

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. CHRISTINE STIX-HACKL

presentadas el 28 de noviembre de 2002 ¹

I. Notas preliminares

1. En Alemania, existe una obligación general de prestar el servicio militar, que únicamente se impone a los hombres. El objeto del presente procedimiento es la compatibilidad de dicha obligación con la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo ² (en lo sucesivo, «Directiva 76/207») y con varias disposiciones del Tratado CE.

II. Marco jurídico

A. *Directiva 76/207*

2. El artículo 1, apartado 1, establece lo siguiente:

«1. La presente Directiva contempla la aplicación, en los Estados miembros, del

principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y, en las condiciones previstas en el apartado 2, a la seguridad social. Este principio se llamará en lo sucesivo “principio de igualdad de trato”.»

3. El artículo 2, apartado 1, dispone que:

«1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.»

4. El artículo 3, apartado 1, establece lo siguiente:

«La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selec-

1 — Lengua original: alemán.

2 — DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70.

ción, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional.»

sanitarios civiles y de los hospitales militares fijos no pueden cubrirse sobre una base voluntaria, las mujeres de edades comprendidas entre dieciocho años cumplidos y cincuenta y cinco años cumplidos podrán ser destinadas a dichos servicios por la Ley o en virtud de una Ley. En ningún caso podrán ser obligadas a prestar un servicio con armas.»

B. *Derecho nacional*

5. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania; en lo sucesivo, «GG»);³

6. Wehrpflichtgesetz (Ley alemana del servicio militar; en lo sucesivo, «WPflG»);⁴

El artículo 12a, apartados 1 y 4, establece lo siguiente:

El artículo 1, apartado 1, establece, por lo que aquí interesa, lo siguiente:

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

«Están obligados a prestar el servicio militar todos los hombres que hayan alcanzado los dieciocho años de edad y posean la nacionalidad alemana en el sentido de la Grundgesetz [...]»

El artículo 3, apartado 1, dispone, por lo que aquí interesa, lo siguiente:

[...]

4) Si, en caso de defensa, las necesidades de servicios civiles de los establecimientos

«Las obligaciones militares se cumplirán mediante la prestación del servicio militar o, en los supuestos contemplados en el artículo 1 de la Kriegsdienstverweigerungsgesetz (Ley relativa a la objeción de conciencia) [...] mediante la prestación del servicio civil sustitutorio [...]»

3 — BGBl. I 1949, en la versión publicada en BGBl. 2000 I, p. 1755.

4 — BGBl. I 1956, p. 651, en la versión publicada en BGBl. 1995 I, p. 1756.

III. Antecedentes de hecho y principales alegaciones formuladas en el procedimiento principal

7. El Sr. Dory, demandante en el procedimiento principal y que ha alcanzado la edad a partir de la cual puede ser llamado a filas, solicitó a la Kreiswehrrersatzamt (Oficina de distrito del servicio civil sustitutorio) competente para su alistamiento que se le eximiera del servicio militar obligatorio. En apoyo de esta solicitud alegó que la Ley alemana del servicio militar infringe el Derecho comunitario. A este respecto se remitió a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Kreil.⁵ La solicitud fue desestimada. La administración señaló como motivo de la desestimación que la citada sentencia únicamente se refiere al servicio militar voluntario de las mujeres, pero no al servicio militar obligatorio. Las cuestiones relativas a la defensa nacional, como las relativas al servicio militar obligatorio, están excluidas del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Después de que una reclamación interpuesta contra esta decisión ante la autoridad competente fuese desestimada, el Sr. Dory interpuso un recurso ante el órgano jurisdiccional *a quo*. La parte demandada en el procedimiento principal es la República Federal de Alemania.

8. En el procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional el Sr. Dory volvió a invocar la sentencia dictada en el asunto Kreil. Alegó que, conforme a dicha sentencia, ya no existe ningún motivo objetivo que pueda justificar la exclusión de las mujeres de la obligación de prestar el servicio militar por razones relacionadas

específicamente con el sexo. La obligación de prestar el servicio militar que el artículo 12a, apartado 1, de la Grundgesetz impone únicamente a los hombres constituye, en su opinión, una discriminación ilegal de los hombres puesto que las mujeres ya tienen derecho a prestar servicios que impliquen el uso de armas, pero no soportan la obligación de prestar el servicio militar.

9. En contra de este criterio la República Federal de Alemania señaló, en particular, que la Grundgesetz contiene un «mandato constitucional de defensa de la paz del Estado ante agresiones mediante el empleo de las armas», que se cumple estableciendo el servicio militar obligatorio para los hombres. Esta obligación forma parte de la «facultad organizativa de las fuerzas militares de defensa», materia que no guarda ninguna relación con el Derecho comunitario.

