CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO LA PERGOLA

presentadas el 26 de octubre de 1999 *

I. La cuestión prejudicial

1. El presente procedimiento se refiere a la prohibición, impuesta por la legislación nacional de un Estado miembro, de que las mujeres se incorporen a las fuerzas armadas en sectores distintos de los de sanidad y música militar. La petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Hannover versa sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo [1] (en lo sucesivo, «Directiva»). Más en particular, el Juez remitente plantea a este Tribunal de Justicia la siguiente cuestión:

«¿Constituye una infracción de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, en particular de su artículo 2, apartado 2, la normativa contenida en el artículo 1, apartado 2, tercera frase, de la Soldatengesetz, en la versión de 15 de diciembre de 1995 (BGBl. I, p. 1737), modificada en último lugar por la Ley de 4 de diciembre de 1997 (BGBl. I, p. 2846), y en el artículo 3a del Soldatenlaufbahnverordnung, en la versión publicada el 28 de enero de 1998 (BGBl. I, p. 326), con arreglo a los cuales las mujeres que se alisten con carácter voluntario sólo podrán ocupar empleos en unidades sanitarias y en formaciones de música militar y, en cualquier caso, estarán excluidas del servicio con armas?»

II. Disposiciones comunitarias pertinentes

2. En virtud del artículo 1, apartado 1, de la Directiva «[l]a presente Directiva contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo [...]. Este principio se llamará en lo sucesivo "principio de igualdad de trato"».

En el artículo 2 de la Directiva se dispone lo siguiente:

«1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación

* Lengua original: italiano.

1 — DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 7.

por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

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

3. La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.»

Según el artículo 3, apartado 1, de la Directiva, «[l]a aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional».

De conformidad con el artículo 9, apartado 2, de la Directiva, «[l]os Estados miembros procederán periódicamente a un examen de las actividades profesionales contempladas en el apartado 2 del artículo 2, con el fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social, si está justificado mantener las exclusiones de que se trata. Deberán comunicar a la Comisión el resultado de tal examen».

III. Marco normativo nacional

3. De conformidad con el artículo 1, apartado 2, de la Soldatengesetz (Ley de Personal Militar; en lo sucesivo, «SG») «podrá ser nombrado militar de carrera quien se comprometa voluntariamente a cumplir un servicio militar vitalicio. Podrá ser nombrado militar temporal quien se comprometa voluntariamente a cumplir un servicio militar por un período determinado. Las mujeres podrán ser nombradas militares con arreglo a lo dispuesto en las frases primera y segunda para ser destinadas a *los servicios de sanidad o a las formaciones de música militar*».[2]

Según el artículo 3a de la Soldatenlaufbahnverordnung (Reglamento de la carrera militar; en lo sucesivo, «SLV»), «las mujeres sólo podrán ser reclutadas sobre la base

2 — El subrayado es mío.

de un alistamiento voluntario y únicamente *en los servicios de sanidad y en formaciones de música militar*».[3]

4. La República Federal de Alemania y la Comisión de las Comunidades Europeas, que intervienen en el presente procedimiento junto a la Sra. Kreil y los Gobiernos del Reino Unido e italiano, han observado que las disposiciones citadas, objeto de la presente petición de decisión prejudicial, encuentran fundamento jurídico en el artículo 12a de la Grundgesetz de la República Federal de Alemania (Ley fundamental o Constitución; en lo sucesivo, «Constitución» o «GG»), en el que se prevé lo siguiente:

«1. Los hombres podrán, a partir de la edad de dieciocho años cumplidos, ser obligados a servir en las fuerzas armadas, en la policía federal de fronteras o en un grupo de protección civil.

[...]

4. Si, durante el estado de defensa,[4] las necesidades de los servicios civiles de los establecimientos sanitarios civiles y de los hospitales militares fijos no pueden cubrirse sobre una base voluntaria, las mujeres de edades comprendidas entre dieciocho años cumplidos y cincuenta y cinco años cumplidos podrán ser destinadas a dichos servicios por la Ley o en virtud de una Ley. *En ningún caso deberán prestar un servicio con armas.*»[5]

El Gobierno alemán ha añadido que el artículo 12a, apartado 4, última frase, de la GG (en lo sucesivo, «artículo 12a de la GG») representa simplemente la actualización, realizada en 1968 —mediante «una nueva formulación de orden meramente lingüístico»—, de una disposición análoga de 1956, a saber el artículo 12, apartado 3, de la GG.

5. El Gobierno alemán y la Comisión, recogiendo una apreciación formulada por el Bundesverwaltungsgericht y la doctrina alemana, han precisado además que el artículo 12 de la GG y las disposiciones anteriormente citadas de la SG y del SLV constituyen *lex specialis (Spezialvorschrift* o *Sonderregelung)* frente al principio general de igualdad de trato entre hombres y

3 — El subrayado es mío.

4 — Según el artículo 115a, apartado 1, de la GG, el estado de defensa *(Verteidigungsfall)* es declarado por el Bundestag (Parlamento Federal) previo acuerdo con el Bundesrat (Consejo Federal, a través del cual los Estados federados participan en la actividad legislativa y administrativa de la República Federal de Alemania), en los supuestos de ataque armado o inminencia de un ataque armado.

5 — El subrayado es mío.

mujeres, consagrado tanto en la Constitución [6] como en la legislación militar. [7]

6. El Gobierno alemán señala que, aun cuando la prohibición impuesta por la normativa controvertida de que las mujeres se alisten en unidades distintas de la sanidad y la música militar no admite excepciones («en ningún caso», véase el artículo 12a de la GG), en realidad numerosos empleos civiles (fundamentalmente de carácter administrativo y de apoyo) en la Bundeswehr (las fuerzas armadas federales) previstos por el artículo 87b de la GG, están abiertos en igual medida a hombres y a mujeres.

IV. Hechos y litigio principal

7. En 1996, la Sra. Kreil, diplomada en electrotecnia con especialización en técnica de las instalaciones, presentó una solicitud de alistamiento voluntario en la Bundeswehr, expresando el deseo de ingresar en el servicio de mantenimiento electrónico de los sistemas de armas. Su solicitud fue denegada por el centro local de reclutamiento y posteriormente, a raíz de la reclamación presentada, por la Administración central de personal de la Bundeswehr, basándose en que la Ley nacional excluye a

6 — La Constitución enuncia la igualdad de trato entre hombres y mujeres en general (artículo 3, apartados 2 y 3, de la GG) y en lo que respecta al acceso a la actividad profesional, o mejor dicho, a la libertad de elección de esta última (artículo 12, apartado 1, de la GG), y al empleo en la Administración pública (artículo 33, apartado 2, de la GG). En una reciente sentencia, citada en el presente procedimiento por el Juez remitente y por el Gobierno alemán, el Bundesverwaltungsgericht ha declarado que el artículo 12a de la GG es conforme a los principios de igualdad de trato y de libertad de elección de trabajo enunciados en otras disposiciones de la Constitución antes citadas, por considerarlo *lex specialis* [sentencia de 30 de enero de 1996 —1 WB 89/95— *BVerwGE*, vol. 103, p. 301, y *NJW*, 1996, p. 2173; en lo sucesivo, «sentencia Sanitätsdienst» (servicio sanitario, es decir uno de los sectores en que, con arreglo a los artículos 12a de la GG, 1, apartado 2, de la SG y 3a del SLV, las mujeres son también admitidas)].
Aunque la mayoría de la doctrina alemana está de acuerdo con esa sentencia, procede señalar que, a raíz de un debate que se desarrolla actualmente en Alemania, no es pacífica la cuestión de la legitimidad de la norma constitucional de que se trata, al menos en el modo que se ha interpretado hasta ahora. En efecto, prestigiosos autores consideran que debe distinguirse entre el servicio militar obligatorio (*«Pflichtdienst»*) y el voluntario (*«freiwilliger Dienst»*), y que en lo que se refiere a este último, procede interpretar restrictivamente el artículo 12a de la GG, pese a su naturaleza de *Sonderregelung;* debe prestarse especial atención a principios constituciones como el de igualdad y el de libertad de elección de trabajo que sólo es posible excluir con prudencia y con arreglo al texto constitucional considerado en su conjunto (véase Jarass, H.D., y Pieroth, B.: «Comentario del artículo 12a de la GG», en *Grundgesetz, Kommentar*, 1997, 4.ª ed., apartado 3; Kokott, J.: «Comentario del artículo 12a de la GG», en *Grundgesetz, Kommentar*, ed. por M. Sachs, 1999, 2.ª ed., apartados 3 y ss.; Repkewitz, U.: «Kein freiwilliger Waffendienst für Frauen?», en *NJW*, 1997, p. 506; Sachs, M.: «Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentlichen Dienstes», en *ZBR*, 1994, p. 133, en particular p. 139, y Zuleeg, M.: «Frauen in die Bundeswehr», en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1997, p. 1017).
Así, sobre la base de una interpretación sistemática y restrictiva de la Constitución (puesto que la exclusión de las mujeres es una excepción a los principios enunciados en los artículos 3, 12 y 33 de la GG), los autores citados consideran que la prohibición prevista en el artículo 12 de la GG se refiere exclusivamente al servicio militar obligatorio; dado que todo el artículo 12a de la GG se refiere sólo al *Pflichtdienst*, la exclusión de las mujeres no puede extenderse al servicio voluntario (véase, en particular, M. Zuleeg, *op. cit.*, p. 1018).
Además, algún autor observa que la interpretación restrictiva se justifica por el hecho de que el artículo 12a de la GG *no establece un derecho fundamental (Grundrecht)*, a diferencia de los derechos limitados por dicho artículo (véanse los artículos 3, apartados 2 y 3, 12, apartado 1, y 33, apartado 2, de la GG; véase M. Zuleeg, *op. cit.*, p. 1023). Según Scholz, además, a diferencia de otras disposiciones de la Constitución, el artículo 12a de la GG puede ser modificado puesto que no está comprendido en el ámbito de los límites estrictos impuestos por el artículo 97 de la GG para la revisión del texto constitucional (Scholz, R.: «Comentario del artículo 12a de la GG», en *Grundgesetz, Kommentar*, ed. por T. Maunz, G. Dürig y G. Herzog, apartado 208).

7 — Tanto la SG como el SLV establecen que el nombramiento y destino de soldados debe realizarse en función de sus aptitudes, su capacidad y su cualificación profesional, con independencia, en particular, de su sexo (véanse los artículos 3 y 1 respectivamente).

las mujeres de todas las funciones que entrañen la utilización de armas. Por considerar que había sido discriminada ilegalmente por razón de sexo, la Sra. Kreil impugnó la decisión denegatoria ante el Juez remitente.

