

ALGUNAS APROXIMACIONES A LAS SENTENCIAS RELEVANTES EMITIDAS POR EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO EN MATERIA DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO*

*SOME APPROXIMATIONS TO THE RELEVANT JUDGMENTS
IN THE LAW OF THE EUROPEAN UNION ISSUED
BY THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE ON EQUALITY
BETWEEN MEN AND WOMEN IN EUROPEAN COMMUNITY LAW*

Aída FIGUEROA BELLO**

Gerhard NIEDRIST***

RESUMEN: En tanto a la igualdad entre mujeres y hombres, el Tribunal de Justicia comunitario ha plasmado una orientación interpretativa tendencialmente positivista; son más los casos en los que declara el alcance jurídico de la normativa europea en su justa medida y atendiendo a una interpretación literal, limitativa y restrictiva con acentuada rigurosidad jurídica, especialmente en lo relativo a la maternidad y a la conciliación de los espacios laborales y familiares.

ABSTRACT: *Regarding equality between men and women, the European Court of Justice has developed a tendency to a positive interpretation; it has decided more cases where it analyses European regulations mainly textually, with a trend to a rigorous and restrictive interpretation, especially in the field of maternity and the conciliation of work and family spaces.*

Palabras clave: Tribunal de Justicia, igualdad entre mujeres y hombres, jurisprudencia, Unión Europea, derechos humanos.

Keywords: *European Court of Justice, gender equality, jurisprudence, European Union, Human Rights.*

* Artículo recibido el 11 de noviembre de 2016 y aceptado para su publicación el 11 de enero de 2020.

** ORCID: 0000-0002-2699-642X Profesora e investigadora nacional en la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México. Correo electrónico: aida.figueroabl@uanl.edu.mx.

*** ORCID: 0000-0002-4245-0881. Profesor e investigador nacional en el Instituto de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), campus Monterrey. Correo electrónico: gerhard.niedrist@tec.mx, gerhard.niedrist@itesm.mx.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1407-1447.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Marco teórico-conceptual de igualdad y no discriminación*. III. *Igualdad de trato e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. IV. *Igualdad retributiva. Las primeras sentencias Defrenne*. V. *Igualdad en materia de seguridad social obligatoria*. VI. *Protección de la maternidad*. VII. *Reflexiones finales*. VIII. *Referencias bibliográficas*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

En este trabajo se tratarán de abordar la descripción y análisis de los aspectos sustantivos y esenciales de las sentencias que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha resuelto en materia de igualdad de trato e igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; tiene como objetivo central determinar en qué medida el rol de este órgano jurisdiccional ha supuesto un avance, o bien un retroceso en el esquema normativo de la igualdad de género, eje temático que constituye el objeto de estudio de la presente investigación. Asimismo, intentaremos dilucidar si de manera clara el Tribunal comunitario ha ido trazando, con sus interpretaciones, una ruta o camino con el que podamos conocer cuáles han sido sus líneas interpretativas al resolver asuntos relativos a la igualdad entre mujeres y hombres.

Para ello, se ha realizado la búsqueda y recopilación de las sentencias en la base de datos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *CURIA*, y en el que se integra todo el acervo comunitario jurisprudencial desde 1958 hasta nuestros días. En cuanto a los criterios de selección, hemos atendido de forma sistemática a la temática laboral, y, de manera particular, a la discriminación salarial, prestaciones de seguridad social, despido por maternidad (biológica, genética y subrogada), promoción laboral, discriminación por embarazo, conciliación de la vida personal y profesional, como la reducción de jornada para cuidado de hijos e hijas.

Para ello, consideramos necesario integrar a manera de marco teórico conceptual algunos apuntamientos en lo que respecta a la igualdad, que nos brindarán la pauta y punto de partida para analizar el objeto de estudio de este trabajo, y que son los fallos pronunciados por la Corte de Luxemburgo en la materia indicada. De tal manera que llevaremos a cabo inicialmente algunos referentes teóricos del binomio igualdad y no discriminación, así como sus especies, como lo es la igualdad de trato e

igualdad de oportunidades, particularmente entre mujeres y hombres en el plano comunitario.

Como sabemos, la Europa comunitaria ha plasmado en su derecho originario (tratados) como sus principios fundacionales los valores basados en el respeto de la dignidad humana, de la libertad, de la democracia, de la igualdad, Estado de derecho y de los derechos humanos. En este contexto, por lo que respecta a la igualdad entre mujeres y hombres, ha sido el Tribunal de Luxemburgo el que se ha erigido como la vía que ha impreso una singular dinámica al derecho comunitario a través de su labor hermenéutica, al emitir sus decisiones y fallos, que de manera paulatina han contribuido —con sus claroscuros— a la integración de todo un arsenal jurisprudencial en la materia, y, por ende, ha dado cuenta de la construcción de un marco normativo de este objetivo fundamental en el seno comunitario (García y Garrigues 2006; Iglesias 2015).

En tal sentido, dedicaremos nuestro análisis a aquellas sentencias que estimamos de trascendencia, y que han supuesto progresos y puntos de inflexión en algunos asuntos —y ¿por qué no decirlo?, incluso asombro y desconcierto—, dando a conocer la diversidad de posturas interpretativas que el Tribunal comunitario inserta en sus criterios jurisprudenciales, lo que sin lugar a dudas problematizará el poder determinar y clarificar las líneas interpretativas que se puedan ver reflejadas en sus decisiones. Incluso, al grado de dar a conocer pronunciamientos, que podríamos considerar reveses y hasta cierto repliegue en la construcción de un auténtico marco jurídico sustancialmente garante de la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

Como es sabido, la Unión Europea ha sido considerada una organización internacional sui géneris, atendiendo fundamentalmente tanto a su origen como a la estructura y funcionamiento que posee, ya que contempla diversas instituciones comunitarias, órganos (consultivos, financieros e interinstitucionales) y organismos (especializados como descentralizados o agencias); todos ellos brindan un carácter peculiar con respecto a las demás organizaciones internacionales. En este sentido, la institución comunitaria que nos marcará la pauta para nuestro estudio es el Tribunal de Justicia, conocido también como Tribunal de Luxemburgo, atendiendo a su sede principal.

En una primera aproximación, y revisando el origen de la Europa unida, hemos de destacar que su creación respondió a cuestiones estricta-

mente económicas —recordemos las cuatro libertades económicas, pilares de esta organización internacional: libre circulación de personas, libre circulación de mercancías, libre circulación de capitales y libre circulación de servicios— y colateralmente, las razones de orden social fueron *cuajando* y dándose poco a poco. Una de ellas ha sido precisamente el aspecto laboral. En este rubro se ubican gran parte de los asuntos relativos a la temática que nos ocupa, y el órgano jurisdiccional comunitario debe resolverlos, superando indudablemente el parco contenido del artículo 119 (posterior artículo 141 del Tratado CE y actual artículo 153 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea), creando así una auténtica *lista abierta*, con sus altibajos y pronunciamientos literales, pero igualmente supeditada a lo que Martínez y Ferrer (2017, 225, 243) señalan como una igualdad para el mercado.

II. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Ciertamente, una de las categorías de análisis teórico que ha gozado de múltiples y numerosos estudios a lo largo de la historia ha sido precisamente la igualdad, y constituye una de las nociones esenciales de todo constitucionalismo. Sabemos que, como concepto, ha atendido a espacios y tiempos determinados —recordemos cuando la esclavitud era aceptada y legitimada, ser libre o esclavo, ser noble o del vulgo, ser mujer, o bien hombre, marcaba (y sigue marcando) toda diferencia de trato— o el pensamiento aristotélico plasmado en la *Ética a Nicómaco*, de *tratar igual a los iguales, y desigual, a los desiguales*, por todos nosotros conocido, y a lo que cabría la pregunta: ¿bajo qué criterio determinante? para uno y otro caso. Para dar respuesta a la interrogante antes formulada, diremos que en la teoría, la igualdad se ha equiparado a la idea de identidad, semejanza, analogía —gramatical, mas no jurídicamente referida, dado que en términos jurídicos igualdad es razonabilidad de la diferencia jurídica de trato (Martínez 1991, 539)—, y que supondría un trato en igualdad de condiciones a aquello que guarde semejanza, identidad, similitud (Rubio 1991, 686-688), cuyas características diferenciadoras carecerían de relevancia para un trato diferente, o bien diverso. Para tal supuesto, operaría el denominado juicio de objetividad y razonabilidad, es decir —en palabras de Robert Alexy (1989, 399)—, basado en *buenos* argumentos; esto es, justificaciones, y que no es otra cosa que

razonar, o bien, argumentar un trato diferente, porque justamente aquellas características o aspectos relevantes resultan concluyentes y rotundos para un trato diferenciador, que justificaría y toleraría (Rey 2004, 30) un trato desigual; de lo contrario, resultaría incorrecto (Laporta 1985, 15).

De ahí que podamos referirnos a las ideas de *igualdad en la ley*, y la *igualdad ante la ley*. En la primera, remitiéndonos a una igualdad formal o teórica; esto es, con relación a su contenido, y la segunda, a una igualdad en la aplicación de la ley; es decir, respecto a la administración de justicia como destinatarios de la normativa (Fernández 2019, 255); ambas que con toda claridad han sido objeto de análisis desde una visión clásica e integrándolas en una igualdad de trato. Cuestión distinta lo que se refiere a la igualdad real, material, sustancial, y que nos coloca en un ámbito social, jurídico, cultural, evidentemente marcado de diferencias, todo, menos abstractas, sino manifiestas y concretas, condiciones desiguales que sitúan a ciertos grupos sociales en circunstancias desventajosas y discriminatorias por razones históricas y tradicionales. Desigualdades, que el derecho antidiscriminatorio (Rey 2017, 128) pretende resolver, o analizar jurídicamente, cuyo postulado, en esencia, corresponde a la implementación de medidas adecuadas con miras a una igualdad de condiciones o igualdad de oportunidades (Rey 2017, 128).

Y justamente ha sido en el acervo comunitario desde el derecho antidiscriminatorio ha tenido gran cabida, a través de conceptos como igualdad de trato y no discriminación, así como las clases o tipos de discriminación, donde también el TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, todas ellas bases conceptuales que la materia que nos ocupa encuentra su obligada referencia. A todo ello, hay que recordar que este derecho antidiscriminatorio cuenta con una tradición en esencia norteamericana, destacando la segregación racial que le dio razón de ser, y que ha experimentado un desarrollo a través de los múltiples motivos o circunstancias por las que ciertos grupos sociales han sufrido discriminación por el hecho de pertenecer a aquellos conglomerados sociales históricamente desfavorecidos; esto es, por los denominados *rasgos sospechosos* (Pérez 1984-85, 255) como identidad sexual, religión, edad, discapacidad, origen étnico, origen racial, género, apariencia física, condición económica, nacionalidad, por citar sólo algunos. Lo anterior, estigmatización social.