10. La República Federal de Alemania también alegó, en particular, que el artículo de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea relativo a la igualdad de trato únicamente vincula a las instituciones y a los órganos de la Unión Europea y sólo rige para los Estados miembros en el marco de aplicación de normas comunitarias. La Directiva 76/207 no se aplica porque únicamente se refiere a actividades profesionales. Sin embargo, el servicio militar obligatorio constituye una obligación de prestar un servicio y, por tanto, hay que distinguirlo del acceso a la profesión de soldado.

⁵ — Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 2000, Kreil (C-285/98, Rec. p. I-69).

11. El órgano jurisdiccional nacional duda de que el criterio mantenido por la República Federal de Alemania sea acertado. Explica que el servicio militar obligatorio retrasa, en cualquier caso, el acceso de los hombres al empleo o a la formación profesional. Remitiéndose a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Schnorbus⁶ entiende que posiblemente se produzca una discriminación de las contempladas en la Directiva 76/207. Tras referirse al artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207, conforme al cual está permitida la «discriminación positiva» en aras de la igualdad efectiva de los sexos, el órgano jurisdiccional nacional entiende que la imposición del servicio militar obligatorio únicamente a los hombres posiblemente esté justificada. A este respecto invoca «el hecho, demostrado estadísticamente, de que las mujeres alemanas tienen un índice de natalidad medio de 1,3 hijos por mujer, [lo que] da lugar, por término medio, a períodos en los que no pueden desempeñar su trabajo cuya duración supera a la del servicio militar».

IV. Cuestión prejudicial y procedimiento subsiguiente

12. Mediante resolución de 4 de abril de 2001, el Verwaltungsgericht Stuttgart

planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se opone el Derecho comunitario al sistema alemán de servicio militar obligatorio únicamente para los hombres?»

13. El 26 de septiembre de 2001, el Sr. Dory recibió una orden de alistamiento que le obligaba a iniciar el servicio militar entre el 1 y el 5 de noviembre de 2001.

14. Mediante escrito de 28 de septiembre de 2001, el Sr. Dory presentó ante el órgano jurisdiccional de remisión una demanda destinada a que se declarara el efecto suspensivo de la reclamación que había presentado contra la orden de alistamiento y, el mismo día, presentó ante el Tribunal de Justicia una demanda de medidas provisionales contra la República Federal de Alemania. El objeto de la medida provisional solicitada era la suspensión de la ejecución de la orden de alistamiento hasta que el Tribunal de Justicia resolviera en el presente asunto. La solicitud presentada ante el órgano jurisdiccional nacional fue estimada mediante resolución de 19 de octubre de 2001. La demanda presentada ante el Tribunal de Justicia fue declarada inadmisble mediante auto de 24 de octubre de 2001 (asunto C-186/01 R).

⁶ — Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000, Schnorbus (C-79/99, Rec. p. I-10997).

V. Sobre la cuestión prejudicial

A. Sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial

15. El órgano jurisdiccional nacional plantea la cuestión de la compatibilidad del servicio militar obligatorio alemán, es decir, del Derecho alemán, con el «Derecho comunitario».

16. A fin de que el Tribunal de Justicia pueda proporcionar al órgano jurisdiccional de remisión una respuesta útil para el procedimiento principal, es preciso formular de nuevo la cuestión prejudicial.

17. El Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse, en el marco del artículo 234 CE, sobre la interpretación de disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales ni sobre la conformidad de tales disposiciones con el Derecho comunitario. No obstante, puede proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle resolver el problema jurídico que le ha sido sometido.⁷

7 — Sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121), apartado 34, y de 4 de mayo de 1993, Distribuidores Cinematográficos (C-17/92, Rec. p. I-2239), apartado 8.

18. «Por último, según reiterada jurisprudencia, ante cuestiones formuladas de forma imprecisa, el Tribunal de Justicia se reserva la facultad de deducir de todos los elementos proporcionados por el órgano jurisdiccional nacional y de los autos del litigio principal los elementos de Derecho comunitario que precisan una interpretación habida cuenta del objeto del litigio».⁸

19. A la luz de las indicaciones contenidas en la resolución de remisión, hay que considerar que el juez nacional plantea la cuestión exclusivamente en relación con el Derecho comunitario relativo a la igualdad de trato entre hombres y mujeres.⁹

20. Por tanto, resulta aconsejable formular las cuestiones prejudiciales de esta otra forma:

¿Deben interpretarse el artículo 3 CE, apartado 2, el artículo 13 CE y el artículo 141 CE, así como la Directiva 76/207 en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la que establece en Alemania el servicio militar obligatorio únicamente para los hombres?

