y *Abrahamsson* es la necesidad de nombrar a mujeres para ocupar puestos de categoría superior en el sector de la educación, a fin de proporcionar modelos de conducta a las jóvenes y niñas. Por ejemplo, el Tribunal fue criticado por no tener en cuenta el nivel de subrepresentación de mujeres entre el profesorado sueco en el asunto *Abrahamsson*.¹⁴⁰ Aunque la mujer en *Marschall* tuvo éxito en su nombramiento a un cargo de profesor adjunto, esto no se reconoció como justificación aceptable en el asunto *Abrahamsson*. Parecería que el nombramiento de modelos de conducta no es un elemento clave en la justificación de acción afirmativa en el Derecho comunitario.

Lo que es decisivo acerca de los fallos en los asuntos *Marschall* y *Baedeck* es el reconocimiento por parte del Tribunal de que “el mero hecho de que un candidato masculino y un candidato femenino posean las mismas calificaciones no significa que tengan las mismas probabilidades”.¹⁴¹ Esto contrasta absolutamente con la opinión del Abogado General en *Kalanke* de que dado que los solicitantes tenían calificaciones equivalentes, deberían tener iguales oportunidades: estaban “en igualdad de condiciones en el bloque de salida”.¹⁴² El Tribunal en *Marschall* reconoció que los empresarios suelen favorecer a los candidatos masculinos para promoción por encima de los candidatos femeninos que tienen las mismas calificaciones “debido a opiniones estereotipadas de las mujeres”,¹⁴³ y así hombres y mujeres con las mismas calificaciones no tienen necesariamente las mismas probabilidades de promoción.¹⁴⁴ Como Kenner señala,

“a las políticas que buscan corregir los desequilibrios en la plantilla laboral por cuotas y objetivos y cuya meta es la igualdad de resultados se les puede conceder legitimidad. De ello resulta que una regla nacional pueda entrar dentro del ámbito de aplicación del Artículo 2 (4) si se aplica para contrarrestar dichas actitudes y conductas y por lo tanto “reducir los casos reales de igualdad *que pudieran existir en el mundo real*” (párrafo 31 énfasis añadido). En otras palabras, la discriminación social fuera del lugar de trabajo proporciona una justificación de un elemento de acción positiva en la esfera laboral.”¹⁴⁵

Además de los nombramientos y promociones, el Artículo 2 (4) de la directiva ETD también se podría aplicar con respecto a las condiciones de trabajo.¹⁴⁶ En el asunto *Lommers*, el Tribunal consideró una regla que preveía que las plazas de guardería en el lugar de trabajo estuviesen disponibles, salvo en emergencias,¹⁴⁷ sólo a los miembros femeninos del personal del Ministerio de Agricultura de los Países Bajos. En este caso, el Tribunal pudo confirmar elementos de su enfoque en *Kalanke*, así como en *Marschall* y *Baedeck*, en el sentido de que el Artículo 2(4) de la directiva ETD justifica medidas “de hecho pensadas para eliminar o reducir casos reales de desigualdad que pudiesen existir en la realidad de la vida social”,¹⁴⁸ tales como medidas relacionadas con la organización del trabajo, y la reconciliación de la vida laboral y familiar. Estas medidas están “pensadas para mejorar la capacidad de las mujeres para ... seguir una carrera en igualdad de condiciones que los hombres”.¹⁴⁹ En este respecto, el Tribunal se remitió a la Recomendación 84/635 sobre la promoción de acción positiva para las mujeres¹⁵⁰ y la Recomendación 92/241 sobre el cuidado de los hijos,¹⁵¹ declarando que la

falta de guarderías adecuadas es lo que probablemente llevará más a las mujeres a renunciar a sus trabajos.¹⁵²

El Tribunal se remitió explícitamente al argumento, discutido más arriba, de que las medidas como éstas, aunque son beneficiosas para las mujeres en el sentido de reconocer el *statu quo* actual con respecto a las responsabilidades del cuidado de los hijos, a *la larga* podrían tener un efecto perjudicial en que ayudan a perpetuar la división tradicional de funciones entre hombres y mujeres. Desestimándolo como (mera) “opinión jurídica académica”,¹⁵³ el Tribunal pasó a declarar que las medidas no garantizan a todas las mujeres que trabajan en el Ministerio de Agricultura una plaza de guardería para sus hijos. Además, según el Tribunal, a los trabajadores masculinos no se les niega una plaza más de lo que se hace a las trabajadoras que no han podido obtener una. Con respeto, esto no puede ser así, ya que los trabajadores masculinos que desean obtener una plaza de guardería para sus hijos deben cumplir el requisito *adicional* de demostrar que su caso entra dentro de la categoría de “emergencia”, mientras que las trabajadoras femeninas no necesitan hacerlo. El Tribunal parece hallar significado en el hecho de que la regla de los Países Bajos no excluye totalmente a los hombres; tal vez haciéndose eco de las reglas en los asuntos *Marschall* y *Baedeck* con respecto a la flexibilidad. Sin embargo, en el análisis final, tal como se indica más arriba, hasta que el Derecho comunitario no avance hacia un enfoque de “igualdad de condición como padres” con respecto a medidas referentes a la reconciliación de la vida laboral y familiar, no se puede decir que promueva la igualdad de oportunidades a largo plazo. Según mi opinión, la justificación de la regla discriminatoria en este caso está equivocada.

C Discriminación Indirecta por Razones de Sexo

Norma de justificación

La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica, aunque no discriminatorio por causa prohibida (en este caso el sexo), tiene el efecto de serlo.¹⁵⁴ En el Derecho comunitario, el demandante tiene la carga inicial de demostrar tal impacto dispar. Esto suele hacerse demostrando una disparidad estadística entre la posición de las mujeres y de los hombres,¹⁵⁵ aunque hay indicaciones en la jurisprudencia del Tribunal en el sentido de que un riesgo inherente de un impacto dispar, basado en el entendimiento de un tribunal nacional de la realidad social, podría ser también suficiente.¹⁵⁶ La carga se transfiere entonces al empresario (o el Estado miembro, en el caso de legislación indirectamente discriminatoria) para justificar la aplicación de la disposición, criterio o práctica. La cuestión de justificación es por lo tanto central al mismo concepto de la discriminación indirecta. En efecto, todo impacto dispar en las mujeres podría desencadenar una investigación de discriminación indirecta por razones de sexo; si hay motivos justificables para el impacto dispar, la aplicación de la disposición, criterio o práctica no es ilícita.

El Tribunal estableció originalmente la norma mediante la cual se debe establecer la justificación en el asunto *Bilka-Kaufhaus*.¹⁵⁷ El tribunal dictó que al establecerse la justificación, se debe decidir si los motivos expuestos por el empresario para explicar la práctica discriminatoria indirecta, pueden ser “objetivamente

justificados”. Si el tribunal nacional declara que la medida en cuestión satisface una auténtica necesidad de la empresa, es adecuada para lograr el objetivo perseguido por la empresa, y necesaria para dicho fin, no será ilícita. Dos elementos de esta prueba merecen mayor consideración.

En primer lugar, está claro que la justificación debe ser *objetiva*. No basta simplemente con hacer valer una justificación, sino que es necesario demostrar la base fáctica del supuesto beneficio del criterio, política o práctica de discriminación indirecta. El Tribunal ha declarado sistemáticamente que las meras generalizaciones acerca de ciertas categorías de trabajadores no pueden constituir justificaciones objetivas. Por ejemplo, en el asunto *Rinner Kühn*,¹⁵⁸ el Tribunal declaró que la creencia de que los trabajadores a tiempo parcial no están tan integrados o dedicados al negocio del empresario no es una justificación objetiva. En el asunto *Hill*,¹⁵⁹ la afirmación de un empresario de que un sistema de recompensas que desfavorezca a los empleados que comparten puestos de trabajo mantiene la motivación, dedicación y moral del personal, no fue aceptada tampoco como justificación objetiva.

En segundo lugar, como los elementos “adecuado” y “necesario” de la prueba *Bilka* implican, la prueba de proporcionalidad desempeña un papel importante en el establecimiento de la norma de justificación de la discriminación indirecta por razones de sexo en el Derecho comunitario.¹⁶⁰ Los primeros casos, relacionados con actos indirectamente discriminatorios llevados a cabo por empresarios, sugieren que una versión muy estricta de la prueba de proporcionalidad es aplicable. Así, en el mismo asunto *Bilka*, el Tribunal consideró la supuesta justificación para dar condiciones superiores de pensión a los trabajadores a tiempo completo en comparación con los trabajadores a tiempo parcial, de que permitiría a la tienda mantener el número de empleados los sábados, supuestamente un día de trabajo impopular para los trabajadores a tiempo parcial. El Tribunal declaró que la política del empresario no tendría necesariamente (más bien que no podría posiblemente tener) el efecto deseado, y en particular observó que no había habido intento por parte del empresario de ofrecer derechos superiores de pensión a los trabajadores a tiempo parcial que trabajaban los sábados. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que no se había cumplido el requisito de proporcionalidad. Esta versión de la prueba de proporcionalidad requiere un escrutinio estricto por el Tribunal, de que la medida no debe ser más que la necesaria para cumplir su objetivo.

Sin embargo, una versión mucho menos estricta de la proporcionalidad se aplicó en los asuntos posteriores de *Megner*¹⁶¹ y *Nolte*¹⁶² en el contexto de la legislación comunitaria sobre discriminación por sexo en la seguridad social.¹⁶³ En *Megner* y *Nolte*, las partes (mujeres en “empleo subalterno”¹⁶⁴) buscaban reconocimiento de que estaban sujetas a seguro obligatorio bajo el plan de seguro reglamentario y de vejez y que estaban obligadas a hacer contribuciones al plan estatutario de seguro de desempleo. Su exclusión de los planes constituía discriminación indirecta. En este caso, el Tribunal dictó que las razones de política social presentadas por el Gobierno alemán, – la necesidad de coherencia estructural del plan alemán de seguridad social, la demanda social de empleo subalterno y el riesgo de un aumento de “empleo clandestino”, si se retirara la exclusión del empleo subalterno del seguro social obligatorio – justificaba la discriminación indirecta por razones de sexo. El tribunal declaró explícitamente que los Estados miembros gozan de un “amplio margen de discreción”¹⁶⁵ con

respecto a política social, y agregó que “la legislatura nacional tiene derecho razonable a considerar que la legislación en cuestión es necesaria a fin de lograr sus metas”.¹⁶⁶ Esta norma parece implicar un escrutinio mucho menos estricto que el ejercido en *Bilka*. Es suficiente que la legislatura fue razonable en su creencia de que la meta era necesaria. Este enfoque fue confirmado en los asuntos *Posthuma-van Damme*¹⁶⁷ y *Laperre*.¹⁶⁸ Por lo tanto, bajo la prueba *Megner/Nolte*, incluso demostrando que un medio menos discriminatorio habría estado disponible para cumplir el mismo objetivo no hace que la justificación sea ilícita. Por consiguiente, parece que el Derecho comunitario concede más deferencia judicial a las elecciones legislativas en el campo de la seguridad social, incluso cuando comprometen el principio de igualdad de trato por razones de sexo.

Si los asuntos *Bilka* y *Megner/Nolte* ocupan dos extremos del espectro en cuanto a normas de escrutinio, la legislación laboral parece ocupar una posición intermedia. Esta posición es implícita en asuntos tales como *Bötel*,¹⁶⁹ donde en efecto el Tribunal rechazó una justificación dado que la legislación nacional podría haber sido interpretada o aplicada de forma menos discriminatoria. En el asunto *Seymour-Smith*¹⁷⁰, se preguntó explícitamente al Tribunal qué condiciones jurídicas para establecer una justificación objetiva se aplicaron a una medida adoptada por un Estado miembro de acuerdo con su política social, en el contexto de la legislación laboral. La respuesta del Tribunal es equívoca, y parece situarse en cierto modo entre las pruebas *Bilka* y *Megner/Nolte*. El tribunal comenzó su análisis reiterando que la cuestión de justificación depende del tribunal nacional, pero que el Tribunal puede asesorar sobre ella. Y se remitió seguidamente al fallo *Megner*.¹⁷¹ Sin embargo, el Tribunal rechazó el argumento del gobierno británico de que todo lo que un Estado miembro ha de demostrar es que tiene “derecho razonable a considerar que la medida promoverá una meta de política social”,¹⁷² basándose en que aunque la política social es asunto de los Estados miembros, “el hecho es que el amplio margen de discreción disponible a los Estados miembros a ese respecto no puede tener el efecto de frustrar la implementación de un principio fundamental del Derecho comunitario como es el de igualdad de salario para hombres y mujeres”.¹⁷³

Por lo tanto, parece que la norma de justificación varía según se trate de una disposición, criterio o práctica de un empresario, o de la legislación nacional. Además, el margen de discreción disponible para los Estados miembros con respecto a legislación sobre *seguridad social* indirectamente discriminatoria parece ser mayor que el disponible en lo que respecta a la legislación sobre *empleo*. La relación entre la norma de justificación y la construcción del Tribunal de la igualdad de sexo como “derecho fundamental” en el Derecho comunitario no ha sido aún determinada suficientemente. Deduciríamos del asunto *Seymour-Smith* que, cuando el Tribunal está expresando una concepción como “derecho fundamental” de la igualdad de trato, esto podría tener el efecto de aumentar la norma de justificación, pero no necesariamente conforme a la versión más estricta de proporcionalidad. Además, no parece haber una buena razón de por qué la igualdad debería ser un “derecho fundamental” en el contexto del empleo, pero no en el contexto de la seguridad social. Dados los fuertes lazos entre las condiciones de empleo y la seguridad social, la misma distinción podría ser problemática. Sin embargo, se sostiene que la distinción hecha por el Tribunal es explicable por referencia a los límites de la competencia de la Comunidad. Cuanto

más incida la aplicación del principio de igualdad de trato del Derecho comunitario en los elementos de política social nacional sobre los que la Comunidad no tiene competencia para adoptar otra legislación unificante, mayor será el margen de discreción que el Tribunal esté dispuesto a dar en la justificación de la discriminación indirecta por razón de sexo.¹⁷⁴

Causas substantivas

Habiendo considerado las normas de justificación de la discriminación indirecta por razones de sexo requeridas por el Derecho comunitario, pasaremos a estudiar causas substantivas específicas de justificación. Estas se pueden dividir en tres categorías: justificaciones relacionadas con el trabajo en sí; con las necesidades del negocio del empresario; y con los intereses públicos en general.