V. Análisis jurídico

1. *La supuesta discriminación y su fundamento*

8. El Verwaltunsgericht Hannover pregunta a este Tribunal de Justicia si la Directiva se opone a una prohibición casi total del servicio voluntario femenino en las fuerzas armadas de un Estado miembro.

9. Según la demandante en el litigio principal, las restricciones impuestas al alistamiento de las mujeres en la Bundeswehr constituyen una violación flagrante de la prohibición, prevista en el artículo 3 de la Directiva, de cualquier discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso al trabajo.[8] La Sra. Kreil subraya que el presente asunto no atañe principalmente al servicio militar obligatorio sino a la elección profesional de las mujeres que desean alistarse con carácter voluntario.

10. Alemania considera que las disposiciones nacionales controvertidas están justificadas sobre la base del artículo 2, apartados 2 y 3, de la Directiva. En esos preceptos se establecen las excepciones al derecho individual a la igualdad de trato. La Comisión (cuya tesis es compartida en lo esencial por los Gobiernos del Reino Unido e italiano) considera que, en virtud del artículo 2, apartado 2, la normativa interna controvertida es justificable en principio, bien entendido, naturalmente, que debe verificarse su fundamentación

8 — Para la demandante en el procedimiento principal, no cabe duda de que la normativa alemana debe poder examinarse a la luz de la Directiva, por cuanto el Tribunal de Justicia ya la ha interpretado y, por tanto, la ha considerado pertinente, en un caso referente a disposiciones reglamentarias similares a las de la SG y del SLV (véase la sentencia de 2 de octubre de 1997, Gerster, C-1/95, Rec. p. I-5253, en la que el Tribunal de Justicia ha estimado que está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva una disposición —contenida en la Bayerische Beamtenlaufbahnverordnung, es decir el Reglamento de la carrera de los funcionarios públicos del Land de Baviera— relativa al cómputo de la antigüedad de los empleados públicos; en la sentencia Gerster, el Tribunal de Justicia se ha referido expresamente al artículo 3, apartado 1, de la Directiva, que prohíbe la discriminación por razón de sexo «cualquiera que sea el sector o la rama de actividad», apartado 28).

con respecto a todos los empleos en las fuerzas armadas y la proporcionalidad. [9]

11. Ninguna de las partes que han intervenido en el presente procedimiento pone en duda que las disposiciones de que se trata determinan la exclusión de las mujeres de la mayor parte de los empleos en la Bundeswehr, por lo que establecen una desigualdad de trato por razón de sexo a efectos de los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva, es decir una discriminación directa que entraña otras de tipo indirecto, habida cuenta del hecho de que los integrantes de las fuerzas armadas son en su gran mayoría hombres. [10] En efecto, en algunos casos, los militares en

9 — Para la Comisión, es indiscutible que el empleo en las fuerzas armadas no está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva; se remite a la sentencia de 21 de mayo de 1985, Comisión/Alemania (248/83, Rec. p. 1459), apartado 16, en la que el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva se aplica también a las relaciones de trabajo en el sector público. En cambio, previamente al examen del fondo de la petición de decisión prejudicial, los *Gobiernos del Reino Unido, italiano y alemán* —basándose, en particular, en el artículo 224 del Tratado CE (actualmente artículo 297 CE)— sostienen que la Directiva no se aplica al caso de autos, puesto que las materias relativas a la defensa y organización de las fuerzas armadas no están incluidas en el ámbito de aplicación del Tratado. El Juez remitente no se ha referido a ese problema, señalando así, según mi parecer, que considera que el empleo en la Bundeswehr está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva. En cualquier caso, sobre este extremo me remito a mis conclusiones presentadas el 18 de mayo de 1999 sobre el asunto en que recayó la sentencia de 26 de octubre de 1999, Sirdar (C-273/97, Rec. p. I-7403), relativa a una política de exclusión de las mujeres de una unidad especial de las fuerzas armadas británicas. En el asunto Sirdar, he manifestado la opinión, coincidente con las tesis de la Sra. Kreil y la Comisión, de que el acceso al trabajo en las fuerzas armadas está sujeto, en general, al régimen previsto en la Directiva (véanse los puntos 9 a 29).
A las consideraciones que he expuesto en el asunto Sirdar, debo añadir sin embargo, especialmente en lo que respecta a la normativa nacional objeto del presente procedimiento, una puntualización adicional. Se refiere a las justificaciones alegadas por el Gobierno alemán —con carácter subsidiario, si se considerara que la Directiva es aplicable al caso de autos— para fundamentar la discriminación de que se trata. El Gobierno alemán se ha limitado a alegar el objetivo político de cumplir la obligación moral, fruto del doloroso pasado de Alemania, que consiste en garantizar la máxima *protección de las mujeres* frente a los peligros que acechan a los soldados en caso de guerra (véase el punto 12 de las presentes conclusiones). En otros procedimientos ante este Tribunal de Justicia, el Gobierno británico ha sostenido la tesis según la cual las medidas discriminatorias controvertidas en cada caso eran ajenas al ámbito de aplicación de la Directiva, alegando motivos que responden a un razonamiento muy distinto. Dichas medidas, según las explicaciones facilitadas por las autoridades británicas, se habían adoptado por motivos de *seguridad pública* (evitar el aumento de los ataques a la policía en una situación de disturbios internos, véase la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apartado 35) y de *defensa o seguridad exterior* (garantizar la eficacia bélica de un cuerpo especial de las fuerzas armadas; véase el punto 4 de mis conclusiones sobre el asunto Sirdar); como cabe apreciar, se trata de razones relacionadas con materias de competencia exclusiva de los Estados miembros. Ni en el asunto Johnston ni en Sirdar, se ha considerado inaplicable la Directiva. Pues bien, una medida cuyo único fundamento consiste en la protección de la mujer no puede, *a fortiori*, estar excluida del ámbito de aplicación de la Directiva ni en virtud del artículo 224 del Tratado CE, relativo a medidas «absolutamente excepcionales» necesarias para garantizar la *seguridad (interna o externa)* o, por mejor decir, la propia vida de un país (véase el punto 24 de mis conclusiones sobre el asunto Sirdar), ni en virtud de consideraciones relacionadas con la autonomía de los Estados miembros en materia de organización de sus fuerzas armadas con el fin de garantizar su óptimo funcionamiento.

10 — La Directiva prohíbe «toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente» (véase artículo 2, apartado 1), salvo si se aplica una eventual causa de justificación comprendida en una de las excepciones previstas en dicha Directiva; para una aplicación concreta de la Directiva a supuestos de discriminación indirecta véanse, por ejemplo, la sentencia Gerster, citada en la nota 8 *supra*, apartados 29 a 34, y la sentencia de 2 de octubre de 1997, Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289), especialmente apartados 13 y ss.

situación de excedencia gozan de prioridad para acceder a puestos de la Administración pública, [11] y no cabe excluir que encuentren empleo más fácilmente gracias a la formación técnico profesional que pueden adquirir prestando servicios en las fuerzas armadas. [12] Con el fin de responder a la petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht, cuyo objeto es únicamente la discriminación directa, es necesario comprobar si las medidas adoptadas pueden estar comprendidas en alguna de las excepciones previstas en el artículo 2, apartados 2 y 3, de la Directiva. [13] No obstante, antes de proceder a esa verificación, hay que recordar los motivos que subyacen a la exclusión prevista en el artículo 12 de la GG, que constituye el fundamento jurídico de las disposiciones sobre las que versa la cuestión prejudicial planteada por el Juez remitente.

12. Según Alemania, las disposiciones de que se trata, adoptadas para impedir la participación de las mujeres en acciones de guerra, se explican por el propósito de garantizar que *en ningún caso* queden expuestas al fuego enemigo como combatientes, objetivo que también se persigue en el caso de las mujeres que deseen alistarse voluntariamente. A este respecto se citan los trabajos preparatorios del Bundestag sobre el artículo 12, apartado 3, de la GG introducido en 1956 (véase el punto 4), de los que se desprende que la exclusión de las mujeres establecida en este caso es el fruto de una obligación moral derivada del doloroso pasado de Alemania. El Gobierno alemán cita además la reciente sentencia Sanitätsdienst (véase la nota 6), en la que el Bundesverwaltungsgericht ha declarado que de dicha obligación se deriva una protección de las mujeres que debe ser lo más amplia posible y que sólo puede garantizarse mediante una intensa «armonización» de las normas sobre el alistamiento y empleo en la Bundeswehr con el Derecho humanitario internacional. [14] El III Convenio de Ginebra, de 12 de agosto

11 — Véase Bertelsmann, K., y Rust, U.: *Equality in Law between Men and Women in the European Community — Germany* (ed. por la Comisión Europea), Dordrecht y Luxemburgo, 1995, p. 53, apartado 4.14.3, en donde a título de ejemplo se recuerda que, con arreglo a los artículos 9 y 10 del SVG, quienes han prestado servicios en las fuerzas armadas durante doce años como mínimo gozan de preferencia para acceder a puestos de la Administración Pública, aun cuando no estén relacionados con las fuerzas armadas. Según los autores del informe, de ello se deriva que una determinada proporción de los puestos disponibles en el sector público puede reservarse a los militares en excedencia, aun en el caso de que existan otros candidatos con una capacitación igual o incluso superior *(op. cit.*, p. 54).
Por otra parte, se ha afirmado que, en virtud del artículo 12a de la GG, las mujeres no pueden tener acceso a algunos de los máximos cargos políticos del Estado: Bundeskanzler (Canciller federal), Bundesminister der Verteidigung (Ministro federal de Defensa) y Staatsekretär (Secretario de Estado). En efecto, según la argumentación sostenida por algunos autores, esos cargos entrañan la jefatura suprema de las fuerzas armadas, es decir un servicio que, como toda función de mando (véase el artículo 1, apartado 4, de la SG, sobre el concepto de Vorgesetzer o Wachvorgesetzer, el superior jerárquico), supone el empleo de armas («Waffendienst» o «Dienst mit der Waffe»; véase Poretschkin, A.: «Verfassungsverbot für einen weiblichen Verteidigungsminister?», en *NZWehrr*, 1993, p. 232; U. Repkewitz, *op. cit.*, p. 507, y Walz, D.: «Der "geschlechtsneutrale" Bundesminister der Verteidigung», en *NZWehrr*, 1996, p. 117). En efecto, según el artículo 65a de la GG, el Ministro federal de Defensa (que puede delegar en el Secretario de Estado o ser representado por éste) ostenta la jefatura de las fuerzas armadas; en virtud del artículo 115b de la GG, en el momento de la proclamación del estado de defensa (véase la nota 4), la jefatura de las fuerzas armadas se transfiere al Canciller federal. A este respecto, huelga recordar que, de conformidad con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva, está prohibida cualquier discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso «a todos los niveles de la jerarquía profesional».