8 — Sentencias Teckal, citada en la nota 7, apartado 34; de 13 de diciembre de 1984, Haug-Adrion (251/83, Rec. p. 4277), apartado 9; de 26 de septiembre de 1996, Arcaro (C-168/95, Rec. p. I-4705), apartado 21, y de 29 de enero de 2002, Pokrzęptowicz-Meyer (C-162/00, Rec. p. I-1049).

9 — En este contexto, la cuestión prejudicial no se refiere a otros ámbitos del Derecho comunitario, como por ejemplo la libre circulación de trabajadores (artículo 39 CE) o la libre prestación de servicios (artículos 49 CE y ss.).

B. Principales alegaciones de las partes

21. En la fase escrita, el Sr. Dory no formuló observaciones. En la vista se manifestó, en primer lugar, en contra de que el servicio militar obligatorio fuera excluido, en general, del ámbito de vigencia del Derecho comunitario por ser una medida de garantía de la seguridad exterior. Afirma que (también) es una medida que afecta al libre ejercicio de la profesión. Esta libertad sí está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, a través de la Directiva 76/207.

22. El Sr. Dory opina que el servicio militar obligatorio únicamente para los hombres es incompatible con la Directiva 76/207. De su artículo 1 se deduce que la Directiva se aplica a las medidas nacionales relativas al acceso al empleo. Afirma que su interés se centra en sus posibilidades, en general, de acceder a un empleo civil. Por tanto, la respuesta a la cuestión prejudicial no depende de que el servicio militar pueda ser considerado, en sí, como «empleo» a efectos de la Directiva 76/207.

23. El Sr. Dory considera que, mientras prestan el servicio militar, los hombres soportan una prohibición total de ejercicio de la profesión. Además, una vez concluido el servicio militar ya se ha retrasado el acceso al empleo. Aunque actualmente el servicio militar únicamente dura nueve meses, sus efectos sobre el acceso al empleo son obvios si se piensa en la posibilidad de que a un Estado miembro se le ocurra la

idea (por ejemplo, por motivos de política demográfica) de no permitir, por ley, que las mujeres accedan a la formación profesional antes de cumplidos los 25 años de edad. Aunque el establecimiento del servicio militar obligatorio no tiene por objeto la regulación del acceso al empleo de los hombres, produce consecuencias inmediatas sobre él y, por tanto, es «relevante para el empleo». Además, los empresarios evitan emplear a hombres de esa edad puesto que corren el riesgo de tener que prescindir de ellos a consecuencia del servicio militar.

24. En contra del argumento de que el servicio militar obligatorio únicamente para los hombres persigue fines distintos de la regulación del acceso al mercado laboral, el Sr. Dory invoca la sentencia dictada en el asunto Marshall.¹⁰ En aquel asunto se trataba de la conclusión automática de la relación laboral al alcanzar la edad de la jubilación, que era distinta para hombres y para mujeres. En dicha sentencia el Tribunal de Justicia afirmó la aplicación de la Directiva 76/207, aunque la normativa nacional obedecía a motivos de Derecho social.

25. Además, desde el Tratado de Amsterdam, el Derecho primario contiene, en el artículo 3 CE, apartado 2, un mandato

¹⁰ — Sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723).

general de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Por consiguiente, la Directiva 76/207 ya no puede interpretarse en el sentido de que sólo se aplica en el caso de que el objeto directo de una medida nacional sea regular el acceso al empleo de manera distinta para cada sexo.

y del artículo 7 CE, apartado 1, párrafo segundo, en las relaciones entre competencias comunitarias y competencias nacionales rige el principio de competencias de atribución de la Comunidad. La organización de la defensa nacional como tal no está incluida en el ámbito de competencias de la Comunidad.

26. El Gobierno alemán llama la atención sobre la importancia para Alemania del servicio militar obligatorio general. La finalidad de dicha obligación general consiste en crear un estrecho vínculo entre las fuerzas armadas y la población con objeto de garantizar la transparencia democrática del aparato militar. El servicio militar obligatorio constituye, además, el núcleo de la defensa nacional en Alemania. El incremento de los efectivos de las épocas de paz a los períodos de guerra defensiva no puede conseguirse sin disponer de un número adecuado de reservistas que se reclutan entre los obligados a prestar el servicio militar.

29. El Gobierno alemán afirma que la limitación a los hombres de la obligación de prestar el servicio militar tampoco está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario desde el punto de vista de sus consecuencias indirectas sobre el acceso al empleo.