1. *Relacionadas con el trabajo*

Las justificaciones relacionadas con el trabajo no son relativamente problemáticas bajo un sistema consagrado a la igualdad de oportunidades. Para evitar los estereotipos de sexo en los puestos de trabajo, es importante que los requisitos y condiciones presentados por los empresarios supuestamente relacionados con los deberes del trabajo sean de hecho necesarios para el trabajo a llevar a cabo. Esto implica necesariamente aquí una norma estricta de escrutinio; la mera conveniencia para el empresario no justificará un impacto discriminatorio. El Derecho comunitario aplica esta norma estricta con respecto a las justificaciones relacionadas con el trabajo.

a. *aptitudes físicas*

Como los hombres, en general, poseen más fuerza muscular que las mujeres, las condiciones de empleo que exigen, o recompensan, la fuerza muscular podrían ser indirectamente discriminatorias. El nombramiento de personal más robusto para realizar trabajos determinados o la remuneración superior del personal que lleva a cabo trabajos físicos pesados pueden justificarse en el Derecho comunitario solamente si los deberes del trabajo requieren el uso de fuerza muscular.

En el asunto *Rummler v Dato Druck*,¹⁷⁵ el Tribunal consideró un sistema de clasificación de trabajos que se basaba en criterios tales como “exige músculo”, “esfuerzo muscular” y “trabajo pesado”. En general, sería más difícil para las mujeres realizar trabajos que exigen tal actividad muscular. El tribunal dictó que, “Cuando se utilice un sistema de clasificación de trabajos para determinar la remuneración, dicho sistema debe basarse en criterios que no difieran según el trabajo sea llevado a cabo por un hombre o una mujer, y no debe ser organizado, en su totalidad, de tal modo que tenga el efecto práctico de discriminar generalmente contra los trabajadores de un sexo”.¹⁷⁶

El empleo de un criterio tal como el esfuerzo muscular para determinar la paga podría estar justificado, si la diferencia de salario está relacionada con una necesidad legítima del empresario, en cuanto a que asegura un nivel de salario apropiado al esfuerzo requerido por el trabajo,¹⁷⁷ con la condición de que el sistema de clasificación de trabajos en conjunto no sea discriminatorio.¹⁷⁸

b. *calificaciones y formación*

Cuando el trabajo exija ciertas calificaciones o formación, es legítimo discriminar contra los solicitantes de un trabajo, o por lo que se refiere al salario, basándose

en dichas calificaciones o formación, incluso cuando más hombres que mujeres están capacitados para satisfacer el requisito. El empresario debe demostrar una relación objetiva entre los requisitos de calificaciones o formación y el trabajo en cuestión.

El asunto *Danfoss*¹⁷⁹ se refiere a la disputa de un convenio colectivo, con respecto al pago de complementos basados en un número de factores, incluyendo movilidad, formación y antigüedad. El tribunal falló que el empresario puede justificar la remuneración superior de aquellos empleados con formación especial demostrando que es importante para el desempeño de tareas específicas confiadas al empleado.¹⁸⁰

La formación profesional no es sólo uno de los factores que pueden constituir justificación objetiva para pagar diferente salario por el mismo trabajo; es también uno de los criterios posibles para determinar si se está realizando o no el mismo trabajo. Cuando los profesionales ejecutan actividades aparentemente idénticas, pero hacen uso de conocimientos y habilidades adquiridos en disciplinas muy diferentes, se debe considerar que ejecutan tareas o funciones diferentes, y por lo tanto no pueden estar en una situación comparable.¹⁸¹

c. *antigüedad y experiencia*

El Tribunal aceptó en el asunto *Danfoss* que, aunque recompensar la antigüedad podría ser indirectamente discriminatorio contra las mujeres, que suelen sufrir interrupciones de sus carreras con mayor frecuencia que los hombres, está no obstante justificado “dado que la duración de servicio y la experiencia van de la mano y dado que la experiencia por lo general permite al empleado realizar mejor sus deberes”.¹⁸² En el asunto *Danfoss*, el Tribunal declaró que no se exigía a los empresarios demostrar que la antigüedad es importante para la ejecución de los deberes específicos del trabajo en cuestión, pero esta decisión fue modificada posteriormente en el fallo de *Nimz*.¹⁸³ Este asunto se ocupó de un convenio laboral colectivo que preveía condiciones diferentes para los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial. Los trabajadores a tiempo completo tenían automáticamente derecho a un aumento salarial después de 6 años de trabajo, pero los que trabajaban la mitad a tres cuartas partes del horario completo no tenían derecho al aumento hasta después de 12 años. Se argumentó que la experiencia mayor de los trabajadores a tiempo completo justificaba la discriminación indirecta por motivos de sexo. El tribunal no aceptó este argumento, declarando que las ideas de que los trabajadores a tiempo completo adquieren competencias y habilidades relacionadas con sus trabajos más rápidamente que los trabajadores a tiempo parcial o que la experiencia mayor *per se* justifica un salario mayor son “no más que generalizaciones acerca de ciertas categorías de trabajadores”.¹⁸⁴ Por lo tanto, la objetividad de la justificación con respecto a la antigüedad y experiencia debe ser valorada haciendo referencia a la relación entre la naturaleza del trabajo y la experiencia adquirida en la ejecución de dicho trabajo tras completar un cierto número de horas de trabajo.¹⁸⁵

El fallo de *Nimz* debe considerarse como el mejor enfoque, ya que no es necesariamente verdad que un empleado más antiguo realice mejor cada trabajo que un empleado más joven o más nuevo. Debemos sopesar los beneficios de las nuevas ideas, la energía y una visión diferente con los beneficios de un mayor rendimiento debido a la familiarización, que es lo que la antigüedad implica. Por consiguiente, la antigüedad y la experiencia son justificaciones *objetivas* aceptables,

si el empresario puede demostrar un vínculo real entre el requisito de experiencia y el desempeño del trabajo en cuestión.¹⁸⁶

d. *“flexibilidad” del trabajador*

La “flexibilidad” del trabajador incluye la capacidad de trabajar a tiempo completo y la adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo variables. Si el empresario puede demostrar que las actividades de un trabajo comportan una necesidad legítima de “flexibilidad”, esto podría justificar la discriminación indirecta por razón de sexo. Esta justificación fue aceptada en el asunto *Danfoss*,¹⁸⁷ aunque dicho requisito desfavorece a las mujeres, que tienen menos probabilidades de organizar con flexibilidad sus horarios de trabajo debido a sus responsabilidades familiares. El tribunal subrayó que el requisito de flexibilidad debe estar relacionado con las actividades específicas del trabajo; un requisito general de una fuerza laboral flexible no constituiría una justificación legítima.

e. *horarios de trabajo diferentes*

Ciertos trabajos requieren que el empleado trabaje horarios “insociables”, tales como horarios nocturnos, turnos de trabajo y fines de semana. Por ejemplo, las matronas deben estar disponibles todas las horas del día y de la noche. Es justificable según el Derecho comunitario pagar estos horarios insociables a una tasa superior que los horarios de trabajo normales. Esto fue confirmado por el Tribunal en el asunto *JämO*.¹⁸⁸ Dos matronas presentaron una reclamación de igual valor, con respecto a la diferencia entre sus salarios y el de un técnico clínico. El salario básico por hora de las matronas era más bajo que el del técnico clínico, pero éste no tenía la oportunidad de ganar los “complementos por inconveniencia de horarios” que las matronas recibían periódicamente. El tribunal nacional no había realmente declarado que los trabajos eran de igual valor, pero presentó un número de cuestiones al Tribunal.

El Tribunal dictó que, debido a que el importe del complemento cobrado varía de un mes a otro, los salarios básicos eran el punto de comparación apropiado, a fin de asegurar la transparencia y garantizar el cumplimiento de la directiva EPD.¹⁸⁹ Sin fallar en el asunto de igual valor (una cuestión a decidir por el tribunal nacional), el Tribunal sólo pudo concluir que, si los trabajos fuesen del mismo valor, a las matronas se les pagaba menos.¹⁹⁰ Si un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que hombres trabajan de matronas, esto constituiría discriminación indirecta, a menos que se justifique. El empresario tendría que demostrar un factor no discriminatorio objetivo que justifique la diferencia de salario. El Tribunal concluyó que “el complemento por inconveniencia de horario no debe tenerse en cuenta al calcular el salario que sirve de base de comparación de paga a los efectos del Artículo [141 CE]”.¹⁹¹ Si un técnico clínico masculino presentara una reclamación subsiguiente, después de haberse igualado los salarios básicos de las matronas y los técnicos clínicos, reclamando discriminación indirecta por razón de salario, el Tribunal no podría aceptar su argumento y mantener coherencia con su fallo en *JämO*. Por consiguiente, se puede deducir que el pago de dicho complemento por inconveniencia de horario estaría justificado en el Derecho comunitario. Esta conclusión fue posteriormente confirmada en la sentencia, cuando el Tribunal declaró explícitamente que “las diferencias que puedan existir en las horas trabajadas por los dos grupos cuyos salarios están siendo comparados podrían constituir razones objetivas no relacionadas con ninguna discriminación por razones de sexo tales como justificar una diferencia de salario”.¹⁹²

f. *rendimiento en el trabajo*

El Tribunal declaró en el asunto *Royal Copenhagen*¹⁹³ que, en el caso de trabajo pagado a destajo, el principio de igualdad de salario no prohíbe a los trabajadores recibir diferente salario si esto se debe a rendimientos individuales diferentes.¹⁹⁴ Sin embargo, cuando el trabajo es pagado por horas, el rendimiento laboral de un empleado o las capacidades personales en el trabajo sólo se pueden evaluar *ex post facto*. Por lo tanto, mientras que las diferencias con respecto al rendimiento podrían justificar claramente diferencia de salario de empleados diferentes en lo que respecta a una prima *retrospectiva* relacionada con el rendimiento, no pueden justificar una diferencia de salario concedida en el momento de la contratación. El empresario, en el momento de contratar a los empleados interesados, no puede pagar a una empleada menos que a un empleado que lleve a cabo el mismo trabajo o trabajo de igual valor, y más tarde justificar la diferencia basándose en que el trabajo del hombre es superior.¹⁹⁵ Hacer esto no excluiría la posibilidad de que la diferencia de salario se base en el sexo.¹⁹⁶

2. *Relacionadas con la empresa*

Las justificaciones relacionadas con la empresa se refieren a las necesidades económicas generales de un empresario, dentro del contexto de toda su empresa, en lugar de los deberes estrictos de un trabajo determinado. Los problemas de las justificaciones relacionadas con la empresa surgen porque la decisión de permitir dichas justificaciones implica inevitablemente un elemento de equilibrio entre las reclamaciones e intereses competitivos de las partes interesadas (el empresario y el trabajador). Los intereses sociales más amplios en el éxito continuado de las empresas, con repercusiones para la economía en conjunto, podrían también entrar en juego. A este respecto, esta categoría de justificación se funde con la tercera categoría de justificaciones relacionadas con el interés público.

La organización del entorno laboral, en su contexto social más amplio, se basa en el supuesto del trabajador masculino “normal”, que trabaja a tiempo completo, durante toda su vida, sin compromisos externos significativos. La promoción de la igualdad de oportunidades a través del principio de igualdad de trato en el Derecho comunitario implica cuestionar y cambiar este *statu quo* en el que las mujeres son sistemáticamente desfavorecidas. Por consiguiente, un compromiso de igualdad de oportunidades implicaría cierta transferencia de la carga de las mujeres, que están actualmente en situación de desventaja, a los empresarios, que se benefician de la organización actual de la vida laboral. Además, si la igualdad de trato por razones de sexo es un derecho fundamental dentro del Derecho comunitario, simples consideraciones económicas no deberían refutar el disfrute de dicho derecho. Por lo tanto, las justificaciones relacionadas con la empresa deberían estar sujetas a estricto escrutinio.

a. *eficacia económica o financiera*

En el asunto *Bilka*, el empresario argumentó que la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del plan de pensiones de la empresa estaba justificada por la necesidad de poner freno al empleo a tiempo parcial. Se alegó que esto era necesario, ya que Bilka se había visto obligado a contratar a algunos trabajadores a tiempo completo para cubrir los horarios comerciales de la tarde y los sábados, que eran las horas menos populares entre los trabajadores a tiempo parcial, y que por ello había tenido que hacer más atractivo el trabajo a tiempo completo que el

trabajo a tiempo parcial. El Tribunal dictó que la evaluación de esta justificación competía al tribunal nacional, pero implicó que las causas económicas podrían constituir una justificación legítima en el Derecho comunitario.¹⁹⁷

Esta posición se confirmó en el asunto *Enderby*¹⁹⁸ en el contexto de una reclamación de salario igual por trabajo de igual valor. *Enderby* se refiere a la reclamación de un logoterapeuta (un trabajo casi exclusivamente practicado por mujeres) de salario igual con profesiones comparables (psicólogos clínicos y farmacéuticos) en las que trabajan más hombres que mujeres. El tribunal declaró que en “el estado del mercado laboral, que podría llevar a un empresario a aumentar el salario para un trabajador determinado a fin de atraer a candidatas, podría constituir una causa económica objetivamente justificada”¹⁹⁹ dentro del sentido de su jurisprudencia previa. Las fuerzas de mercado en cuestión eran la escasez de candidatos para los trabajos mejor remunerados, y la necesidad consiguiente de ofrecer un salario superior en dicho trabajo a fin de atraer a candidatos.