Pues bien, tal como recoge el Tratado de la Unión Europea (TUE), la igualdad constituye uno de los valores y principios esenciales de la Europa

unida, y que, como veremos, la Corte comunitaria será la protagonista, postulándola como derecho fundamental, integrando así la denominada tridimensionalidad de la igualdad: valor esencial, principio democrático y derecho fundamental en el plano comunitario.

En esa misma línea, la igualdad, como valor esencial y fundamental de la Unión, se expresa en el artículo 2o. del Tratado de la Unión, inserta en los sistemas constitucionales de los Estados miembros como una de las tradiciones jurídicas que han caracterizado el desarrollo de sus bases constitucionales. La igualdad ha sido un pilar de la estructura normativa de todos los Estados que la integran. Así, se dispone “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”.

De igual modo, su carácter de principio democrático se declara en el numeral 2o., conocido como cláusula democrática, y que supone un estándar de respeto a los derechos humanos, asumiendo que a lo largo de la historia las violaciones a éstos han originado crisis humanitarias y conflictos internacionales. Hemos de recordar que al final de cuentas la Unión es una organización internacional, y como tal tiene como objetivos la paz y la seguridad internacionales, el desarrollo, y es justamente el compromiso democrático que ha jugado el papel de mecanismo de promoción y salvaguarda de las libertades fundamentales, evitando que ningún Estado miembro, cobijándose en su soberanía, pueda violarlos, al ser los tratados, vinculantes a todos los países que la integran.

Por último, como derecho fundamental, propiamente en su noción de igualdad de oportunidades, y en particular entre mujeres y hombres, tal valía ha sido creada y postulada en el progresivo desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, emitiendo decisiones que la han categorizado como tal.

La igualdad es un término que indudablemente refiere a su aspecto relacional (Estrada 2019, 325), y aún más, en el caso de la normativa comunitaria, especialmente aludiendo a la prohibición de discriminación por razón de sexo, puesto que como lo podremos revisar en el contenido de este estudio, el derecho antidiscriminatorio en la dimensión comunitaria ha experimentado un auge significativo, concretamente a través de las diversas directivas comunitarias emitidas por el Consejo de la Unión, así como en las decisiones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia. Pero

¿qué se debe entender por “discriminación”? La Directiva comunitaria 76/2007 nos da la pauta al incluir un concepto normativo de discriminación; sin embargo, y a lo largo de la construcción jurisprudencial de la Corte de Luxemburgo, podemos dar cuenta de la evolución, y, en particular, de su labor interpretativa de este precepto.

Igualdad y no discriminación constituyen el binomio semántico por demás complementario, manteniendo una relación de género-especie (Rey 2017, 137). Ciertamente, sabemos que son múltiples y diversas las definiciones que en la doctrina se han formulado con respecto al concepto de discriminación. Baste señalar que constituye un tratamiento desigual y desfavorable, cuyas consecuencias resultan igualmente perjudiciales.

En el derecho de la Unión Europea, el derecho originario integrado por los *tratados fundacionales* —desde el Tratado de París o Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), pasando por los tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa, llamada Euratom) o Tratados de Roma hasta los actuales, Tratado de la Unión Europea (TUE) y Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) prevé las denominadas Directivas comunitarias, mecanismos o instrumentos jurídicos que tienen como objetivo aproximar las diversas estructuras jurídicas de los países miembros de la Unión, teniendo un plazo para ello, desempeñando, a manera de *dispositivos propulsores* de la *ingeniería jurídica* comunitaria con las que se *impulsa* la anhelada compatibilidad legislativa comunitaria— estatal, originando el avance normativo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

En efecto, con la segunda —la primera (75/117) refería de manera exclusiva a la igualdad salarial— de las directivas emitidas en la materia —nos referimos a la 76/2007, relativa a la igualdad en el acceso al empleo y a la formación y promoción profesional— sentaría las bases para la construcción de un marco de protección y de igualdad entre mujeres y hombres en lo relativo a las condiciones laborales (Valdivia 2001, 144), sellando así la extensión de tal principio, así como el comienzo de su desarrollo normativo. Y que recoge por primera vez en su artículo 2.2 el concepto de discriminación directa e indirecta, aludiendo a la primera como un trato desfavorable de manera clara y evidente, mientras que la segunda parte de un tratamiento, inicialmente neutro, pero que, atendiendo a sus resultados y consecuencias, supone perjuicios y desventajas, de ahí que se

le defina como *discriminación oculta*, y, por consiguiente, menos perceptible a primera vista.

Como se puede deducir, una de las implicaciones más importantes en materia de igualdad laboral entre trabajadoras y trabajadores en seno comunitario es la regulación de este tipo de tratos desiguales, que configuran la discriminación indirecta, al implicar desigualdad, y diferenciaciones odiosas y perjudiciales. Modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de septiembre de 2002, posteriormente derogada por la Directiva 78/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, ésta vendría a introducir nuevas disposiciones con relación al ámbito laboral con mayor densidad normativa, como el concepto de *acoso*, *acoso sexual*, temáticas que sobrepasan nuestro propósito en este trabajo. Valga señalar que se han emitido varias directivas en materia de seguridad social, protección de la maternidad, seguridad y salud de la trabajadora embarazada, y cuyo análisis no constituye el objeto de estudio de este trabajo. No obstante, y de manera transversal, en el análisis de los fallos del TJUE se harán las referencias necesarias.

III. IGUALDAD DE TRATO E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Nuestro estudio de las sentencias del TJUE en la materia que nos ocupa no sería completo sin hacer referencia a la igualdad de trato e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Plasmado como uno de los objetivos fundamentales de la Unión Europea, y revisando toda la normativa comunitaria, podemos afirmar que en tal ruta se encamina la Europa unida; sin embargo, en la realidad fáctica, observamos que, a pesar del esfuerzo institucional, las mujeres aún sufren tratos discriminatorios. En el actual artículo 8o. del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se establece que “En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”.

¿En qué consiste la igualdad de trato? ¿La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres? Ante la primera interrogante, diremos que supone el derecho fundamental a no sufrir discriminación; es decir, lo

que nos ubica en un plano antidiscriminatorio. Y la segunda, a iguales condiciones y posibilidades que se traduzcan en la aspiración ideal de una igualdad sustantiva entre mujeres y hombres. Por su parte, Alarcón (1987, 33-34) divide la igualdad material en dos vertientes: la igualdad de punto de partida —igualdad de oportunidades— y la igualdad de punto de llegada —igualdad de resultados—, considerando a la primera como el tener las mismas oportunidades sin obstáculos que se traduzcan en tratos discriminatorios que impidan acceder a la obtención de medios y bienes materiales e inmateriales, y en general, al desarrollo humano en libertad e igualdad; y respecto a la segunda, advierte que son la consecuencia de aquellas medidas implementadas por los poderes públicos para el logro de la satisfacción de necesidades básicas del ser humano. Para confrontar tal pensamiento se puede consultar Strauss 1992-1993, 177-185.

Con relación a ello, Arnardóttir (2013, 335) concibe tres modelos de igualdad: el clásico modelo de igualdad formal o jurídica (*formal equality approach*) y aquellos que denomina modelos sustantivos de igualdad: uno, el basado en la diferencia (*substantive difference approach*), y el segundo, apoyado en la desventaja (*substantive disadvantage approach*). Estos últimos tienden a superar las deficiencias de un modelo puramente formal, que no ha conseguido eliminar las desigualdades de hecho entre hombres y mujeres y la discriminación de éstas.

Sin ninguna duda, podemos aseverar que la igualdad material o sustantiva entre mujeres y hombres, en gran parte, corresponde, por un lado, al compromiso y responsabilidad de toda la estructura institucional comunitaria de poner en marcha programas y planes de igualdad aplicando la transversalidad de género, con la finalidad de eliminar las conductas discriminatorias que a lo largo de la historia las mujeres en Europa han tenido —y tienen— que hacer frente, y por el otro, implementando medidas o instrumentos que contrarresten estos efectos discriminatorios; es decir, acciones positivas, que si bien, y a primera instancia puedan llegar a ser desiguales, tengan como resultado conseguir una igualdad efectiva o material, denominadas acciones positivas. De ahí que surja la imperiosa necesidad de cambiar modelos basados en estereotipos que perpetúan los roles femeninos y masculinos tradicionalmente encasillando a unas y a otros. Las ideas anteriores nos colocan en una visión un tanto aspiracional, ideal, dadas las prácticas discriminatorias, que incluso están legitimadas por el propio derecho (Turégano 2018, 16).

En la dimensión europea, las instituciones comunitarias, como la Comisión Europea —actualmente con *Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019*, en cuyos ejes de acción contempla lograr una mayor participación de la mujer en el mercado laboral— y el Consejo de la Unión, han ido integrando una política antidiscriminatoria, a través de recomendaciones, declaraciones, programas de acción, así como directivas, cuyo objetivo es el logro de esta igualdad de trato, como punto de partida, y de oportunidades, como punto de llegada. No obstante, ha resultado un gran desafío deconstruir y desaprender prácticas discriminatorias que se encuentran acentuadamente arraigadas en lo social (Rey y Giménez 2010, 18), a tal grado de considerarlas *normales* y *cotidianas*: el despido de una trabajadora embarazada, discriminación salarial, trato desigual en cuanto a prestaciones de seguridad social, la difícil compaginación del entorno familiar y laboral. Estas variables marcan una ruta aspiracional en el pleno goce y de una efectiva igualdad de oportunidades.

En lo que concierne a este punto, diremos que, en su dimensión fáctica, el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres representa la base de la igualdad material y sustantiva entre ambos, e integra un marco o esquema completo, e incluso hasta ideal: igualdad formal y material. Y justamente en esta última, la intervención de todas las instituciones comunitarias, incluyendo, por supuesto, al Tribunal de Justicia, se traduce imprescindible, cuyo objetivo central y prioritario debe constituir la protección de aquellos grupos o sectores de la sociedad que por determinadas circunstancias son los menos favorecidos, y tradicional e históricamente discriminados. Uno de esos grupos sociales en desigualdad son las mujeres en Europa. Finalmente, al hablar de derecho fundamental a no ser discriminado correspondería en esencia, por un lado, a un trato igual y a la prohibición de discriminación, tanto directas como indirectas y, por otro lado, a una efectiva igualdad de oportunidades, a través de las medidas de acción positiva como instrumentos de igualdad real y sustancial entre mujeres y hombres.