27. El Gobierno alemán alega que la duración y la configuración del servicio militar obligatorio forman parte de la organización de las fuerzas armadas, que continúa siendo competencia de los Estados miembros como parte fundamental de la seguridad pública. Así lo reconoció el Tribunal de Justicia en las sentencias Kreil y Sirdar.¹¹

30. Dicho Gobierno entiende que el artículo 3 CE, apartado 2, conforme al cual la Comunidad persigue el objetivo de promover la igualdad entre hombres y mujeres, únicamente se aplica a las medidas específicas de la Comunidad adoptadas al amparo de otras normas de atribución de competencias.

31. Lo mismo cabe decir, continúa el Gobierno alemán, respecto al artículo 13 CE. Este artículo únicamente faculta al Consejo a adoptar medidas para combatir la discriminación por razón del sexo «dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad».

28. Según el Gobierno alemán, como se deduce del artículo 5 CE, párrafo primero,

32. Asimismo, afirma que el artículo 141 CE y la Directiva 76/207 regulan las relaciones

¹¹ — Sentencia Kreil, citada en la nota 5 *supra*, y de 26 de octubre de 1999, Sirdar (C-273/97, Rec. p. I-7403).

laborales o de prestación de servicios únicamente en la medida en que sean voluntarias y, por consiguiente, no se aplican a una obligación general de prestar un servicio, como el servicio militar, que se distingue claramente de la profesión de soldado —siempre voluntaria—, único objeto de la sentencia Kreil.

desprende del hecho de que el servicio militar, conforme al artículo 4, apartado 3, letra b), del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, no se considera un trabajo forzado u obligatorio. El artículo 8, apartado 3, letra c), inciso II), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU tiene prácticamente el mismo tenor.

33. El Gobierno alemán añade que la Directiva 76/207, que se refiere a la eliminación de obstáculos al acceso al empleo y a la formación profesional, no es aplicable al presente asunto. Por su escasa entidad, la soldada a que tienen derecho quienes prestan el servicio militar obligatorio no constituye una retribución con la que pueda subvenirse a ninguna manutención. El hecho de que exista «cierta similitud superficial» entre la relación que se produce en la prestación del servicio militar y una relación laboral no basta para justificar la aplicación de la Directiva.

35. Por el contrario, el artículo 6, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, que regula el derecho a «tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado», no establece ninguna restricción en relación con el servicio militar obligatorio. De ello cabe deducir que este Pacto no considera la prestación del servicio militar como actividad laboral en el sentido ordinario del término.

34. Este Gobierno afirma que la condición especial del servicio militar obligatorio como obligación de los ciudadanos es determinante para negar su condición de empleo a efectos de la Directiva 76/207. El Derecho internacional también considera, en práctica constante, que el reclutamiento para el servicio militar obligatorio constituye un acto de soberanía estatal, como también lo demuestra el hecho de que los extranjeros procedentes de otros Estados miembros de la UE deban quedar exentos de dicha obligación a consecuencia del conflicto de lealtades. La especial condición de esta obligación ciudadana también se

36. Por lo demás, el Gobierno alemán hace hincapié en que el propio Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia Schnorbus,¹² que las disposiciones nacionales destinadas a compensar el retraso derivado de la prestación del servicio militar o civil obligatorio, son compatibles con el Derecho comunitario. De esta forma, ha reconocido implícitamente la legalidad del servicio militar obligatorio únicamente para los hombres.

37. El *Gobierno francés* considera que el cumplimiento del servicio militar obligato-

12 — Citada en la nota 6, *supra*.

rio no puede equipararse al ejercicio de una profesión y, por consiguiente, no está incluido en el ámbito de aplicación de las disposiciones sociales del Tratado CE ni en el de la Directiva 76/207. El servicio militar obligatorio es una medida destinada a la defensa nacional, que es competencia exclusiva de los Estados miembros. La decisión nacional de imponer la obligación de prestar tal servicio únicamente a los hombres no está, como tal, incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

38. Es cierto, continúa este Gobierno, que, en las sentencias Kreil y Sirdar, el Tribunal de Justicia declaró que las decisiones nacionales relativas a la organización de las fuerzas armadas no están completamente excluidas del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Sin embargo, en la sentencia Sirdar también declaró que sólo están sometidas al principio comunitario de igualdad de trato entre hombres y mujeres aquellas medias nacionales en materia de acceso al empleo, de formación profesional y de condiciones de trabajo en las fuerzas armadas.

39. Sin embargo, el Gobierno francés considera que este criterio no es aplicable al presente asunto, puesto que el servicio militar obligatorio lo realizan los llamados a filas, que no pueden ser equiparados a los trabajadores a los fines de las disposiciones comunitarias sobre igualdad de trato entre los dos sexos. Quien presta el servicio militar obligatorio no realiza un servicio a favor de terceros en contraprestación del cual perciba una retribución, sino que cumple una obligación ciudadana por la que se le indemniza.

