

La prohibición de la discriminación por razón de sexo en el derecho laboral

PROF. DR. JOCHEN MOHR

Dresden*

RESUMEN

Las Directivas europeas han desarrollado el Derecho de protección de la persona contra la discriminación mediante un marco de conceptos y categorías jurídicas con el fin de realizar de forma más efectiva la igualdad de trato. Una diferencia de trato puede significar una discriminación directa o indirecta, acoso o acoso por razón de sexo. Una diferencia de trato no es discriminatoria si está justificada por requisitos profesionales esenciales y determinantes o está justificada por medidas de promoción – acciones positivas. Hay reglas características en relación con la carga de la prueba y las indemnizaciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Estas nuevas razones de Derecho privado han sido desarrolladas por las normas nacionales de transposición. En este sentido interesa conocer el Derecho alemán en relación con la Ley general sobre igualdad de trato (AGG) y la forma que se aplica por los tribunales alemanes bajo la influencia de la jurisprudencia TJCE. La armonización de las Directivas no es absoluta y seguramente la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres se puede entender mejor según las referencias de Derecho comparado.

PALABRAS CLAVES

Derecho privado-protección contra la discriminación-discriminación directa e indirecta-medidas de promoción

* El autor es titular de la Cátedra de Derecho civil, Derecho laboral, Derecho de cárteles y de energía de la Universidad Técnica de Dresden y es el director del Instituto para el Derecho de la energía.

ABSTRACT

European directives have developed a person's right to protection from discrimination using a legal framework of categories and concepts in order to establish the most effective way to guarantee equal treatment. Different treatment can entail direct or indirect discrimination, harassment or sexual harassment. Different treatment is not discriminatory if it is justified by genuine and determining occupational requirements or promotion measures: affirmative action. There are distinct rules regarding the burden of proof and the indemnities must be effective, proportionate and deterrent. This new private legal reasoning has been developed by national rules of transposition. In this respect, it is interesting to consider the German General Law on Equal Treatment (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz; «the AGG») and the way it is applied by German courts under the influence of ECJ case law. Harmonization of the directives is not absolute and surely Organic Law 3/2007 on Effective Equality between Women and Men would be better understood with comparative law references.

KEYWORDS

Private law-proteccion from discrimination- direct or indirect discrimination- promotion measures

SUMARIO: I. *La ley general sobre igualdad de trato como transposición del Acta europea.*—II. *Objetivos de la prohibición de la discriminación en el Derecho privado.* 1. ¿Protección de la autodeterminación o la búsqueda de una justicia supraindividual? 2. Un caso particular la legitimidad de las medidas de promoción. 3. La característica sexo. 4. Las condiciones de la discriminación. *a)* Discriminación directa. *aa)* La discriminación como perjuicio contrario a Derecho. *bb)* Sobre el concepto de perjuicio. *cc)* Perjuicio por razón de una característica protegida. *c)* Discriminación indirecta.—III. *Conclusiones.*

I. LA LEY GENERAL SOBRE IGUALDAD DE TRATO COMO TRANSPOSICIÓN DEL ACTA EUROPEA

El 18 de agosto de 2006, tras largos debates jurídicos, entró en vigor en Alemania la Ley general sobre igualdad de trato (AGG)¹.

¹ Sola historia de la legislación, v. *Adomeit*, en: *Adomeit/Mohr*, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2.^a ed. 2011, introducción; Trüsing, en: Sacker/Rixecker (eds.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MünchKommBGB), 6.^a ed. 2012, introducción AGG nota marginal 1 y ss.

Se trata de la transposición de las directivas comunitarias 2000/43/CE², 2000/78/CE³, 2006/54/CE⁴ (anteriormente 2002/73/CE)⁵ y 2004/113/CE⁶. Además, la AGG transpone al Derecho alemán la prohibición directa de discriminación en cuanto a la retribución, contemplada en el artículo 157, apartados 1 y 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Debido a su solapamiento con el Derecho europeo, el contenido de esta Ley está fuertemente influido por la jurisprudencia del TJCE⁷. Entretanto existe también jurisprudencia diferenciada del Tribunal Federal de lo Laboral (BAG)⁸. El Tribunal Supremo alemán (BGH) ha adoptado asimismo resoluciones que marcan el camino en este sentido⁹.

A la hora de interpretar la prohibición de la discriminación hay que tener en cuenta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del 7 de diciembre de 2000¹⁰, la cual en su artículo 21, apartado 1, establece la prohibición de discriminación por razón de sexo. En especial, el artículo 23 de la Carta obliga a garantizar la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución¹¹. Este «principio de igualdad» no impide el mantenimiento o adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado, según el artículo 23, apartado 2, CDFUE. Se

² Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, DOCE L 180.

³ Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DOCE L 303.

⁴ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 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 (refundición) DOCE L 204 de 26/7/2006.

⁵ Directiva 2002/73/CE que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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 de 23 de julio de 2002, DOCE L 269/15 de 5/12/2002.

⁶ Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, DOCE L 373 de 21/12/2004; muy completo sobre los fundamentos del Derecho europeo contra la discriminación, Riesenhuber, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2009, § 11 y *passim*.

⁷ *Oetker*, en: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR)*, 3.^a ed. 2009, § 14 nota marginal 2.

⁸ El portal jurídico Juris contaba a fecha de 3/8/2012 con 862 resoluciones relativas a la Ley General de Igualdad alemana (AGG).

⁹ Sentencia del Tribunal Federal Supremo (en adelante, SBGH) de 9/3/2012 –V ZR 115/11, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2012, 1725 notas marginales, 26 con comentarios, *Adomeit/Mohr*, *Deutscher AnwaltSpiegel* n.º 8/2012, pp. 12 y ss., disponible en Internet en <http://www.deutscheranwaltspiegel.de/archiv>.

¹⁰ DOCE C 364 de 18/12/2000, p. 1, en la versión adaptada en Estrasburgo el 12/12/2007, DOUE de 14/12/2007 C 303/01.

¹¹ *P. Hanau*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2009, 1, 2.

permiten a nivel del Derecho simple, por ejemplo, medidas de promoción de las mujeres. El artículo 6, apartado 1, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea equipara la CDFUE al propio Tratado, elevándola así al nivel del Derecho primario¹². Las Directivas antidiscriminación no solamente hacen valer los derechos fundamentales de la UE, sino que ellas mismas están fuertemente influidas por dichos derechos fundamentales¹³. La CDFUE, según su artículo 51, apartado 1, no sólo es de aplicación para los órganos e instituciones de la UE, sino también para los Estados miembros, en tanto que éstos se rigen por el Derecho comunitario.