IV. IGUALDAD RETRIBUTIVA. LAS PRIMERAS SENTENCIAS DEFRENNE

Como punto de partida, hay que recordar que la cuestión social, en el proceso de integración europea, escapó a los objetivos económicos del de-

nominado mercado común. Incluso podríamos decir que lo social en la dimensión europea surgió como consecuencia lógica del desarrollo del devenir comercial, al suponer que éste marcaría las pautas para su adecuado progreso, y así evitar el denominado *dumping social*. No fue así, ya que se ha colocado al TJUE como la institución comunitaria que de manera pretoriana iría elaborando justamente un catálogo —aunque sin gozar del carácter *dogmáticamente visible* (Tomás 2017, 450, 452; Carrillo, 2017, 219)— de derechos fundamentales, sin ser (la igualdad de trato entre mujeres y hombres) la excepción. Y prueba de ello fueron los tres asuntos *Defrenne* (TJCE, *Defrenne I*, 80/70, 1971; TJCE, *Defrenne II*, 43/75, 1977; TJCE, *Defrenne III*, 149/77, 1978), pronunciando en este último, que la no discriminación por razón de sexo representa uno de los derechos fundamentales de la persona. Veamos por qué.

Gabrielle Defrenne se desempeñaba como azafata en la aerolínea belga Sabena; ella consideró que había sufrido un trato desigual, dado que el *arrêté Royal*, del 3 de noviembre de 1969, disponía reglas especiales para el personal de vuelo de la aviación civil para el derecho de pensión, de jubilación y de supervivencia de trabajadores por cuenta ajena. En sí, el caso implica la interpretación del entonces artículo 119 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), actual artículo 157, apartados 1 y 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Si bien la primera de las sentencias *Defrenne* (TJCE, *Defrenne I*, 80/70, 1971, 106) no resultó favorable en cuanto a las pretensiones de la promotora, dado que alegaba en cuestión prejudicial que las prestaciones de seguridad social formaban parte del concepto de retribución, declarando el Tribunal comunitario que una pensión de jubilación establecida en el ámbito de un régimen obligatorio de seguridad social no constituye una prestación satisfecha indirectamente por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, en el sentido del párrafo segundo del artículo 119 del Tratado CEE (TJCE, *Defrenne I*, 80/70, 1971). Como se puede apreciar, con la primera sentencia *Defrenne I* se reconoce la configuración jurídica de la igualdad entre mujeres y hombres como derecho fundamental. Con posterioridad, correspondería a las sentencias *Defrenne II* y *Defrenne III*, gozar de gran trascendencia y alcance (Wyatt 1976, 416), marcando el inicio, por un lado, de una verdadera labor pretoriana por parte del Tribunal de Luxemburgo (McCallum y Snaith 1977, 268), así como la preocupación por parte de las instituciones comunitarias en el

derecho fundamental de igualdad entre mujeres y hombres, tal como veremos a continuación.

Pues bien, para efecto de nuestro estudio, analizaremos la sentencia *Defrenne II*, asunto que marcó un hito, tanto jurisprudencial como desde una perspectiva legislativa y programática, y representa una de las decisiones *estrella* (Blázquez 2000, 32) en la materia. Esta vez, Gabrielle Defrenne interpuso la causa judicial contra la empresa aérea *Sabena*, invocando igualdad de remuneración, dado que el convenio colectivo disponía una edad de jubilación diferente: para las azafatas (cuarenta años), y para los trabajadores masculinos (auxiliares de vuelo, 50 años) —ambos desempeñando el mismo trabajo—, lo que tendría como resultado una desigualdad en la pensión jubilatoria para las primeras (Van Gerven 1977, 135). Como observaremos, tal cuestión desencadenaría el desarrollo, no sólo jurisprudencial (Snaith 1984, 700), sino también normativo e institucional, de este derecho fundamental.

En primer lugar, el Tribunal afirma que el artículo 119 del entonces TCEE (Tratado de las Comunidades Económicas Europeas) es directamente aplicable en el orden jurídico nacional (Koopmans 1980, 290), y puede ser invocado con independencia de reglas de armonización previas, ya sea nacionales o comunitarias. Así lo señaló el órgano jurisdiccional comunitario:

El principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, establecido por el artículo 119 puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Estos órganos jurisdiccionales tienen el deber de garantizar la protección de los derechos que tal precepto confiere a los justiciables, en particular en el caso de discriminaciones cuya causa directa sean disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajo, así como en el supuesto de retribución desigual de trabajadores femeninos y masculinos por un mismo trabajo, cuando éste se realice en un mismo establecimiento o servicio, privado o público (TJCE, *Defrenne II*, 43/75, 455).

Con lo anterior se confirmaría el efecto directo de la disposición del artículo 119, TCEE (artículo 141, TCE, y artículo 157, TFUE), interpretación jurisprudencial claramente progresista en materia de igualdad entre mujeres y hombres (Sharpston 2010, 260). Sin lugar a dudas, resultaría de enorme trascendencia la postura del Tribunal expresada en esta sentencia, al reconocer por primera vez su efecto directo, tanto horizontal

como vertical; sin embargo, declararía sus efectos jurídicos en el tiempo, al expresar que,

Salvo en el caso de aquellos trabajadores que con anterioridad hayan enablado una acción judicial o hayan formulado alguna reclamación equivalente, no puede invocarse el efecto directo del artículo 119 en apoyo de reclamaciones referentes a períodos de retribución anteriores a la fecha de la presente sentencia (TJCE, *Defrenne II*, 43/75).

Otro de los aspectos a destacar en el progresivo avance de la igualdad entre mujeres y hombres (Simon 2010a: 270) es lo declarado por la Corte comunitaria en la sentencia *Defrenne III* (TJCE, *Defrenne III*, 149/77), al pronunciar que la no discriminación por razón de sexo constituye una parte integrante de los derechos fundamentales, y, por ende, representa uno de los principios generales del derecho comunitario.

V. IGUALDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL OBLIGATORIA

Otra de las áreas en las que el TJUE ha debido interpretar es la relativa a los derechos derivados de la seguridad social obligatoria. A esto resulta interesante mencionar la sentencia *Grau-Hupka* (TJCE, C-297/93), resolución en la que la Corte comunitaria estima que el cómputo de periodos para determinar la pensión de jubilación de una persona resulta válido, no incluir en ellos los periodos de tiempo dedicado a la educación de un hijo, pues es conforme a lo estipulado por el entonces artículo 119 del Tratado y a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Revisemos algunos detalles de esta sentencia.

El litigio corresponde a la solicitud de la señora Rita Grau-Hupka —empleada del Conservatorio de Bremen— al *Stadtgemeinde Bremen* (Ayuntamiento de Bremen en Alemania) que se le calculara, para el monto de su pensión de jubilación, el tiempo que había dedicado a la educación de su hijo. A tal petición, el TJUE declara que

Dado que el Derecho comunitario sobre la igualdad de trato en materia de Seguridad Social no obliga a que, al calcular la pensión de jubilación legal, los Estados miembros tengan en cuenta los años dedicados a la educación de un hijo, no es posible considerar contrario al principio de igualdad de retri-

bución entre hombres y mujeres que proclama el artículo 119 del Tratado y la Directiva sobre la igualdad de retribución el hecho de poder retribuir con un salario inferior al normal a una persona que disfrute de una pensión y que, por ello, goce de una situación de seguridad, desde el punto de vista social, cuando la pensión de jubilación haya quedado reducida a raíz de una pérdida de la retribución debida al tiempo dedicado a la educación de un hijo (TJCE, C-297/93, apartado 28).

Claramente, a nuestro parecer, el TJUE se pronuncia y plasma su línea interpretativa atendiendo al tenor y literalidad de la normativa, y deja de lado una realidad: que mayoritariamente son las mujeres quienes se hacen cargo del cuidado y educación de los(as) hijos(as), pronunciando criterios parcos y restrictivos, y deja de lado una oportunidad en la que la justicia laboral (Busby 2011, 85) pudiera contribuir a la efectiva y verdadera conciliación de la vida familiar y laboral de las madres trabajadoras, con lo cual evita una de sus *trampas* (Gala 2011, 10). Se esperaría que el Tribunal de Justicia extendiera el sentido y el alcance de todo el arsenal jurídico (Niembro y Soberanes 2012, 403), que otras instituciones comunitarias han implementado, en un marco de congruencia institucional (Jimena 2001, 24). Estimamos su interpretación, una paradoja, declarando que resulta conforme al derecho europeo el perjuicio ocasionado por la reducción de pensión jubilatoria que le causa a la mujer, dado que ello deriva de una medida que, en teoría, le (debería) favorecer, pero materialmente le resulta perjudicial y desventajosa, como lo es el goce del permiso remunerado destinado a la educación de los hijos. Esta postura finalmente supone desventajas para la mujer trabajadora.

En sentido similar, el Tribunal de Luxemburgo resolvió en el caso *Hofmann vs Barmer Ersatzkasse* (TJCE, 184/83), sobre la interpretación de los artículos 1o., 2o., y apartado 1, del artículo 5o., de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, del 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, y a partir de ahí, su *ratio* será el siguiente: distinguir de manera tajante los ámbitos familiar y laboral (Rabbani 2010, 157). Y así procedió.

El asunto planteaba una cuestión prejudicial relativa al goce de un permiso de maternidad posterior, el que fue otorgado por motivo de con-

valecencia derivado de un parto, el señor Ulrich Hofmann, cuya pareja había dado a luz, y quien gozaba de un permiso de convalecencia. Transcurrido éste, su esposo, en el ánimo de asumir responsablemente su paternidad, y que su pareja pudiera retomar su carrera profesional, solicitó un permiso sin goce de sueldo para el cuidado de su hijo hasta cumplir seis meses —considerando, erróneo, a la vista de la línea interpretativa del TJUE, que la finalidad del permiso de maternidad del que gozaba su pareja correspondía a *aligerar* las cargas familiares respecto al cuidado de su hijo —como lo disponía la Ley alemana en materia de protección de la maternidad, en su artículo 8o. Sin embargo, solicitó a la aseguradora, que tal permiso fuera remunerado, petición que le fue negada.

Ante tales circunstancias, esta cuestión prejudicial se sometió ante el TJUE, de nueva cuenta, y de manera reiterativa —así lo consideramos— acentúa y confirma, con su pronunciamiento, que las responsabilidades y cargas familiares en el cuidado de los hijos o hijas corresponden a las mujeres (Cabeza y Docampo 2011, 81). Es ilustrativo el contenido del apartado 21 de su fallo, pronunciando que, a tenor del apartado 2, sin interés en el contexto del presente asunto, la directiva no obsta a la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales, para las cuales “el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio”.

Y ha sido de tal grado la trascendencia, que suponemos que el propio Tribunal ha carecido de prospectiva, puesto que su decisión, además, supone una vulneración al derecho de corresponsabilidad en los compromisos familiares, como lo es el cuidado de los(as) hijos(as) (Ballester 2010, 41). Es decir, en su lógica protectora de la maternidad, ha supuesto, implícitamente, una vulneración a gozar de una paternidad corresponsable. Y así lo expresa, en el apartado 24, declarando que, “De este análisis se deduce que el objeto de la Directiva no es regular las cuestiones relativas a la organización de la familia o modificar el reparto de responsabilidades dentro de la pareja”. Como veremos más adelante, no será la única sentencia que problematice el derecho al permiso parental y la progresiva inclusión del padre en los derechos para una efectiva conciliación del trabajo y la vida familiar.