40. Dicho Gobierno añade que, en la sentencia Schnorbus, el Tribunal de Justicia se pronunció respecto a la compatibilidad con el Derecho comunitario de disposiciones que no se referían al servicio militar obligatorio en sí mismo, sino a sus consecuencias sobre la eventual relación de servicios entre candidatos a acceder a las prácticas jurídicas preparatorias y la administración que ofrecía dichas prácticas. Por lo demás, resulta significativo que, en ese asunto, el Tribunal de Justicia no respondiera a la sexta cuestión prejudicial, que se refería al carácter discriminatorio de la limitación a los hombres de la obligación de prestar el servicio militar.

41. El *Gobierno finlandés* señala que, conforme al artículo 127 de la Constitución finlandesa, los hombres y las mujeres están obligados a participar en la defensa nacional. Sin embargo, conforme a la ley sólo corresponde a los hombres la obligación de defensa con las armas. No obstante, las mujeres pueden prestar servicio militar voluntario.

42. Añade que, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Kreil, las decisiones fundamentales en materia de política de defensa son competencia de los Estados miembros y, por tanto, el Derecho comunitario no es aplicable en el procedimiento principal.

43. En cualquier caso, continúa este Gobierno, el servicio militar obligatorio

no atañe a las condiciones de acceso a la profesión de soldado y, por consiguiente, no está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207. Por lo demás, el hecho de que el servicio militar únicamente sea obligatorio para los hombres no afecta en Finlandia a la carrera de las mujeres en las fuerzas armadas, puesto que éstas pueden prestar el servicio militar de manera voluntaria.

46. La Comisión indica que cabe afirmar lo mismo respecto al servicio militar obligatorio. Al igual que la defensa nacional no corresponde a la Comunidad, el servicio militar no forma parte del mercado laboral ni constituye una formación profesional a efectos de las necesidades del mercado laboral. A este respecto, el procedimiento principal se distingue considerablemente de los asuntos sobre los que ya se ha pronunciado el Tribunal de Justicia.

44. La *Comisión* alega que, del artículo 12a de la Grundgesetz alemana y del artículo 1 de la WpflG, se deduce que el servicio militar obligatorio, como está configurado tradicionalmente en muchos Estados europeos desde finales del siglo XVIII, constituye una obligación unilateral de servicio de Derecho público y no genera una relación laboral. El obligado a prestar servicio militar realiza una prestación, en su caso incluso en contra de su voluntad, durante la cual el Estado únicamente le proporciona cierta ayuda a su manutención, pero no una retribución. Por tanto, el servicio militar no forma parte del mercado laboral.

47. La Comisión, invocando la sentencia Lawrie-Blum,¹³ reconoce que, en principio, la naturaleza jurídico-pública de una actividad no basta, por sí sola, para excluirla del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207. Sin embargo, determinadas obligaciones jurídico-públicas, nacidas de circunstancias históricas, entre las que se encuentran, por ejemplo, además del servicio militar obligatorio, algunas peculiaridades nacionales, como la obligación que existe en Alemania de construir diques, impuesta a los habitantes de islas o de zonas costeras, no pueden quedar incluidas en el ámbito de aplicación de disposiciones comunitarias destinadas a regular el ámbito laboral. Otra cosa sería si un Estado miembro impusiera, por razones de política social y sanitaria, una obligación general de cuidar a ancianos y enfermos.

45. La Comisión señala que, como declaró el Tribunal de Justicia en las sentencias Kreil y Sirdar, el mero hecho de que se trate de cuestiones militares es irrelevante para negar la aplicación del Derecho comunitario. Lo determinante es, por el contrario, que la relación de prestación del servicio esté excluida, por su objetivo y por su configuración, del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

48. Por todo ello, añade, al servicio militar obligatorio no se aplican ni los artículos 13 CE y 141 CE ni la Directiva

¹³ — Sentencia de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rec. p. 2121).

76/207, que se adoptó tomando como base el artículo 235 del Tratado CE (actualmente, artículo 308 CE).

desplazar siempre al Derecho nacional, sino que, en determinados ámbitos, el Derecho nacional mantiene su ámbito de aplicación propio.

49. Consiguientemente, los Estados miembros pueden invocar el artículo 6 EU, apartado 3, y el artículo 5 CE para conseguir el respeto de su soberanía en materia de defensa según su modelo nacional, configurado tradicionalmente.

50. Aunque se tuvieran en cuenta las consecuencias del servicio militar obligatorio para el acceso al empleo no se llegaría a una conclusión diferente. El servicio militar obligatorio, continúa la Comisión, no limita el ámbito de aplicación del Derecho comunitario más de lo que le corresponde por su naturaleza. No es preciso averiguar si, en su caso, la obligación de prestar servicio militar impuesta únicamente a los hombres puede estar justificada eventualmente con arreglo a la Directiva 76/207. En la sentencia Schnorbus el Tribunal de Justicia únicamente pudo afirmar la compatibilidad con la Directiva de dicha norma nacional porque no consideró que las limitaciones que se desprenden del servicio militar obligatorio constituyeran una infracción del Derecho comunitario.