12 — No parece ser así en el caso de la Sra. Kreil que, en el momento en que presentó la solicitud de alistamiento, ya era titular de un diploma. No obstante, no considero que esa discriminación sea insignificante: las fuerzas armadas modernas emplean medios técnicos cada vez más complejos que exigen conocimientos especiales, sin duda muy valiosos al dirigirse al mercado laboral civil, actualmente más competitivo que nunca (piénsese en los pilotos militares que, en consideración de su experiencia, no tienen dificultad en encontrar un empleo en las compañías aéreas civiles cuando obtienen la excedencia).

13 — La excepción prevista en el artículo 2, apartado 4, de la Directiva no es pertinente; en efecto, esa disposición tiene el siguiente tenor: «[l]a presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1».

14 — También denominado «Legislación de los derechos humanos en los conflictos armados», véase Rodley, N.: *The Treatment of Prisoners under International Law*, Unesco y Clarendon Press, París y Oxford, 1987, p. 3.

de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra [15] (en lo sucesivo, «Convenio») y el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales [16] (en lo sucesivo, «Protocolo») forman parte de ese Derecho humanitario internacional. Según el Bundesverwaltungsgericht —y el Gobierno alemán, que asume por completo la interpretación efectuada en la sentencia Sanitätdienst— las disposiciones discriminatorias de que se trata se inspiran en el artículo 51 del Protocolo, según el cual sólo la población civil goza de una protección general de carácter humanitario frente a los peligros derivados de las operaciones militares. Más en particular, ello significa que la población civil no puede ser objeto de ataques, [17] a diferencia de los «combatientes» en el sentido del artículo 43 del Protocolo o de quienes participan en las hostilidades utilizando armas o sistemas de armas. Además, los combatientes siempre pueden ser hechos «prisioneros de guerra» cuando caen en poder del enemigo. [18] Por el contrario, los miembros del personal sanitario y religioso de las fuerzas armadas no sólo no pueden ser capturados como «prisioneros de guerra», sino que deben ser respetados y protegidos, y no serán objeto de ataque. [19] Por ello, las mujeres son admitidas en los servicios de sanidad. En cuanto a las formaciones de música militar, el Gobierno alemán ha explicado que, en caso de hostilidades, son disueltas y sus miembros se asignan a tareas sanitarias como enfermeros o enfermeros auxiliares (ya en tiempo de paz, los músicos pertenecientes a las bandas militares reciben una formación adecuada).

15 — BGBl. 1954 II, p. 838. Además del tercer Convenio de Ginebra, existen el primer Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (BGBl. 1954 II, p. 783) y el segundo Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (BGBl. 1954 II, p. 813). Conjuntamente, los tres Convenios son conocidos como los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

16 — BGBl. 1990 II, p. 1550.

17 — Véanse los artículos 48 y 51, apartado 2, del Protocolo.

18 — Véanse el artículo 4 del Convenio y el artículo 44, apartado 1, del Protocolo.

19 — Véanse, respectivamente, el artículo 33 del Convenio y el artículo 12, apartado 1, del Protocolo.

2. Excepciones al principio de igualdad de trato: artículo 2, apartado 3, de la Directiva

13. El Gobierno alemán sostiene que, atendiendo al objetivo perseguido por el legislador, la exclusión prácticamente total de las mujeres de la Bundeswehr está comprendida en la excepción prevista en el artículo 2, apartado 3, de la Directiva. Por mi parte, más bien comparto la opinión de la Comisión, basada en la sentencia Johnston, relativa al empleo de las mujeres en las unidades armadas de la policía británica de Irlanda del Norte en los años 80, es decir en plena *guerra* civil. En esa sentencia, el Tribunal de Justicia ha declarado que «[s]e deduce de la mención expresa al embarazo y a la maternidad que la Directiva pretende garantizar la protección de las condiciones biológicas de la mujer, por una parte, y las particulares relaciones entre la mujer y su hijo, por otra. [El artículo 2, apartado 3] de la Directiva no permite, pues, excluir a las mujeres de un empleo so pretexto de que la opinión pública exigiría que gozasen de *mayor protección* que los hombres contra riesgos que afectan *por igual* a hombres y mujeres y que son distintos de unas necesidades específicas de protección de la mujer tales como las

específicamente mencionadas».[20] Ahora bien, de los autos no se deduce que los riesgos a los que están expuestos las mujeres en las unidades de la Bundeswehr que entrañan el uso de las armas sean distintos o superiores a los que corren los hombres en el ejercicio de las mismas funciones: el Gobierno alemán no ha aportado ninguna prueba en tal sentido. La exclusión total de las mujeres de los empleos en unidades distintas de los servicios de sanidad y las formaciones de música militar, en razón de riesgos de carácter general o no específicos para las mujeres, no puede incluirse en el ámbito de la diferencia de trato permitida por el artículo 2, apartado 3, de la Directiva:[21] «el apartado 3 del artículo 2 implica que el trato diferenciado que se reserva para la mujer no sea discriminatorio: así será cada vez que la diferencia de trato —protección de la mujer— pueda justificarse por una *diferencia objetiva* entre la situación del trabajador y de la trabajadora. Esta causa objetiva se halla vinculada a la "especificidad biológica" de la mujer, como sin ambigüedad se deriva de la mención que, a modo de ejemplo, se hace del embarazo, por un lado, y de la maternidad, por otro».[22] Por lo que se refiere a la expresión «especialmente» contenida en el artículo 2, apartado 3, de la Directiva —con la que se introduce la mención, a título de ejemplo, del embarazo y la maternidad—, el Tribunal de Justicia siempre ha rechazado categóricamente las alegaciones formuladas por los Estados miembros para ampliar el alcance de la expresión «protección de la mujer» a supuestos distintos del embarazo, la lactancia o la maternidad.[23]

20 — Sentencia citada en la nota 9 *supra*, apartado 44; el subrayado es mío. La sentencia Johnston pertenece a una reiterada línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia según la cual el artículo 2, apartado 3, de la Directiva persigue únicamente la *protección de la condición biológica de la mujer* durante su embarazo y después del mismo así como de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo; véanse las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047), apartados 25 y 26; de 25 de octubre de 1988, Comisión/Francia (312/86, Rec. p. 6315), apartado 13; de 25 de julio de 1991, Stoeckel (C-345/89, Rec. p. I-4047), apartado 13; de 3 de febrero de 1994, Minne (C-13/93, Rec. p. I-371), apartado 11; de 5 de mayo de 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Rec. p. I-1657), apartado 21; de 14 de julio de 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567), apartado 20; de 30 de abril de 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p. I-2011), apartado 25, y de 19 de noviembre de 1998, Høj Pedersen y otros (C-66/96, Rec. p. I-7327), apartado 54. El siguiente pasaje de la sentencia Hofmann es especialmente ilustrativo para comprender el planteamiento del Tribunal de Justicia: «[mediante el artículo 2, apartado 3, de la Directiva] se trata de garantizar, por una parte, la protección biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo hasta el momento en que se normalizan sus funciones fisiológicas y psíquicas después del parto, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, impidiendo que esas relaciones sean perturbadas por el conjunto de cargas derivadas del ejercicio simultáneo de una actividad profesional» (apartado 25). En el asunto Johnston, el Abogado General Sr. Darmon ha señalado que «[e]n efecto, si dicho texto pudiese ser invocado para reducir los derechos de la mujer, no se podría, con fundamento en el apartado 3 del artículo 2, tomar en consideración una necesidad de protección, por muy fundada que fuese, cuya naturaleza sería socio-cultural o incluso política» (punto 8).

21 — Véase la sentencia Johnston, citada en la nota 9 *supra*, apartado 45; en el mismo sentido, véanse las sentencias Comisión/Francia, citada en la nota 20 *supra*, apartado 14, y Stoeckel, citada en la nota 20 *supra*, apartado 15.

3. *Excepciones al principio de igualdad de trato: artículo 2, apartado 2, de la Directiva*

14. Además, el Gobierno alemán considera que el objetivo político perseguido por el legislador constitucional en 1956 y 1968 no contradice lo dispuesto en el artículo 2,

22 — Conclusiones del Abogado General Sr. Darmon en el asunto en que recayó la sentencia Hofmann, citada en la nota 20 *supra* (punto 10, tercer párrafo; el subrayado es mío); en el mismo sentido, véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro en el asunto en que recayó la sentencia Habermann-Beltermann, citada en la nota 20 *supra* (punto 11).

23 — Véanse las alegaciones del Reino Unido en el asunto Johnston, citado en la nota 9 *supra*, en relación con la cuarta cuestión prejudicial (Rec. p. 1672) y de Francia en el asunto Comisión/Francia, citado en la nota 20 *supra*, (Rec. p. 6322) en relación con una serie de derechos especiales previstos para la protección de las mujeres. Según el Abogado General Sir Gordon Slynn «aunque la palabra "especialmente" del apartado 3 del artículo 2 indica que esta disposición puede referirse a situaciones distintas del embarazo y de la maternidad, éstas ejemplifican el alcance de estas excepciones» (conclusiones en el asunto Comisión/Francia, Rec. p. 6327).

apartado 2, de la Directiva, cuya interpretación por este Tribunal de Justicia ha solicitado específicamente el Juez remitente. En efecto, según las autoridades alemanas, el artículo 12a de la GG y las disposiciones citadas de la SG y del SLV consideran que el sexo es una condición determinante para cumplir el servicio militar con armas. Por tanto, la protección de las mujeres sólo puede garantizarse mediante su completa exclusión de todas las actividades propias de la condición jurídica de «combatiente» en el sentido del Derecho humanitario internacional. La Comisión y el Gobierno italiano han formulado al respecto una opinión más matizada. Aun admitiendo que no cabe condenar por principio esa opción de fondo de un Estado miembro sobre su política de defensa, han distinguido entre los empleos que entrañan un riesgo concreto[24] y las actividades de carácter técnico que se pueden desarrollar en la retaguardia sin exponerse a riesgos particulares y sin necesidad de disponer de una fuerza física especial. La Comisión y el Gobierno italiano han especificado que tales actividades no están incluidas entre aquellas que, por su naturaleza o condiciones de ejercicio, en el sentido del artículo 2, apartado 2, de la Directiva, deben reservarse a los hombres y no a las mujeres. Incumbe al Juez nacional apreciar en qué clase de actividad está comprendido el empleo para el que la Sra. Kreil ha presentado una solicitud de alistamiento voluntario. La parcial apertura mostrada por la Comisión y el Gobierno italiano frente a los motivos que subyacen a la discriminación examinada en el presente asunto no es compartida por el Gobierno alemán, que considera que la prohibición establecida en el artículo 12a de la GG debe entenderse en términos absolutos, puesto que, en caso de ataque, todos los integrantes de las fuerzas armadas pueden ser llamados a participar activamente en las operaciones militares. Incluso los soldados responsables del mantenimiento electrónico de los sistemas de armas podrían ser destinados a primera línea con el fin de garantizar la eficacia bélica de la Bundeswehr. Según las autoridades alemanas, ello corresponde a la realidad actual. Afirman que las unidades dotadas de equipos técnicos avanzados deberán prestar un «servicio interactivo» en caso de crisis, sin distinguir entre empleos de primera línea o de retaguardia.