Una sentencia igualmente ejemplificativa en la materia es el asunto *Mayer* (TJCE C-356/03), en el que la Corte expone la interpretación del

artículo 6o., apartado 1, letra g), de la Directiva 86/378, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (Mayr 2005, 85), modificada por la Directiva 96/97/CE.

El litigio se plantea entre la señora Elisabeth Mayer, abogada autónoma, y la Caja de pensiones del Estado federal y de los estados federados del gobierno alemán (*Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder*), relativo al hecho de que no se tomaron en consideración los periodos de los permisos de maternidad de la señora Mayer para el cálculo de la pensión reducida (Craig y De Búrca 2011, 928), concedida en determinados supuestos de baja prematura en el seguro de previsión complementaria (*Versicherungsrente*), y al que estaba afiliada en virtud del seguro obligatorio.

La señora Mayer laboraba como empleada en la administración pública del *Land Renania-Palatinado*, durante el periodo comprendido entre el 1o. de enero de 1990 y el 30 de septiembre de 1999; ella gozaba de permiso legal de maternidad durante dos periodos: el primero, entre el 16 de diciembre de 1992 y el 5 de abril de 1993, y un segundo, entre el 17 de enero y el 22 de abril de 1994, periodos durante los cuales estaba afiliada a una caja privada de enfermedad.

Una cuestión principal en este asunto es que durante los permisos de maternidad de la señora Mayer percibió la prestación de maternidad abonada por el Estado de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de protección de las madres que ejercen una actividad profesional (*Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter*), así como el complemento a cargo del empresario de acuerdo con la misma normativa. Es justamente en esta última cuestión en la que el Tribunal de Luxemburgo se fundamenta para expresar que a efectos de la Directiva 86/378, modificada por la Directiva 96/97, los permisos de maternidad fueron retribuidos por el empresario (Heide 2005, 317), ya que la pensión de seguro, objeto del litigio,

...forma parte de un régimen de previsión complementaria de pensiones y que su objeto es asegurar una prestación a los trabajadores afectados por la vejez o la incapacidad laboral. Así, una pensión de seguro de este tipo constituye una prestación complementaria que se halla comprendida dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva, según la definición contenida en sus artículos 2o. y 4o., y no se encuentra entre las exclusiones previstas por la propia Directiva (TJCE, C-356/03, apartado 29).

De esta manera, el Tribunal de Justicia concluye declarando que

...el artículo 6o., apartado 1, letra g), de la Directiva 86/378, en su versión modificada por la Directiva 96/97, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual una trabajadora no adquiere, durante el permiso legal de maternidad retribuido en parte por el empresario, derechos a efectos de una pensión de seguro que forma parte de un régimen de previsión complementaria, debido a que la adquisición de tales derechos depende de que la trabajadora perciba durante dicho permiso un salario sujeto a impuestos.

Como se puede revisar, esta vez el TJUE resuelve a favor de la trabajadora, a quien le asiste el derecho a una pensión, como prestación complementaria incluida en el régimen de pensiones profesionales, aun gozando la trabajadora de un permiso de maternidad. Cobija con su fallo, plasmando el sentido y alcance de la Directiva en materia de protección de la maternidad, al retomar su línea interpretativa basada en expansión garantista para las madres trabajadoras.

El asunto *Borger* (TJCE C-516/09) es también ilustrativo. Esta sentencia resulta del litigio concerniente a la interpretación del concepto de trabajador por cuenta ajena, y respecto al ámbito de aplicación personal del Reglamento de la Comunidad Económica Europea (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, del 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. En esta sentencia, el Tribunal de Luxemburgo resolvió respecto a la seguridad social de los/as trabajadores/as migrantes. Revisemos los hechos.

A la señora Tanja Borger, de nacionalidad austriaca, se le niega, por parte de la *Tiroler Gebietskrankenkasse* (Seguro Social tirolés), la prestación por cuidado de hijos durante los seis meses adicionales de excedencia sin sueldo —a la que se acogió, al concluir el periodo legal de dos años después del nacimiento de su hijo—, así como a la cobertura de seguridad social durante ese mismo lapso. Y tal negativa se traduce en la cuestión prejudicial a la que el TJ deberá resolver, al sostener que

...por lo que respecta al ámbito de aplicación personal del Reglamento núm. 1408/71, es irrelevante la existencia de una relación laboral, porque la cir-

cunstancia decisiva a estos efectos es el hecho de que una persona esté asegurada, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo, contra una o varias contingencias en el marco de un régimen general o especial de seguridad social mencionado en el artículo 1, letra a), de dicho Reglamento (TJCE, *Borger*, C-516/09, apartado 27).

A pesar que la parte demandada alegaba que no correspondía cubrir tales peticiones, dado que la señora Borger se había trasladado a Suiza, y que esta confederación debía cubrirlas, el Tribunal de Justicia finalmente se pronunció a favor de la promovente, debiéndose reconocer su condición de trabajadora por cuenta ajena (Salvatori 2011, 1284) de acuerdo con el Reglamento comunitario previamente citado. Como vemos, en su pronunciamiento, el órgano jurisdiccional limita la relevancia de la existencia de una relación laboral como condición para la debida cobertura de seguridad social (Dríguez 2011, 22), puesto que basta que la persona, ya sea trabajador o trabajadora, cuente con un seguro. Así lo declara:

...a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado a su vez por el Reglamento (CE) núm. 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998, a una persona que se halla en la situación de la demandante en el litigio principal durante los seis meses de prórroga de la excedencia sin sueldo a la que se acogió después del nacimiento de su hijo, a condición de que, durante ese período, esa persona esté asegurada, aunque sea contra una única contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo, en un régimen general o especial de seguridad social mencionado en el artículo 1o., letra a), de dicho Reglamento. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si este requisito se cumple en el litigio del que conoce.

Lo que a nuestro parecer resulta por demás interesante, curioso, pero, sobre todo, explicativo —y es que, aun cuando resuelve a favor de la trabajadora Borger— son dos aspectos: la primera, es que del contenido de la sentencia se desprende un claro y evidente déficit argumentativo: la perspectiva de género brilla por su ausencia, omite hacer referencia alguna al respecto, lo que muestra, justamente, que por lo menos a los ojos de la Corte comunitaria tal menester carece de importancia, bueno, ni siquiera en una mínima expresión. Una muestra que confirma una vez

más que si los juzgadores carecen de tal visión, pues ni por asomo en sus fallos jurisprudenciales se verá reflejada esa urgencia vital para una efectiva igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Y una segunda, es que se esperaría que en su línea argumentativa imprimiera lo trascendental que supone para los(as) trabajadores(as) gozar de su familia integrada, y deja de lado posturas que puedan remitir a asuntos de carácter *meramente privado*.

VI. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

En el contexto de la jurisprudencia europea cabe mencionar que entre todos los ámbitos en los que la mujer trabajadora ha debido enfrentar tratos o conductas desfavorables, la maternidad representa una de las condiciones particulares a través de la cual la Corte comunitaria ha debido resolver gran cantidad de sentencias, plasmando en ciertos casos una línea interpretativa extensiva, vanguardista y expansiva, mientras que en otros da a conocer una posición de evidente retroceso, dando dos pasos adelante, y uno atrás. A continuación, revisaremos las sentencias que hemos seleccionado, y que suponen una marcada relevancia, atendiendo al sentido y orientación que el Tribunal de Luxemburgo ha plasmado en sus fallos.

La primera de ellas es el asunto *Sarkatzis* (TJUE C-2004/04), respecto al permiso de maternidad e igualdad de trato entre mujeres y hombres, resultando aplicable la Directiva 76/207/ CEE, del 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. Los detalles del caso son estos.

La señora Carmen Sarkatzis Herrero, quien siendo trabajadora interina del Instituto Madrileño de la Salud (IMSALUD) y gozando de un permiso de maternidad, concursa y gana una plaza fija como administrativa en dicho organismo español. Inmediatamente la señora Sarkatzis presenta un escrito de petición de una prórroga para ocupar dicho empleo, una vez concluido su permiso de maternidad, y solicita que el cómputo de su antigüedad laboral se considere a partir de la fecha de su nombramiento como trabajadora fija, y no ya, a partir del momento en el que asuma materialmente su plaza como administrativa, tal como lo dispone la normativa madrileña.

A primera vista, y de acuerdo con los hechos relatados por la demandante, el asunto suponía una discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, motivada por su permiso de maternidad (Cabeza 2010, 50), viéndose imposibilitada para acceder a diversas prestaciones, derivadas de la solicitud de prórroga, y particularmente en lo referente a su antigüedad como funcionaria estatal de la administración española de salud, dado que “...las disposiciones del Derecho español en materia de provisión de puestos de funcionarios establecen que la toma de posesión es requisito necesario para la adquisición de los derechos inherentes a la condición de funcionario”.

Un aspecto curioso en este asunto se refiere a la interpretación que lleva a cabo el Tribunal comunitario, al hacer una clara distinción (Merino 2015, 35), y al declarar que se trata de un caso, ya no de promoción al empleo, sino de acceso al mismo, en razón que la demandante laboraba en calidad de interina. Así lo expresa, “...la situación de la Sra. Sarkatzis Herrero, caracterizada por el nacimiento de una nueva relación laboral durante un permiso de maternidad, se distingue claramente de la reincorporación al anterior puesto de trabajo o a otro equivalente al término de dicho permiso” (TJUE C-2004/04, apartado 29).

Como se puede observar, la Corte comunitaria enfatiza su postura categóricamente, y resuelve “...que no existe continuidad jurídica entre las dos situaciones sucesivas de la Sra. Sarkatzis Herrero, por lo que debe interpretarse que, al adquirir la condición de funcionaria, accedió a un nuevo empleo, no que se reincorporó a su empleo anterior” (TJUE C-2004/04, apartado 31).

Una de las implicaciones más relevantes de esta sentencia es el punto en el que el Tribunal estructura su interpretación basándose en la prórroga que la promovente presentó en su momento —elemento que aprecia como el origen del trato discriminatorio, y derivado del permiso de maternidad del que gozaba— sosteniendo que el litigio implica una cuestión de acceso al empleo, y que la demandante ha sufrido un trato desigual derivado de la solicitud de prórroga para asumir su nueva plaza como funcionaria fija. Por consiguiente, “...procede considerar que el aplazamiento de la toma de posesión de la Sra. Sarkatzis Herrero como funcionaria, consecutivo al permiso de maternidad del que disfrutó la interesada, constituye un trato desfavorable en el sentido de la Directiva 76/207” (TJUE C-2004/04 apartado 45).

Como vemos, el esquema argumentativo de esta sentencia reside en un elemento inicial y crucial: la solicitud de prórroga para asumir un nuevo puesto, al interpretar el TJUE que con dicha petición prevalecía una discriminación directa sufrida por la señora Sarkatzis, en el entendido de que aplazaba su carácter como funcionaria en la nueva plaza hasta la fecha de su toma de posesión efectiva.