51. En la vista la Comisión alegó, además, que, puesto que el servicio militar obligatorio queda fuera de la competencia comunitaria, deben aceptarse las consecuencias que se desprendan para el Derecho comunitario. El Derecho comunitario no puede

52. Respecto a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, la Comisión señala que sus artículos 20, 21 y 23, relativos al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres, únicamente se aplican, conforme al artículo 51, apartado 1, de la Carta, a los actos jurídicos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, lo que no sucede en el presente asunto.

C. Apreciación

53. Conforme a las alegaciones del Gobierno alemán, que nadie ha puesto en entredicho, el servicio militar obligatorio alemán es una parte esencial de las normas nacionales de garantía de la seguridad exterior de la República Federal de Alemania.

54. El núcleo de la cuestión prejudicial radica en averiguar si la cuestión del servicio militar obligatorio y, consiguientemente, su configuración, está completamente excluida del ámbito de aplicación del Derecho comunitario porque incumbe a los Estados miembros adoptar las medidas

adecuadas para garantizar la seguridad exterior y, por tanto, decidir la organización de sus fuerzas armadas. Si no fuera así, sería preciso aclarar qué norma del Derecho comunitario podría aplicarse y si dicha norma se opone al servicio militar obligatorio únicamente para los hombres.

1. Principios básicos relativos a la aplicación del Derecho comunitario a las medidas nacionales destinadas a la protección de la seguridad exterior

55. Del principio de competencias de atribución (artículo 5 CE) se deduce que los Estados miembros tienen competencia exclusiva en aquellos ámbitos en los que no se le ha atribuido ninguna competencia al legislador comunitario o, aparte del supuesto de competencia exclusiva, en los ámbitos en los que, a pesar de existir competencia comunitaria, no haya normas comunitarias.

56. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente, en jurisprudencia consolidada, que existen ámbitos en los que, a pesar de ser competencia de los Estados

miembros, el Derecho comunitario impone límites a esta competencia.¹⁴

57. A este respecto, el Tribunal de Justicia también ha tenido que pronunciarse respecto a medidas nacionales en el ámbito de la seguridad pública, entre las que se encuentran, además de la seguridad interior, la seguridad exterior.¹⁵ En primer lugar, el Tribunal de Justicia entiende que «los Estados miembros [...] siguen siendo los únicos competentes para el mantenimiento del orden público y la protección de la seguridad interior, gozan ciertamente de un margen de apreciación para determinar cuáles son [...] las medidas más idóneas [...]».¹⁶

58. En la sentencia *Sirdar*,¹⁷ en la que el Tribunal de Justicia tuvo que pronunciarse sobre las limitaciones impuestas a las mujeres para acceder a determinados des-

14 — Véase, por ejemplo, respecto al Derecho penal y al Derecho procesal penal, la sentencia de 24 de noviembre de 1998, *Bickel y otros* (C-274/96, Rec. p. I-7637), apartado 17; véanse, además, respecto a la organización de la educación y de la política educativa, las sentencias de 3 de julio de 1974, *Casagrande* (9/74, Rec. p. 773), y de 13 de febrero de 1985, *Gravier* (293/83, Rec. p. 593); respecto a la organización de los regímenes de seguridad social, las sentencias de 7 de mayo de 1991, *Comisión/Bélgica* (C-229/89, Rec. p. I-2205); de 14 de diciembre de 1995, *Nolte* (C-317/93, Rec. p. I-4625), y de 28 de abril de 1998, *Decker* (C-120/95, Rec. p. I-1831); respecto a los impuestos directos, la sentencia de 27 de junio de 1996, *Asscher* (C-107/94, Rec. p. I-3089); respecto a la pertenencia a asociaciones religiosas, espirituales o filosóficas, la sentencia de 5 de octubre de 1988, *Steymann* (196/87, Rec. p. 6159), o a las normas administrativas o judiciales, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, *REWE Zentralfinanz* (33/76, Rec. p. 1989); de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck y otros* (C-312/93, Rec. p. I-4599), y de 14 de diciembre de 1995, *Van Schijndel y van Veen* (asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705).

15 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 4 de octubre de 1991, *Richard y Les Accessoires Scientifiques* (C-367/89, Rec. p. I-4621); de 17 de octubre de 1995, *Leifer y otros* (C-83/94, Rec. p. I-3231), y de 15 de mayo de 1986, *Johnston* (222/84, Rec. p. 1651).