En mi opinión,²⁰⁰ el fallo de *Enderby* sobre las fuerzas del mercado no está conforme con la jurisprudencia anterior del Tribunal con respecto a la objetividad de las justificaciones, o con el principio de igualdad de oportunidades. “Fuerzas del mercado” no es un criterio objetivo, sino que se basa más bien en generalizaciones acerca del “valor de mercado” de determinados trabajadores. Ya hemos observado que el Tribunal no acepta simples generalizaciones acerca de ciertas categorías de trabajadores como justificaciones objetivas.²⁰¹ Además, la justificación “fuerzas de mercado” carece de transparencia. El Tribunal había previamente fallado en el asunto *Danfoss* que cuando un impacto discriminatorio surge de una política que supuestamente debería ser totalmente neutra en cuanto al sexo en su impacto, como es el uso del criterio “calidad del trabajo” para determinar aumentos de sueldo, esto da lugar al supuesto de que el criterio en cuestión se está utilizando para encubrir discriminación. Podría ser que los factores realmente tenidos en cuenta según el criterio actúan de manera directa o indirectamente discriminatoria, pero cuando el criterio no es transparente, este hecho no puede verificarse. Por lo tanto, cuando el uso de un criterio determinado crea desventaja sistemática para las mujeres y el criterio no es transparente, le toca al empresario demostrar que no es discriminatorio.²⁰² Similarmente, en el asunto *Enderby*, dado que el Tribunal dio por supuesto que los trabajos en cuestión eran de igual valor, se podría haber considerado que la desventaja para las mujeres en la estructura salarial presentaba un supuesto de discriminación oculta. El empresario no pudo explicar las diferencias remitiéndose a una explicación neutra, sino sólo haciendo referencia a las “fuerzas del mercado”, lo cual no explica *por qué* las fuerzas del mercado en este caso actuaron en perjuicio sistemático de las mujeres. En este respecto²⁰³ el fallo en el asunto *Enderby* es insensible a la desventaja estructural de las mujeres en la esfera laboral, y por consiguiente no apoya la igualdad de oportunidades.

El Tribunal volvió a un enfoque más enérgico al considerar una supuesta justificación de eficacia económica en el asunto *Hill*.²⁰⁴ La Sra. Hill había ocupado un puesto de trabajo compartido en la administración pública irlandesa, volviendo luego a ocupar un puesto a tiempo completo. Cuando acordaron su salario, la colocaron en un escalafón más bajo de la escala salarial para trabajadores a tiempo completo que el que había ocupado previamente en la escala

salarial para trabajadores a tiempo compartido. Esta práctica fue establecida por Circular del gobierno, que disponía que cada año de experiencia en trabajo compartido contaría solamente como seis meses de trabajo a tiempo completo, a fin de calcular los incrementos de salario anuales. El Tribunal dictó que esto constituía discriminación indirecta.²⁰⁵ Con respecto al argumento de que la discriminación estaba justificada por motivos económicos, el Tribunal declaró rotundamente (que),

“debe observarse que un empresario no puede justificar la discriminación resultante de un régimen de trabajo compartido basándose únicamente en que el hecho de evitar dicha discriminación implicaría mayores costes.”²⁰⁶

El Tribunal se refirió específicamente al hecho de que un régimen de trabajo compartido permite a los trabajadores reconciliar la vida laboral y familiar. La política comunitaria en este aspecto es adaptar las condiciones de trabajo a las responsabilidades familiares en la medida de lo posible. El tribunal observó que las medidas sobre la reconciliación de la vida laboral y familiar se “consideran comúnmente en los ordenamientos de los Estados miembros como el corolario natural de la igualdad entre los hombres y mujeres”.²⁰⁷

b. reestructuración de la compañía

Cuando las empresas son reestructuradas, en respuesta al clima económico, esta reestructuración implica despidos por regulación de empleo. Las políticas patronales para selección de los trabajadores para despido son evidentemente un asunto de extrema sensibilidad. También pueden ser indirectamente discriminatorias por razones de sexo. Por ejemplo, dadas las pautas de empleo de las mujeres, es probable que una política de despidos “último en entrar, primero en salir” sea indirectamente discriminatoria.²⁰⁸ El Tribunal consideró una política de despidos potencialmente discriminatoria en el asunto *Kachelmann*.²⁰⁹

La legislación nacional pertinente preveía que la selección para despido podía llevarse a cabo teniendo en cuenta “criterios sociales”, cuando los requisitos operacionales o económicos del empresario no impedirían dicha selección. La Sra. Kachelmann trabajaba a tiempo parcial para Bankhaus, en su departamento de cobranza. A raíz de una reducción de sus actividades internacionales, Bankhaus decidió fusionar su departamento de cobranza con el resto de su sección de transacciones documentarias; esto supuso cierta reasignación de funciones y reducción de personal. La Sra. Kachelmann quedó cesante. Ella se quejó de que el empresario no había hecho la selección basándose en criterios sociales entre todos los trabajadores que desempeñaban las mismas funciones, ya que no la había comparado con los trabajadores a tiempo completo. La Sra. Kachelmann había avisado antes de su despido que estaba dispuesta a trabajar a tiempo completo. El tribunal nacional dictó que ella no tenía derecho contractual a ser transferida a un puesto de trabajo a tiempo completo, y concluyó que, por consiguiente, su posición y la de los trabajadores a tiempo completo no eran comparables.

El Tribunal declaró que es mucho más probable que los trabajadores a tiempo parcial sean mujeres que hombres,²¹⁰ y que hay muchos más trabajos disponibles a tiempo completo que a tiempo parcial.²¹¹ De esto se deduce que cuando se reducen los puestos de trabajo, por lo general, los trabajadores a tiempo parcial están en desventaja, ya que tienen menos posibilidad de hallar otro trabajo comparable que los trabajadores a tiempo completo.²¹² Por lo tanto, la falta de comparabilidad entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a

tiempo completo en la selección para despido podría ser indirectamente discriminatoria por razones de sexo.²¹³ ¿Podría justificarse la legislación nacional pertinente?

Según el Tribunal, la finalidad de la legislación nacional es proteger a los trabajadores que se enfrentan al despido teniendo en cuenta al mismo tiempo las necesidades operacionales y económicas de la empresa. La comparabilidad de los trabajos determina si el trabajador que va a ser despedido, atendiendo a sus calificaciones y experiencia dentro de la empresa hasta la fecha, podría llevar a cabo un trabajo diferente pero equivalente al realizado hasta ese momento por otros trabajadores dentro de la empresa. Cuando los trabajos de los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo no pueden ser comparados en una selección para despido, esto podría resultar en una desventaja para los trabajadores a tiempo parcial, tal como se indica más arriba. Pero el Tribunal quedó convencido por el argumento del gobierno alemán de que si se introdujera dicha comparabilidad de los trabajos basándose en criterios sociales, esto tendría el efecto opuesto, y los trabajadores a *tiempo completo* estarían en desventaja. En caso de suprimirse sus trabajos, los trabajadores a tiempo parcial tendrían que recibir la oferta de un puesto a tiempo completo, incluso si su contrato laboral no les diera derecho a ello.²¹⁴

El Tribunal concluyó seguidamente, aludiendo a sus declaraciones anteriores acerca de la discreción nacional en política social,²¹⁵ que “la cuestión si los trabajadores a tiempo parcial deben disfrutar o no de tal ventaja es asunto de la legislatura nacional, siendo ella sola la que debe hallar un equilibrio justo dentro de la legislación laboral entre los distintos intereses tratados.”²¹⁶ Aquí, el Tribunal declaró que la evaluación no había hecho referencia a consideraciones basadas en el sexo de los trabajadores. Por consiguiente, la legislatura nacional indirectamente discriminatoria estaba justificada.

El argumento del Tribunal revela una falta de sensibilidad de la realidad de la vida laboral de las personas que tienen que reconciliar las responsabilidades de trabajo y familia, que son, por lo general, mujeres. Se podría alegar que, si se introdujera una comparabilidad de los trabajos, habría que ofrecerse el otro tipo de trabajo a *cada uno* de los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial en un grupo de trabajadores seleccionado para despido, incluso si sus contratos de trabajo no les diera derecho a ello. El razonamiento del Tribunal supone que un puesto de trabajo a tiempo completo es más valioso para un trabajador que uno a tiempo parcial, y por lo tanto que los trabajadores a tiempo parcial a quienes se les ofrece un puesto a tiempo completo en una tanda de despidos están en mejores condiciones que lo estarían si se hiciese referencia a sus derechos contractuales. Pero esto no es necesariamente así con respecto a todos los trabajadores. Algunos (en particular los que tienen que combinar trabajo remunerado con responsabilidades familiares) podrían considerar la oferta de un trabajo a tiempo completo mucho menos ventajosa que, digamos, una indemnización por regulación de empleo. Aquí por lo tanto, el enfoque que el Tribunal da a la justificación no respalda la igualdad de oportunidades. En su lugar, sería más apropiado exigir una prueba de comparabilidad *relacionada con el trabajo* en la selección para despido, de forma que el empresario tenga que demostrar que las tareas en cuestión no pueden ser llevadas a cabo a tiempo parcial, o al menos que no pueden ser llevadas a cabo sin grave peligro para la empresa en conjunto.

3. *Relacionadas con el interés público*

La posibilidad de las justificaciones relacionadas con el interés público fueron aceptadas por primera vez por el Tribunal en el asunto *Rinner-Kühn*.²¹⁷ El Tribunal falló, añadiendo a la prueba de justificación de causas económicas del asunto *Bilka*, que una disposición legislativa indirectamente discriminatoria podría estar justificada, si satisface “un objetivo necesario de política social [del Estado miembro]”.²¹⁸ El Tribunal no distingue su razonamiento en *Bilka*, con respecto a las justificaciones de los empresarios por motivos relacionados con el trabajo o la empresa, de las justificaciones por causas más amplias de interés público. Se deduce de la jurisprudencia subsiguiente²¹⁹ que dichas justificaciones están disponibles también para los empresarios. Al igual que con las justificaciones relacionadas con la empresa, podrían surgir problemas a la hora de hallar un equilibrio entre las reclamaciones competitivas del interés colectivo en la política o práctica discriminatoria y el interés individual en igualdad de trato. Como se observa más arriba, el Tribunal ha relajado su norma de justificación cuando la política discriminatoria resulta de la legislación nacional en el contexto de la seguridad social, y hasta cierto punto en el contexto del empleo. Esto parecería reflejar la opinión del Tribunal sobre el foro apropiado para equilibrar dichos intereses competitivos.

a. *fomento del empleo*

En 1985, el gobierno conservador del RU elevó de 1 a 2 años el periodo estipulado que los empleados debían satisfacer a fin de presentar demanda por despido improcedente. La Sra. Seymour-Smith llevaba menos de 2 años trabajando, y fue despedida. Una vez que su demanda por despido improcedente fue rechazada, por motivo de que no satisfacía el periodo estipulado, Seymour-Smith recusó la legislación nacional sobre el periodo estipulado, alegando que era una violación de la directiva ETD. En el asunto *Seymour-Smith*,²²⁰ el Tribunal declaró que la indemnización por violación del derecho a no ser despedida injustamente constituye “salario” conforme al Artículo 141 CE. Sin embargo, el derecho a reincorporación o recontratación tras un despido improcedente entra dentro de la directiva ETD. Al evaluar si las normas nacionales sobre acceso a recursos por despido improcedente son indirectamente discriminatorias, es el tribunal nacional el que debe decidir el momento en que dichas normas nacionales deben evaluarse, y si las estadísticas demuestran en dicho momento un impacto dispar de las normas nacionales sobre las mujeres. Si se demuestra dicha discriminación indirecta, el Estado miembro puede justificar la norma por razones legítimas de política social, que deben ser no discriminatorias y proporcionadas.