Aquí podemos percibir una postura interpretativa un tanto peculiar, a través de una especie de *triangulación hermenéutica*, pareciera que el Tribunal toma en consideración elementos que de manera indirecta pudieran constituir perjuicios para la trabajadora; por ejemplo, suponer el peligro inminente de perder los derechos adquiridos una vez obtenido un nuevo empleo, condicionados a la materialización de asumirlo efectivamente.

Centrándonos en la materia que nos ocupa, podemos aseverar que las mujeres trabajadoras en el plano comunitario han sido —y lo siguen siendo— discriminadas por motivos o razón de sexo; gran parte de los asuntos planteados ante el Tribunal de Luxemburgo han sido relativos al embarazo. Es precisamente el asunto *Mckenna* (TJCE C-191/03) uno de los tantos que dan a conocer tal problemática de tratamientos desfavorables hacia las mujeres en su entorno laboral, y que además refleja la diversidad interpretativa (Numhauser 2007, 167), con la que el órgano jurisdiccional comunitario ha debido resolver los asuntos en la materia, lo que ha resultado, en algunos casos, no del todo favorable a las mujeres trabajadoras, e imprimiendo una línea interpretativa formal y positivista. El caso *Mckenna* se origina por motivos de embarazo, propiamente por enfermedad derivada de la gestación. Veamos algunos de sus detalles.

La señora Margaret Mckenna, que laboraba como empleada pública en el North Western Health Board irlandés, interpuso una demanda por discriminación debido a su sexo, ya que al concluir su embarazo tuvo una enfermedad; pero no se le consideró como tal. Por tanto, no podía aspirar a las retribuciones establecidas ni a las prestaciones adecuadas, en particular al número total máximo de días de baja por enfermedad debidamente retribuidos.

Ante tal situación, la señora Mckenna argumentó que —tal como se establecía en la normativa del organismo estatal irlandés— la reducción de su salario a la mitad, después del periodo de 183 días, constituía un trato desfavorable en materia salarial dispuesto en el artículo 141 del Tratado y en la Directiva 75/117. Asimismo, indicaba que la imputación de

la baja derivada de las dificultades en su embarazo le perjudicaría en las futuras bajas por enfermedad, puesto que se arriesgaba a quedar sin cobertura si volvía a caer enferma en los años siguientes.

A primera instancia, el caso implicaba una discriminación motivada por el embarazo de la señora Mckenna; sin embargo, en este asunto la Corte comunitaria desarrolló un estudio singular, e indiscutiblemente formalista (Maliszewska 2013, 446).

Si bien es cierto —y de acuerdo con el apartado 1 del actual artículo 157 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea, que contempla el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres como uno de los pilares esenciales de la Europa unida— que el Tribunal de Luxemburgo se ha encargado de establecer importantes límites a este postulado, incorporando el espectro de protección jurídica en lo relativo al despido motivado por el embarazo de las trabajadoras y durante su permiso de maternidad, no obstante, tal protección jurídica se *evapora* en el supuesto en el que la enfermedad se presente una vez concluido el permiso de maternidad. Así lo ha declarado, en su apartado 45:

...el Tribunal de Justicia ha juzgado que no procede distinguir la enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el parto de cualquier otra enfermedad y ha considerado que a tal estado patológico se aplica el régimen general en caso de enfermedad. Ante este tipo de situación, ha deducido que el Derecho Comunitario no es contrario a los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto.

Como vemos, la Corte comunitaria asume como elemento o parámetro de análisis el carácter cronológico de la enfermedad; es decir, si ésta se presenta antes, o bien, con posterioridad al permiso de maternidad, e implica este último supuesto —a nuestro parecer— una clara omisión de la perspectiva de transversalidad de género con la que se desearía que el Tribunal de Luxemburgo resolviera, aplicando al embarazo el mismo tratamiento jurídico de una enfermedad en general, por lo menos en lo que a la materia de despido se refiere.

Evidentemente, el Tribunal imprime una postura formal y legalista, y con la que se caracterizan un importante número de criterios jurisprudenciales, y que suponen múltiples tratos desventajosos para las trabajadoras. El asunto *Mckenna* es un ejemplo, y trajo como consecuencia una

disminución salarial para la madre trabajadora. Ante tal postura jurisprudencial, el TJUE afirma que los despidos motivados por las ausencias originadas por una enfermedad causada por el embarazo, o el parto, no son contrarios al orden jurídico comunitario. Consecuentemente, se limita a garantizar una igualdad meramente formal, sin tomar en consideración las consecuencias y resultados prácticos que derivan en una evidente desigualdad material. Es una pena y un contrasentido que el órgano jurisdiccional se enfoque al plano formalista, concibiendo el clásico abismo que supone lo legal y lo material en el principio de igualdad entre mujeres y hombres en la Europa unida. Finalmente, en este caso esperaríamos que plasmara una línea interpretativa expansiva y otorgara una protección amplia a los derechos de seguridad y de salud de la trabajadora, pues si bien la enfermedad que sufrió surgió después de su embarazo, fue a causa de éste. No obstante, imprime su fallo en una línea de interpretación más que restrictiva.

Un caso no menos interesante es la sentencia *Paquay* (TJUE C-406/06), litigio motivado por el despido de una trabajadora embarazada que gozaba de permiso de maternidad. El fallo del Tribunal de Justicia se pronunció en el sentido de considerar válida la prohibición de notificar una decisión de despido por motivo de embarazo, o bien del nacimiento de un hijo(a) durante el periodo de protección, así como también la adopción de medidas correspondientes a tal decisión antes de concluir dicho periodo.

Los hechos en el litigio principal eran los siguientes: la señora Nadine Paquay —quien laboraba en un despacho de arquitectos, Société d'architectes Hoet + Minne SPRL, desde diciembre de 1987— se encontraba gozando de un permiso de maternidad desde septiembre de 1995 hasta finales de diciembre de ese año. A la trabajadora se le comunicó por medio de una carta certificada el 26 de febrero de 1996, que había sido despedida; es decir, ya habiendo concluido el mes protector de despido. Así se cita en el apartado 13 de la sentencia, y señala que de acuerdo con la normativa nacional, en concreto el artículo de la Ley del 16 de marzo de 1971,

El empresario que emplee a una trabajadora embarazada no podrá realizar ningún acto orientado a poner fin unilateralmente a la relación laboral desde el momento en el que se le informó del embarazo y hasta que haya transcurrido un mes desde el fin del permiso por maternidad, excepto por motivos ajenos al estado físico derivado del embarazo o el parto.

De igual modo, la normativa belga dispone la carga de la prueba al empresario, quien, a petición de la trabajadora, deberá dar aviso del despido de manera escrita, así como también el derecho a indemnización de seis meses, con independencia de las que corresponda por despido injustificado.

Durante el permiso de maternidad, la demandada publicó una oferta de trabajo (de secretaria) en el periódico, y habiendo transcurrido un par de días (el 6 de junio de 1995), contestó a la interesada en el puesto, que estaría vacante "...desde mediados de septiembre de 1995 hasta enero de 1996, y posteriormente, a partir de agosto de 1996".

Lo relevante de esta sentencia radica en el análisis y consideraciones que el Tribunal comunitario desarrolla, valorando y escudriñando un elemento subjetivo como lo es la intención destinada a despedir a la empleada Paquay. Así se desprende del apartado 22 de la sentencia:

...la demandada puso un segundo anuncio en octubre de 1995 (esto es, poco tiempo después de que comenzase el permiso de maternidad), cuyo texto decía: "contabilidad, McIntosh, disp. inm., prcarr. enpeq. equip". Es pacífico que la mención "prcarr.", significa "para [hacer] carrera", lo que confirma que la intención de la sociedad era sustituir definitivamente a la demandante y que esta decisión se tomó cuando ésta estaba embarazada.

Como resulta evidente, al ofertar dicha plaza, la empresa ya tenía conocimiento del embarazo de la señora Paquay, configurándose así todos los supuestos de una discriminación directa por razón de sexo motivada por su estado gestante. En este sentido, en el apartado 19, el Tribunal pronuncia que "...debe ser reconocida a la mujer una protección contra el despido no solamente durante el permiso de maternidad, sino también durante todo el embarazo". Según el Tribunal de Justicia, un despido durante esos periodos sólo puede afectar a las mujeres, y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo.

A pesar de que el derecho de la Unión Europea integra todo un orden jurídico de protección ante los diversos tratos discriminatorios a los que las trabajadoras se han de enfrentar en el mundo laboral, podemos observar que gran número de ellos corresponden a despidos por maternidad. De esta manera, el órgano jurisdiccional comunitario pronuncia su fallo bajo dos postulados: el primero de ellos, en el alcance del artículo 10 de la

Directiva 92/85/CEE, al afirmar que debe interpretarse en el sentido de que prohíbe no solamente notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo, durante el periodo de protección al que se refiere el punto 1 de dicho artículo, sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar el periodo.

La importancia de este primer pronunciamiento ha sido en suma relevante, dado que supone la confirmación de la protección que goza la trabajadora embarazada al prohibir su despido durante el periodo de protección citado. Y un segundo postulado, en cuanto a la materialización de aquellos actos cuyo objetivo sea precisamente el despido laboral; esto es, determinar el alcance temporal de dicha protección jurídica (Tapia 2008, 107). Como podemos ver, el TJUE *retoma* de nueva cuenta una línea interpretativa extensiva, al plasmar la relevancia de la protección de la maternidad de las trabajadoras, establecida tanto en la Directiva 76/207/CEE como en la Directiva 92/85.

Como podemos comprobar, en este asunto en particular, el TJUE fija su línea interpretativa —sorpresivamente garantista—; observamos a un Tribunal de Justicia espetuoso del marco normativo comunitario en su lucha contra la discriminación por motivo de sexo, y en específico en las directivas comunitarias respectivas. A diferencia del caso *Mckenna*, en esta sentencia pone de relieve —y debemos decirlo con todas sus letras: de manera paradójica— la importancia de las directivas europeas, emitiendo su postura claramente extensiva y garante de su contenido normativo (Castillo de la Torre 2008, 446).

Igualmente, y en la temática que abordamos, la sentencia *Danosa* (TJUE C-232/09/ merece comentarla y analizarla. Veamos algunos hechos que supusieron la controversia. La señora Dita Danosa laboraba como miembro del consejo de dirección de la empresa letona LKB Līzings SIA, la que, a través de un acuerdo de la junta de socios de esta sociedad de responsabilidad limitada, decide destituirla; según la trabajadora, a causa de su embarazo. La señora Danosa consideró que la empresa procedió a despedirla ilegalmente, e interpuso en su contra una demanda ante *Rīgas pilsētas Centra rajona tiesa* (Juzgado del distrito central de la ciudad de Riga) contra la empresa LKB.