16 — Sentencia de 9 de diciembre de 1997, *Comisión/Francia* (C-265/95, Rec. p. I-6959), apartado 33.

17 — Citada en la nota 11 *supra*, apartados 15 y ss.

tinios de soldados profesionales, declaró, además, que:

«[...] corresponde a los Estados miembros, que deben establecer las medidas adecuadas para garantizar su seguridad interior y exterior, adoptar las decisiones relativas a la organización de sus fuerzas armadas. Sin embargo, de ello no se deduce que tales decisiones deban quedar totalmente excluidas de la aplicación del Derecho comunitario.

[...] como ya ha señalado el Tribunal de Justicia, el Tratado sólo prevé excepciones aplicables a situaciones que puedan poner en peligro la seguridad pública en sus artículos 36, 48, 56 y 223 (actualmente artículos 30 CE, 39 CE, 46 CE y 296 CE, tras su modificación) y 224, que se refieren a hipótesis excepcionales claramente delimitadas. *De ello no se puede deducir la existencia de una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública.*¹⁸ Reconocer la existencia de tal reserva sin atender a las condiciones específicas de las disposiciones del Tratado, podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario [...]

[...]

Además, algunas de las excepciones previstas por el Tratado sólo se refieren a las normas relativas a la libre circulación de mercancías, personas y servicios, y no a las disposiciones sociales del Tratado, entre las

que se encuentra el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres [...]

Resulta, por tanto, que no hay una reserva general a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que cubra aquellas medidas de organización de las fuerzas armadas cuya razón sea la protección de la seguridad pública [...]

59. Estas consideraciones se encuentran prácticamente con el mismo tenor en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Kreil.¹⁹ Aunque en los asuntos Sirdar y Kreil el extremo controvertido era el acceso a destinos del ejército profesional, la calificación de una medida como «medida de organización de las fuerzas armadas» no puede ser, en principio, distinta dependiendo de que se trate del ejército profesional o del servicio militar obligatorio.

60. En sentencias en otros asuntos en los que se trataba de medidas nacionales relativas a la seguridad exterior o a la política exterior, el Tribunal de Justicia también ha manifestado que no se puede deducir la existencia de una reserva general que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública.²⁰

¹⁹ — Citada en la nota 5 *supra*, apartados 15 y ss.

²⁰ — Véanse, las sentencias de 13 de julio de 2000, Albre (C-423/98, Rec. p. I-5965), apartados 19 y ss., respecto a una zona de importancia estratégica; de 17 de octubre de 1995, Werner (C-70/94, Rec. p. I-3189), apartado 10; Leifer, citada en la nota 15 *supra*, respecto a las perturbaciones de las relaciones exteriores; de 31 de mayo de 2001, Comisión/Italia (C-283/99, Rec. p. I-4363) respecto a los servicios privados de seguridad, y Comisión/Francia, citada en la nota 16 *supra*, respecto a disturbios públicos.

¹⁸ — El subrayado es mío.

61. Por último, en las conclusiones que presentó en el asunto Comisión/Grecia,²¹ el Abogado General Sr. Jacobs analizó un embargo comercial impuesto unilateralmente por un Estado miembro por motivos relacionados exclusivamente con la política de seguridad. La política de comercio exterior es competencia exclusiva de la Comunidad. Por ello se suscitaban dudas sobre si era posible analizar la compatibilidad de la actuación de Grecia con el artículo 113 del Tratado CE (actualmente artículo 133 CE, tras su modificación) o si, por el contrario, no estaba incluida en el ámbito de competencia del Derecho comunitario por ser una medida de política de seguridad nacional. A este respecto, el Abogado General Sr. Jacobs señaló lo siguiente:

«A mi juicio, el elemento decisivo no reside en la finalidad del embargo sino en sus efectos. Una medida que tiene por efecto impedir o restringir directamente los intercambios comerciales con un tercer país se halla comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 113, cualquiera que sea su finalidad.»²²

62. Por tanto, resumiendo puede afirmarse que las medidas nacionales relativas a la seguridad pública no están completamente excluidas del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Es cierto que la organización de las fuerzas armadas, como parte esencial de la garantía de la seguridad exterior es, en sí, competencia exclusiva de

los Estados miembros. Sin embargo, cuando las medidas nacionales adoptadas con tal fin producen efectos sobre ámbitos regulados por el Derecho comunitario y, consiguientemente, afectan al ámbito de aplicación del Derecho comunitario, dichos efectos deben examinarse desde el punto de vista del Derecho comunitario, que tiene primacía.^{23 24}

63. Este criterio, aplicado a la cuestión controvertida en el presente asunto, significa lo siguiente: El establecimiento de un servicio militar obligatorio nacional y general como medida nacional relativa a la seguridad exterior es y seguirá siendo una decisión política del Estado miembro que la

23 — Principio establecido en la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Costa/E.N.E.L. (6/64, Rec. p. 1253).