A pesar de que la CDFUE se equipara al Derecho primario, hay que hacer la observación de que los derechos fundamentales solo atañen directamente a la relación del Estado con los ciudadanos. En el ámbito del Derecho privado dichos derechos fundamentales no son de aplicación directa¹⁴. Así pues, contradiciendo la famosa teoría del jurista alemán Hans Carl Nipperdey, la Constitución y los derechos fundamentales no componen la «parte general» del ordenamiento jurídico¹⁵. No obstante sí es posible, aunque más sutil, una «aplicación indirecta frente a terceros», por ejemplo mediante la interpretación de las cláusulas generales¹⁶. En cualquier caso dicha interpretación habrá de respetar los principios del Derecho privado, el cual protege ante todo la autodeterminación del individuo en el ámbito personal y económico (cf. art. 16 CDFUE: libertad de empresa)¹⁷. Así pues –y contrariamente a la visión muy difundida en Europa¹⁸– la libertad de contratar y la autonomía privada, concepto más amplio y del que deriva aquella, no han de ser medidas en términos de una igualdad emanada de un ideal de justicia por encima del individuo, sino que tienen como objetivo primario la autodeterminación del ciudadano¹⁹.

¹² Streinz/Ohler/Herrmann, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, 3.^a ed. 2010, § 14 del III.

¹³ Cf. STJCE de 1/3/2011 –C-236/09, NJW 2011, 907– Test-Achats.

¹⁴ Cf. SBGH de 9/3/2012 –V ZR 115/11, NJW 2012, 1725 nota marginal 26 con comentarios Adomeit/Mohr, *Deutscher AnwaltSpiegel* n.º 8/2012, pp. 12 y ss., en Internet en <http://www.deutscheranwaltspiegel.de/archiv>.

¹⁵ V. también SBGH de 23/4/2012 – II ZR 163/10, NJW 2012, 2346 ss., sobre la aplicación de la AGG al administrador de una sociedad de responsabilidad limitada alemana (GmbH).

¹⁶ Sobre esto, Adomeit, en: *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 2008, pp. 149 y ss.

¹⁷ V. también SBGH de 9/3/2012 –V ZR 115/11, NJW 2012, 1725 nota marginal 26 y s.

¹⁸ Sobre el actual debate de un «more economic approach» en el Derecho de la libre competencia en la UE, v. *Künzler*, Wertekollision in der Wettbewerbstheorie, en: *Festschrift für Walter Ott*, 2008, pp. 299 y 320.

¹⁹ *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, *JuristenZeitung (JZ)* 2008, 530, 534.

²⁰ *Nörr*, *Die Leiden des Privatrechts*, 1994, pp. 224 y ss. entre otras.

II. OBJETIVOS DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

En contra de este principio, la normativa legal sobre no discriminación no tiene como único objetivo la garantía de la autodeterminación de los ciudadanos, sino que en gran medida persigue objetivos de redistribución por encima del individuo²⁰.

1. ¿PROTECCIÓN DE LA AUTODETERMINACIÓN O BÚSQUEDA DE UNA JUSTICIA SUPRAINDIVIDUAL?

La Directiva 2000/78/CE persigue en su artículo 1 «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, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.» Por esta razón también se le llama «Directiva marco». Estos objetivos se perfilan más claramente en cuanto a la discriminación por razón de sexo en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE, según el cual se pretende «garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación».

El Derecho sobre la no discriminación tiene, según la concepción clásica del Derecho privado, el objetivo de proteger la personalidad individual²¹. Junto a la prohibición de discriminación por razón de sexo²², contemplada anteriormente en el Código Civil (BGB), el Tribunal Federal de lo Laboral ha resuelto acertadamente que la discriminación atenta contra el derecho general de la personalidad, por lo que, según el § 823, apartado 1, BGB, es legítima la pretensión de compensación por los daños resultantes de dicha discriminación²³. También la AGG prevé actualmente, como consecuencias jurídicas del quebrantamiento de la prohibición de discriminación establecida en el § 7, apartado 1, AGG, la nulidad (parcial) de la regulación discriminatoria, así como las pretensio-

²⁰ Todavía fundamental *Säcker*, «Vernunft statt Freiheit!» –Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner– Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) 2002, pp. 286 y ss.

²¹ BT-Drucks. 16/1780, 20.

²² § 611a, apartado 2, BGB (versión antigua).

²³ Sentencia del Tribunal Federal de lo Laboral (en adelante, SBAG) de 14/3/1989 –8 AZR 447/87, AP § 611a BGB n.º 5 con comentarios *Scholz*; Dausen/Eichenhofer, *EU-Wirtschaftsrecht*, 26.^a ed. 2010, D. III. Arbeitsrecht, nota marginal 102. Sobre rescisiones discriminatorias como lesiones del derecho general de la personalidad, v. *Mohr*, *Zeitschrift für Arbeitsrecht* (ZfA) 2007, pp. 361, 370 y s.

nes juridicoprivadas derivadas del § 7, apartado 2, AGG, relativas a una compensación material y una indemnización inmaterial (§ 15, apartados 1 y 2, AGG). Se diferencia así fundamentalmente de la Ley Orgánica, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH) vigente en España, la cual prevé básicamente sanciones administrativas para los discriminadores²⁴.

Sin embargo, una interpretación muy extendida en la actualidad pone el énfasis en la prohibición de la discriminación, no buscando la protección de la personalidad individual, sino más bien la obtención de iguales resultados, independientemente de la lesión que dicha discriminación supone²⁵. Esta interpretación no se basa en la autonomía privada del individuo²⁶, sino en un objetivo de justicia supraindividual²⁷. La ilegitimidad de la discriminación no solo se afirma por la desventaja que supone para el individuo concreto, sino también por un estado que la sociedad en su conjunto considera desventajoso. El Tribunal Federal de lo Laboral asume esta interpretación en su Resolución de 22/1/2009, en tanto que considera que la pretensión de indemnización por discriminación no presupondría una lesión del derecho general de la personalidad, causada por una «ofensa» al demandado/a²⁸, sino que ya estaría indiciada por un «tratamiento objetivamente desigual» en cuanto que bien protegido²⁹. También en la jurisprudencia del TJCE encontramos esta «apreciación material» de la prohibición de discriminación. Así se comprueba, por ejemplo, en la *Sentencia Feryn*, según la cual el mero hecho de que un empleador exprese públicamente su negativa a contratar empleados de una determinada procedencia étnica supone una discriminación directa en el empleo, aun si no hay una persona concreta afectada³⁰. Además el empleador habría hecho esta declaración sobre la base de las «preferencias discriminatorias» de su clientela, que no querrían emplear a personas de origen marroquí en sus hogares, expresando de esta forma su propia infravaloración. La LOIMH española también está imbuida de este carácter material cuando, de acuerdo con el artículo 23,

²⁴ *Adomeit*, en: Festschrift für Birk, 2008, pp. 1, 5.

²⁵ Sobre esto, ejemplarmente *Baer*; ZRP 2002, pp. 290 y ss.