De forma preliminar podemos formular las cuestiones que el Tribunal de Luxemburgo ha tenido que analizar. La primera de ellas: dilucidar si en las condiciones laborales que se desempeñaba la trabajadora Danosa es

considerada inserta en el concepto de *trabajador* conforme al ordenamiento jurídico comunitario. A lo que el Tribunal expresa en el apartado 29:

...no es menos cierto que un miembro de un consejo de este tipo, que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte integrante, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de esta sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitaciones, cumple, a primera vista, los requisitos para poder ser calificado de trabajador en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anteriormente citada.

A este respecto, y atendiendo a la posición jerárquica de la trabajadora Danosa, la empresa alegaba que contaba con una relación laboral de confianza, y por tal razón no se podía considerar como trabajadora para efectos del derecho de la Unión. Sin embargo, el Tribunal resuelve el caso, interpretando con base en la situación jerárquica de la trabajadora, que si bien se desempeñaba como una trabajadora con puesto de confianza, tal situación no excluía que estuviera bajo la orden de otro órgano de dirección, o de control lo que supondría a su vez, una verticalidad mayor (Petrovic 2012, 440), y, por tanto, superada a la caracterizada por la modalidad de puesto de confianza.

Una segunda cuestión planteada al TJUE correspondía determinar si una normativa nacional que permite la destitución de los miembros del Consejo de Dirección, sin limitación alguna se oponía al artículo 10 de la Directiva europea 92/85/CEE como a la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Luxemburgo. Como vemos, sin duda alguna, el motivo por el que la señora Rita Danosa fue destituida de su cargo fue debido a su estado gestante (Eckardt 2013, 3789). De hecho, el Tribunal declara que de manera patente y a primera vista (Shubert 2013, 10) ésta ha sido la causa de su despido.

Al resolver esta segunda cuestión, el órgano jurisdiccional comunitario desarrolla y enfatiza la protección de la mujer trabajadora en materia de embarazo, parto y lactancia, y repasa la normativa europea respectiva; en el apartado 74 afirma que constituye una discriminación directa por razón de género

...una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal, que permite la destitución de un miembro del consejo de dirección de

una sociedad de capital sin ninguna limitación cuando la persona interesada tiene la condición de «trabajadora embarazada» en el sentido de esta Directiva y el acuerdo de destitución adoptado respecto a ella se basa esencialmente en su embarazo.

Podríamos aseverar que este asunto constituye uno de los tantos que típicamente implican una clara y evidente discriminación de forma directa (Shubert 2013, 12). De tal modo, y una vez más, el Tribunal comunitario resuelve conforme al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, dado que son las mujeres quienes sólo pueden ser tratadas de manera desigual por motivo de su embarazo (Hohenstatt y Naber 2015, 640). En tal sentido, se pronuncia la sentencia *Danosa*, en cuya labor interpretativa imprime una visión expansiva y garantista de la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

Una sentencia de significativo interés es el asunto *Mayr* (TJUE C-506/06) (Gutiérrez 2008, 620), en el que debemos destacar el nulo alcance del umbral de protección jurisprudencial ante un eventual despido de una mujer embarazada. En esta ocasión, el TJUE pronunciaría un criterio plasmado en el asunto *Hofmann*, y que creemos merece la pena analizar con especial atención, dado que trastoca diversas temáticas bajo las cuales se pueden suscitar hechos que configuren tratos discriminatorios para las mujeres. Resalta la importancia de esta sentencia, entre otras razones, porque refleja la ausencia de progresividad que el Tribunal comunitario ha de contemplar en sus pronunciamientos en materia de igualdad por razón de sexo.

La señora Sabine Mayr era empleada de la *Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*—panadería austriaca que goza de gran tradición en ese país europeo—, y decide someterse a un tratamiento de fertilidad mediante el procedimiento de fecundación *in vitro*, y durante el cual es despedida (Rubio 2012, 95).

La empleada Mayr argumenta que el derecho comunitario la protege al prohibir su despido durante el periodo de inicio de su embarazo y al concluir su permiso de maternidad, tal como lo dispone la Directiva europea 92/85. Entre las peculiaridades del caso, conviene señalar que el TJUE debió determinar qué se debe entender por trabajadora embarazada, a los ojos del derecho derivado, en particular, a la Directiva europea en materia de protección de la mujer en el embarazo y en la maternidad.

En un primer acercamiento al análisis de la problemática planteada al órgano jurisdiccional, éste determina que tal normativa no le resulta aplicable a la señora Mayr atendiendo a las especificidades y concretas circunstancias en las que se encuentra, dado que a la trabajadora le habían practicado el proceso de punción folicular para posteriormente, en un lapso de un par de días, proceder a la implantación uterina de los embriones fecundados. Es decir, la señora Mayr no se encontraba en estado gestante, ya que el procedimiento a través del cual podría quedar embarazada aún no se le practicaba, y, por ende, jurídicamente, no se encontraba en el supuesto expresado por la Directiva comunitaria en cuestión.

Si bien es cierto que las técnicas de reproducción asistida —también denominada *maternidad tecnológica*, atendiendo a los avances que ha experimentado la rama de la biología de la reproducción— conllevan todo un proceso, ya no sólo de carácter biológico (Bellver 2012, 100) (tratamientos hormonales, constantes y varias revisiones médico-ginecológicas (Peñaranda 2010, 305), estimulación ovárica, punción folicular, etcétera, hasta concluir con la respectiva transferencia de embriones), sino también de índole psicoemocional (Izzedin 2011, 31-34), requieren evidentemente de una programación, elemento en el que se basa la interpretación jurisdiccional. Y es que a la demandante se le comunica su despido tres días antes de que le realicen la transferencia de óvulos fecundados *in vitro*. Esto es, desde un punto de vista técnico-jurídico, y también real, el embarazo de la señora Mayr aún no iniciaba. Ciertamente, y ante los hechos —o, mejor dicho, ante la falta de evidencias de embarazo—, el Tribunal interpreta que la Directiva 92/85 no resulta aplicable al caso en particular. Tal interpretación se declara en el apartado 41, afirmando que

...aun suponiendo, por lo que respecta a una fecundación *in vitro*, que dicha fecha sea la de la transferencia de los óvulos fecundados al útero de la mujer, por razones derivadas de la observancia del principio de seguridad jurídica, no cabe admitir que la protección establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85 se extienda a una trabajadora cuando, en el momento en que se le comunica su despido, aún no ha tenido lugar la transferencia de los óvulos fecundados *in vitro* a su útero.

A todas luces, el fallo del Tribunal de Justicia se inserta en una línea interpretativa esencialmente iuspositivista, en la que predomina lo ex-

presado en la norma frente al auge y desarrollo que supone una realidad biológica, particularmente ante la infertilidad de las parejas, en quienes el deseo y la voluntad *procreacionales* pudieran hacerlos realidad (Reguera 2016, 123-126), a través de este tipo de procedimientos científico-genéticos.

A primera instancia nuestra crítica se centra en la postura convergente, como hemos analizado en líneas anteriores, respecto a la separación tajante de lo familiar y lo laboral, dejando en claro que el objetivo de esta Directiva europea no corresponde al proyecto de vida de tener hijos, sino en sí, a la salud de las trabajadoras biogénicamente en estado gestante.

Una particularidad a destacar es que constituye todo un desafío para el derecho comunitario *subirse al tren* del progreso científico-tecnológico, prever y, especialmente, proteger los nuevos modelos de maternidades que brinda el desarrollo de la ciencia biológica de la reproducción, una muestra más del gran trecho del derecho respecto a ésta. Un detalle a mencionar de esta sentencia es que, habiendo pronunciado la inaplicabilidad en el caso, de la Directiva 92/85, el Tribunal interpreta que en el hecho en el que la trabajadora se encuentra en una fase muy avanzada de un tratamiento de fertilización *in vitro* sí resultaría oponible al ámbito de la Directiva 76/207, en la medida en que pueda demostrarse que su despido ha sido a causa de tal procedimiento.

A decir verdad, y como lo hemos ido observando, la Corte comunitaria continuará emitiendo fallos con una vertiente claramente conservadora frente a los avances científicos y tecnológicos, predominando en sus líneas interpretativas una visión poco progresista, centrándose en el carácter *natural* del embarazo; es decir, valorando sólo la maternidad biológica, y no la genética ni la social.

Un ejemplo más es la sentencia *C.D.* (TJUE 167/12), litigio planteado por la negativa de otorgar el permiso de maternidad ante un convenio de maternidad por sustitución (De Baere 2015, 45), siendo ésta la oportunidad de muchas mujeres para ser madres, y que muestra un criterio jurisprudencial no precisamente de avanzada (Finck y Kas 2015, 295). Veamos por qué.

La señora D., quien laboraba como enfermera, tuvo un hijo a raíz de la celebración de un convenio de gestación por sustitución, o alquiler de vientre o útero. En su calidad de madre subrogante, solicita a su empleador, el centro hospitalario dependiente del National Health Service (Servicio

Nacional de Salud) del Reino Unido, el correspondiente permiso de maternidad, que le es negado, argumentando que si bien la normativa británica reconoce este tipo de contratos de acuerdo con la normativa Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Ley de 2008 sobre la fertilización y la embriología humana), no contempla la maternidad subrogada; de ahí la justificación de tal negativa.

Por tanto, y a criterio del TJUE, para beneficiarse de tal permiso, la trabajadora debe estar embarazada y haber dado a luz.

De nueva cuenta, y reiterando su línea interpretativa, claramente restrictiva y limitada, el Tribunal centra su *ratio* en el estado gestante de carácter esencialmente biológico (Finck y Kas 2015, 285), desconociendo las diversas alternativas para ser madre, científica y socialmente hablando, temas de absoluta actualidad. En tal sentido, mientras que algunos de sus pronunciamientos han resultado favorables para las trabajadoras embarazadas, en otros ha negado los derechos y permisos derivados de la maternidad, claro está, con las particularidades de cada uno de los asuntos valorados. En este en particular, resalta su postura contradictoria y restringida, al pronunciar la incompatibilidad de la maternidad subrogada con respecto a la maternidad biológica, puesto que, en la primera, efectiva y naturalmente se cuenta con un embarazo; sin embargo, en la segunda, a mediano plazo, será madre también (De Baere 2015, 46), socio-jurídicamente hablando (Simon 2014b, 14). Y que, por tanto, nos sitúa de nuevo en la interpretación del Tribunal, en que, para sus ojos y razonamientos, la línea divisoria entre la vida familiar y la vida laboral está más que delimitada (Polo 2014, 306-307).

Como vemos, la Corte comunitaria mantiene una postura interpretativa similar (Monéger 2014, 480) a la desafortunada sentencia *Hofmann*, reforzando también el papel de la mujer en la crianza y en el ámbito doméstico. Razonamientos bajo los cuales declara tajantemente que el permiso de maternidad corresponde exclusivamente a proteger la salud de la madre del niño, atendiendo a la específica situación de vulnerabilidad que le supone haber parido, protegiendo las relaciones especiales de ella con su hijo en el periodo posterior al embarazo y al parto (Burri 2015, 275).