Con respecto a la cuestión de justificación objetiva, el Tribunal se remitió a sus fallos anteriores en los asuntos *Megner*²²¹ y *Nolte*²²² al efecto de que un objetivo legítimo de política social nacional podría justificar la discriminación indirecta por razones de sexo. El Gobierno británico argumentó que el objetivo del periodo estipulado de 2 años era fomentar el empleo, suprimiendo las cargas de los empresarios, dado que éstos probablemente estarían menos dispuestos a contratar si corrían el riesgo de ser demandados por despido improcedente por empleados recién contratados. El tribunal dictó que un Estado miembro no se puede basar en “simples generalizaciones” sobre la capacidad de una norma nacional para aumentar los niveles de empleo. El Estado miembro tiene que presentar *prueba* a tenor de la cual sería razonable considerar que los medios

elegidos (el periodo estipulado de 2 años) son adecuados para el objetivo de política social (fomentar el empleo). Esta norma requiere que el Estado miembro al menos presente alguna prueba de que su política es razonable – sin embargo, si un Estado miembro satisface este requisito mínimo, lo probable es que sea suficiente para demostrar justificación. La contraprueba, por ejemplo al efecto de que los estudios económicos sobre los que el Estado miembro se basa fallan desde el punto de vista metodológico, o son refutados por otros estudios, no bastará probablemente para invalidar el supuesto del Estado miembro de que su medida es un medio apropiado para proteger una política social legítima. Suponemos no obstante que, en algún momento, una prueba desacreditada deje de constituir una base de política razonable.

b. fomento de las pequeñas empresas

En el asunto *Kirshammer-Hack*,²²³ el Tribunal consideró la compatibilidad con el Derecho comunitario de una disposición de legislación nacional para protección de empleados contra despido improcedente, que excluía de su ámbito de aplicación a las pequeñas empresas, es decir las que tienen no más de cinco empleados. Al determinar el número de empleados, se excluía a los trabajadores en “empleo subalterno”. Una cuestión a establecer era si esta disposición era indirectamente discriminatoria por razones de sexo. El Tribunal observó que dicha discriminación sólo estaría presente si se demostrara que las pequeñas empresas emplean a un número considerablemente mayor de mujeres que de hombres,²²⁴ y no hubo prueba ante el Tribunal para apoyar esta conclusión. Sin embargo, el Tribunal pasó a declarar que dicha medida podría estar justificada “cuando la legislación en cuestión forma parte de un grupo de medidas creadas para aliviar las restricciones de las pequeñas empresas, que juegan un papel esencial en el desarrollo económico y la creación de empleo”.²²⁵

c. La “demanda social” de trabajo atípico

Como se ha observado más arriba, en los asuntos *Megner*²²⁶ y *Nolte*,²²⁷ el Tribunal consideró que el trato perjudicial de los trabajadores en “empleo subalterno” es indirectamente discriminatorio por razones de sexo. Parte de la justificación presentada por el Gobierno alemán en dicho contexto fue la demanda social de “empleo subalterno”, y que el gobierno deseaba fomentar este tipo de trabajo. Sin embargo, la decisión del Tribunal en los asuntos *Megner* y *Nolte* se basó en el contexto de la Directiva 79/7, y además, la justificación fue presentada por el estado, no por un empresario. ¿Dispondría un empresario que tratara desfavorablemente a los trabajadores en “empleo subalterno” de una justificación semejante, con respecto a las condiciones de salario o trabajo?

Esta cuestión fue considerada por el Tribunal en el asunto *Krüger*.²²⁸ La Sra. Krüger trabajó de enfermera en un hospital comarcal de 1990 a 1995. Desde 1995 a 1998 tomó permiso por maternidad y para cuidar de sus hijos, y cobraba subsidio familiar. Durante este tiempo, trabajó en “empleo subalterno” para el hospital.²²⁹ La Sra. Krüger solicitó la paga de Navidad para 1995.²³⁰ El empresario opinó que el convenio colectivo que rige las pagas de Navidad no cubre a las personas en “empleo subalterno”. La Sra. Krüger presentó su demanda ante la magistratura de trabajo de Alemania.

El tribunal nacional opinó que la exclusión de personas en “empleo subalterno” – vigente por el convenio general colectivo para empleados del sector público –

constituía discriminación indirecta contra las mujeres. Más del 90% de las personas que reciben subsidios por hijos son mujeres. El tribunal nacional preguntó al Tribunal si una legislación nacional que prevé que los empleados no sujetos a seguro social obligatorio que trabajan mientras están con permiso para cuidar de sus hijos, en comparación con los empleados obligados a seguro social obligatorio, no reciban un complemento especial anual (la paga de Navidad) es compatible con el derecho comunitario. Esencialmente, lo que se cuestiona es si la exclusión de la paga de Navidad para los trabajadores exentos del seguro social obligatorio constituye discriminación indirecta por motivos de sexo.

El Tribunal observó que la exclusión de personas en empleo subalterno del seguro social tiene por objeto satisfacer una demanda social de empleo subalterno que el Gobierno alemán desea apoyar, remitiéndose a *Megner y Nolte*.²³¹ Sin embargo, el Tribunal agregó que dicha exclusión no podía alterar el principio fundamental del Derecho comunitario de que los hombres y mujeres deben recibir salario igual por trabajo igual.²³² El Tribunal pasó a declarar explícitamente que si el tribunal nacional determinó discriminación indirecta por razones de sexo, tendría que concluir que el convenio colectivo infringía el Artículo 141 CE.²³³ *Krüger* trata una situación diferente de las consideradas en los asuntos *Megner and Nolte*. No se discutía una medida de legislación nacional, ni la exclusión de trabajadores en empleo subalterno de la paga de Navidad era necesaria para la coherencia estructural del sistema de seguridad social alemán.²³⁴

Del asunto *Krüger* se deduce que los empresarios (como partes de los convenios colectivos, y, supuestamente, como individuos) no tienen acceso al mismo amplio abanico de justificaciones relacionadas con el interés público que está abierto a los gobiernos de los Estados miembros. Cuando el efecto de un convenio colectivo es producir discriminación indirecta, la referencia a razones que justifiquen una medida adoptada por una legislatura nacional en seguimiento de su política social no será suficiente. Parecería que la justificación con respecto a la coherencia estructural del régimen de seguridad social fue crucial en los asuntos *Megner y Nolte*. Las otras dos justificaciones presentadas por el Gobierno alemán en *Megner y Nolte* (la demanda social de empleo subalterno y el riesgo de “empleo clandestino”) se basan en el supuesto de que los empresarios se benefician de la exclusión de los trabajadores en empleo subalterno del plan estatutario. La sentencia *Krüger* circunscribe este beneficio: sólo puede disfrutarse con respecto a la obligación de contribuir al seguro estatutario obligatorio. Los trabajadores en “empleo subalterno” – en la mayoría mujeres – deben ser tratados igual con respecto a todos los demás beneficios otorgados a ellos, si se puede considerar que dichos beneficios constituyen “salario” en el sentido del Artículo 141 CE. Suponemos que este principio se extiende también a la igualdad de *trato* en el contexto del empleo.

d. falta de responsabilidad del empresario para los trabajadores atípicos

El asunto *Rinner-Kühn*²³⁵ se refiere a una disposición de legislación nacional que obliga a los empresarios a pagar salario por enfermedad hasta un máximo de seis semanas, pero que excluye de su ámbito de aplicación a los “empleados subalternos”.²³⁶ La Sra. Rinner-Kühn entraba dentro de esta categoría y se le denegó el salario por enfermedad. La exclusión produjo claramente discriminación indirecta por motivos de sexo.

El Gobierno alemán trató de justificar la discriminación argumentando que, “los trabajadores cubiertos por la legislación en cuestión no estaban tan integrados, ni dependían tanto de la empresa que los contrata como otros trabajadores y que por consiguiente las condiciones para obligar a su empresario a prestarles asistencia, incluyendo la continuación de su salario, no se habían satisfecho”.²³⁷

Según la Comisión, este argumento está mal fundado. No se puede considerar económicamente justificable ni socialmente necesario permitir a los trabajadores a tiempo completo recibir seis semanas de salario por enfermedad y rechazar esto a los trabajadores a tiempo parcial que están menos favorecidos desde el punto de vista social. Semejante norma, observó la Comisión, suprime la protección precisamente en la situación en que más se necesita.²³⁸ El tribunal consideró que una legislación nacional como la que se estaba discutiendo era ilegítima, a menos que se pudiera demostrar una justificación objetiva,²³⁹ y las justificaciones incluyeran objetivos necesarios de política social.²⁴⁰ Sin embargo, el Tribunal declaró que dicha justificación no se podía demostrar por referencia a “generalizaciones acerca de ciertas categorías de trabajadores”,²⁴¹ como en este caso las declaraciones de que los trabajadores a tiempo parcial no están integrados ni relacionados con el negocio del empresario de forma comparable a la de los trabajadores a tiempo completo.

Aquí, el enfoque del Tribunal apoya la igualdad de oportunidades. Se podría considerar que la discriminación indirecta por motivos de sexo en la previsión de salario por enfermedad oculta estereotipos de sexo en su aplicación. Según este estereotipo, sólo los empleados a tiempo completo (hombres) llevan a cabo “auténtico trabajo”, como principal sostén de la familia, y ellos (e indirectamente sus familias) deberán ser provistos por las leyes estatales de la seguridad social, incluyendo las que imponen obligaciones en los empresarios para pagar salario por enfermedad, si no pueden ganar dinero debido a enfermedad. El trabajo a tiempo parcial (el trabajo de las mujeres) es un extra, para “gastos personales”, y no es “auténtico trabajo”, por lo tanto no hay necesidad de prestar seguridad social en caso de enfermedad para los trabajadores a tiempo parcial. La implicación es que existe un “auténtico sostén de la familia” que puede mantener a un trabajador a tiempo parcial en caso de enfermedad. El razonamiento ignora el hecho de que, para muchas familias, los ingresos de una mujer que trabaja a tiempo parcial suponen una diferencia significativa en los ingresos de *subsistencia* de la familia. Por lo tanto, el Tribunal está correcto en rechazar esta supuesta justificación.

Lamentablemente, el Tribunal fue menos enérgico en su enfoque del asunto *Kowalska*²⁴² en el que se presentó un argumento similar. *Kowalska* consideró si era justificable excluir a los trabajadores a tiempo parcial del derecho a un pago de cesantía en el momento de la jubilación. El empresario demandado consideró que esta norma indirectamente discriminatoria estaba justificada por el hecho de que los trabajadores a tiempo parcial no ponen toda su capacidad de trabajo a disposición del empresario²⁴³ y que los trabajadores a tiempo parcial no cubren sus necesidades y las de sus familias exclusivamente con la renta de su empleo.²⁴⁴

El Abogado General identificó estas justificaciones como “simples generalizaciones que afectan a ciertas categorías de trabajadores”.²⁴⁵ Simplemente no es así que los ingresos de todos los trabajadores a tiempo parcial sean siempre un “extra añadido” a la renta de la familia. Al contrario, los ingresos de un

trabajador a tiempo parcial, especialmente en el caso de una familia monoparental, pueden ser cruciales para el bienestar de la misma. El Abogado General se refirió a una “ semejanza notable ” entre la justificación presentada en el asunto *Kowalska* y la rechazada por el Tribunal en el asunto *Rinner-Kühn*. Sin embargo, el Tribunal omite esta fase de análisis en su sentencia, reafirmando simplemente que el tribunal nacional es el responsable de decidir si razones objetivas justifican la discriminación indirecta por motivos de sexo en este caso.

e. *respeto por los convenios colectivos*

En el asunto *Kowalska*, el derecho diferente de los empleados a tiempo parcial y a tiempo completo a recibir una subvención por cesantía estaba enmarcado en un convenio colectivo. El tribunal nacional quiso saber, si la disposición fuese declarada indirectamente discriminatoria, si el derecho comunitario exigiría tratar a los trabajadores a tiempo parcial de la misma forma que los trabajadores a tiempo completo, dada la aplicación del principio de libertad de contrato de las partes de un convenio colectivo. En esencia, lo que se preguntaba era si enmarcar el trato diferente, indirectamente discriminatorio, en un convenio colectivo podría constituir una justificación de la discriminación. Este asunto ya había sido considerado por el Abogado General en el asunto *Danfoss*, al declarar que la existencia de dos convenios colectivos separados, uno para hombres y otro para mujeres no excluiría la aplicación del Artículo [141]. Aunque no sería ilegítimo *per se* tener convenios colectivos separados, la *manera* de operar dichos convenios sería crucial.

En el asunto *Kowalska*, el Tribunal declaró que enmarcar simplemente medidas discriminatorias en un convenio colectivo no podía justificar la discriminación indirecta. El efecto directo del Artículo [141] CE exige que los trabajadores a tiempo parcial tengan derecho a entrar en el mismo plan que los trabajadores a tiempo completo, proporcionalmente al número de horas trabajadas. Aunque la cuestión en el asunto *Kowalska* se refería principalmente al recurso disponible, la decisión con respecto a la situación de los convenios colectivos como justificación de discriminación indirecta por motivos de sexo fue confirmada en *Enderby*. Aquí, el Tribunal de Apelación de Inglaterra preguntó específicamente si el empresario podía basarse en el hecho de que los diferentes tipos de salarios de los trabajos en cuestión se deciden por negociación colectiva, como justificación de la discriminación. El Tribunal declaró inequívocamente que no podía, señalando que, si esta justificación estuviera disponible, los empresarios podrían fácilmente burlar el principio de igualdad de salario.²⁴⁶

El rechazo de procesos separados de negociación colectiva como justificación de la discriminación indirecta por motivos de sexo apoya la igualdad de oportunidades, dado que simplemente preguntar si llegar a dos niveles diferentes de salario se debe a la operación de dos procesos diferentes es insuficiente. Es necesario mirar *detrás* de estos procesos y preguntarse *por qué* un convenio colectivo pudo llegar a un resultado más favorable que el otro.²⁴⁷ Podría ser porque tradicionalmente los sindicatos han sido más eficaces en obtener mejor salario para los hombres que para las mujeres,²⁴⁸ y esto mismo podría deberse al hecho de que tradicionalmente el trabajo de los hombres es más valorado por el mercado que el de las mujeres. Por lo tanto, utilizar diferentes convenios como justificación en sí podría encubrir las fuerzas discriminatorias que yacen detrás de ellos. Libertad de contrato, en manos de sindicatos de orientación masculina,

puede significar libertad para perpetuar supuestos basados en el sexo y prácticas relacionadas con la categoría y el valor de los trabajos, en particular el supuesto de que los trabajos “masculinos”, llevados a cabo por el sostén de la familia, deben estar suficientemente bien remunerados para sustentar a la mujer e hijos. Como hemos visto, de hecho una proporción cada vez mayor de familias son sustentadas por mujeres, o dependen de los ingresos de una mujer.²⁴⁹

f. mantener la participación de los trabajadores

El Tribunal ha mantenido diálogo con los tribunales alemanes con respecto al trato diferente de los trabajadores a tiempo parcial que participan en comités de empresa y otros mecanismos de representación de trabajadores en la empresa del patrono. El tribunal consideró por primera vez esta cuestión en el asunto *Bötel*,²⁵⁰ relacionado con la aplicación a trabajadores a tiempo parcial de disposiciones de la legislación alemana que prevén la indemnización a empleados que necesitan tiempo libre para asistir a cursos de formación para participar en comités de personal. La legislación permitía indemnización solamente por el tiempo que los empleados habrían trabajado, si no hubiesen asistido a los cursos. La consecuencia era que los trabajadores a tiempo parcial recibían menos indemnización por asistir a los mismos cursos de formación que los trabajadores a tiempo completo.