²⁶ Sobre ésta hace hincapié, sin embargo, SBGH de 9/3/2012 –V ZR 115/11, NJW 2012, 1725, nota marginal 8.

²⁷ Crítica sobre el análisis económico del Derecho –en discrepancia con las teorías de *Posner* y *Hayek*– *Mestmäcker*. *A legal theory without law*, 2007.

²⁸ Este trabajo utiliza conceptos funcionales («demandante», «solicitante») con el único fin de facilitar la lectura. Estos conceptos han de hacerse extensivos a todas las personas afectadas por la característica «sexo», es decir, no solo hombres y mujeres, sino también embarazadas, madres y transexuales.

²⁹ SBAG de 22/1/2009 –8 AZR 906/07, NZA 2009, p. 945, nota marginal 70.

³⁰ STJCE de 10/7/2008 –C-54/07, NJW 2008, pp. 2767 ss.– *Feryn*.

apartado 1, CDFUE, busca el tratamiento igualitario de hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida³¹.

2. UN CASO PARTICULAR: LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS DE PROMOCIÓN

El Derecho sobre la no discriminación no busca solo la protección ante ofensas a individuos concretos, sino más bien un reparto de recursos escasos aplicando criterios supraindividuales. Esto se pone de manifiesto en las disposiciones relativas a la legitimidad de la llamada «discriminación positiva»³². En el Derecho alemán los fundamentos y los límites de este tipo de medidas están regulados por el § 5 AGG³³, en virtud del cual es lícito un tratamiento desigual, más allá de otras justificaciones particulares, cuando mediante medidas adecuadas y proporcionadas se pueden evitar o compensar desventajas existentes en relación con alguna característica protegida.

Según la jurisprudencia asentada del TJCE la promoción de determinados grupos de empleados sirven al ideal de igualdad material³⁴: Las medidas de promoción solo son discriminatorias en apariencia; en la realidad contribuyen a reducir o eliminar diferencias existentes en la realidad social. En cualquier caso este tipo de «medidas positivas» han de aplicarse dentro de ciertos límites. Ante todo deben ser «adecuadas y proporcionadas» al fin perseguido. Según dicha jurisprudencia, son posibles las medidas que fomenten una mejor armonizar la vida familiar y profesional o que permitan mejorar las condiciones laborales existentes para hacerlas más compatibles con las exigencias del «papel social» desempeñado tradicionalmente por las mujeres³⁵, con el objetivo de alcanzar una *verdadera igualdad de oportunidades* en el mercado laboral³⁶. Por el contrario, son ilegítimas aquellas medidas que no sólo persiguen una igualdad de oportunidades, sino una mera *igualdad de resultados*, como, por ejemplo, el establecimiento de cuotas para el

³¹ Adomeit, in: Festschrift für Birk, 2008, pp. 1, 3 y ss.

³² Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 18.^a ed. 2010, nota marginal 315; Schleuse-ner/Suckow/Voigt/Voigt, AGG, 3.^a ed. 2010, § 5, nota marginal 7: «mayor apertura también en vistas a una igualdad de resultados».

³³ El § 5 AGG transpone al Derecho alemán, entre otros, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE y el artículo 6 de la Directiva 2004/113/CE y ha de interpretarse, por tanto, conforme a dichas Directivas; cf. BT-Drucks. 16/1780, p. 33.

³⁴ STJCE de 11/11/1997 –C-409/95, EuZW 1997, 756, 757 nota marginal 26–Marschall.

³⁵ STJCE de 19/3/2002 –C-476/99, NJW 2002, 1859, 1860 nota marginal 24 ss.–Lommers.

³⁶ Thüsing, DB 2002, 1252, 1254.

acceso a la función pública³⁷. Actualmente se está discutiendo, tanto en Alemania como en la Unión Europea, la fijación de cuotas obligatorias de mujeres en los Consejos de las empresas privadas³⁸. Tales iniciativas contravienen toda una serie de resoluciones en sentido contrario adoptadas por el TJCE en el ámbito del Derecho laboral. Resultan siempre problemáticas, porque las medidas de promoción destinadas a una minoría protegida van automáticamente en detrimento directo de la mayoría³⁹.

En el Derecho estadounidense –precursor de la antidiscriminación a nivel internacional⁴⁰– siguen siendo muy controvertidas las medidas de promoción de los grupos humanos históricamente desfavorecidos. La jurisprudencia está aplicando un criterio cada vez más restrictivo. Así se aprecia claramente en dos resoluciones de la Corte Suprema del año 2003 relativas a la promoción de minorías étnicas en el acceso a la educación universitaria⁴¹. Según éstas, la promoción de determinadas minorías para compensar agravios históricos sólo sería legítima cuando la discriminación sufrida en el pasado fuera específica, concreta y demostrable, y se hubiera producido en el ámbito de las competencias de cada regulador en cuestión. Esta demostración no es posible en los casos relativos al criterio de admisión de las universidades. Más bien debe intentarse aumentar la proporción de estudiantes pertenecientes a minorías étnicas. El interés legítimo no puede ir más allá de garantizar una diversificación del estudiantado. E incluso así, habrá de garantizarse un criterio individual de selección. Puesto que el objetivo de la prohibición legal de la discriminación es acabar con cualquier discriminación por razón de las características protegidas, la Corte Suprema fijó a las universidades un tope de 25 años para la aplicación de «acciones positivas».

El debate suscitado recientemente en Alemania sobre la legitimidad de cuotas en las empresas privadas depende también de la modélica *Sentencia Gema*, dictada por el Tribunal Federal de lo Laboral el año 2011. Aquí el Tribunal –en concordancia de fondo con la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense– estima que los llamados «techos de cristal» no suponen, por sí mismos, un indicio suficiente de discriminación de las mujeres⁴². El término

³⁷ STJCE de 17/10/1995 –C-450/93, NJW 1995, 3109, 3110, nota marginal 23–Kalanke.

³⁸ A favor, por ejemplo, *Langenbacher*, JZ 2011, pp. 1083 y ss.

³⁹ *Adomeit/Mohr*, KommAGG, 2.^a ed. 2011, § 5, nota marginal 9.

⁴⁰ *MünchKommBGB/Thüsing*, 6.^a ed. 2012, introducción a la AGG, nota marginal 9.

⁴¹ *Lutter v. Bollinger* 123 S. Ct. 2325 (2003), 539 U.S. 241 (2003); *Gratz v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2411 (2003), 539 U.S. 516 (2003).