Ahora bien, y en tal sentido, destaca la significativa interpretación que hace en el asunto *Kiiski* (TJUE C-116/06), abstrayéndose de las consecuencias y cambios que supone en sí la maternidad —sea a través del medio que se logre, convencional, o bien asistidamente— no sólo para la

vida de la mujer trabajadora, sino también en el conjunto de sus relaciones interfamiliares. Invariablemente, el contenido del artículo 8o. de la Directiva en cuestión alude al embarazo biológico de la trabajadora como único supuesto válido para gozar de protección jurídica.

Evidentemente, tal numeral supone una alarmante y absoluta desprotección jurídica, al excluir las diversas alternativas científicas y tecnológicas en la biología de la reproducción humana, entre ellas la maternidad o gestación sustitutoria, y se limitó al hecho meramente biológico y no a las implicaciones que supone en sí el nacimiento de un hijo; esto es, derecho positivo frente a la realidad biológica (Miranda 2014, 220), social y familiar. De esta manera, postula su fallo bajo dos enunciados. En el primero señala que, de acuerdo con la interpretación que hace del artículo 8o. de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, los Estados miembros no están obligados a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamante efectivamente.

Nos parece determinante subrayar el grave retroceso que la sentencia *C.D.* ha implicado en la lucha por la igualdad, formal y material, tanto de trato como de oportunidades entre mujeres y hombres, y especialmente en lo que a embarazo y/o maternidad se refiere, así como en lo concerniente a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral. Puesto que el Tribunal lleva a cabo una línea interpretativa conforme y lineal respecto a la Directiva comunitaria respectiva —enfocándose meramente a la cuestión biológica, limitada y restrictiva, y contemplando al parto como único supuesto de protección y garantía jurídica—. Esto es, reduciendo y acotando el alcance y la protección contemplados en el numeral 8 de la Directiva comunitaria 92/85.

El segundo de sus razonamientos radica en la negativa a conceder el permiso de maternidad a las madres subrogantes, dado que, según el TJUE, no constituye un trato discriminatorio directo por razón de sexo, y, por tanto, la normativa en comento no les resulta aplicable.

Una sentencia con un fallo similar, curiosamente de la misma fecha, fue el asunto *¿. D* (TJUE C-363/12), de nueva cuenta, relativo a un con-

venio de gestación sustitutoria, esta vez en Irlanda, en el que la Corte comunitaria aplicó el principio de prevalencia de la *verdad biológica*, en cuanto al embarazo y/o parto. Revisemos las particularidades del caso.

La señora Z laboraba como profesora para el Government Department et The Board of Management of a Community School, y solicitó un permiso de maternidad derivado del convenio de maternidad sustitutoria celebrado en el estado americano de California, dado que sufría un trastorno en su aparato reproductor y carecía de útero, cuestión que argumentó como discapacidad, alegando que había sido discriminada por diversas razones (Monéger 2014, 485): por habersele negado el permiso de maternidad, por su discapacidad orgánica sexual, y por ser mujer (Simon 2014b, 15). Al respecto, conviene mencionar que en el ordenamiento jurídico irlandés prevalece una laguna jurídica respecto al acuerdo de maternidad subrogada (Burri 2015, 277). Sólo contempla los permisos por maternidad (biológica) y por adopción, de acuerdo con la Maternity Protection Act 1994 (Ley de 1994 sobre la protección de la maternidad), y la Adoptive Leave Act 1995 (Ley de 1995 sobre el permiso por adopción), respectivamente. Pues bien, desarrollando todas las gestiones administrativas y jurídicas, la demandante y su esposo adquieren los derechos correspondientes en su calidad de progenitores de la niña que nació.

Para resolver este caso, el TJUE acude a revisar varios marcos jurídicos: el de la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, la Directiva 92/85, la Directiva 2006/54 y la Directiva 2000/78, que tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, para finalmente emitir pronunciamientos harto desafortunados (De Baere 2015, 47).

Para decidir si efectivamente se está ante una discriminación por razón de sexo, el Tribunal declara en el apartado 52 —con base en la analogía—, que el permiso de maternidad retribuido, igualmente se le negaría a un hombre que fuera padre de un niño a través de un convenio de gestación por sustitución. En tal sentido, emite su razonamiento en el sentido denegatorio, puesto que no constituye una razón que se aplique de manera exclusiva a los trabajadores de uno de los dos sexos.

Como podemos observar, el Tribunal utiliza la misma construcción interpretativa y argumentativa que hemos visto en la sentencia *C.D.*, con

sentido y alcance —por demás limitado (Burri 2015, 279)— de la Directiva 92/85, porque no apreció el caso compatible a dicha normativa, dado que la señora Z no estuvo encinta, e incluso tampoco en el supuesto en que la madre subrogante pudiera amamantar, o amamante al niño tras de su nacimiento.

En el mismo sentido, desestima el argumento respecto a considerar una discapacidad, la imposibilidad de gestar un hijo(a), al pronunciarse que si bien tal afección puede suponer un sufrimiento grave para la mujer trabajadora, para efectos de la Directiva comunitaria 2000/78, ello no se considera discapacidad que suponga barrera, o bien impedimento para la trabajadora en los asuntos de empleo y ocupación profesional. Así lo postula en el apartado 81 de su fallo:

...la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio, un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él. En el presente asunto no se deduce de la resolución de remisión que la afección que aqueja a la Sra. Z haya originado por sí misma la imposibilidad de que la interesada ejecute su trabajo o haya constituido una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional.

En efecto, y como se puede deducir, atendiendo a la valoración interpretativa de la Corte comunitaria, plasma una marcada delimitación de los dos entornos: personal y familiar, por un lado, y el laboral, por el otro, al sostener de forma reiterativa el criterio interpretativo biológico y reiterativo atendiendo a la finalidad de esta normativa europea: la protección de la salud de la madre y las relaciones de ésta con su hijo, omitiendo contemplar los supuestos de gestación subrogada, y expresamente del permiso de adopción, puesto que, a razonamiento del Tribunal, relativo a la discapacidad de la promovente, declara que si bien el carecer incluso de una parte del cuerpo puede suponer discapacidad, en el asunto en cuestión no implica tal para el desempeño laboral de la demandante.

En estricto sentido jurídico, suponemos que la línea interpretativa de la Corte comunitaria resulta limitativa y restrictiva en cuanto a la lucha contra la discriminación por razón de sexo, al no estimar las consecuencias sociojurídicas que implican alternativas como la gestación subrogada, para así lograr el objetivo de integrar y conformar una familia, reproduciendo de esta manera e indirectamente la reiteración de roles tradicionales en los que la mujer es la cuidadora de los hijos.

Resulta más que evidente que el ordenamiento jurídico comunitario se ve rebasado ante este tipo de supuestos que la tecnología de la reproducción conlleva, reconociendo la libertad de los Estados miembros para conceder o no un permiso de adopción. Como se puede observar, la Corte comunitaria emite argumentos similares expresados en la sentencia *C.D.*, contemplando así un alcance y protección limitativos y restrictivos.

La conclusión que puede deducirse en ambas decisiones, es que el Tribunal de Luxemburgo optó evidentemente por un planteamiento conservador, al reconocer, tanto la protección física como jurídica sólo a aquella trabajadora que se encuentre embarazada, o bien haya dado a luz, deja de lado cualquier otro supuesto que el avance científico y tecnológico pueda ser posible.

VII. REFLEXIONES FINALES

Invariablemente, la maternidad representa la constante mediante la cual persisten las desigualdades entre mujeres y hombres en el ámbito comunitario. En primer lugar, y tal como se ha ido desarrollando, la igualdad y no discriminación por razón de sexo surge precisamente en el mundo laboral; recordemos las tres sentencias *Defrenne*, que contextualizó el comienzo de una paulatina configuración de este objetivo comunitario.

Si bien es cierto que esta temática ha logrado contar con un progresivo avance normativo a través de los tratados comunitarios, así como con las diversas directivas europeas, en definitiva, ha sido gracias a la labor interpretativa que ha desarrollado el Tribunal comunitario, tratando de igualar la situación de clara y evidente desventaja que las mujeres trabajadoras deben hacer frente en el entorno laboral. Si bien la Unión Europea contempla como un objetivo fundamental el logro de la efectiva igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres —muestra de ello es el cúmulo normativo, tanto de *Hardlaw* como el denominado *soft law*— en lo social, resultan evidentes los tratos discriminatorios que aún en la actualidad persisten en el entorno comunitario, sobre todo para las mujeres. Una muestra de ello es el conglomerado jurisprudencial que en su calidad de intérprete superior del acervo comunitario el TJUE ha emitido, tanto de avanzada, pero de igual modo en ciertos casos excepcionales, han supuesto importantes retrocesos, y que han dado cuenta del desvío y

apartamiento del proceso de configuración de este principio igualitario en el seno de la Europa unida.

Por otro lado, hay que hacer notar que la normativa comunitaria plasma un esquema de mínimos; esto es, que los Estados miembros, atendiendo a los supuestos en particular, serán los encargados de ampliar y profundizar la normativa, tomando como punto de referencia lo estipulado por el ordenamiento jurídico comunitario.

Si de un balance se tratara, y contemplando de manera integral los asuntos aquí expuestos, podríamos afirmar que el Tribunal de Justicia comunitario ha plasmado una orientación interpretativa tendencialmente positivista; son más los casos en los que declara el alcance jurídico de la normativa europea en su justa medida y atendiendo a una interpretación literal. Con ello nos referimos a que asume posturas que atienden a la esfera mínima de protección jurídica, imprimiendo en sus pronunciamientos una evidente línea interpretativa tendencialmente limitativa y restrictiva de la normativa comunitaria con acentuada rigurosidad jurídica, especialmente en lo relativo a la maternidad y a la conciliación de los espacios laborales y familiares. En definitiva, y de acuerdo con los razonamientos plasmados por el Tribunal de Luxemburgo, podemos concluir que su labor pretoriana en la construcción jurisprudencial en la igualdad de trato e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres resultan convergentes y divergentes, con luces y sombras en la integración del derecho social europeo.