Lo polémico fue que el Tribunal falló que la “indemnización” por asistir a los cursos de formación era “salario” en el sentido del Artículo 141 CE.²⁵¹ En el asunto *Helmig*,²⁵² el Tribunal había establecido que al comparar el salario de los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial para fines de una reclamación conforme al Artículo 141 CE, la comparación pertinente era entre el salario por las mismas horas trabajadas. Por consiguiente, cuando los trabajadores a tiempo parcial asisten a cursos de formación para permitirles participar en la representación del personal, pero no se les paga la “indemnización” dada a los trabajadores a tiempo completo por hacerlo, basándose en que los cursos se celebran fuera del horario de trabajo normal de los trabajadores a tiempo parcial (en su “tiempo libre” por implicación), esto constituye discriminación indirecta por motivos de sexo. El sistema total se construye aparentemente en torno a una noción influida por el sexo de lo que es un horario de trabajo “normal”, y no tiene en cuenta el hecho de que probablemente el tiempo en cuestión no es de ninguna manera tiempo “libre” para muchos trabajadores a tiempo parcial, que tienen posiblemente que organizar (y pagar) a un cuidador para que atienda a sus hijos durante dicho tiempo.

La justificación del Gobierno alemán se centró en su afirmación de que la diferencia de trato se debía enteramente a la diferencia de horas de trabajo, y dado que la legislación prevé indemnización por horas no trabajadas, no había discriminación. El tribunal declaró que este argumento no alteraba el hecho del impacto adverso sobre los trabajadores a tiempo parcial, aunque ambas categorías de trabajadores dediquen su tiempo para la formación, “con el objeto de salvaguardar eficazmente los intereses de los empleados en pro de las buenas relaciones laborales”.²⁵³ El Tribunal reservó efectivamente al tribunal nacional la posibilidad de declarar la discriminación justificada por otra razón.²⁵⁴

A pesar del fallo del Tribunal en el asunto *Bötel*, el Tribunal tuvo nuevamente que considerar esta cuestión en los asuntos *Lewark*²⁵⁵ y *Freers and Speckmann*.²⁵⁶ El motivo de las referencias es la condición especial de los comités de empresa y de

personal en la organización de las relaciones laborales y de política nacional de empleo de Alemania. La independencia de los comités de personal está garantizada, *entre otras cosas*, por el principio de que los miembros de los comités de personal desempeñan sus funciones sin pérdida de ingresos, y sin incentivos financieros para asumir dichas responsabilidades.²⁵⁷ El Tribunal reiteró que los efectos discriminatorios de la legislación podrían ser justificables considerando la política social nacional. Sin embargo, el Tribunal pasó a indicar que la legislación alemana probablemente “disuadiría a [los trabajadores a tiempo parcial] ... de desempeñar funciones en los comités de personal o de adquirir los conocimientos necesarios para desempeñarlas, haciendo más difícil para esta categoría de trabajadores estar representados por miembros calificados en los comités de personal”.²⁵⁸ La subrepresentación de las mujeres en las estructuras de negociación colectiva está bien documentada.²⁵⁹ Esta declaración podría interpretarse como una sugerencia del Tribunal de que el requisito de justificación no discriminatoria no estaba presente en este caso;²⁶⁰ sin embargo, el Tribunal definitivamente no excluyó un fallo en contra por parte del tribunal nacional.

g. buena gestión de los sistemas de seguridad social

En el único caso en que el Tribunal ha interpretado hasta ahora la Directiva 86/613 sobre igualdad de trato para profesionales y autónomos, *Jørgensen*,²⁶¹ el Tribunal consideró la reorganización de remuneración de los profesionales médicos especializados bajo el servicio de asistencia sanitaria de la Seguridad Social de Dinamarca. A fin de prevenir que estos profesionales en “consultorio a tiempo parcial” descuiden sus otras funciones en los hospitales públicos, se fijó un límite uniforme para la facturación de dichos consultorios a tiempo parcial. Además, los consultorios se reclasificaron haciendo referencia a su facturación en el año precedente a la reorganización, como consultorios a tiempo parcial o a tiempo completo. Sin embargo, en caso de venta, los consultorios serían automáticamente clasificados como consultorios a “tiempo parcial”.

El consultorio de la Sra. Jørgensen había sido previamente considerado un “consultorio a tiempo completo”, y de hecho continuó como tal después de la reorganización. Sin embargo, la Sra. Jørgensen argumentó que si lo vendiera, la cantidad anual de honorarios que el comprador podría recibir estaría fijada por el límite máximo. Dado que un consultorio médico es una inversión para una pensión futura, este límite afectaba por consiguiente la pensión prevista de la Sra. Jørgensen.²⁶² La Sra. Jørgensen señaló que había trabajado siempre en consultorio a tiempo completo, y que de hecho no había ejercido en hospitales públicos. La baja facturación en el ejercicio pertinente se debía a que había tenido que dedicar tiempo a sus compromisos familiares mientras los hijos eran pequeños. Argumentó que el plan de reorganización era indirectamente discriminatorio, dado que afectaba a una proporción más alta de especialistas médicos femeninos que masculinos, dado que las mujeres cuidan de la crianza de los hijos con mayor frecuencia que sus homólogos masculinos y que por este motivo realizan una cifra de negocios más baja. Hubo cierta disputa para determinar si las estadísticas demostraban esta discriminación indirecta por motivos de sexo.²⁶³ Sin embargo, el Tribunal estuvo suficientemente satisfecho de que podía haber ocurrido esta discriminación, y por lo tanto consideró también la cuestión de justificación objetiva.

El Gobierno danés argumentó que las funciones de la reorganización eran limitar el gasto público en asistencia sanitaria provista por profesionales médicos especializados, y mejorar la planificación financiera y geográfica del número de dichos especialistas.²⁶⁴ El tribunal nacional preguntó si las consideraciones relativas a rigor presupuestario, ahorros o planificación de consultorios médicos podían constituir justificaciones objetivas. El Tribunal reiteró su fallo anterior en el asunto *De Weert*²⁶⁵ al efecto de que, aunque las consideraciones presupuestarias podrían explicar la elección de política social de un Estado miembro e influir en la naturaleza o el alcance de sus medidas de protección social, no constituyen *por sí mismas* un objetivo perseguido por dicha política y, por consiguiente, no pueden constituir justificación de discriminación por motivos de sexo.²⁶⁶ El Tribunal se refirió también explícitamente al hecho de que la igualdad de trato por motivos de sexo es un principio fundamental del derecho comunitario.²⁶⁷ Sin embargo, la buena gestión del gasto público en asistencia médica especializada y la garantía de acceso a dicha asistencia podrían constituir justificaciones objetivas legítimas.²⁶⁸

h. ¿defensa?

Un número de Estados miembros, entre los que se encuentra Alemania, exigen el servicio militar obligatorio²⁶⁹ a todos los jóvenes. Las mujeres están excluidas de dicha obligación. El Tribunal considerará una impugnación de la discriminación directa por motivos de sexo que esto implica en el asunto *Dory*.²⁷⁰ Sin embargo, el Tribunal ya ha considerado una reclamación por discriminación *indirecta* por motivos de sexo resultante del asunto.²⁷¹ La ley de funcionarios públicos en el Estado alemán de Hesse prevé que, si hay insuficientes plazas para la etapa práctica de formación jurídica, y algunos candidatos calificados tienen que aplazar su ingreso, los que han hecho el servicio militar obligatorio (por definición hombres) figuran entre los que tienen prioridad para las plazas. La Sra. Schnorbus fue denegada una plaza de formación jurídica, y argumentó que las normas discriminaban contra las mujeres, ya que sólo los hombres podían hacer el servicio militar obligatorio. Se argumentó que la norma, creada para contrapesar la desventaja sufrida por los que tenían que hacer el servicio militar, estaba objetivamente justificada.

El tribunal dictó que se había producido discriminación indirecta por motivos de sexo.²⁷² Con respecto a la cuestión de justificación, el Tribunal hizo un número de preguntas específicas. ¿Era suficiente el hecho de que la norma resultaba *automáticamente* en la admisión preferente de hombres para excluir la justificación conforme al Artículo 2 (4) ETD?²⁷³ Si no, ¿era dicha norma justificada conforme al Artículo 2 (4) ETD, aún cuando fuese una medida encaminada a promover la igualdad de oportunidades *a favor de los hombres*?²⁷⁴ ¿Ha de considerarse el simple hecho de que sólo los hombres están obligados a hacer el servicio militar una desigualdad existente dentro del significado del Artículo 2 (4) ETD que perjudica las oportunidades de los hombres, o deben tenerse en cuenta también las desventajas de las mujeres? ¿Puede justificarse la norma exclusivamente sobre la base de que contrapesa desventajas no afrontadas por las mujeres? El Tribunal trató todas estas preguntas a la vez, de forma muy somera. A pesar de haber fallado que la discriminación era *indirecta*, y por lo tanto lógicamente que las justificaciones no necesitan limitarse a las derogaciones expresas en la directiva ETD, el Tribunal consideró el Artículo 2 (4) ETD como la base de justificación. El Tribunal declaró simplemente que

“ está claro que la disposición en tela de juicio, que tiene en cuenta el aplazamiento experimentado en el avance de su educación por los candidatos que están obligados a hacer el servicio militar o civil, es objetiva por naturaleza e impulsada solamente por el deseo de contrapesar hasta cierto punto los efectos de dicho aplazamiento ”²⁷⁵

y por consiguiente no se puede considerar que la disposición es contraria al principio de igualdad de trato.²⁷⁶ Además, el Tribunal dictó que la disposición no era desproporcionada, ya que el aplazamiento era solamente por un máximo de 12 meses, y el servicio militar o civil dura al menos dicho período.²⁷⁷

Tras este enfoque legalista técnico yace una cuestión fundamental acerca de la posible justificación de la restricción histórica del servicio militar obligatorio para los hombres. Esta cuestión enfrenta el “ derecho fundamental ” de igualdad en el Derecho comunitario con una disposición constitucional de un Estado miembro, relacionada con la defensa militar, un asunto claramente fuera del alcance de la competencia de la Comunidad y de extrema sensibilidad nacional. Los litigantes y el Tribunal parecían ansiosos de evitar esta cuestión en el asunto *Schnorbus*: el tribunal no podrá evitarlo en el asunto *Dory*.

D Discriminación Injustificable por Motivos de Sexo

Como hemos observado, la discriminación directa no puede justificarse salvo haciendo referencia a derogaciones legislativas específicas. No existen tales derogaciones con respecto a la igualdad de salario,²⁷⁸ sólo la igualdad de trato. La nueva directiva ETD propuesta incluirá el acoso sexual dentro de la definición de discriminación por motivos de sexo. Se propone que dicha forma de discriminación no pueda ser tampoco justificable. Esto se debe a la naturaleza de la discriminación, definida en la propuesta como “ conducta no deseada relacionada con el sexo ... con la finalidad o el efecto de afectar la dignidad de la persona ... ”. La referencia a la dignidad subraya la idea de que la discriminación por medio de acoso sexual está estrechamente relacionada con el derecho fundamental a no ser discriminado por motivos de sexo. No puede haber justificación para dejar de respetar este derecho fundamental en este contexto.

E Conclusiones

El Tribunal parece adoptar diferentes normas de justificación de discriminación por motivos de sexo en la vida laboral, según el contexto en que se produzca la discriminación. La discriminación directa por motivos de sexo en cuestiones de salario no es justificable. Una versión relativamente rígida de la prueba de proporcionalidad se aplica a la discriminación directa por motivos de sexo en cuestiones de acceso a empleo y condiciones de empleo. El tribunal retiene una versión relativamente rígida de la proporcionalidad al valorar las justificaciones de la discriminación indirecta por motivos de sexo relacionadas con el trabajo y las justificaciones relacionadas con la empresa, al menos cuando éstas son presentadas por un empresario. Las justificaciones más amplias relacionadas con el interés público, especialmente cuando son presentadas por un Estado miembro como puntal de su política social más amplia, son objeto solamente de una prueba más laxa de proporcionalidad basada en lo que es razonable.

Las diferencias en las normas de justificación se explican probablemente mejor por los “límites” del Derecho comunitario, y la necesidad de respetar la discreción nacional con respecto a políticas de seguridad social y otras políticas sociales fuera del campo del empleo, un asunto que en gran parte está fuera de la competencia de la Comunidad.²⁷⁹ Esto explica también por qué la jurisprudencia sobre igualdad de sexo del Tribunal ha sido (en general) aceptada por los tribunales nacionales, sin provocar los conflictos constitucionales que cabría esperar con respecto a un principio “constitucional” como el de la igualdad.²⁸⁰ Sin embargo, no concuerda con las amplias declaraciones del Tribunal acerca de la importancia de la igualdad de sexo como derecho fundamental de la persona en el orden jurídico de la Comunidad Europea.