⁴² SBAG de 22/7/2010 –8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93, nota marginal 75: «La comparación del porcentaje de mujeres en los puestos de dirección en otras empresas no es

«techo de cristal» procede de un planteamiento propuesto en Estados Unidos en la década de los 80 para explicar el fenómeno de que tanto mujeres como miembros de minorías étnicas con alto grado de cualificación permanecían «estancados» en los puestos intermedios de las empresas y organizaciones y no accedían a los altos puestos de dirección⁴³. Según la convincente argumentación del Tribunal Federal de lo Laboral, para poder asumir que hay una discriminación de las mujeres son precisos argumentos concretos, más allá de los meros datos estadísticos⁴⁴. No es, pues, suficiente aducir «evidentes desequilibrios» en la participación de las mujeres en los distintos estratos jerárquicos de una empresa, pues esto no permite deducir que haya necesariamente discriminación, sino que también puede depender de las preferencias personales de las empleadas⁴⁵.

3. LA CARACTERÍSTICA SEXO

El término sexo ha de entenderse en un sentido biológico, como diferenciación entre el hombre y la mujer⁴⁶. Al contrario que el *gender mainstreaming*, no hace referencia al «género sociocultural», es decir a la cuestión de si una persona se siente y se comporta como hombre o como mujer⁴⁷. Sobre la base de un «punto de vista biológico» incluimos en la característica sexo también casos de hermafroditismo, es decir, personas que poseen ambos sexos⁴⁸. En cualquier caso, el concepto norteamericano de *gender mainstreaming* es utilizado en Europa en un sentido lato⁴⁹. Aquí se emplea para designar una estrategia política que persigue la igualdad entre los sexos, por lo que cualquier medida política ha de tener en cuenta los efectos que ésta tendrá sobre la relación entre los sexos. En este sentido es utilizado el término en la LOIMH⁵⁰.

Hay que distinguir la característica sexo de la orientación sexual en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE, formulada como «identidad sexual» en el § 1 AGG. Según el criterio del TJCE

indicio de la existencia de “techos de cristal” en la demandada. (...) Por regla general han de pedirse cifras comparativas en las ramas y profesiones equiparables», *Adomeit/Mohr*, AGG, 2.^a ed. 2011, § 22, nota marginal 38 s.

⁴³ En Internet, en http://de.wikipedia.org/wiki/Gläserne_Decke.

⁴⁴ SBAG de 22/7/2010 –8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93, nota marginal 76.

⁴⁵ SBAG de 22/7/2010 –8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93, nota marginal 76.

⁴⁶ V. también artículo 1, inciso 1, de la Directiva 2006/54/CE.

⁴⁷ *Baer*, *Würde oder Gleichheit?*, 1995, p. 234: En cuanto al sexo como elemento social, el hombre se caracteriza por su poder; la mujer, por su sometimiento.

⁴⁸ *MünchKommBGB/Thüsing*, 6.^a ed. 2012, § 1 AGG, nota marginal 58.

⁴⁹ *Ahrens*, en: *Bergmann*, *Handlexikon der Europäischen Union*, 4.^a ed. 2012, concepto de Gender Mainstreaming.

⁵⁰ *Adomeit*, en: *Festschrift für Birk*, 2008, p. 1.

no era la discriminación por razón de la identidad sexual de una persona lo que contemplaba el precepto de igual retribución para hombres y mujeres recogido en el artículo 157, apartado 1, AEUV⁵¹. Sin embargo éste incluye a las personas transexuales⁵², aunque, dado que el fenómeno de la transexualidad se da en ambos sexos, quizá debería quedar mejor encuadrado bajo la orientación sexual. El legislador europeo ha recogido entretanto este criterio jurisprudencial en el Considerando 3 de la Directiva 2006/43/CE⁵³, según el cual el principio de igualdad de trato de hombres y mujeres, en atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona.

Este argumento sólo resulta convincente en tanto que se trate de personas transexuales que se han sometido a un cambio de sexo⁵⁴, pues entonces ya poseen (de nuevo) un sexo determinado. *Con anterioridad* al cambio de sexo, por el contrario, la característica de la identidad sexual será determinante siempre que se trate de discriminaciones relacionadas con el futuro cambio de sexo⁵⁵. Se admite sin discusión que los travestidos, es decir, personas que se visten como las del otro sexo, quedan excluidos de esta consideración⁵⁶.

Según el § 3, apartado 1, inciso 2, AGG existe una discriminación directa por razón de sexo en el ámbito laboral cuando se da un trato indebido a las mujeres por motivo de un embarazo o de la «maternidad». Esta disposición se basa en el artículo 2, apartado 2, letra c, de la Directiva 2006/54/CE, que prohíbe cualquier trato desfavorable a la mujer en relación con el embarazo o con el permiso por maternidad. De esta forma el Derecho comunitario vela no solo por la integridad física de la mujer durante y después del embarazo⁵⁷, sino que la prohibición de discriminación por razón de sexo también persigue el objetivo de que, tras el embarazo y el permiso por maternidad, la mujer pueda regresar a su antiguo puesto de trabajo, o a otro similar, en condiciones que no sean peores para ella⁵⁸. Además, deberán disfrutar de todas aquellas mejoras de las condi-

⁵¹ STJCE de 17/2/1998 –C-249/96, EuZW 1998, pp. 212, 214, nota marginal 25 y ss.– Grant.

⁵² STJCE de 27/4/2006 –C-423/04, EuZW 2006, p. 342– Richards.

⁵³ Wendeling-Schröder/Stein/Wendeling-Schröder, AGG, 2008, § 1, nota marginal 21.

⁵⁴ MünchKommBGB/Thüsing, 6.ª ed. 2012, § 1 AGG, nota marginal 56.

⁵⁵ BT-Drucks. 16/1780, p. 31.

⁵⁶ Schleusener/Suckow/Voigt/Schleusener, AGG, 3.ª ed. 2010, § 1, nota marginal 47.

⁵⁷ Cf. Directiva 92/85/CEE del Consejo de 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 período de lactancia, DOCE L 348 de 28/11/1992, pp. 1 y ss.

⁵⁸ Art. 15, inciso 1, Directiva 2006/54/CE.

ciones laborales que les hubieran correspondido durante su ausencia⁵⁹. Según el artículo 16 de la Directiva 2006/54/CE, ésta no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Por lo demás, cabría pensar que solo las mujeres tienen derecho al permiso especial de maternidad. El derecho alemán permite a ambos progenitores solicitar el respectivo permiso de paternidad⁶⁰. También la LOIMH contempla el derecho a este permiso especial, tanto para mujeres como para hombres indistintamente, en el artículo 44, párrafo 3⁶¹.

4. CONDICIONES DE LA DISCRIMINACIÓN

a) **Discriminación directa**

Se produce una discriminación directa de una persona cuando ésta por razón de su sexo es, ha sido, o podría ser objeto de un trato peor que otra persona en una situación semejante y siempre que la norma o la medida que origina dicha discriminación tenga relación directa con el sexo de dicha persona⁶². Así pues, el hecho de la discriminación requiere, primero, la discriminación de una persona con la característica protegida frente a otra persona; segundo, que la situación de ambas sea equiparable; y tercero, que la discriminación lo sea precisamente por dicha característica⁶³.

aa) *La discriminación como perjuicio contrario a Derecho*

El Derecho comunitario y el alemán tratan de forma distinta, no el concepto de perjuicio, sino el de discriminación. La propia distinción entre «perjuicio» y «discriminación» pone ya de manifiesto que no siempre un trato desigual, aunque conlleve un perjuicio, tiene automáticamente carácter discriminatorio⁶⁴. Solo se debe hablar de discriminación cuando existe un trato injusto, perjudicial y contrario a Derecho.