Es innegable que el TJUE continúa desarrollando todo un arsenal jurisprudencial en la materia, eso sí, con decisiones que representan verdaderos puntos de inflexión, *arropados* y justificados por una visión iuspositivista, conservadora y legalista, atendiendo a la literalidad normativa, que nos impiden decantarnos y afirmar nuestra postura en términos en *blanco o negro* respecto a su tarea interpretativa. Que la normativa en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo ha experimentado un gran avance, sin duda alguna; sin embargo, se esperaría que como tribunal supremo de la Unión plasmara en mayor medida la transversalidad de la dimensión de género como eje conductor de sus decisiones jurisprudenciales, en aras al fomento del nuevo paradigma de la corresponsabilidad, y así, contribuir al logro de la igualdad sustantiva y material entre mujeres y hombres, pues finalmente es catalogado como un objetivo y derecho fundamental de la Unión, y como tal debe ser garantizado y efectivamente puesto en prácti-

ca. Y qué mejor que sea vía justiciabilidad de los derechos fundamentales. Sin embargo, y como suele suceder, cuando la visión o perspectiva de género *se queda corta* en la mayoría de quienes resuelven procesos judiciales, se considera, equivocadamente, que juzgar con perspectiva de género supone brindar ciertas *concesiones* y otorgar *privilegios* a las mujeres. Por tanto, y para finalizar, se esperaría, del Tribunal de Luxemburgo, una interpretación pro igualdad material y real, al ser las mujeres quienes se ven en la necesidad de asumir roles tradicionales, como el cuidado y educación de sus hijos(as), compromisos o tareas que en gran medida no resultan compatibles con sus derechos sociales de carácter laboral, viéndose minimizados y anulados. Hacemos votos para que la Corte comunitaria asuma cada vez más este compromiso comunitario, y se muestre con mayor apertura al abanico de posibilidades, derechos y prerrogativas en la igualdad real y sustantiva entre mujeres y hombres en la Europa comunitaria, con miras a una congruencia institucional comunitaria.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEX, Robert. 1989. *Teoría de la argumentación jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza y Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. 2013. "Discrimination as a Magnifying Lens", en BREMS Eva y GERARDS Janneke (eds.), *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ARZAMENA SIERRA, Jerónimo. 1991. "Principio de igualdad y derechos fundamentales", en VALDÉS DAL-RE, Fernando, *El principio de igualdad en la Constitución española*, I, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.
- BALLESTER PASTOR, Amparo. 2010. "Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad", *Revista de Derecho Social*, 51.
- BELLVER-CAPELLA, Vicente. 2012. "Las nuevas relaciones de la biotecnología aplicada al ser humano y la sociedad". *Persona y Bioética*, 16 (2).
- BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores. 2000. "El procedimiento contra los Estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario", *Estudios Jurídicos* 4, Castellón, Universidad Jaume I.

- BUSBY, Nicole. 2011. "A Right to Care? Unpaid Care Work in European Employment Law", *Industrial Law Journals*, 43 (1).
- CABEZA PEREIRO, Jaime. 2010. "Conciliación de vida privada y laboral", *Temas Laborales*, 103.
- CABEZA PEREIRO, Jaime y FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belén (dirs.). 2011. *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. 2008. "Crónica de jurisprudencia. Septiembre-diciembre de 2007", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 29.
- CRAIG, Paul P. y DE BÚRCA, Gráinne. 2011. *EU Law. Text, Cases and Materials*, 6a. ed., Reino Unido, Oxford University Press.
- DE BAERE, Geert. 2015. "Shall I be Mother? The Prohibition on Sex Discrimination, the UN Disability Convention, and the Right to Surrogacy Leave under EU law", *The Cambridge Law Journal* 74 (1).
- DRÍGUEZ, Laetitia. 2011. "Affiliation et reconnaissance de la qualité de travailleur en matière de sécurité sociale", *Europe* 5.
- ECKARDT, Bernd. 2013. "Paradigmenwechsel durch den EuGH: Von der analogen zur unmittelbaren Anwendung der Arbeitnehmerschutzvorschriften auf GmbH-Geschäftsführer(innen)?", *Rechts im Dialog*.
- ESTRADA TANCK, Dorothy. 2019. "El principio de igualdad ante la ley en el derecho internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional* 11 (1).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. 2019. "Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral", en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio *et al.* (coords.), *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, FIDE-FORELABS-ANALS.
- FINCK, Michèle y KAS, Betül. 2015. "Surrogacy Leave as a Matter of EU Law: CD and Z", *Common Market Law Review* 52 (1).
- GALA DURÁN, Carolina. 2011. "Las «trampas» de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en el caso del personal al servicio de las Administraciones públicas", *Revista Interdisciplinar de Estudios de Género* (1).
- GARCÍA NINET, José Ignacio y GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo. 2007. "La dimensión europea de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral", *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 67.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz. 2008. "Tratamiento de fecundación in vitro de la trabajadora desconocido por el empresario y despido:

- (comentario a la STJCE de 26 de febrero de 2008, asunto C-506/06, Mayr)”, *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica* (1).
- HEIDE, Ingeborg. 2005. “Sex Equality and Social Security: Selected Rulings of the European Court of Justice”, *International Labour Review* 143 (4).
- HOHENSTATT, Klaus-Stefan y NABER, Sebastian 2014. “Sind Fremd-Geschäftsführer Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie?”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*.
- IGLESIAS CRESPO, Rosa María. 2015. *Impulso a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, España, Ediciones Paraninfo.
- IZZEDIN-BOUQUET DE DURÁN, Romina. 2011. “Psicología de la reproducción. De la infertilidad a la reproducción asistida”, *Revista Científica Ciencia Médica* 14 (2).
- JIMENA QUESADA, Luis 2001. “El Estado social en Europa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 30.
- KOOPMANS, T. 1980. “Retrospectivity Reconsidered”, *The Cambridge Law Journal* 39 (2).
- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier. 1991, “El principio de igualdad”. *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* 67.
- MALISZEWSKA-NIENARTOWIC, Justyna. 2013. “Pregnancy Discrimination in the European Union Law Its Legal Character and the Scope of Pregnant Women Protection”, *Mediterranean Journal of Social Sciences* 4 (9).
- MARTÍNEZ SIERRA, José Manuel y FERRER MARTÍN DE VIDALES, Covadonga. 2017. “La igualdad ante la ley en la doctrina del TJUE”, *Estudios de Deusto*, 65 (2).
- MARTÍNEZ, J. I. (1991). “El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho”, en AA. VV., *El principio de igualdad en la Constitución española I*, Madrid.
- MAYR, Klaus 2005. “Berücksichtigung der Zeiten des Mutterschutzes bei betrieblichen Rentensystemen”. *European Law Reporter*.
- MCCALLUM, I. M. 1977. “EEC Law and United Kingdom. Occupational Pensions Schemes”, *European Law Review*.
- MCCALLUM, I. M. y I SNAITH. 1977. “EEC Law and United Kingdom. Occupational Pensions Schemes”, *European Law Review*.
- MERINO CALLE, Irene. 2015. “La conciliación laboral, personal y familiar. Análisis desde una doble vertiente: comunitaria y nacional”, *Revista Jurídica de Castilla y León* 36.

- MONÉGER, Françoise. 2014. “Gestation pour autrui, congé de maternité et hándicap”, *Revue de Droit Sanitaire et Social* 3.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto y SOBERANES DÍEZ, José María. 2012. “Discriminación por razón de sexo y conciliación de la vida familiar y laboral: las sentencias 24/2011 y 26/2011”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 26.
- NUMHAUSER-HENNING, Ann. 2007. “EU Sex Equality Law Post-Amsterdam”, en MEENA, Helen (ed.), *Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Reino Unido, Cambridge University Press.
- PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón y QUINTERO DE PEÑARANDA, Olga. 2010. “Impacto de las altas tecnologías en el derecho de personas”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* 27 (3).
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. 1984-1985. “Dimensiones de la igualdad material”, *Anuario de Derechos Humanos* (3).
- PETROVIC, Sinisa. 2012. “Corporate Effects of the Danosa Case: Is the Termination of Membership of the Board of Directors Allowed in the Case of a Pregnant Board Member?”. *Croatian Yearbook of European Law & Policy* 8.
- POLO SÁNCHEZ, María Cristina. 2014. “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, C.D. La maternidad subrogada no es equiparable a la maternidad biológica al objeto de solicitar permisos por tal contingencia”, *Ars Iuris Salmanticensis: Ais: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología* 2 (2): Universidad de Salamanca.
- RABBANI, Rosa. *Maternidad y trabajo. Conflictos por resolver*, Barcelona, Icaria.
- REGUERA ANDRÉS, María Cruz. 2016. *El derecho a la salud reproductiva: configuración en el marco jurídico nacional*, Santander, Universidad de Cantabria.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- REY MARTÍNEZ, Fernando. 2017. “Igualdad y prohibición de discriminación”, *Revista de Derecho Político* 100.
- REY MARTÍNEZ, Fernando y GÍMENEZ GLÜCK, David. 2010. *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, expectativas*, Madrid, Fundación Ideas.

- ROMERO FLOR, Luis María y CONTRERAS CORTÉS, María del Carmen. 2018. *La «igualdad» de género en el ordenamiento jurídico*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. 1991. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en VV. AA., *El principio de igualdad en la Constitución española*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.
- RUBIO VELASCO, Fuencisla. 2012. “Despido nulo por discriminación por razón de sexo de una trabajadora sometida a un tratamiento de fertilidad”, *Aranzadi Social* 4 (10).
- SALVATORI, Rosella. 2011. “Lavoro subordinato e congedo parentale: la Corte conferma le tutele comunitarie”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 3.
- SCHUBERT, Claudia. 2013. “Arbeitnehmerschutz für GmbH-Geschäftsführer”. *Zeitschrift für europäisches Sozial und Arbeitsrecht*.
- SHARPSTON, Eleanor. 2010. “The Shock Troops Arrive in Force: Horizontal Direct Effect of a Treaty Provision and Temporal Limitation of Judgments Join the Armoury of EC Law”, *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing.
- SIMON, Denys. 2010a. “Sabena is dead, Gabrielle Defrenne’s case is still alive: the old lady’s testament”, *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing.
- SIMON, Denys. 2014b. “Gestation pour autrui”. *Europe* 5.
- STRAUSS, David A. 1992-93. “The Illusory Distinction between Equality of Opportunity and Equality of Result”. *William and Mary Law Review* 34 (171).
- TAPIA HERMIDA, Antonio. 2008. “La adopción de la decisión de despedir a una trabajadora a causa del embarazo o nacimiento de un hijo: (comentario a la STJCE, Sala Tercera, de 11 de octubre de 2007, asunto C-460/06, Nadie Paquay contra Société d’architectes Hoet + Minne SPRL)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social* 304.
- TURÉGANO MANSILLA, Isabel. 2018. “La igualdad de género como superación sistémica y plural de las mujeres”, en ROMERO FLOR, Luis María y CONTRERAS CORTÉS, María del Carmen (coords.), *La «igualdad»*

de género en el ordenamiento jurídico, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha.

VALDIVIA CEBALLOS, María Encarnación. 2001. "Interpretación de la Directiva 76/207/CEE sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo* 103.

VAN GERVEN, Walter. 1977. "Contribution de l'arrêt Defrenne au développement du droit communautaire". *Cahiers de Droit Européen*.

WYATT, Derrick. 1976. "Article 119 EEC: Definition of «Pay» - Towards the Elimination of Sex Discrimination", *European Law Review*.