15. El artículo 2, apartado 2, de la Directiva admite que el sexo puede constituir un factor determinante para actividades profesionales específicas, siempre que se tenga en cuenta «su naturaleza» o «las condiciones de su ejercicio». Esas condiciones sirven para definir el ámbito de la reserva establecida en el artículo 2, apartado 2, así como para diferenciarla conceptualmente de la excepción prevista en el apartado 3 de dicho artículo.

16. En cuanto al ámbito de la reserva, en mi opinión se deben examinar las cualificaciones profesionales reales en las que el sexo constituye una condición determinante para una cierta actividad laboral; son ejemplos de este tipo los cantantes y las cantantes, los actores y las actrices, los bailarines y las bailarinas, los modelos

24 — La Comisión recuerda el asunto Johnston, relativo a un empleo en las unidades armadas de la policía británica ubicadas en Irlanda del Norte en los años ochenta, y el asunto Sirdar que tiene por objeto el alistamiento en la unidad de élite de los Royal Marines, punta de lanza de las fuerzas de ataque del Reino Unido.

artísticos y los maniquíes.[25] Con carácter más general, según cierto sector de la doctrina, el artículo 2, apartado 2, de la Directiva establece una excepción «estricta» o «restringida»; el Estado miembro o el empresario que pretenda ampararse en ella debe, por tanto, demostrar que, para un determinado trabajo, el sexo es una condición decisiva, de modo que una política de empleo no discriminatoria haría extremadamente difícil, o totalmente imposible, el desarrollo de las actividades propias de ese trabajo. En otros términos, debe probarse en todo caso que es necesario contratar a una persona de un sexo determinado, con exclusión del otro.[26] Este Tribunal de Justicia ha declarado, por otra parte, que para poder establecer excepciones en virtud del artículo 2, apartado 2, al reconocimiento de un derecho individual, como la igualdad de trato entre hombres y mujeres, hay que tener en cuenta exclusivamente «las exigencias *determinantes [para] el ejercicio* de la actividad específica de que se trate».[27] Pues bien, durante la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, el Agente del Gobierno alemán declaró expresamente que no discute en absoluto la aptitud de la Sra. Kreil ni de las mujeres en general para prestar servicios en las unidades armadas de la Bundeswehr. No estoy convencido, por tanto, de que las alegaciones del Gobierno alemán sobre la prohibición prevista en el artículo 12 de la GG basten para demostrar que el presente asunto está amparado por lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva. Por lo que se refiere a esta última disposición, me parece en efecto difícilmente sostenible que la naturaleza o las condiciones del trabajo prestado por los integrantes de las fuerzas armadas hagan del todo imposible, o al menos extremadamente difícil, el empleo de las mujeres en cualquier unidad «de combate», distinta de los servicios de sanidad y de música militar. No es casual que las mujeres —salvo excepciones, limitadas, por otra parte, a supuestos muy específicos—[28] ocupen de modo habitual puestos en todos los ejércitos de la Comunidad (y de la OTAN).[29]

17. A continuación, procede examinar la diferencia existente entre las disposiciones

25 — Véase la sentencia de 21 de mayo de 1985, Comisión/Alemania, (248/86, Rec. p. 1459), apartado 34, en la que el Tribunal de Justicia menciona algunas actividades laborales que, en la práctica o en virtud de la ley, son objeto a menudo, en los diversos Estados miembros, de excepciones al principio de igualdad de trato.

26 — Véase Harvey, T.: *Justifications for the Sex Discrimination in Employment*, Butterworths, Londres, 1993, apartado 4.2.1.3.

27 — Sentencia de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia (318/86, Rec. p. 3559), apartado 28 (el subrayado es mío). En el mismo sentido, véanse las sentencias de 8 de noviembre de 1983, Comisión/Reino Unido (165/82, Rec. p. 3431), apartados 18 y 20, y Johnston, citada en la nota 9 *supra*, apartado 38.

28 — Por ejemplo, los submarinistas e infantes de marina en los Países Bajos, los Royal Marines en el Reino Unido y, hasta 1993, los pilotos de caza en Dinamarca.

29 — El único país que, además de la República Federal de Alemania, no ha admitido todavía a las mujeres en sus fuerzas armadas es Italia. No obstante, en ese país la inexistencia del servicio militar voluntario femenino no se debe a una prohibición (constitucional o derivada de la ley ordinaria), sino a la inercia del legislador. En efecto, a diferencia de lo que sucedió en las fuerzas policiales a raíz de su desmilitarización en 1981, no se ha adoptado todavía la normativa especial para aplicar de modo concreto el principio constitucional de igualdad de trato. El 29 de septiembre de 1999, la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de ley para la creación del servicio militar voluntario femenino (*Atto Camera* nº 2970-B). Con algunas excepciones, esa medida conducirá a la admisión general de las mujeres en todas las unidades. Según lo indicado por el representante del Gobierno italiano en la vista ante el Tribunal de Justicia, existirán excepciones en casos particulares en que las condiciones o características de las misiones confiadas a los soldados son tales que el empleo de mujeres está muy desaconsejado (en este aspecto, me parece apreciar una cierta similitud con el caso de los Royal Marines recientemente examinado en el asunto Sirdar).

establecidas respectivamente en los apartados 2 y 3 del artículo 2 de la Directiva y que debe aclararse para precisar mejor aún el ámbito real de aplicación de la reserva prevista en el artículo 2, apartado 2. Como ha observado la doctrina, [30] el artículo 2, apartado 2, se refiere al efecto que, *en el ejercicio* de una determinada actividad profesional, tiene el sexo *sobre personas distintas de la trabajadora (o del trabajador),* mientras que lo dispuesto en el artículo 2, apartado 3 —como ya he señalado—, versa sobre el efecto que un trabajo determinado ocasiona *sobre la propia trabajadora.* La propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia avala esta distinción.

18. En el asunto Comisión/Reino Unido, el respeto debido a la *sensibilidad de la paciente* ha llevado al Tribunal de Justicia a considerar legítimas determinadas limitaciones impuestas únicamente a los hombres en relación con la actividad de comadrona. [31] En el asunto Johnston, la exclusión de las mujeres de las unidades armadas de la policía británica ubicadas en Irlanda del Norte se admitió porque su presencia podría contribuir a incrementar el riesgo de atentados, en detrimento de las exigencias de *seguridad pública,* con el consiguiente daño para quienes viven en esa zona del país. [32]

30 — Véase Kilpatrick, C.: «How long is a piece of string? European regulation of the post-birth period», en *Sex Equality Law in the European Union,* ed. por T. Hervey y D. O'Keefe, Wiley, 1996, capítulo 6, nota 26.

31 — Véanse los apartados 18 y 20.

32 — Apartado 36 de la sentencia, donde el Tribunal de Justicia —después del análisis realizado para verificar la pertinencia de la invocación del artículo 2, apartado 2, por parte del Estado miembro interesado— ha declarado que «[n]o se puede excluir la posibilidad, a este respecto, de que la tenencia de armas de fuego por mujeres policía pueda crear, en una situación de graves disturbios internos, riesgos suplementarios de atentados contra ellas y pueda, *por tanto, ser contraria a las exigencias de la seguridad pública*» (el subrayado es mío). El Tribunal de Justicia no ha admitido la exclusión de las mujeres de las unidades de policía dotadas de armas de fuego en cuanto medida destinada, *en ultima instancia,* a no exponerlas a atentados (no puedo por tanto compartir la decepción manifestada al respecto por Fenwick, H.: «Special Protections for Women in European Union Law», en *Sex Equality Law in the European Union, op. cit.,* pp. 63 a 70, que teme que el Tribunal de Justicia haya legitimado así la pertinencia de la vulnerabilidad femenina en relación con el artículo 2, apartado 2, de la Directiva). Por el contrario, en mi opinión, lo que ha llevado al Tribunal de Justicia a considerar justificable en principio esa exclusión (siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad, véase el apartado 38), no es tanto la supuesta debilidad de las mujeres en sí, ni tampoco el deseo genérico de evitar (por su propio bien) que sean objeto de atentados, sino más bien el temor de las autoridades británicas a que dotar a las mujeres de armas de fuego «en una situación de graves disturbios internos» (apartado 35) incremente el riesgo de atentados y también el riesgo de que sus armas caigan en poder de los asaltantes (véase en el informe para la vista las tesis del Gobierno del Reino Unido, p. 1672). Pues bien, este último riesgo en sí era el que se oponía a las exigencias de seguridad pública, es decir las únicas exigencias que, habida cuenta de las condiciones de ejercicio de la actividad profesional específica de que se trata, podían hacer determinante el sexo masculino: «No se puede excluir la posibilidad [...] de que la tenencia de armas de fuego por mujeres policía pueda crear [...] riesgos suplementarios de atentados contra ellas y pueda, *por tanto, ser* contraria a las exigencias de la seguridad pública» (apartado 36; el subrayado es mío). Las anteriores consideraciones resultan aún más claras a la luz de los elementos que el Tribunal de Justicia señaló para que el Juez nacional dilucidara, comparándolos entre sí, si podía considerarse proporcionada esa exclusión. Esos elementos son, por una parte, el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva y, por otra parte, las exigencias de seguridad pública: «[en el presente asunto, el principio de proporcionalidad] exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad con las exigencias de seguridad pública *determinantes* de las condiciones de ejercicio de la actividad de que se trate» (apartado 38, el subrayado es mío; según la versión inglesa de la sentencia «with the requirements of public safety *which constitutes the decisive factor* as regards the context of the activity in question»). Por tanto, de la sentencia del Tribunal de Justicia no se desprende una preocupación por la protección de las mujeres.
Procede señalar, por último, que a la luz de los apartados 36 y 38 de la sentencia Johnston que acabo de mencionar, el Tribunal de Justicia no parece compartir la tesis del Abogado General Sr. Darmon, según la cual en determinadas circunstancias, en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva, los imperativos de protección de la mujer —«de naturaleza social (culturales, políticos, etc.)»— distintos de los previstos en el artículo 2, apartado 3, pueden legítimamente llevar a las autoridades de un Estado miembro a reservar ciertas actividades de mantenimiento del orden público a las personas de un determinado sexo (véase el punto 9 de las conclusiones; sobre este aspecto, véase también el punto 20 de las presentes conclusiones).