- 1 Véase Barnard, *EC Employment Law* (Oxford: OUP, 2000); Hoskyns, *Integrating Gender* (London: Verso, 1996); Ellis, ‘The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law’ 19 *ELRev* (1994) 563; Fredman, ‘European Community Discrimination Law: A Critique’ 21 *ILJ* (1992) 119; More, ‘Equal Treatment’ of the Sexes in Community Law: What does “Equal” mean?’ 1 *Feminist Legal Studies* (1993) 45; More, ‘Equality of Treatment in European Community Law: The Limits of Market Equality’ en Bottomley, ed, *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law* (London: Cavendish, 1996).
- 2 Para una introducción útil desde una perspectiva americana, véase Bartlett and Kennedy, eds, *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender* (Boulder: Westview, 1991); desde una perspectiva británica, véase Fredman, *Discrimination Law* (Oxford: Clarendon Press, 2002) y Fredman, *Women and the Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997), especialmente el capítulo 1.
- 3 Claramente, la ley de discriminación sola no puede tratar todas las causas arraigadas de desigualdad. Sin embargo, los derechos legales juegan un papel con respecto a proporcionar reparación de reclamaciones individuales, y perfilar la conducta social.
- 4 Un número de autores considera que es, véase Barnard, supra n 1, p 206–208; Fredman (2002), supra n 2, esp 136–143; cf Von Prondzynski y Richards, ‘Equal Opportunities in the Labour Market: Tackling Indirect Sex Discrimination’ 1 *EPL* (1995) 117–138.
- 5 Véase Barnard, supra n 1, p 198; Barnard, ‘EC Sex Equality Law: A Balance Sheet’ in Alston, ed, *The EU and Human Rights* (Oxford: OUP, 1999); Barnard, ‘The Economic Objectives of Article 119 EC’ en Herve y O’Keeffe, eds, *Sex equality Law in the European Union* (Chichester: Wiley, 1996); More, ‘The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right’ en Craig y de Búrca, eds, *The Evolution of EU Law* (Oxford: OUP, 1999); Hoskyns, *Integrating Gender* (London: Verso, 1996, capítulo 4).
- 6 Véase el Asunto 43/75 *Defrenne No 2* [1975] REC 455: ‘El Artículo 119 persigue un doble objetivo ... a la vez económico y social ...’; Asunto 149/77 *Defrenne No 3* [1978] REC 1365: ‘el respeto por los derechos fundamentales de la persona es uno de los principios generales del derecho comunitario ... no cabe duda de que la eliminación de la discriminación basada en el sexo forma parte de dichos derechos fundamentales’. Véase, Docksey, ‘The Principle of Equality Between Women and Men as a Fundamental Right under Community Law’ 20 *ILJ* (1991) 258–280; Kilpatrick, ‘Gender Equality: A Fundamental Dialogue’ en Sciarra, ed, *Labour Law in the Courts: National Judges and the European Court of Justice* (Oxford: Hart, 2000) Flynn, ‘Equality Between Men and Women in the Court of Justice’ 18 *YEL* (1998) 259; Loenen, ‘Rethinking Sex Equality as a Human Right’ (1994) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 253.
- 7 Asunto C-13/94 [1996] REC I-2143. Véase Barnard, ‘P v S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?’ en Dashwood y O’Leary, eds, *The Principle of Equal Treatment in EC Law* (London: Sweet and Maxwell, 1997); Flynn, ‘The Body Politic(s) of

- EC Law' en Hervey y O'Keefe, eds, *Sex Equality Law in the European Union* (Chichester: Wiley, 1996); Flynn, 34 CMLRev (1997) 367; Stychin, 2 *International Journal of Discrimination and the Law* (1997) 217; Wintemute, 'Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes' 60 MLR (1997) 334; Skidmore, 'Can Transsexuals Suffer Sex Discrimination?' 19 JSWFL (1997) 105
- 8 Párrafo 19. Véase también la opinión del AG en párrafo 22: 'La Directiva no es nada sino una expresión de un principio general y un derecho fundamental ... El respeto por los derechos fundamentales es uno de los principios generales del derecho comunitario, cuya observancia el Tribunal tiene el deber de asegurar'. El Tribunal adoptó un enfoque similar en el Asunto C-132/92 *Birds Eye Walls v Roberts* [1993] REC I-5579 cuando declaró que el principio de igualdad de salario para mujeres y hombres era 'como el principio general de no discriminación que enmarca en una forma específica'.
- 9 Párrafo 22.
- 10 Asunto C-50/96 [2000] REC I-743.
- 11 Citando el Asunto 149/77 *Defrenne No 3*; Asuntos 75/82 y 117/82 *Razzouk and Beydoun v Commission* [1984] ECR 1509 y Asunto C-13/94 *P v S*.
- 12 Párrafo 57.
- 13 Véase también Ellis, 'Proportionality in EC Sex Discrimination Law' en Ellis, ed, *The Principle of Proportionality in the laws of Europe* (Oxford: Hart, 1999), p 166; Prechal, 'Combating Indirect Discrimination in Community Law Context' (1993) LIEI 81-97, en 87.
- 14 Véase, por ejemplo, Fredman, 'European Community Discrimination Law: A Critique' 21 ILJ (1992) 119; More, ' "Equal Treatment" of the Sexes in Community Law: What does "Equal" mean?' 1 *Feminist Legal Studies* (1993) 45; Fenwick and Hervey, 'Sex Equality in the Single Market: New Directions for the European Court of Justice' 32 CMLRev (1995) 443; De Búrca, 'The Role of Equality in Community Law' en Dashwood y O'Leary, eds, *The Principle of Equal Treatment in EC Law* (London: Sweet and Maxwell, 1997)
- 15 Asunto C-249/96 [1998] REC I-621. Véase además, Bamforth, 'Sexual Orientation Discrimination after *Grant v South West Trains*' 63 MLR (2000) 694; Wintemute, supra n 7; Bell, 'Shifting Conception of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from *P v S* to *Grant v SWT*' 5 ELJ (1999) 63; Armstrong, 'Tales of the Community: sexual orientation discrimination and EC law' 20 JSWFL (1998) 455; Kenner, *Employment Law in the European Union: From Rome to Amsterdam* (Oxford: Hart, 2002 forthcoming), capítulo 10.
- 16 Relacionado con la legislación laboral, la igualdad de trato en la seguridad social está cubierta por las Directivas 79/7/EEC y 86/378/EC; la igualdad de trato en pensiones profesionales está cubierta por el Artículo 141 CE. El debate de la justificación de la discriminación por motivos de sexo en el contexto de la seguridad social está fuera del ámbito de esta ponencia. Para mayor información, véase, Hervey y Shaw, 'Women, Work and Care: Women's Dual Role and Double Burden in EC Sex Equality Law' 8 JESP (1998) 43-63; Hervey, 'Sex Equality in Social Protection: New Institutional Perspectives on Allocation of Competence' 4 ELJ (1998) 196-219; Sohrab, *Sexing the Benefit: Women, Social Security and Financial Independence in EC Sex Equality Law* (Aldershot: Dartmouth, 1996); Whiteford, *Adapting to Change: Occupational Pension Schemes, Women and Migrant Workers* (Deventer: Kluwer, 1997).
- 17 Complementado por la Directiva 75/117/EEC OJ 1975 L 45/19.
- 18 OJ 1976 L 39/40.
- 19 COM(2000) 334; Informe del Parlamento Europeo A5/2001/173; COM(2001) 321 final; Posición Común del Consejo 32/2001 OJ 2001 C 307/5; COM(2001) 689 final.
- 20 OJ 1986 L 359/56.
- 21 Directiva 92/85/EC OJ 1992 L 348/1.
- 22 Directiva 97/81/EC OJ 1998 L 14/9; Directiva 99/70/EC OJ 1999 L 175/143.

- 23 Directiva 96/34/EC OJ 1996 L 145/4; enmendada por la Directiva 97/75/EC OJ 1998 L 10/24.
- 24 Directiva 2000/43/EC OJ 2000 L 180/22.
- 25 Directiva 2000/78/EC OJ 2000 L 303/16.
- 26 Véase también Kilpatrick, 'Community or Communities of Courts in European Integration? Sex Equality Dialogues Between UK Courts and the ECJ' 4 ELJ (1998) 121–147, en 144; Barnard, *supra* n 1, p 218; Ellis, 'The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality' 37 CMLRev (2000) 1403–26, en 1407–11; Nielsen, 'The Concept of Sex Discrimination: Recent Developments and Future Perspectives in EU Law', en Kalliomaa-Puha, eds, *Perspectives of Equality* (Copenhagen: Nordic Council of Ministers, 2000).
- 27 Cuando la aplicación de un criterio o práctica, en sí mismo neutro por razón de sexo, tiene el efecto de discriminar contra las mujeres (u hombres), dado que desfavorece de hecho a una proporción mucho más alta de mujeres que hombres. Véase por ejemplo el Asunto 170/84 *Bilka Kaufhaus* [1986] REC 1607 donde la exclusión de trabajadores a tiempo parcial de un plan de pensiones de empresa tuvo el efecto de desfavorecer a muchas más mujeres que hombres. La intención del empresario no es pertinente en la determinación de discriminación indirecta por razón de sexo. Los problemas surgen con respecto a identificar el grupo apropiado de parágones, determinar qué es una "proporción considerablemente mayor" de mujeres (u hombres), y decidir en qué momento se debe juzgar el efecto discriminatorio, véase el Asunto C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] REC I-623.
- 28 Cuando un sexo es tratado menos favorablemente que el otro por causa de su sexo; véase por ejemplo el Asunto 129/79 *Macarthy v Smith* [1980] REC 1275 donde una mujer recibió menos salario que un hombre realizando el mismo trabajo.
- 29 Véase la opinión del AG en *Grant*, párrafo 38; y, argumentando en contra, la opinión del AG en el Asunto C-312/92 *Roberts* [1993] REC I-5579.
- 30 Véase también Ellis, *supra* n 13, que discute la aplicación de proporcionalidad con respecto a discriminación directa e indirecta en el derecho comunitario.
- 31 En la práctica, podría tener importancia por lo que respecta a la carga de prueba. La Directiva 97/80/EC, Artículo 4, prevé que 'cuando personas que se consideran agraviadas porque el principio de igualdad de trato no ha sido aplicado a ellas establecen ... hechos a partir de los cuales se podría deducir que ha habido discriminación directa o indirecta, dependerá del demandado probar que no ha habido violación del principio de igualdad de trato.' Podría ser también relevante por lo que respecta a la respuesta emocional del empleado discriminado – una cosa es que le digan a uno que, conforme a la ley ha sido discriminado, pero que está justificado por una razón preponderante, y otra cosa es que la ley no considere la actividad en absoluto discriminatoria.
- 32 Véase el Asunto 222/84 *Johnson v Chief Constable of the RUC* [1986] REC 1651, párrafo 38; Asunto 318/86 *Commission v France (Sex Discrimination in the Civil Service)* [1988] REC 3559.
- 33 Asunto 222/84 *Johnson v Chief Constable of the RUC* [1986] REC 1651; Asunto C-273/97 *Sirdar v The Army Board* [1999] REC I-7403; Asunto C-285/98 *Kreil v Germany* [2000] REC I-69.
- 34 Asunto 248/83 *Commission v Germany (Sex Discrimination Laws)* [1985] REC 1459.
- 35 Texto de la Posición Común del Consejo 32/2001/EC OJ 2001 C 307/5.
- 36 COM(2000) 334 final.
- 37 La propuesta original y las enmiendas propuestas del Parlamento incluyen una declaración explícita al efecto de que la derogación del principio de igualdad permanecerá dentro de los límites de lo que es apropiado y necesario para lograr el objetivo previsto. El Parlamento europeo intentó borrar las palabras 'o del contexto en el que se llevan a cabo', basándose en que a menudo conduce a abusos; véase el Informe Hautala del Parlamento europeo, A5/2001/173, p 20. Según el Parlamento,