La característica de la antijuridicidad contribuye a la limitación y precisión de las prohibiciones legales, al delimitar los respectivos

⁵⁹ Artículo. 15 Directiva 2006/54/CE.

⁶⁰ § 15 de la Ley sobre el subsidio y el permiso de paternidad (*Bundeselterngehalt- und Elternzeitgesetz –BEEG*).

⁶¹ «Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social».

⁶² SBAG de 18/3/2010 –8 AZR 77/09– NZA 2010, p. 872, nota marginal 19.

⁶³ Cf. *Rupp*, *Recht der Arbeit* (RdA) 2009, pp. 307 y ss.

⁶⁴ BT-Drucks. 16/1780, p. 30.

derechos del autor y de la víctima del perjuicio⁶⁵. De hecho el Derecho de los países germanoparlantes dedica especial atención a la fase de prueba de la antijuridicidad⁶⁶, a diferencia del *Common Law of Torts* británico o del *Draft Common Frame of Reference*, ese proyecto de código civil común para la Unión Europea en el que se trabaja actualmente⁶⁷. En cualquier caso, resulta muy difícil sustentar dogmáticamente una responsabilidad civil delictual –que es en última instancia el objetivo del Derecho contra la discriminación, pese a la ficción contemplada en el § 7, apartado 3, AGG, que alude a la relación contractual entre la empresa y el solicitante de empleo– si prescindimos de la categoría de la antijuridicidad⁶⁸. El Derecho contra la discriminación resuelve el problema de forma constructiva, estatuyendo sus causas de justificación⁶⁹. También los «Principles of European Tort Law» del *European Group on Tort Law*⁷⁰ se basan, según su objeto, en el concepto de la antijuridicidad⁷¹. Es, por tanto problemático que el TJCE aplique restrictivamente los criterios justificativos aludiendo a un supuesto principio de «interpretación estricta de las excepciones»⁷², con lo que no se realiza una valoración global de los intereses. Solamente puede tener carácter decisivo el objetivo de la norma prohibitoria⁷³.

Según esto una diferenciación de hecho es legítima cuando está amparada en alguna cláusula de exención. Como principal justificación se podría aducir el «requisito profesional esencial y determinante» recogido en el § 8, apartado 1, AGG. Según el artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2006/54/CE, los Estados miembros «podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales

⁶⁵ Cf. en relación con las deliberaciones sobre el primer borrador para la elaboración de un Código Civil *Katzenmeier* Archiv für civilistische Praxis (AcP) 203 (2003), pp. 79, 87.

⁶⁶ *Jansen*, Principles of European Tort Law?, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ) 70 (2006), 736, 741. Fundamental *Jhering*, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867.

⁶⁷ *Brüggemeier*, en: *Festschrift für Deutsch II*, 2009, pp. 749, 754 y s.; excepción: Art. 2.208 «unlawful impairment of business».

⁶⁸ *Brüggemeier*, *Haftungsrecht*, 2006, pp. 32 y ss.

⁶⁹ *Brüggemeier*, en: *Festschrift für Deutsch II*, 2009, pp. 749, 755; v. sobre el DCFR, su capítulo 5 «defences».

⁷⁰ Al respecto, *Koziol Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) 2004, p. 234; *Wagner* 42 *Common Market Law Review* (CML Rev) a partir de 2005, p. 1269.

⁷¹ *Jansen*, *RabelsZ* 70 (2006), 736, 766, que en cuanto al concepto de antijuridicidad censura que no contaba con valoraciones objetivas (nota al pie n.º 218).

⁷² En cuanto al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE (= § 8, apartado 1, AGG), v. por ejemplo *GA Villalón*, conclusiones de 19/5/2011 –C-447/09, *BeckEuRS* 2011, 572673, nota marginal 60 s.

⁷³ *Riesenhuber*, en: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, 2.ª ed. 2010, § 11, nota marginal 64.

concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.» En este contexto el Tribunal Federal de lo Laboral, acertadamente, ha considerado ajustado a Derecho el hecho de que el responsable de un internado femenino, a la hora de contratar a un asistente, contrate exclusivamente a mujeres si el puesto incluye también servicio nocturno en dicho internado. En este caso la exclusión de solicitantes masculinos en el proceso de selección no supone una discriminación ilegítima por razón de sexo⁷⁴. El TJCE se ha mostrado hasta el momento muy prudente en cuanto a la justificación del requisito profesional esencial y determinante en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE. Hasta la fecha, que sepamos, solamente ha habido una resolución en que la legitimidad de una discriminación se basa en dicha disposición⁷⁵.

bb) *Sobre el concepto de perjuicio*

Un perjuicio directo presupone que una persona ha sido perjudicada frente a otra (real o ficticia). El Derecho contra la discriminación no contiene ninguna disposición que determine cuándo una medida se considera perjudicial, cuándo neutral o incluso ventajosa⁷⁶. ¿Ha de aplicarse un criterio objetivo o es más importante la percepción subjetiva del afectado? ¿Ha de tomarse en consideración solamente la norma o la medida concreta en cuestión, o ha de adoptarse un punto de vista global, que incluya las posibles ventajas futuras que pueda conllevar el perjuicio actual?

El perjuicio directo parte de la base de que se está colocando a alguien en desventaja o se le está privando de una ventaja. El que exista o no un perjuicio se establece objetivamente a partir de la percepción de un tercero con conocimiento de causa⁷⁷. La percepción subjetiva del trabajador concreto no es relevante, pues en ese caso la presunta víctima ya estaría en situación de iniciar la acción contra la discriminación⁷⁸. Más problemáticos resultan aquellos casos en que un perjuicio va asociado a una ventaja⁷⁹. Con muy

⁷⁴ SBAG de 28/5/2009 –8 AZR 536/08, NZA 2009, p. 1016, nota marginal 40.

⁷⁵ STJCE de 12/1/2010 –C-229/08, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2010, p. 142, nota marginal 31 ss.– Wolf con discusión *Mohr*; Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA) 2010, pp. 371 y ss.

⁷⁶ *Adomeit/Mohr*; JZ 2009, pp. 179 y ss.

⁷⁷ SBAG de 25/2/2010 –6 AZR 911/08, NZA 2010, p. 561, nota marginal 33.

⁷⁸ SBAG de 17/12/2009 –6 AZR 242/09, NZA 2010, p. 273, nota marginal 31.