En el asunto Comisión/Francia (318/86), el Tribunal de Justicia ha considerado legítimo que, con arreglo al artículo 2, apartado 2, el personal masculino fuese seleccionado de modo distinto del personal femenino, tanto para la actividad de vigilante destinado a una cárcel, que implica contactos regulares con los detenidos, como para la actividad de vigilante jefe, encargado de dirigir las cárceles, teniendo en cuenta la experiencia profesional adquirida en el cuerpo de vigilantes, que es útil para desarrollar una actividad que incluye la supervisión de todos los demás vigilantes. [33] Por último, en el asunto Sirdar, he llegado a la conclusión de que, en principio, parece justificable una política por la que sólo se alisten hombres en los cuerpos especiales de los Royal Marines, puesto que no se puede excluir que la admisión de mujeres podría tener efectos negativos sobre la moral y la cohesión de los soldados pertenecientes a las unidades de comandos, perjudicando así la eficacia bélica, en detrimento, en última instancia, de las exigencias de la *defensa del Reino Unido*. [34]

19. En conclusión, teniendo en cuenta el significado que ha de atribuirse al artículo 2, apartado 2, no estimo que la justificación alegada por el Gobierno alemán baste para legitimar la prohibición prevista en el artículo 12a de la GG. En efecto, las autoridades alemanas no han proporcionado ninguna explicación de por qué, en el ambiente laboral particular de que se trata (teniendo en cuenta las *condiciones del ejercicio* de la actividad confiada a la Bundeswehr o incluso las relaciones que se establecen entre los compañeros), resulta necesariamente decisivo el sexo masculino. En esencia, el Gobierno alemán no ha alegado consideraciones como las presentadas por el Gobierno del Reino Unido en el asunto Sirdar, que fueron las únicas que me llevaron en ese procedimiento a no excluir —aunque sólo en principio, sin perjuicio de la verificación en cada caso concreto del respeto del principio de proporcionalidad— que los criterios actuales de alistamiento en los Royal Marines pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 2, de la Directiva. [35]

4. *Excepciones al principio de igualdad de trato: el artículo 2, apartado 2, y el artículo 9, apartado 2, de la Directiva*

20. Ya he mencionado que, según el Abogado General Sr. Darmon, «imperativos de protección de la mujer [...] de naturaleza social (culturales, políticos, etc.)» podrían ser pertinentes a efectos del artículo 2, apartado 2, de conformidad con el

33 — Véanse los apartados 12 a 17.

34 — En el asunto Sirdar, he señalado por una parte que «el núcleo de las tesis del Gobierno del Reino Unido dirigidas a justificar la exclusión de las mujeres de los Royal Marines por exigencias de eficacia bélica se encuentra en el temor a que la participación de éstas pudiera tener *efectos negativos* "sobre la moral y la cohesión" de las unidades de comandos (los "fire team")» y he estimado que estaban provistas de un «marcado acento "social" [...] las observaciones del abogado del Reino Unido contenidas en un documento presentado al Juez nacional en el marco del procedimiento principal». Por otra parte, me he preguntado «si no es posible verificar [...] si la eficacia bélica puede ser salvaguardada, incluso en el caso de que sean admitidas las mujeres, teniendo en cuenta principalmente la efectiva *percepción* de su presencia por parte de los compañeros de armas de sexo masculino» (punto 45; el subrayado no figura en el texto original).

35 — Véase el punto 34 de mis conclusiones en el asunto Sirdar.

artículo 9, apartado 2, de la Directiva,[36] según el cual los Estados miembros deben comprobar si está justificado mantener las discriminaciones admitidas con arreglo al artículo 2, apartado 2, «teniendo en cuenta la evolución social». Como cabe apreciar, los argumentos alegados en su defensa por las autoridades alemanas, aunque no se basan expresamente en el artículo 9, apartado 2, de la Directiva, parecen reflejar el pensamiento del Abogado General Sr. Darmon. De acogerse tal orientación, el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 2, se definiría, sin embargo, sobre la base de un elemento ajeno a los dos únicos factores que ese precepto reconoce como pertinentes para permitir excepciones al principio de igualdad de trato: la «naturaleza» y las «condiciones de ejercicio» de determinadas actividades profesionales. Se llegaría así a una interpretación amplia de la reserva respecto a la cual el Tribunal de Justicia, en cambio, considerándola una excepción, ha declarado que debe interpretarse restrictivamente, al igual que el artículo 2, apartado 3, de la Directiva.[37] En definitiva, incluir los «imperativos de naturaleza social» genéricos (entre los que se encuentran, por ejemplo, la protección de la mujer en casos no incluidos en el artículo 2, apartado 3, de la Directiva) en el proceso interpretativo de la disposición examinada haría surgir el riesgo, en mi opinión, de privar de eficacia a toda la Directiva. Mediante esta última, la Comunidad persigue aplicar la igualdad de trato entre hombres y mujeres —o, mejor dicho, «*promover* la equiparación por la vía del *progreso* de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra»—,[38] uno de los derechos fundamentales de la persona,[39] que es ahora objeto de disposiciones específicas incluso en el plano del Derecho primario.[40] El criterio correcto de interpretación del artículo 2, apartado 2, en relación con lo dispuesto en el artículo 9, apartado 2, no es, por tanto, el que parece sostener el Abogado General Sr. Darmon.

36 — Véase la nota 32, *in fine*, en la que señalo, sin embargo, que el Tribunal de Justicia no parece haber compartido ese extremo.

37 — Véase la sentencia Johnston, apartados 36 y 44.

38 — Véase el tercer considerando de la Directiva (el subrayado es mío).

39 — Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 15 de junio de 1978, Defrenne (149/77, Rec. p. 1365), apartado 27; de 20 de marzo de 1984, Razzouk y Beydoun/Comisión (asuntos acumulados 75/82 y 117/82, Rec. p. 1509), apartado 16; de 26 de febrero de 1986, Roberts (151/84, Rec. p. 703), apartado 35; de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 36; de 26 de febrero de 1986, Beets-Proper (262/84, Rec. p. 773), apartado 38; sentencia Johnston, citada en la nota 9 *supra*, apartado 38; de 2 de agosto de 1993, Levy (C-158/91, Rec. p. I-4287), apartado 16, y de 30 de abril de 1996, P/S (C-13/94, Rec. p. I-2143), apartado 19.

40 — Con respecto al principio de igualdad de trato, el marco normativo comunitario ha registrado importantes novedades, aunque posteriores a los hechos objeto del litigio principal. El Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 ha introducido el nuevo punto cuatro en el preámbulo del Tratado de la Unión Europea, en el que los Estados miembros confirman «su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989». Ambas cartas consagran el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. Pero sobre todo, en virtud de las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam, en el Tratado CE, el principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres ya no se limita a los aspectos retributivos de la relación laboral (véase el artículo 119 del Tratado CE; los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE), sino que se ha convertido, a través de una serie de normas «programáticas», en un principio informador y en un objetivo de la acción de la Comunidad. Así, entre las modificaciones del Tratado CE introducidas en la materia por el Tratado de Amsterdam figuran además: el nuevo texto del artículo 2 del Tratado CE (actualmente artículo 2 CE, tras su modificación), que entre las diversas misiones que la Comunidad debe promover prevé ahora «la igualdad entre el hombre y la mujer»; el nuevo artículo 3, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 3 CE, tras su modificación, en el que se enumeran las competencias de la Comunidad), según el cual «[e]n todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad»; para conseguir los objetivos sociales indicados en el artículo 117 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) —entre los que figuran el fomento del empleo y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo— el nuevo artículo 118 del Tratado CE atribuye a la Comunidad la tarea de apoyar y completar la acción de los Estados en diversos aspectos del trabajo, en particular «la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo» (véase Mori, P.: «La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam», en *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 571).

21. El punto de partida para interpretar las disposiciones controvertidas ya se ha expuesto en los puntos 15 a 19. Reitero aquí la exposición para indicar que tener en cuenta la «evolución social» puede ayudar al intérprete que debe determinar cuáles son los efectos —sobre personas distintas del trabajador o de la trabajadora— que hay que considerar para determinar si el sexo es una condición decisiva para el ejercicio de una determinada actividad profesional. Según parece, el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado en tal sentido. En la sentencia Comisión/Reino Unido, ha examinado, a la luz del artículo 2, apartado 2, en relación con el artículo 9, apartado 2, de la Directiva, una normativa nacional discriminatoria. El asunto se refería a desigualdades de trato *específicas y limitadas* entre hombres y mujeres en cuanto a la actividad de comadrona.[41] Para demostrar la legalidad de su legislación, el Gobierno del Reino Unido probó ante el Tribunal de Justicia que había procedido a una revisión periódica, en la última ocasión mediante una amplia consulta, que tenía por objeto dos estudios sobre las comadronas de sexo masculino, con las autoridades sanitarias, los colegios profesionales y otras organizaciones.[42] Sobre esa base, el Tribunal de Justicia decidió que las disposiciones impugnadas por la Comisión no superaban los límites establecidos en el artículo 2, apartado 2, por cuanto, a la luz de la evolución social (acreditada) en el Estado miembro afectado, permitir el acceso a la profesión de comadrona y su ejercicio incondicionado a personas de sexo masculino habría repercutido negativamente sobre las pacientes cuando «el respeto a la sensibilidad de la paciente se impone muy especialmente» (apartado 18).[43] Según el Tribunal de Justicia, «procede [...] reconocer que, *en la actualidad,* las susceptibilidades personales pueden desempeñar un papel importante en las *relaciones entre la comadrona y su paciente.* En esas condiciones, procede declarar que, al no aplicar plenamente el principio [de igualdad de trato] establecido por la Directiva, el Reino Unido no ha superado los límites de la facultad reconocida a los Estados miembros por los artículos 9, apartado 2, y 2, apartado 2, de la Directiva» (apartado 20; el subrayado es mío). Según mi parecer, cabe establecer una cierta analogía entre el caso de la comadrona y sus pacientes y el supuesto de los compañeros de las unidades de comandos de los Royal Marines:[44] en ambos casos no parece posible excluir la incidencia que —teniendo en cuenta la sensibilidad personal de los interesados, destinada ciertamente a evolucionar con el tiempo— el sexo puede tener sobre las relaciones entre personas que, en el ejercicio de una determinada actividad profesional, se encuentran en estrecho contacto.