- esto sería compatible con la jurisprudencia del Tribunal. Sin embargo, dado que elementos contextuales del lugar de trabajo podrían ser pertinentes en cuanto a la protección de derechos compensatorios importantes, como la privacidad personal, parecería que la inclusión de esta disposición es apropiada.
- 38 La Comisión (COM(2001) 321 final) y el Parlamento también fueron partidarios de añadir una frase al principio del Artículo 2 (2) ETD al efecto de que las exclusiones generales de un sexo del acceso a cualquier tipo de actividad profesional constituyen discriminación conforme al significado de la Directiva. Esto fue rechazado por el Consejo alegando que esta frase hubiera contradicho el resto de la disposición, que preveía que ciertas características relacionadas con el sexo podrían justificar la diferencia de trato. Además, se opinó que debería omitirse para respetar la coherencia de texto con el 'Artículo 13 Directivas' 2000/43/EC y 2000/78/EC.
- 39 Aunque por supuesto Fiona Shaw y Sarah Bernhardt han interpretado Hamlet; gracias a Philip Rostant por señalarme este dato.
- 40 Asunto 165/82 [1983] REC 3431.
- 41 Asunto 318/86 *Commission v France (Sex Discrimination in the Civil Service)* [1988] REC 3559.
- 42 Asunto 222/84 [1986] REC 1651.
- 43 Párrafos 36–37.
- 44 Véase Ellis, 'Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality' 37 CMLRev (2000) 1403–26, en 1414–5: 'El grado de estereotipado sexual contenido en esta formulación es poco menos que sorprendente ¿Por qué, nos preguntaríamos, está fuera de duda que una mujer pueda ser cocinera pero no comando?'
- 45 El Tribunal consideró también la restricción del servicio militar obligatorio a los hombres solamente en el Asunto C-79/99 *Schnorbus* [2000] REC I-997, discutido más abajo. El Tribunal considerará si los fallos *Sirdar* y *Kreil* pueden ser alegados como fundamento por un hombre que disputa el hecho de que el servicio militar en Alemania es obligatorio para los hombres y no para las mujeres en el Asunto C-186/01 *Dory*. El Tribunal rechazó una solicitud del Sr. Dory de subsidio provisional en C-186/01-R [2001] REC I-7823, por motivo de falta de jurisdicción.
- 46 Véase, vg. Convención ILO No 89 del 9 de julio de 1948.
- 47 Asunto C-421/92 *Habermann-Beltermann* [1994] REC I-1657.
- 48 Asunto C-345/89 *Stoeckel* [1991] REC I-4047; Asunto C-158/91 *Levy* [1993] REC I-4287. Véase también el Asunto C-13/93 *Minne* [1994] REC I-371; Asunto C-197/96 *Commission v France (Nightwork for Women)* [1997] REC I-1489.
- 49 Véase el Asunto 222/84 *Johnston v RUC* [1986] REC 1651, párrafos 44–46; Asunto 318/86 *Commission v France (Sex Discrimination in the Civil Service)* [1988] REC 3559; Asunto 184/83 *Hofmann v Barmer Ersatzkasse* [1984] REC 3047; Asunto 312/86 *Commission v France (Protection of Women)* [1988] REC 6315.
- 50 Wynn, 'Pregnancy Discrimination: Equality, Protection or Reconciliation?' 62 MLRev (1999) 435, en 439.
- 51 Directiva 92/85/EC OJ 1992 L 348/1.
- 52 La Directiva PMD se aplica igualmente a las mujeres en contratos a plazo fijo y contratos indefinidos, véase el Asunto C-109/00 *Tele Danmark* [2001] REC I-6993 párrafo 33; Asunto C-438/99 *Melgar* [2001] REC I-6915, párrafo 44.
- 53 Artículo 4 (1) y Artículo 6 Directiva PMD.
- 54 Artículo 11 Directiva PMD.
- 55 Artículo 8 Directiva PMD.
- 56 Artículo 11(2) Directiva PMD.
- 57 Artículo 10 Directiva PMD, 'salvo en casos excepcionales no conectados con su condición que estén permitidos bajo la legislación y/o práctica nacional', por ejemplo, conducta que permita el despido, como la deshonestidad.
- 58 Asunto 177/88 *Dekker* [1990] REC I-3941; Asunto C-179/88 *Hertz* [1990] REC I-3979; Asunto C-136/95 *Thibault* [1998] REC I-2011, párrafo 26.
- 59 Asunto 177/88 *Dekker*; Asunto C-179/88 *Hertz*; véase también el Tribunal Supremo

- Canadiense en *Brookes v Canada Safeway Ltd* (1989) 1 SCR 1219; y el Tribunal Supremo Estadounidense en *California Federal Savings and Loan Association v Guerra* (1987) 479 US 272, 107 S Ct 683. Este enfoque ha sido criticado por algunos autores, véase en particular, Wintemute, 'When is Pregnancy Discrimination Indirect Discrimination?' 27 ILJ (1998) 23, pero véase, en respuesta, Honeyball, 'Pregnancy and Sex Discrimination' 29 ILJ (2000) 43.
- 60 Asunto C-66/96 Høy Pedersen [1998] REC I-7327.
- 61 Asunto 207/98 [2000] REC I-549.
- 62 Artículo 10 Directiva PMD
- 63 Asunto C-32/93 [1994] REC I-3567.
- 64 Barnard, supra n 1, p 272; Szyszczak, 'Community Law on Pregnancy and Maternity' en Hervey y O'Keefe, eds, *Sex Equality Law in the European Union* (Chichester: Wiley, 1996).
- 65 Asunto C-109/00 *Tele Danmark* [2001] REC I-6993.
- 66 Párrafo 30. El Tribunal pasó a observar, en el párrafo 33, que si la legislatura hubiese deseado excluir los contratos de empleo a plazo fijo del ámbito de aplicación de las Directivas ETD PMD, lo habría dicho así expresamente.
- 67 Asunto C-438/99 *Melgar* [2001] REC I-6915.
- 68 En realidad, uno de una larga serie de contratos a plazo fijo con el mismo empresario.
- 69 Asunto 177/88 *Dekker*.
- 70 Asunto C-438/99 *Melgar*, párrafos 46-47.
- 71 Asunto C-207/98 [2000] REC I-549.
- 72 Caracciolo di Torella y Masselot, 'Pregnancy, maternity and the organisation of family life' 26 ELRev (2001) 239, en 247.
- 73 Asunto C-179/88 [1990] REC I-3979.
- 74 Si el despido por causa de embarazo constituye discriminación directa por razones de sexo (injustificable) (porque sólo las mujeres pueden estar embarazadas), el despido por causa de enfermedad relacionada con el embarazo debe lógicamente constituir también discriminación directa por razones de sexo (injustificable). Véase Barnard, supra n 1, p 270; Wynn, 'Pregnancy Discrimination: Equality, Protection or Reconciliation?' 62 MLRev (1999) 435, en 439.
- 75 Párrafos 14-16.
- 76 Asunto C-400/95 [1997] REC 2757.
- 77 Asunto C-394/96 [1998] REC I-4185.
- 78 Párrafo 27, cursiva añadida.
- 79 Párrafo 31.
- 80 Asunto C-66/96 [1998] REC I-7327.
- 81 Párrafo 34. El Tribunal declaró que esto es así a menos que los subsidios recibidos bajo la legislación nacional pertinente sean iguales al salario de las mujeres. Es de notar que el Tribunal no describe la discriminación en cuestión como discriminación "directa", ni cita a *Dekker*.
- 82 Asunto C-249/97 [1999] REC I-5295.
- 83 Véase además, Ellis, supra n 44, en 1410-12.
- 84 Párrafo 12.
- 85 Párrafo 26.
- 86 Asunto C-207/98 *Malburg* [2000] REC I-549.
- 87 Párrafo 29.
- 88 La falta de claro razonamiento ha sido criticada por un número de autores, véase ed Ellis, supra n 44; Caracciolo di Torella y Masselot, supra n 72.
- 89 Véase también *Gillespie*, con respecto al pago de aumentos de salario durante el permiso por maternidad.
- 90 Asunto C-342/93 [1996] REC I-475.
- 91 Asunto C-411/96 [1998] REC I-6401.
- 92 Véase Hervey y Shaw, supra n 16, en 52.
- 93 Asunto C-66/96 [1998] REC I-7327.

- 94 Párrafo 38.
- 95 Párrafo 39.
- 96 Párrafo 40. Es interesante que el Tribunal cite el Asunto C-457/93 *Lewark* [1996] REC I-243, párrafo 31 en este respecto, ya que *Lewark* se refiere a discriminación *indirecta* por razones de sexo.
- 97 Véase además en este respecto Caracciolo di Torella y Masselot, supra n 72.
- 98 OJ 2000 L 303/16.
- 99 Asunto C-312/92 *Roberts* [1993] REC I-5579.
- 100 Asunto 184/82 [1984] ECR 3047. Véase también el Asunto 163/82 *Commission v Italy* [1983] REC 3273.
- 101 Párrafo 25.
- 102 Asunto 312/86 [1988] REC 6315.
- 103 Asunto C-218/98 *Abdoulaye v Renault* [1999] REC I-5723.
- 104 Véase, también, por ejemplo, el Asunto C-411/96 *Boyle*, párrafo 40.
- 105 Asunto C-476/99 [2002] REC I- (19 de marzo de 2002).
- 106 Salvo en emergencias, a determinar por el empresario.
- 107 McGlynn, 'Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law' 6 ELJ (2000) 29; McGlynn, 'Pregnancy, Parenthood and the Court of Justice in *Abdoulaye*' 25 ELRev (2000) 654; McGlynn, 'Reclaiming a Feminist Vision: The Reconciliation of Paid Work and Family Life in European Union Law and Policy' 7 *Columbia Journal of European Law* (2001) 241. Véase también Caracciolo di Torella y Masselot, supra n 72; Caracciolo di Torella, 'Childcare, Employment and Equality in the EC: First (False) Steps of the Court' 25 ELRev (2000) 310; Hervey y Shaw, supra n 16; Moebius y Szysszczak, 'Of Raising Pigs and Children' 18 YEL (1998) 125.
- 108 Y quizás corto permiso por maternidad postnacimiento.
- 109 Directiva 96/34/EC OJ 1996 L 145/4.
- 110 Asunto C-333/97 [1999] REC I-7243.
- 111 Directiva 96/34/EC, Anexo, Cláusula 2 (6).
- 112 Párrafo 40
- 113 Como McGlynn observa, este resultado "absurdo" y "contraintuitivo" significa que una clave para promover la igualdad de oportunidades, que los hombres participen más en el cuidado de los hijos, conduciría a una reducción de los derechos de las mujeres. McGlynn (2001) supra n 107, en 268-269.
- 114 Contra los hombres, que tendrían menos probabilidades que las mujeres de beneficiarse de dicho trato especial para padres.
- 115 Un derecho ya disfrutado en muchos Estados miembros.
- 116 Anexo, Cláusula 2 (5).
- 117 Véase además, Fredman, 'Affirmative Action and the European Court of Justice: A Critical Analysis' en Shaw, ed, *Social Law and Policy in an Evolving European Union* (Oxford: Hart, 2000); Fredman, *Discrimination Law* (Oxford: Clarendon Press, 2002), p 136-43; Peters, 'The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law - A Conceptual Analysis' 2 ELJ (1996) 177; Barnard y Hervey, 'Softening the approach to quotas: positive action after *Marschall*' 20 JSWFL (1998) 333-52; Barnard, 'The Principle of Equality in the Community context: *P. Grant, Kalanke and Marschall*: Four Uneasy Bedfellows' 57 CLJ (1998) 352; Schiek, 'Positive Action before the European Court of Justice - New Conceptions of Equality in Community Law?' 16 IJCLL&IR (2000) 251.
- 118 Asunto C-450/93 *Kalanke* [1995] REC I-3051, párrafo 16; Asunto C-158/97 *Baedeck* [2000] REC I-1875, párrafo 17; Asunto C-476/99 *Lommers* [2002] REC I- (19 de marzo de 2002), párrafo 30.
- 119 Véase Barnard y Hervey, 'European Union Employment and Social Policy Survey 1996 and 1997' 17 YEL (1997) 436-490 y Barnard y Hervey, 'European Union Employment and Social Policy Survey 1999-2000' 20 YEL (2001), sobre los cuales se basa esta sección.
- 120 Asunto C-450/93 [1995] REC I-3051.

- 121 Párrafo 22.
- 122 Asunto C-407/98 [2000] REC I-5539.
- 123 Este resultado no fue afectado por el número limitado de puestos a los que se aplicó la norma ni el nivel del nombramiento.
- 124 Alemania ha tenido varios sistemas de cuotas para la “promoción de las mujeres” en empleo público desde mediados de la década de los 80 tanto a nivel federal como regional. Para mayor información, véase Shaw, ‘Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems’ en Hepple y Szyzszak, eds. *Discrimination: The Limits of Law* (London: Mansell, 1992); Szyzszak, ‘Positive Action after *Kalanke*’ 59 MLRev (1996) 876; Prechal, 33 CMLRev (1996) 1245; Moore, ‘Nothing Positive from the Court of Justice’ 21 ELRev (1996) 156; Fenwick, ‘Perpetuating Inequality in the Name of Equal Treatment’ 18 JSWFL (1996) 263; Barnard y Hervey, ‘Softening the approach to quotas: positive action after *Marschall*’ 20 JSWFL (1998) 333; Schiek, ‘Positive Action in Community Law’ 25 ILJ (1996) 239; Schiek, ‘Sex Equality Law after *Kalanke* and *Marschall*’ 4 ELJ (1998) 148.
- 125 El nuevo Artículo 141 (4) CE, y la “normalización” de la igualdad de sexo (a diferencia de una simple “igualdad de trato”) en el Artículo 3 (2) CE habían sido acordados y firmados, pero no estaban ratificados y en vigor en la fecha de la sentencia. Véase Shaw, ‘European Union Governance and the Question of Gender: a critical comment’ <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/011901.html>.
- 126 Asunto C-409/95 *Marschall* [1997] REC I-6363.
- 127 Párrafo 33.
- 128 ‘[N]o como para discriminar contra los *candidatos* femeninos (plural)’ párrafo 33, énfasis añadido.
- 129 Tales como, por ejemplo, su necesidad de llevar a casa un “salario doméstico” (un requisito indirectamente discriminatorio) que podría ser todavía implícito en algunos aspectos de los sistemas nacionales de seguridad social), o el hecho de que el hombre es el único sostén de la familia (también un supuesto indirectamente discriminatorio). El tribunal nacional sugirió que éste podría ser precisamente un criterio así aplicado en la evaluación.
- 130 C-158/97 [2000] REC I-1875.
- 131 Párrafos 45–55.
- 132 *Flexible Ergebnisquote*.
- 133 Estas razones de “mayor peso legal” se refieren a cinco normas de ley, descritas como “aspectos sociales”, que no hacen referencia al sexo. El trato preferente se da, primero, a ex empleados de la administración pública que han abandonado el servicio por compromisos familiares; en segundo lugar, a individuos que trabajan a tiempo parcial por razones de familia y que ahora desean reanudar el empleo a tiempo completo; en tercer lugar, a ex soldados temporarios; en cuarto lugar, a personas muy discapacitadas; y en quinto lugar, a los desempleados a largo plazo; véase el párrafo 35. Véase generalmente, Barnard, supra n 1, p 241–8.
- 134 Párrafos 23; 36–38.
- 135 Párrafo 31.
- 136 Párrafo 32.
- 137 La legitimidad de estos criterios no fue realmente disputada en las actuaciones principales; véase el párrafo 32.
- 138 Párrafo 33.
- 139 Párrafos 42–43; Opinión del AG, párrafo 39.
- 140 Numhauser-Henning, ‘Swedish Sex Equality Law before the European Court of Justice’ 30 ILJ (2001) 121.
- 141 *Marschall*, Párrafo 30.
- 142 Párrafo 13.
- 143 Párrafo 29.
- 144 Párrafo 30.
- 145 Kenner, supra n 15.