⁷⁹ En el Derecho sobre daños se discute un problema semejante bajo la idea de la compensación de la ventaja; cf. *Mohr*, Jura 2010, pp. 645 y ss.

buen criterio se aplica entonces una valoración de conjunto, pues de lo contrario estaríamos separando artificialmente elementos que en la práctica están interrelacionados. Por el contrario, cuando se opta por un método de proceder formal, como hace el TJCE, la valoración de la antijuridicidad habrá compensarse posteriormente con la consideración de las consecuencias.

En la práctica la discriminación directa tiene especial relevancia en el contexto de las solicitudes de empleo⁸⁰. Según la jurisprudencia asentada del Tribunal Federal de lo Laboral, en el contexto de la selección de personal con vistas a la colocación y la promoción ya se produce una discriminación cuando un candidato objetivamente idóneo es excluido del proceso de selección⁸¹. El perjuicio radica ya en la misma «privación de la posibilidad de empleo»⁸². Incluso la no invitación a una entrevista de presentación supone, según este punto de vista, un «trato menos favorable»⁸³.

Sin embargo, en el proceso de selección de personal solamente puede ser objeto de discriminación quien solicita honestamente dicho empleo, y no quien acude meramente con la intención de entablar posteriormente un litigio por daños y perjuicios al amparo del Derecho alemán⁸⁴. Por tanto, una «solicitud» pertinente desde el punto de vista jurídico, puede ser denegada cuando desde el principio falta la voluntad de aceptar realmente la plaza solicitada⁸⁵. El requisito de la solicitud honesta frustra el propósito de quien desea convertir la denuncia por discriminación en su *modus vivendi*⁸⁶. El primer exponente de esto aparece en la famosa *Sentencia Draempaehl* del TJCE⁸⁷. Así, pues, se puede descartar que haya discriminación, no solo cuando el candidato no reúne las condiciones objetivas para ocupar la plaza ofertada⁸⁸, sino también cuando se presenta la solicitud con el único objetivo de obtener posteriormente una indemnización⁸⁹.

⁸⁰ Al respecto, *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, pp. 179 y ss.

⁸¹ SBAG de 19/8/2010 –8 AZR 370/09, NZA 2011, p. 200, nota marginal 23 y ss.

⁸² SBAG de 19/8/2010 –8 AZR 530/09, NZA 2010, p. 1412, nota marginal 51.

⁸³ SBAG de 20/5/2010 –8 AZR 287/08 (A), NZA 2010, p. 1006, nota marginal 13.

⁸⁴ SBAG de 21/7/2009 –9 AZR 431/08, NZA 2009, p. 1087, nota marginal 50.

⁸⁵ SBAG de 21/7/2009 –9 AZR 431/08, NZA 2009, p. 1087, nota marginal 50.

⁸⁶ La llamada AGG-Hopper; SBAG de 12/11/1998 –8 AZR 365/97, Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (SAE) 2000, pp. 60 y ss. Con comentarios, *Walker*.

⁸⁷ STJCE de 22/4/1997 –C-180/95, NJW 1997, 1839– Draempaehl, con comentarios *Adomeit*, NJW 1997, p. 2295.

⁸⁸ Es ésta una cuestión de comparabilidad; cf. SBAG de 19/8/2010 –8 AZR 370/09, NZA 2011, 200, nota marginal 24. Sin embargo falta la condición de solicitante cuando la gran diferencia entre el perfil exigido para la plaza ofertada y la cualificación del candidato permiten poner en duda la honestidad (subjética) de la solicitud (SBAG, *ibid.*).

⁸⁹ En relación con el § 611a BGB, cf. Juzgado de lo Laboral de Potsdam, Sentencia de 13/7/2005 –8 Ca 1150/05; a menudo dejada inconclusa por la Sentencia BAG de 19/8/2010 –8 AZR 530/09, NZA 2010, p. 1412, nota marginal 32.

Se puede aplicar el principio de que un solicitante que actúa honestamente hará todo lo posible por ofrecer una imagen positiva de su persona y de sus aptitudes en relación con la plaza que solicita⁹⁰. Una solicitud fraudulenta, dirigida a obtener no la plaza sino una indemnización ulterior, puede suponerse en función de los siguientes indicios⁹¹: el solicitante se halla claramente sobre o infracualificado⁹²; la solicitud es manifiestamente ambigua o poco seria⁹³; la solicitud contiene evidentes referencias a características protegidas, como la orientación sexual; el solicitante aspira a una remuneración desorbitada⁹⁴; el solicitante cuenta con amplios antecedentes de denuncia por discriminación en ofertas de empleo, con su consiguiente solicitud de indemnización⁹⁵. Según estos principios, cabe albergar serias dudas acerca de la honestidad de la solicitud cuando un solicitante ha interpuesto 24 denuncias por presunta discriminación, varias de las cuales presentan idéntico contenido⁹⁶. Por el contrario, no se presume deshonestidad en la solicitud por presentar una demanda inmediatamente después de una actuación que se considera discriminatoria⁹⁷. Tampoco es indicio de deshonestidad subjetiva el hecho de que un solicitante se haya presentado antes varias veces, sin éxito, a dicha plaza⁹⁸.

cc) *Perjuicio «por razón de» una característica protegida*

Un «trato menos favorable» solo supone discriminación ilegítima según el § 3, apartado 1, AGG, cuando se produce «por razón de» una característica protegida. La interpretación de dicha característica dista de ser unánime. Según la resolución del Tribunal Federal de lo Laboral, la discriminación «por razón de» una característica protegida precisa solo de una relación causal, no de un factor de intención⁹⁹. Dicha relación causal se da cuando el perjui-

⁹⁰ Tribunal Regional de lo Laboral de Berlín, Sentencia de 30/3/2006 –10 Sa 2395/05, NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht (NZA-RR) 2006, p. 513.

⁹¹ *Diller*, Betriebsberater (BB) 2006, pp. 1968, 1969 y ss.

⁹² SBAG de 19/8/2010 –8 AZR 370/09, NZA 2011, p. 200, nota marginal 24.

⁹³ Tribunal Regional de lo Laboral de Berlín, Sentencia de 30/3/2006 –10 Sa 2395/05, NZA-RR 2006, p. 513: sin datos sobre solicitudes en relación con requisitos profesionales reconocidos como esenciales.

⁹⁴ Tribunal Regional de lo Laboral de Berlín, Sentencia de 30/3/2006 –10 Sa 2395/05, NZA-RR 2006, p. 513.

⁹⁵ Muy controvertido, cf. SBAG de 19/8/2010 –8 AZR 370/09, NZA 2010, p. 200, nota marginal 24.

⁹⁶ Juzgado de lo Laboral de Kiel, Sentencia de 5/6/2008 –5 Ca 453 b/08, nota marginal 49; otra opinión en SBAG de 21/7/2009– 9 AZR 431/08, NZA 2009, p. 1087, nota marginal 50.