41 — Los hombres sólo podían seguir los cursos de formación para comadronas en los centros autorizados por el Ministerio competente (uno en Londres y otro en el centro de Escocia) y únicamente podían ejercer esa actividad en los lugares indicados por el Ministro, a saber en cuatro hospitales de Londres y de Edimburgo (véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Rozès, Rec. 1983, p. 3458).

42 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Rozès, Rec. p. 3458. Con carácter subsidiario, procede señalar que el Gobierno alemán no ha aportado la menor prueba de haber revisado nunca, al menos periódicamente, las disposiciones discriminatorias de que se trata con arreglo al artículo 9, apartado 2, de la Directiva. La sentencia Sanitätsdienst de 1996, a la que se remite (véase la nota 6 *supra*), se limita a reiterar la *ratio* que históricamente ha llevado al legislador constitucional a introducir, cuarenta años antes, la «obligación» de proteger a las mujeres del modo más amplio posible.

43 — El Gobierno británico ha insistido sobre las características específicas de la actividad de comadrona ante el temor de que determinadas mujeres (o sus maridos) rechacen la ayuda de comadronas de sexo masculino y ha subrayado el carácter insustituible de la tarea que las comadronas desarrollan —«solas, especialmente por la noche, en la maternidad de un hospital y, principalmente, en el domicilio de las pacientes»— durante los períodos anteriores y, sobre todo, posteriores al parto en lo que respecta a los cuidados que afectan a la intimidad de la mujer (véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Rozès, Rec. pp. 3458 y 3459).

44 — Me remito a los extractos de mis conclusiones en el asunto Sirdar que he citado en la nota 34.

22. La reserva prevista en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva no autoriza ninguna desigualdad de trato basada en consideraciones generales de orden social o político. Las discriminaciones basadas en el sexo no se excluyen en principio, pero sólo están justificadas cuando el legislador nacional las ha previsto por exigencias *específicas, ligadas íntimamente* a la naturaleza o las condiciones de ejercicio de un trabajo derivadas de la cultura de un país en un determinado momento histórico. Además, debe tratarse en todo caso de exigencias decisivas para el ejercicio de la actividad laboral específica de que se trata.

23. Si se interpreta correctamente lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, en relación con el artículo 9, apartado 2, de la Directiva, se aprecia que existen otros motivos para excluir que puedan justificarse las desigualdades de trato por razón de sexo mencionando pura y simplemente exigencias políticas generales de protección de la mujer, incluso, en el presente asunto, contra los riesgos que pueden correr los «combatientes». Comenzaré por precisar mi punto de vista observando que si se aceptara la tesis de las autoridades alemanas se terminaría privando al artículo 2, apartado 2, de la Directiva de toda eficacia o incluso de su razón de ser.[45] Y ello porque no se conseguiría explicar que tal precepto debe aplicarse rigurosamente sólo a los casos de protección biológica de la mujer. Además, el artículo 2, apartado 3, influye a su vez en el alcance del artículo 3, apartado 2, letra c), de la Directiva,[46] como ha declarado el Tribunal de Justicia, de modo que esta última disposición, si se acoge la tesis del Gobierno alemán, quedaría privada de relevancia práctica. Esto no es todo. Como he observado, el Tribunal de Justicia limita esa excepción, y se trata de una jurisprudencia reiterada, *exclusivamente* a las desigualdades de trato motivadas por la exigencia de garantizar la «protección biológica de la mujer» (véase el punto 13). Esa excepción se entiende así y no de otro modo, y por tanto, al igual que la reserva prevista en el artículo 2, apartado 2 (que, repito, el Tribunal de Justicia ha considerado también una excepción), sólo puede interpretarse en sentido restrictivo.[47] Por otra parte, este Tribunal de Justicia ya ha rechazado la tesis según la cual el artículo 2, apartado 3, puede justificar una desigualdad de trato de orden «protector», que tenía una razón de ser muy similar al objetivo político perseguido en el presente asunto por el legislador constitucional alemán: la opinión pública. En la sentencia Johnston, el Tribunal de Justicia ha declarado que «[el artículo 2, apartado 3,] de la Directiva no permite [...] excluir a las mujeres de un empleo so pretexto de que la *opinión pública exigiría* que gozasen de una mayor protección que los hombres contra riesgos que afectan por igual a hombres y mujeres y que son distintos de unas necesidades específicas de protección de la mujer» (apartado 44; el subrayado es mío). A mi juicio, por tanto, según ese razonamiento la Directiva se opone a *toda* medida discriminatoria de

45 — Sobre la importancia de asegurar la plena eficacia práctica del artículo 2, apartado 3, de la Directiva, véanse la sentencia Habermann-Beltermann, apartado 24, y la sentencia de 29 de mayo de 1997, Larsson (C-400/95, Rec. p. I-2757), apartado 22.

46 — Véase la sentencia Johnston, apartado 44. Según el artículo 3, apartado 2, de la Directiva, «[para garantizar la inexistencia de cualquier discriminación por razón de sexo], los Estados miembros [en un plazo de cuatro años a partir de la notificación de la presente Directiva, véase el artículo 9, apartado 1] tomarán las medidas necesarias a fin de que [...] c) se revisen aquellas disposiciones [...] contrarias al principio de igualdad de trato, cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser».

47 — Véase la sentencia Johnston, apartado 44.

carácter «protector» ajena al ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 3. [48]

24. Por otra parte, adoptar la tesis contraria, conduciría a mantener la marginación de las mujeres en sólo algunos sectores de la Bundeswehr con el riesgo de perpetuar el viejo estereotipo de la división entre sexos. [49] A todo ello se añadiría, como ha observado la doctrina alemana, la negación de la independencia moral de la mujer resultante de la imposibilidad de alistarse con carácter voluntario. [50]

5. Una excepción basada en el artículo 2, apartado 2, se refiere a actividades profesionales específicas

25. En el presente procedimiento, la Comisión y el Gobierno italiano han admitido que, si bien una exclusión de las mujeres de las fuerzas armadas motivada por propósitos «protectores» es, en principio, admisible, sólo podrá considerarse efectivamente legítima cuando se refiera a actividades específicas, cuyas condiciones de ejercicio entrañen, en concreto, riesgos de especial entidad, como los de las unidades armadas de la policía en una situación de guerra civil o los de un cuerpo especial de fuerzas de ataque de un país (véase el punto 14).

26. En efecto, según el Tribunal de Justicia, las limitaciones al principio de igualdad de trato basadas en el artículo 2, apartado 2, sólo pueden referirse a actividades profesionales *específicas*. [51] En relación con una excepción general al principio de igualdad de trato en lo que respecta al empleo en casas privadas, en la sentencia Comisión/Reino Unido el Tribunal de Justicia ha excluido totalmente la pertinencia del artículo 2, apartado 2, aunque sea «indiscutible que, para determinados empleos [...] resulta justificada la excepción» por el respeto a la vida privada (apartado 14). En la sentencia Comisión/Francia (asunto 318/86), el Tribunal de Justicia ha estimado que no era suficientemente específica una excepción al principio de igualdad de trato que afectaba a las mujeres, no en relación con todas las fuerzas policiales francesas,

48 — En el mismo sentido, véase, por ejemplo, H. Fenwick, *op. cit.*, p. 79.

49 — Véanse, en el mismo sentido, las sentencias del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania) de 28 de enero de 1992, sobre la prohibición del trabajo nocturno (Nachtarbeitsverbot) de las mujeres (1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 y 10/91, *BVerfGE*, vol. 85, p. 191 a 207), y de 24 de enero de 1995, que ha considerado inconstitucional la exclusión de las mujeres del servicio obligatorio en el cuerpo de bomberos (Feuerwehrdienstpflicht; 1 BvL 18/93 y 5, 6, 7/94, 1 BvR 403, 569/94, *BVerfGE*, vol. 92, p. 91). En efecto, la protección de la mujer es un tema muy recurrente en la legislación laboral alemana (véase Harvey, R.: «Equal Treatment of Men and Women in the Work Place: the Implementation of the European Community's Equal Treatment Legislation in the Federal Republic of Germany», en *The American Journal of Comparative Law*, 1990, p. 31). El hecho de que tal protección entrañe efectivamente el riesgo de relegar a la mujer al papel tradicional de esposa y madre se desprende de la insistencia con la que aún en 1992 —es decir, un año después de la sentencia Stoeckel (véase la nota 20) en la que el Tribunal de Justicia ha considerado por vez primera que la prohibición del trabajo nocturno femenino es injustificadamente discriminatoria— el Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Ministro federal de Trabajo y Asuntos Sociales) ha defendido el principio de la Nachtarbeitsverbot, que se deriva de una ley de 1891. De la citada sentencia del Bundesverfassungsgericht, en la que se ha afirmado claramente el principio de primacía de la Directiva sobre las disposiciones nacionales incompatibles con ella, se desprende que la Administración —suscitando las críticas más enconadas de la Federación alemana de mujeres juristas (Deutscher Juristinnenbund) y de la Asociación de mujeres alemanas (Deutscher Frauenring), que intervinieron en el procedimiento— ha intentado justificar la prohibición de que se trata a través del hecho de que «las mujeres tienen, mucho más a menudo que los hombres, la responsabilidad de los hijos y de las labores domésticas, además de su actividad profesional» *(op. cit.*, p. 200). Similares reflexiones se recogen en la Comunicación de la Comisión, de 20 de marzo de 1987, sobre las legislaciones protectoras de las mujeres en los Estados miembros de la Comunidad Europea, COM(87) 105 final, sección I-4, p. 5; en lo sucesivo, «Comunicación».

50 — Véase Kokott *(op. cit., sub* artículo 12a, apartado 6).

51 — Véanse las sentencias Comisión/Reino Unido, apartados 14 a 16; Comisión/Francia (318/86), apartado 25 y las correspondientes conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn en este asunto (Rec. pp. 3570 y 3571), así como mis conclusiones en el asunto Sirdar (puntos 35 a 37).

sino sólo en cinco cuerpos de policía;[52] básicamente, según el Tribunal de Justicia, las excepciones con arreglo al artículo 2, apartado 2, de la Directiva sólo son admisibles después de determinar, *en el seno* de esas unidades particulares, *actividades específicas* para las que el sexo constituye una condición determinante (apartados 25 a 30).