- 146 El Tribunal ha considerado también el Artículo 141 (4) CE (o más bien su precursor, Artículo 6 (3) en el Convenio sobre Política Social) en el contexto de la prestación de seguridad social en el Asunto C-366/99 *Griesmar* [2001] REC I- (29 de noviembre de 2001).
- 147 Parece que “emergencias” en este contexto significa padres sin cónyuge.
- 148 Párrafo 32.
- 149 Párrafos 33; 38.
- 150 OJ 1984 L 331/34.
- 151 OJ 1992 L 123/16.
- 152 Párrafos 35 y 37.
- 153 Párrafo 42.
- 154 Directiva sobre carga de la prueba 97/80/EC, Artículo 2 (2), OJ 1998 L 14/6.
- 155 Asunto C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] REC I-623.
- 156 Asunto 170/84 *Bilka-Kaufhaus* [1986] REC 1607. Por ejemplo, el Tribunal ha observado periódicamente que es de todos sabido que los trabajadores a tiempo parcial suelen ser mujeres más bien que hombres, véase, vg. el Asunto C-33/89 *Kowalska* [1990] REC I-2591, párrafo 13; Asunto C-322/98 *Kachelmann* [2000] REC I-7505, párrafo 24. Véase además, Barnard y Hepple, ‘Indirect Discrimination: Interpreting *Seymour-Smith*’ 58 CLJ (1999) 399.
- 157 Asunto 170/84 [1986] REC 1607, párrafo 36.
- 158 Asunto 171/88 [1989] REC 2743.
- 159 Asunto C-243/95 [1998] REC I-3739.
- 160 Véase Ellis ‘Gender Discrimination Law in the European Community’ en J Dine y B Watt eds, *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications* (London: Longman, 1996).
- 161 Asunto C-444/93 [1995] REC I-4741.
- 162 Asunto C-317/93 [1995] REC I-4625.
- 163 Directiva 79/7/EEC OJ 1979 L 6/24.
- 164 Define a los que trabajan menos de 15 horas a la semana y cuyos ingresos no exceden de una séptima parte del “salario de referencia” mensual, es decir el salario medio de las personas aseguradas bajo el plan obligatorio de seguro de vejez durante el año civil previo.
- 165 *Nolte*, párrafo 33; *Megner*, párrafo 29.
- 166 *Nolte*, párrafo 36; *Megner*, párrafo 30.
- 167 Asunto C-280/94 [1996] REC I-179, párrafos 26–27.
- 168 Asunto C-8/94 [1996] REC I-273, párrafos 18–19.
- 169 Asunto C-360/90 [1992] REC I-3589.
- 170 Asunto C-167/97 [1999] REC I-623.
- 171 Párrafo 69.
- 172 Refiriéndose a *Nolte*, párrafo 36.
- 173 Párrafo 75.
- 174 Véase Hervey, supra n 16.
- 175 Asunto 237/85 [1986] REC 2101.
- 176 Párrafo 13.
- 177 Párrafo 24.
- 178 Una discusión detallada de los problemas difíciles que rodean la evaluación del trabajo está fuera del ámbito de esta ponencia. Véase además, McColgan, *Just Wages for Women* (Oxford: OUP, 1997).
- 179 Asunto 109/88 [1989] REC I-3199.
- 180 Párrafo 23.
- 181 Véase el Asunto C-309/97 *Wiener Gebetskrankenkasse* [1999] REC I-2865.
- 182 Párrafo 24.
- 183 Asunto C-184/89 [1991] REC I-297.
- 184 Párrafo 14.
- 185 Párrafo 14.

- 186 El enfoque *Nimz* ha sido confirmado en el Asunto C-1/95 *Gerster* [1997] ECR I-5253, Asunto C-100/95 *Kording* [1997] REC I-5289; y el Asunto C-243/95 *Hill and Stapleton* [1998] REC I-3739, párrafo 43.
- 187 *Danfoss*, párrafo 22.
- 188 Asunto C-236/98 [2000] REC I-2189.
- 189 Párrafos 43–45.
- 190 Párrafos 48–49.
- 191 Párrafo 54.
- 192 Párrafo 61.
- 193 Asunto C-400/93 [1995] REC I-1275.
- 194 Párrafo 21. Véase además, Bourn, ‘The Devil is in the Detail’ 20 *ELRev* (1995) 612–8.
- 195 Asunto C-381/99 *Brunnhöfer* [2001] REC I-4961.
- 196 Párrafo 79.
- 197 *Bilka*, párrafo 36: “Corresponde al tribunal nacional ... decidir si ... las causas presentadas por el empresario ... pueden considerarse objetivamente justificadas por motivos *económicos*” (énfasis añadido). Véase también el Asunto 96/80 *Jenkins v Kingsgate* [1981] REC 911, párrafo 12: “esto podría ser así ... cuando ... el empresario se está esforzando, *por causas económicas que podrían estar justificadas*, por fomentar el trabajo a tiempo completo ...” (énfasis añadido).
- 198 Asunto C-127/92 [1993] REC I-5535.
- 199 Párrafo 26.
- 200 Para mayor elaboración, Véase Fenwick y Hervey, supra n 14, sobre los que se basa esta sección.
- 201 Véase *Rinner Kühn y Hill*.
- 202 Véase también el Asunto C-400/93 *Royal Copenhagen* [1995] REC I-1275.
- 203 Aunque no en otros, véase Fenwick y Hervey, supra n 14.
- 204 Asunto C-243/95 [1998] REC I-3739. Véase McGlynn y Farrelly, ‘Equal Pay and the “Protection of Women within Family Life”’ 24 *ELRev* (1999) 202–207.
- 205 Párrafo 25. El Tribunal declaró que el 99,2% de los oficinistas (el trabajo de la Sra. Hill y la Sra. Stapleton) que comparten puestos de trabajo son mujeres y el 98% de todos los funcionarios públicos que trabajan bajo contratos de trabajo compartidos.
- 206 Párrafo 40.
- 207 Párrafo 42.
- 208 Véase, en el contexto británico, *Brook and others v Mayor and Burgesses of the London Borough of Haringey* [1992] IRLR 478. Para otro ejemplo, véase la norma de que los “dobles asalariados” deben ser los primeros en ser despedidos en el *Kündigungsschutzgesetz* alemán (Ley de Protección contra Despido).
- 209 Asunto C-322/98 [2000] REC I-7505.
- 210 Párrafo 24.
- 211 En Alemania, y probablemente en toda la Comunidad, párrafo 27.
- 212 Párrafo 27.
- 213 Párrafo 28.
- 214 Párrafo 33.
- 215 Véase *Megner and Scheffel; Nolte*; Asunto C-226/98 *Jørgensen* [2000] REC I-2447, párrafo 41.
- 216 Párrafo 34.
- 217 Asunto 171/88 [1989] REC 2743.
- 218 Párrafo 14.
- 219 Véase vg. *Kröger*.
- 220 Asunto C-167/97 *R v Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith and Perez* [1999] REC I-623.
- 221 Asunto C-444/93 [1995] REC I-4741.
- 222 Asunto C-317/93 [1995] REC I-4625.
- 223 Asunto C-189/91 [1993] REC I-6185. Véase Horspool, ‘Annotation of *Kirshammer-*

- Hack* 31 CMLRev (1994) 1115–24.
- 224 Párrafo 30.
- 225 Párrafo 33; véase también el párrafo 35.
- 226 Asunto C-444/93 [1995] REC I-4741.
- 227 Asunto C-317/93 [1995] REC I-4625.
- 228 Asunto C-281/97 [1999] REC I-5127.
- 229 Dicho “empleo subalterno” constituye empleo de menos de 15 horas semanales, con salario normal que no exceda una fracción del básico mensual. Está exento de la obligación de hacer contribuciones a la seguridad social.
- 230 En el Asunto C-333/97 *Lewen v Denda* [1999] REC I-7243, el Tribunal falló que una paga de Navidad constituye “salario” en el sentido del Artículo 119 EC, incluso si se paga voluntariamente, y esencialmente como incentivo de trabajo para el año siguiente o lealtad con el empresario (párrafo 21).
- 231 Párrafo 23.
- 232 Párrafo 25.
- 233 Párrafo 26.
- 234 Párrafo 29.
- 235 Asunto 171/88 [1999] REC 2743.
- 236 En este caso, los que no habían trabajado más de 10 horas a la semana o 45 horas al mes.
- 237 Informe para la Vista, [1999] REC 2743, en 2747. Véase también el párrafo 13 de la sentencia.
- 238 Informe para la Vista, [1999] REC 2743, en 2747.
- 239 Párrafo 16.
- 240 Párrafo 14.
- 241 Párrafo 14.
- 242 Asunto C-33/89 [1990] REC I-2591.
- 243 Informe para la Vista [1990] REC I-2591, en 2593.
- 244 Párrafo 14.
- 245 Opinión del AG, párrafo 14.
- 246 Párrafos 20–23.
- 247 Para el comentario, véase, Lester y Rose, ‘Equal value claims and sex bias in collective bargaining’ 20 ILJ (1991) 163–175; Gay, ‘Collective bargaining as a material factor defence in equal value claims’ 18 ILJ (1989) 63–66.
- 248 Véase Soldon, *Women in British Trade Unions* (1978), p 186–7; Boston, *Women Workers and the Trade Union Movement* (1980), p 9–11; 278–305.
- 249 Véase Fenwick y Hervey, supra n 14, sobre los que se basa esta sección.
- 250 Asunto C-360/90 [1992] REC I-3589.
- 251 Véase además, Shaw, ‘Works Councils in German Enterprises and Article 119 EC’ 22 ELRev (1997) 256–62.
- 252 Asuntos C-399/92 C-409/92, C-425/92, C-34/93 [1994] REC I-5727.
- 253 Párrafo 24.
- 254 Párrafo 26.
- 255 Asunto C-457/93 [1996] REC I-243.
- 256 Asunto C-278/93 [1996] REC I-1165.
- 257 Como Kilpatrick subraya, esencialmente las referencias repetidas surgieron porque los tribunales nacionales alemanes no aceptaron el fallo original del Tribunal; Kilpatrick, ‘Gender Equality: A Fundamental Dialogue’ en Sciarra ed, *Labour Law in the Courts: National Judges and the ECJ* (Oxford: Hart, 2001).
- 258 *Lewark*, párrafo 37; *Freers*, párrafo 30.
- 259 Cockburn, *Strategies for Democracy: Women and the European Social Dialogue*, Social Europe, Supp 4/95.
- 260 Shaw, supra n 251, p 260.
- 261 Asunto C-226/98 [2000] REC I-2447.
- 262 El Tribunal no aceptó el argumento de que el precio de venta de un consultorio

- médico podría tratarse como una pensión de jubilación, véanse los párrafos 43–46 de la sentencia.
- 263 Dos informes de expertos sobre el tema llegaron a conclusiones opuestas, ya que no estuvieron de acuerdo sobre los datos originales que deberían ser pertinentes. Los que estaban en la categoría particular de profesionales médicos especializados a la que pertenecía la Sra. Jørgensen era 22, de los cuales 14 eran mujeres, de un total de 1680, de los cuales 302 eran mujeres. El Tribunal dudó si estos datos podían considerarse significativos, véase el párrafo 34.
- 264 Párrafo 13.
- 265 Asunto C-343/92 [1994] REC I-571, párrafo 35.
- 266 Párrafo 35.
- 267 *Jørgensen*, párrafos 39 y 42; citando a *De Weerd*, párrafo 36.
- 268 Párrafos 40 y 42.
- 269 O servicio civil equivalente.
- 270 C-186/01; véase discusión más arriba, en n 45.
- 271 Asunto C-79/99 *Schnorbus* [2000] REC I-997.
- 272 Párrafos 38–39.
- 273 Siguiendo el razonamiento en *Kalanke*.
- 274 El nuevo Artículo 141 (4) CE se refiere ahora al “sexo subrepresentado”, sugiriendo que tanto los hombres como las mujeres podrían ser favorecidos por medidas de acción positivas en el derecho comunitario.
- 275 Párrafo 44.
- 276 Párrafo 45.
- 277 Párrafo 46.
- 278 Asunto C-132/92 *Roberts v Birds Eye Walls* [1993] REC I-5579.
- 279 Véase, Hervey, ‘Sex Equality in Social Protection: New Institutional Perspectives on Division of Competence’ 4 *ELJ* (1998) 196–219.
- 280 Véase Kilpatrick, ‘Gender Equality: A Fundamental Dialogue’ en Sciarra, ed, *Labour Law in the Courts: National Judges and the ECJ* (Oxford: Hart, 2001), pp 36–40; Shaw, ‘Gender and the Court of Justice’ en De Búrca y Weiler, eds, *The European Court of Justice* (Oxford: OUP, 2001), en 123. No está claro si el Tribunal podrá continuar siguiendo su rumbo prudente a través de este sitio particular de “conflictos constitucionales”; véase la discusión más arriba acerca del Asunto C-186/01 *Dory*.