⁹⁷ Tribunal Regional de lo Laboral de Hamm, Sentencia de 7/8/2008 –11 Sa 284/08, nota marginal 69.

⁹⁸ SBAG de 21/7/2009 –9 AZR 431/08, NZA 2009, p. 1087, nota marginal 50.

⁹⁹ SBAG de 22/1/2009 –8 AZR 906/07, NZA 2009, p. 949.

cio se deriva de las causas expuestas en el § 1 AGG¹⁰⁰. Como resultado, las normas antidiscriminación se consideran hechos objetivos en el cumplimiento de un deber, en el sentido de que suponen una garantía para el comportamiento no discriminatorio¹⁰¹. Para que haya discriminación es necesario que se produzca un comportamiento antijurídico; no es relevante que el comportamiento sea subjetivamente reprochable. En este sentido se aprecia cierto paralelismo con la prohibición de la discriminación en relación con la libre competencia, concretamente en el artículo 102 AEUV¹⁰².

El Derecho contra la discriminación rompe así con el principio de la responsabilidad por culpa, basado en una idea muy arraigada en toda la Europa continental durante el siglo XIX¹⁰³. Este principio reflejaba el ideal filosófico de la Ilustración y el concepto de la ética de la libertad y la responsabilidad propuesto por Emmanuel Kant. Según éste es un derecho de toda persona, por el mero hecho de serlo, el verse libre del arbitrio de otras personas, siempre y cuando la libertad propia sea compatible con la libertad de los demás en virtud de una ley general¹⁰⁴. Con este trasfondo histórico se admite que el principio de responsabilidad por culpa tiene dos aspectos¹⁰⁵:

Por una parte supone un intento «positivo» de que siempre haya una responsabilidad por la culpa. Nos permite aplicar un patrón de referencia en cuanto al reparto del riesgo entre el perjudicador y el perjudicado. Sirve también a la prevención, puesto que la obligación de responsabilidad debería contribuir a mantener un comportamiento escrupuloso¹⁰⁶. Por otra parte, el principio de responsabilidad por culpa tiene un aspecto negativo, pues supone básicamente una garantía frente a dicha culpa, pero no frente a un resultado deficiente o un supuesto de antijuridicidad¹⁰⁷. Este principio debe garantizar a las empresas que intervienen en el tráfico jurídico o mercantil la necesaria libertad de actuación. Según el principio *casum sentit dominus* el perjudicado debe soportar aquellos daños que le sean ocasionados fortuitamente o por su propia culpa¹⁰⁸.

¹⁰⁰ SBAG de 17/8/2010 –9 AZR 839/08, NZA 2011, p. 153, nota marginal 31.

¹⁰¹ *Lingscheid*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, 2004, p. 48.

¹⁰² *Jung*, en: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergl. 2011, artículo 102 AEUV, nota marginal 125 y s.

¹⁰³ *Laufs*, en: Festschrift Gernhuber, 1993, 245, 247; *von Caemmerer*; *RabelsZ* 42 (1978), pp. 5, 8.

¹⁰⁴ *Kant*, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, 1785, p. 421; al respecto, *Benöhr*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, n.º 46 (1978), pp. 1, 9.

¹⁰⁵ *Von Caemmerer* *RabelsZ* 42 (1978), pp. 5, 6 f., con varias notas.

¹⁰⁶ *Von Caemmerer* *RabelsZ* 42 (1978), pp. 5, 7.

¹⁰⁷ *Deutsch/Ahrens*, *Deliktsrecht*, 5.ª ed. 2009, nota marginal 6.

¹⁰⁸ *Enneccerus/Nipperdey*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2. tomo, 15.ª ed. 1960, § 208 p. 1270; v. también al respecto *Benöhr*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, n.º 46 (1978), pp. 1, 8.

En cuanto a la interpretación del perjuicio «por razón de» una característica protegida, conviene distinguir si la desigualdad en el trato se produce en las condiciones contractuales o en el propio acceso a la relación contractual. Indiscutiblemente solo en el caso de trato desigual en relación con las condiciones contractuales se puede prescindir de la característica subjetiva¹⁰⁹, pues solo en este caso es posible la comparación directa entre las condiciones contractuales existentes. Por el contrario, en el caso de desigualdad en el acceso a la contratación se trata de personas que no se encuentran en relación directa con el empleador ni con los otros candidatos. Esto se refleja en la especial protección que se otorga a la libertad de empresa como derecho fundamental recogido en el artículo 16 CDFUE¹¹⁰.

Por otra parte, la desigualdad en la retribución es fácilmente demostrable aplicando simplemente la aritmética¹¹¹. Este tipo de desigualdad se puede resolver mediante el pago del diferencial que se considera justo (la llamada compensación hacia arriba)¹¹². La desigualdad en el acceso a la contratación sólo puede establecerse con seguridad en el caso de condiciones abstractas. Casos especialmente claros son la exclusión de las mujeres del servicio de armas¹¹³ y del trabajo en minas subterráneas¹¹⁴. Por el contrario, la cuestión de la igualdad de trato en el contexto de la contratación laboral, cuyo resultado usual es una contratación y varias exclusiones, requiere un planteamiento totalmente diferente¹¹⁵. Puesto que la finalidad de dicho proceso es precisamente la selección entre varios candidatos, el objetivo es precisamente establecer diferencias. La decisión en cuanto a la selección de los candidatos, por su contexto y ratio, también entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho contra la discriminación. Sin embargo es preciso cumplir determinados requisitos específicos si se desea presentar el procedimiento habitual de una empresa como «perjuicio» jurídicamente impugnabile. El requisito objetivo es que la persona afectada, al contrario que la favorecida, pertenezca a una minoría protegida. Es preciso que haya además un factor de intencionalidad, en el sentido de una infravaloración subjetiva. No obstante la jurisprudencia no ha seguido hasta ahora este criterio.

¹⁰⁹ Cf. *Adomeit/Mohr*, JZ 2009, pp. 179, 183 y ss.

¹¹⁰ *Adomeit*, en: Festschrift für Zöllner, 1998, pp. 669 y ss.

¹¹¹ *Adomeit*, en: Festschrift für Zöllner, 1998, pp. 669 y ss.

¹¹² SBAG de 11/12/2007 –3 AZR 249/06, NZA 2008, p. 532.

¹¹³ STJCE de 26/10/1999 –C-273/97, NZA 2000, 25– Sidar; STJCE de 11/1/2000 –C-285/98, NZA 2000, p. 137– Kreil.

¹¹⁴ § 64a Ley alemana de Minas de 13/8/1980, BGBl. I, p. 1310.

¹¹⁵ Al respecto, cf. *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, pp. 179 y ss.

c) **Discriminación indirecta**

El artículo 2, apartado 1, letra b, de la Directiva 2006/54/CE, describe la «discriminación indirecta» como «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios».