27. En el presente asunto, la exclusión de las mujeres de la Bundeswehr no se limita a unidades específicas, sino que afecta indistintamente a todos los sectores distintos del sanitario y de la música militar. El Gobierno alemán ha sostenido, en su defensa, que la exclusión es necesariamente total porque todas las unidades de combate deben poder emplearse de modo «interactivo» (véase el apartado 14), sin posibilidad de distinguir entre misiones en el frente (más arriesgadas) y en la retaguardia (menos arriesgadas). En otros términos, la interoperatividad general de la Bundeswehr basta para especificar la excepción prevista tanto en el artículo 12a de la GG como en las normas adoptadas sobre la base de ese precepto constitucional. Esa interactividad (o interoperatividad) recuerda la «intercambiabilidad» característica de las fuerzas de policía —de las que se trataba en el asunto Comisión/Francia (318/86)— que, según el Gobierno francés, justificaba el sistema de alistamiento utilizado en determinadas unidades.[53] No obstante, ese sistema ha sido considerado incompatible con la Directiva puesto que era dudoso que el principio de la «intercambiabilidad» fuese necesario y concretamente aplicado. La «interoperatividad» que debería caracterizar, en el presente asunto, a la Bundeswehr en su conjunto presenta además, desde el punto de vista conceptual, algunas semejanzas con la «interoperatividad» de los Royal Marines. Según el Juez remitente en el asunto Sirdar, el Gobierno del Reino Unido había probado de modo indiscutible que el principio de la «interoperatividad» se aplicaba efectivamente de modo constante a todos los integrantes de los Royal Marines;[54] por ese motivo, he considerado que la medida discriminatoria objeto de ese procedimiento era suficientemente específica, medida que además afectaba a *todos* los empleos en los Royal Marines.[55] Aplicando los principios que se desprenden de la sentencia Comisión/Francia (en la que ya me he inspirado en el asunto Sirdar) considero que la «interoperatividad» a la que están sujetos los soldados de la Bundeswehr no basta para admitir la discriminación controvertida, puesto que las autoridades alemanas no han probado que constituye una norma efectivamente aplicada en todas las unidades «de combate», es decir, las unidades distintas de las de sanidad y música militar.

28. No sólo es eso. Una «interoperatividad» aplicada a la generalidad de las fuerzas armadas es difícilmente compatible con la creciente especialización de las distintas unidades, dotadas de medios de combate cada vez más complejos y cuyos soldados son a menudo adiestrados en técnicas militares propias de un cuerpo o unidad particular. Por tanto, parece poco convincente la pretensión de mantener la

52 — Los comisarios de policía, comandantes y oficiales de policía, inspectores, investigadores, oficiales y números de la policía (véanse pp. 3561 y 3562).

53 — A este respecto, véanse mis reflexiones en las conclusiones presentadas en el asunto Sirdar, punto 36.

54 — Véase el punto 7 de mis conclusiones.

55 — Véanse los puntos 35 y 36 de mis conclusiones.

posibilidad de asignar a todos los «combatientes» funciones distintas de aquéllas en que han sido adiestrados, tal vez utilizando armas cuyo manejo requiere una familiaridad que no se adquiere en breve plazo. En cambio, los Royal Marines son sometidos —sin ninguna excepción— a un adiestramiento idéntico, prolongado y especial (dirigido a garantizar la más completa interoperatividad) y son potencialmente destinados a las mismas misiones. En ese asunto, se ha visto que incluso los cocineros, como todos los demás soldados, deben superar también tres veces al año un examen destinado a comprobar el mantenimiento de su forma física. [56]

29. La falta de especificidad característica de la excepción al principio de igualdad de trato prevista en el artículo 12a de la GG y en las disposiciones adoptadas en virtud de dicho artículo parece oponerse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde otro punto de vista: las discriminaciones para las que se invoca la reserva prevista en el artículo 2, apartado 2, deben ser suficientemente transparentes para permitir que la Comisión realice un control eficaz sobre las mismas. [57] En el presente asunto, habida cuenta de su carácter general, las disposiciones nacionales sobre las que versa la petición de decisión prejudicial no permiten determinar si todas las unidades en que las mujeres no pueden alistarse «corresponden en modo efectivo a las actividades específicas para las cuales, en el sentido del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva, el sexo constituye una condición determinante». [58] Por otra parte, permítaseme indicar que la propia Comisión parece haber contribuido al mantenimiento de la desigualdad de trato controvertida. En el presente procedimiento, el Tribunal de Justicia le ha dirigido una pregunta concreta por escrito para verificar en qué medida había controlado la Comisión, de conformidad con el artículo 9, apartado 2, de la Directiva, las profesiones y actividades en las que los distintos Estados miembros (incluida Alemania) excluyen la aplicación del principio de igualdad de trato en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva. [59] Pues bien, la Comisión, como ya ha sucedido en el pasado, [60] no ha facilitado datos concretos al respecto.

30. Las consideraciones expuestas hasta ahora conducen a estimar que la exclusión objeto de la presente petición de decisión prejudicial no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 2, ni del artículo 2, apartado 3, de la Directiva y por tanto es incompatible con la misma. Para el caso de que este Tribunal de Justicia llegue a la conclusión contraria, estimo oportuno, sin embargo, añadir algunas reflexiones sobre la fundamentación de la justificación alegada por las autoridades alemanas y sobre la proporcionalidad del régimen adoptado por éstas. Si el Tribunal de Justicia considerase que la Directiva no se opone a la normativa nacional examinada, incumbiría al Juez nacional —en el ámbito del reparto de competencias establecido en el artículo 177

56 — Véanse los puntos 6 y 7 de mis conclusiones en el asunto Sirdar.

57 — Véase la sentencia de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia (apartados 25 y 26); fundamentalmente en el mismo sentido, sentencia Comisión/Alemania (apartados 36 y ss.)

58 — Sentencia de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia, apartado 27.

59 — En la sentencia Comisión/Alemania, apartado 38, el Tribunal de Justicia se ha referido expresamente a ese preciso poder-deber de control de la Comisión, guardiana del Tratado.

60 — Véase la sentencia Comisión/Alemania, apartado 34.

del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE)— dilucidar si la negativa recibida por la Sra. Kreil puede estimarse efectivamente justificada y conforme al principio de proporcionalidad.[61] Hay una primera cuestión preliminar sobre la que desearía detenerme. Las autoridades alemanas consideran que pueden determinar de modo discrecional qué excepciones al principio de igualdad de trato consagrados por la Directiva pueden introducirse por motivos socioculturales. Sin embargo, ¿cuál es el fundamento de esa tesis?

6. La función de la discrecionalidad en la determinación de las excepciones al principio de igualdad de trato

31. Según el Gobierno alemán, la facultad discrecional para introducir las excepciones antes expuestas está justificada en el presente asunto por motivos de orden histórico que explican la «obligación moral de protección de las mujeres» con arreglo al artículo 12a de la GG. Las autoridades alemanas aproximan así el presente asunto al caso examinado por el Tribunal de Justicia en materia de restricciones a la libre circulación de los trabajadores, impuestas por motivos de orden público de conformidad con el artículo 48, apartado 3, del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, apartado 3, tras su modificación). En los asuntos Van Duyn[62] y Bouchereau,[63] considerando que «[en lo que respecta a la adopción de medidas de expulsión de ciudadanos extranjeros] las circunstancias específicas que podrían justificar la utilización del concepto de orden público pueden variar en los distintos países y épocas», el Tribunal de Justicia ha declarado que «de este modo, es preciso reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación en esta materia».[64] No obstante, no estimo que pueda y deba aplicarse idéntico criterio en el presente asunto.

32. En el asunto Sirdar, en el que el Reino Unido sostuvo una tesis similar a la ahora propuesta por el Gobierno alemán, señalé que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no exige al Juez nacional, al examinar la fundamentación y proporcionalidad de los motivos invocados para introducir una excepción de conformidad con el artículo 2, apartado 2, tener en cuenta un «cierto margen de apreciación» del que

61 — Véase la sentencia Johnston, apartados 38 y 39.

62 — Sentencia de 4 de diciembre de 1974 (41/74, Rec. p. 1337), apartados 18 y 19.

63 — Sentencia de 27 de octubre de 1977, Regina/Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999), apartados 33 a 35.

64 — Sentencia Regina/Bouchereau, apartado 34; véase también la sentencia Van Duyn, apartado 18.

desee disponer el Estado miembro interesado. [65]

7. Elementos para apreciar la fundamentación y proporcionalidad de las excepciones de que se trata

33. El Gobierno alemán alega que el artículo 12a de la GG y la normativa de ejecución de esa disposición, manifiestamente inspirados en el Derecho humanitario internacional, son el único medio para conseguir el objetivo de garantizar que «en ningún caso» las mujeres queden expuestas al fuego enemigo como «combatientes» (véase el punto 12). En realidad, como se indicará a continuación, no cabe atribuir a la Constitución alemana ni al Convenio ni al Protocolo un resultado protector que garantice que las mujeres de nacionalidad alemana, aunque no sean admitidas (salvo excepciones) en la Bundeswehr, eviten con seguridad todo riesgo relacionado con los ataques del enemigo o con las consecuencias de ser declaradas prisioneras de guerra en caso de captura.