La discriminación indirecta es para el TJCE un instrumento para eliminar desventajas fácticas de la persona protegida¹¹⁶. El objetivo de conseguir un ideal de reparto más justo se plasmó claramente en el hecho de que la discriminación indirecta por razón del sexo es considerada como un hecho propio en sí, orientado a un resultado, a la hora de registrar determinadas formas de discriminación¹¹⁷. Según esto, la discriminación indirecta no solo pretende facilitar la demostración de que existe una discriminación directa, sino además eliminar una serie de desventajas de las que sería responsable la sociedad¹¹⁸. Para tal concepción la recriminación de la culpa a nivel individual es tan innecesaria como en el caso de la discriminación directa. La intención igualitaria del TJCE queda de manifiesto en la fórmula de que el hecho de la discriminación indirecta solo puede ser refutado en caso de «verdadera necesidad», lo cual ha de ser compatible con el principio de proporcionalidad¹¹⁹. Así, cuando se contrastan los objetivos del empleador en cuanto a objetividad y proporcionalidad, es decir, a su suficiente solidez objetiva, no se hace con vistas a la constatación de una posible lesión de la personalidad, sino de la equiparación sociopolítica de las condiciones laborales¹²⁰.

La creciente «materialización»¹²¹ del concepto de discriminación indirecta se refleja en su configuración, plasmada en las Directivas 2000/78/CE y 2006/54/CE. Si un trabajador se siente discriminado, el primer obstáculo a su pretensión estriba ya en la

¹¹⁶ Así –también en cuanto a lo siguiente– *Picker*, en: Lorenz (ed.), *Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht*, p. 20.

¹¹⁷ Extensamente, *Mohr*, *Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht*, 2004, p. 280 ss.; cf. también las conclusiones del Abogado General *Lenz*, STJCE de 27/10/1993 –Circular C-127/92, SAE 1995, p. 45, nota marginal 27– *Enderby*.

¹¹⁸ *Ebsen*, RdA 1993, pp. 11, 12 y s.

¹¹⁹ Por ejemplo, STJCE de 26/6/2001 –Circular C-381/99, NZA 2001, pp. 883, 886, nota marginal 67– *Brunnhöfer*.

¹²⁰ *Fastrich*, RdA 2000, pp. 658, 80.

¹²¹ *Canaris*, AcP 200 (2000), pp. 273 y ss.

necesaria prueba de la «primera apariencia de discriminación»¹²². Hasta la entrada en vigor de la Directiva 2000/78/CE era preciso establecer una comparativa de grupo, que *debía* ser demostrada mediante datos estadísticos¹²³. Por el contrario, ahora ya se consideran indiciarios de discriminación indirecta aquellos «preceptos, criterios o procesos en apariencia neutrales que *pudieran* suponer desventajas para las personas protegidas». El que una regla o medida produzca una discriminación indirecta puede ser determinado «por cualquier medio, incluyendo los datos estadísticos»¹²⁴. De esta forma el recurso a los datos estadísticos como medio de prueba en un caso particular se hace prescindible, cuando no descartable¹²⁵. Según la justificación que de la AGG hizo el Gobierno, la formulación en subjuntivo permite incluso la demostración de una discriminación sin necesidad de que haya un afectado individual concreto. Se considera que existe un «peligro suficientemente concreto» de que el afectado «se vea amenazado por alguna desventaja concreta, en comparación con miembros de otros grupos humanos»¹²⁶.

La Sala 6.^a del Tribunal Federal de lo Laboral asume este «punto de vista hipotético» –en concordancia con la opinión dominante en la literatura alemana¹²⁷– en su Sentencia del 22-4-2010¹²⁸. Según dicha sentencia, para probar que existe una discriminación indirecta sería suficiente que el criterio en cuestión, «valorado desde una perspectiva típica», fuese susceptible de afectar más gravemente a las personas protegidas que a las no protegidas¹²⁹. Por una parte, éste podría ser el caso de aquellas normas que afectan esencial o fundamentalmente a personas de un determinado sexo, o que estuviesen relacionadas con determinados requisitos más fáciles de cumplir por personas de un determinado sexo (efecto desproporcionado). Por otra parte, se da un hecho de discriminación indirecta cuando los presupuestos de la misma afectan de forma especialmente negativa a las mujeres (efecto agravante material)¹³⁰.

¹²² STJCE de 26/6/2001 –Circular C-381/99, NZA 2001, pp. 883, 886, nota marginal 60– Brunnhofer.

¹²³ TCJE de 13/5/1986 –Circular 170/84, SAE 1987, p. 165, nota marginal 29 y ss.– Bilka; al respecto *Mohr*, *Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht*, 2004, pp. 283 y s.

¹²⁴ Considerando 15 de la Directiva 2000/78/CE.

¹²⁵ *Schiek/Schiek*, AGG, 2007, § 3, nota marginal 24.

¹²⁶ BT-Drucks. 16/1780, p. 33.

¹²⁷ Cf. *ErfK/Schlachter*, 11.^a ed. 2011, § 3, nota marginal 8.

¹²⁸ SBAG de 22/4/2010 –6 AZR 966/08, NZA 2010, pp. 947 y ss.

¹²⁹ Igualmente *Wendeling-Schröder/Stein/Wendeling-Schröder*, AGG, 2008, § 3, nota marginal 24.

¹³⁰ SBAG de 22/4/2010 –6 AZR 966/08, NZA 2010, p. 947, nota marginal 24.

Según la opinión dominante, dicha comparación ideal es especialmente procedente cuando la demandante puede demostrar sin lugar a dudas que no cuenta con los datos estadísticos adecuados o que su obtención le sería excesivamente onerosa (ya sea en tiempo o en medios financieros); por lo demás seguirá soportando la carga de la alegación y de la prueba¹³¹. En este sentido la prueba estadística resulta innecesaria cuando la regulación está relacionada con el servicio de armas o la prestación sustitutoria y, por tanto, perjudica de hecho (solamente) a las mujeres¹³².

III. CONCLUSIONES

La legislación sobre protección frente a la discriminación tenía el ambicioso objetivo de lograr un reparto más justo de los puestos de trabajo y de las condiciones laborales. Los actuales problemas de Europa se centran más bien en la creación de puestos de trabajo y en la mejora de las condiciones laborales, por lo que el objetivo político de garantizar la protección frente a la discriminación resulta si cabe más convincente en tiempos de bonanza económica. Parece, por tanto, recomendable hacer una interpretación y aplicación de las normas antidiscriminación compatibles con el fomento del empleo.

¹³¹ *Adomeit/Mohr*, KommAGG, 2.^a ed. 2011, § 3, nota marginal 92.

¹³² STJCE de 7/12/2000 –Circular C-79/99, EuZW 2001, pp. 58 ss.