34. Como las propias autoridades alemanas han declarado en la vista ante el Tribunal de Justicia, las fuerzas armadas federales están dotadas, en virtud del artículo 87b de la GG, de una estructura administrativa propia, de naturaleza civil, que cuenta con aproximadamente 142.000 personas (frente a 330.000 soldados aproximadamente), cuyas funciones principales consisten en la gestión del personal y la satisfacción directa de las necesidades materiales de la Bundeswehr. Entre los civiles que desempeñan tales funciones figuran, según los datos facilitados por las autoridades alemanas, aproximadamente 49.500 mujeres. Pues bien, no parece que se pueda considerar que el Derecho humanitario internacional permite a *todos* los que pertenezcan a dicha Administración gozar de la protección concedida a la población civil por el artículo 51 del Protocolo. Ese Derecho humanitario parece admitir, además, al menos en algunos casos, que las personas destinadas a la Administración sean considerados «prisioneros de guerra» al igual que los «combatientes». Según el artículo 50 del Protocolo y el artículo 4, letra A, apartado 4, del Convenio (al que se remite el primero de esos preceptos), «[no pertenecen a la población civil, es decir son combatientes, las] personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de

65 — Véanse los puntos 40 y 41 de mis conclusiones sobre el asunto Sirdar, en donde cito la sentencia Johnston. En relación más directa con los motivos históricos sobre los que se basa el artículo 12a de la GG, recuerdo que, en la sentencia Vogt/Alemania (sentencia de 26 de septiembre de 1995, Serie A, nº 323), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH») se mostró bastante reacio a compartir la tesis entonces expuesta por el Gobierno alemán, según la cual la experiencia sufrida por Alemania en el período que condujo al régimen nazi constituía una justificación válida de una medida manifiestamente contraria al derecho de expresión. Con respecto al despido de una profesora de escuela secundaria motivado por su deslealtad a la Constitución democrática por ser miembro activo del Partido comunista alemán (Deutsche Kommunistische Partei), el TEDH ha declarado que ni siquiera la experiencia sufrida por Alemania durante la República de Weimar que desembocó después en la «pesadilla del nazismo» sirve para justificar una medida tan radical establecida para proteger valores fundamentales como la seguridad nacional y el orden público (véanse los apartados 49 y ss.). Desde una perspectiva similar a la del presente asunto, el Gobierno alemán había sostenido que la República Federal de Alemania tiene una responsabilidad especial en la lucha contra todas las formas de extremismo, de derecha o izquierda, y por esa concreta razón y a la luz de la experiencia de la República de Weimar, todo funcionario público está obligado por un deber especial de lealtad política, puesto que la Administración constituye la piedra angular de una «democracia en condiciones de defenderse a sí misma» (apartado 54). Procede destacar la declaración del TEDH según la cual «es impresionante el carácter *absoluto* de esa obligación [de lealtad política de los funcionarios] tal como la han interpretado los Jueces alemanes» (apartado 59; el subrayado es mío).

servicios encargados del bienestar de los militares [...] que acompañan». Además estas personas, si son capturadas por el enemigo, son consideradas «prisioneros de guerra» en virtud del artículo 4 del Convenio. En mi opinión, por tanto, el Verwaltungsgericht Hannover deberá examinar cuáles son en particular las funciones asignadas a las mujeres en virtud del artículo 87b de la GG con el fin de comprobar que, con arreglo a las citadas disposiciones del Derecho humanitario internacional, su empleo en funciones de apoyo a la Bundeswehr sea conforme con la *ratio* del artículo 12a de la GG.

35. Deben tenerse en cuenta además consideraciones de orden práctico: en efecto, no se ve cómo garantizar que las mujeres destinadas, en virtud del artículo 87b de la GG, al cuartel general o a otros puestos de mando —para desarrollar allí, por ejemplo, funciones de secretaría— o en apoyo de cualquier unidad de la Bundeswehr, puedan evitar los riesgos «reservados» por el Derecho humanitario internacional a los «combatientes». Es bien sabido que actualmente, gracias a los sistemas modernos de armas de largo alcance, en caso de conflicto, entre los primeros objetivos figuran precisamente los centros neurálgicos de la estructura de mando y control de un ejército. Por consiguiente, hay un número considerable de mujeres, nada menos que 49.500, que han sido admitidas en la administración de la Bundeswehr y destinadas a desempeñar una amplia gama de actividades «no militares» junto a los soldados (que también desarrollan actividades administrativas, según el Gobierno alemán) y que debe considerarse que no están al amparo de eventuales ataques del enemigo. El Juez remitente debería, por tanto, apreciar la racionalidad de una medida «protectora» que, por una parte, no suprime totalmente los riesgos que pretende evitar y, por otra, tiene el efecto de apartar a las mujeres de más de 300.000 puestos de trabajo (que, como ha recordado la Comisión, no sufren las repercusiones de las coyunturas negativas de la economía y del mercado, y garantizan una formación técnica y profesional extremadamente útil cuando los interesados se orientan a actividades de carácter civil). [66] Desde este punto de vista, el Juez remitente debería, en particular, asegurarse de que las mujeres, aunque desempeñen funciones civiles, no se exponen, en realidad, a los mismos riesgos que corren, aunque también sólo en segunda línea, los propios soldados.

36. La exclusión prácticamente absoluta de las mujeres de la Bundeswehr motivada meramente por propósitos «protectores» parece estar también en contradicción con una política de empleo de las mujeres que, en cambio, parece bastante más abierta en relación con otras actividades que entrañan también riesgos notables. Me refiero, en

66 — La combinación y proximidad de las funciones civiles y militares en la administración de la Bundeswehr está acentuada por el hecho de que, como ha subrayado el Gobierno alemán, en las fuerzas armadas de los demás países no se conoce esa distribución de las funciones civiles y militares, confiándose la gestión con carácter prácticamente exclusivo a los militares. Siendo así, me pregunto de nuevo cómo es posible garantizar que las mujeres, destinadas en número elevado a las actividades de apoyo de la Bundeswehr, no sufran «en ningún caso» los ataques del enemigo sobre objetivos como las bases militares, los depósitos de material bélico y toda la infraestructura logística.

particular, a los bomberos [67] y la policía. [68] La segunda de estas actividades, fundamentalmente, aunque no se caracteriza por riesgos de naturaleza idéntica a los que afectan a los soldados en caso de guerra, expone sin embargo a los miembros de las fuerzas policiales a graves peligros cotidianos, incluidos enfrentamientos con armas de fuego con delincuentes comunes y terroristas. En cuanto a los bomberos, la reciente sentencia del Bundesverfassungsgericht (véase la nota 49) considera discriminatoria incluso la exclusión de las mujeres del servicio obligatorio. A este respecto, en la vista ante este Tribunal de Justicia, el Gobierno alemán se ha limitado a observar que la diferencia de trato entre las personas empleadas en la policía y en la Bundeswehr se debe al hecho de que sólo los soldados son «combatientes» a efectos del Derecho humanitario internacional. Como ya he señalado, el hecho de poseer o no la condición de combatiente es un aspecto cuya pertinencia, a efectos del presente análisis, es ya por sí misma susceptible de control por el Juez nacional (véanse los puntos 33 a 35). Lo que es más importante, sin embargo, es que el Juez remitente compruebe si el trato radicalmente distinto de las mujeres frente a los hombres en el sector de las fuerzas armadas puede justificarse efectivamente sobre la base de peligros inherentes *precisamente* a esa actividad.

37. Por último, los riesgos relacionados con el estado de cautividad, es decir con la condición de «prisionero de guerra», a la luz del Derecho humanitario internacional actual —bastante más desarrollado que en el período inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial— [69] son sin duda menores que los que corrían los soldados en el período histórico recordado por el

67 — En la sentencia Feuerwehrdienstpflicht (véase la nota 49), el Bundesverfassungsgericht ha considerado inconstitucional la exclusión —prevista en la normativa de más de la mitad de los Estados federados— de las mujeres de los servicios *obligatorios* en las unidades de bomberos *puesto que no está objetivamente justificada por la exigencia de proteger a las mujeres de riesgos a los que los hombres no están expuestos y puede perpetuar una distribución tradicional de las funciones* (pp. 109 a 113). La decisión es especialmente significativa por cuanto, durante los años setenta y ochenta, el Bundesverfassungsgericht había decidido en varias ocasiones que la exclusión de las mujeres de esa actividad (prevista para todos los hombres adultos aptos físicamente, pero que podía sustituirse mediante el pago de la correspondiente tasa municipal, la Feuerwehrabgabe, en el caso de que existiera un número de voluntarios suficiente para desempeñar las funciones asignadas a las unidades de bomberos) estaba objetivamente justificada en consideración de los riesgos inherentes a dicha actividad, aun cuando en numerosos Estados federados, desde 1978, las mujeres podían alistarse como voluntarias (para una mejor comprensión de los problemas examinados por el Bundesverfassungsgericht, véase la sentencia de 18 de julio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 18 de julio de 1994, Schmidt/Alemania serie A nº 291-B).

68 — Ya Zuleeg *(op. cit.,* p. 1020) había señalado esta contradicción. Piénsese, a título de ejemplo, en la actividad de asistente social en los establecimientos penitenciarios masculinos: en el asunto Von Colson y Kamann (sentencia de 10 de abril de 1984, 14/83, Rec. p. 1891), al plantear al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales relativas a las sanciones previstas en el Derecho nacional contra los empresarios culpables de discriminaciones por razón de sexo, el Juez remitente alemán no tuvo dudas sobre la naturaleza discriminatoria de la negativa de un establecimiento penitenciario masculino a admitir dos asistentes sociales por motivos relacionados con el sexo, alegando «los problemas y riesgos relacionados con la admisión de candidatas femeninas para instituciones de este tipo» (véanse los apartados 2 y 3).

69 — Según Rodley, antes de la segunda guerra mundial, no existía Derecho internacional para la protección de los derechos humanos *(op. cit.,* p. 1) y sólo ha empezado a desarrollarse, también en relación con los conflictos armados, con los tres Convenios de Ginebra, a los que en el curso de los años se ha añadido toda una serie de instrumentos que ya no se limitan a la fijación de normas («standard setting»), sino que contienen además mecanismos dirigidos a garantizar el respeto de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados (el más conocido es el procedimiento aprobado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas mediante la Resolución nº 1503, de 27 de mayo de 1970, en virtud del cual la Comisión sobre los Derechos Humanos de las Naciones Unidas dispone de la facultad de efectuar investigaciones o estudios detallados sobre presuntas violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales; véase N. Rodley, *op. cit.,* p. 6, nota 14).

Gobierno alemán, es decir el correspondiente al Tercer Reich, en el que se ha inspirado el legislador constitucional alemán de 1956 (véase el punto 12). Al considerar la proporcionalidad de las medidas nacionales controvertidas en el presente procedimiento no debe olvidarse, según mi parecer, conferir cierta importancia a la evolución, en un sentido más «protector» que nunca, registrada por el Derecho humanitario internacional en los últimos cincuenta años.

38. Después de formular la conclusión según la cual la Directiva se opone a la discriminación objeto de la presente cuestión prejudicial, he centrado la atención sobre una serie de elementos que el Juez nacional podrá valorar, en el ejercicio de la facultad de control que le corresponde, con el fin de determinar si la exclusión casi total de las mujeres de la Bundeswehr puede justificarse efectivamente sobre la base de las motivaciones alegadas por las autoridades alemanas y si es proporcional.

VI. Conclusión

39. En consecuencia, procede responder, en mi opinión, a la cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Hannover del siguiente modo:

«La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se opone a disposiciones nacionales como el artículo 1, apartado 2, tercera frase, de la Soldatengesetz, en su versión de 15 de diciembre de 1995, modificada en último lugar por la Ley de 4 de diciembre de 1997, y el artículo 3a del Soldatenlaufbahnverordnung, en la versión publicada el 28 de enero de 1998, con arreglo a los cuales se impide a las mujeres alistarse en todas las unidades "de combate" de las fuerzas armadas.»