24 — Respecto a las amplias discusiones en relación con la presencia femenina en las fuerzas armadas, véanse, por ejemplo, en lengua alemana, von Wilmsky, «Ausnahmebereiche gegenüber EG-Grundfreiheiten», *Europarecht* 1996, p. 362; Streinz, «Frauen an die Front», *Deutsches Verwaltungsblatt* 2000, p. 583; Tobler, «Kompetenzmaßnahme der EG via den EuGH? — Zur Rechtsprechung des EuGH über Anwendbarkeit des EG-Gleichstellungsrechtes auf Arbeitsverhältnisse in den Streitkräften der Mitgliedstaaten», *Aktuelle juristische Praxis* 2000, p. 577; Stahn, «Streitkräften im Wandel — Zu den Auswirkungen der EuGH-Urteile Sirdar und Kreil auf das deutsche Recht», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 2000, p. 121; Hühn, «Die Waffen der Frauen: Der Fall Kreil — erneuter Anlass zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit?», *Schriften zur europäischen Integration* Nr. 51 (2000), p. 5; Zuleeg, «Fällt die Wehrpflicht in Deutschland durch Richterspruch?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, p. 545; véanse además, Ellis, «Can Public Safety Provide An excuse For Sex Discrimination?», *The Law Quarterly Review*, 1986, p. 496; Müller-Graff/Bulst, «New Issues In A Sensitive Relationship — Tanja Kreil between secondary EC-law and national constitutional law», *Europarättslig tidskrift* 2000, p. 295; en una línea crítica, véanse Scholz, «Frauen an die Waffe kraft Europarecht», *Die öffentliche Verwaltung* 2000, p. 417; Rupp, «Bemerkungen zum europarechtlichen Schutz der "nationalen Identität" der Eu-Mitgliedstaaten», *Völkerrecht und deutsches Recht: Festschrift für Walter Rudolf zum 70. Geburtstag* (2001), p. 173; Köster/Schröder, «Eine bemerkenswerte Kompetenzüberschreitung — Frauen an die Waffe», *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, p. 273; Stein, «Über Amazonen, Europa und das Grundgesetz», *Die Macht des Geistes: Festschrift für Harmut Schiedermair* (2001), p. 737.

21 — Conclusiones de 6 de abril de 1995 en el asunto Comisión/Grecia (C-120/94, Rec. 1996, p. I-1513).

22 — Citada en la nota 21 *supra*, punto 42.

adopte. Corresponde a los Estados miembros decidir *si* desean crear unas fuerzas armadas nacionales para garantizar su seguridad exterior y *cómo* quieren hacerlo.

64. Sin embargo, esto no significa que la configuración concreta de las medidas nacionales adoptadas en este contexto no pueda ser examinada en relación con sus efectos sobre otras posiciones jurídicas distintas, tuteladas por el Derecho comunitario.

65. De la resolución de remisión se deduce que la cuestión controvertida en el procedimiento principal gira en torno a la obligación jurídico-comunitaria de tratar de idéntica forma a hombres y mujeres en lo que atañe al acceso al empleo.

66. Por tanto, a continuación debe averiguarse, en primer lugar, qué deberes incluye la normativa comunitaria relativa a la igualdad de trato entre ambos sexos y qué ámbitos de aplicación definen respectivamente. Si las consecuencias de la configuración de un servicio militar obligatorio general como el alemán forman parte del ámbito de aplicación de una normativa comunitaria cuya existencia se haya determinado previamente y dichas consecuencias violan el principio de igualdad, habría que examinar, a continuación, si la violación de dicho principio puede ampararse en alguna de las excepciones previstas por la propia normativa comunitaria y, por tanto, puede ser admisible o, por último —en el caso de que exista discriminación indirecta—, puede estar justificada.

67. Conforme a la cuestión prejudicial, tal y como ha sido reformulada,²⁵ en el presente asunto habría que analizar desde ese punto de vista los artículos 3 CE, apartado 2, 13 CE y 141 CE, así como la Directiva 76/207.

2. Sobre las disposiciones del Tratado CE

68. El mandato, contenido en el artículo 3 CE, apartado 2, de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad se refiere a todas las acciones de la Comunidad. Sin embargo, el servicio militar obligatorio es una medida nacional. Pero, puesto que el legislador nacional no es destinatario de dicha disposición, el artículo 3 CE, apartado 2, no puede constituir un criterio de apreciación.²⁶

69. El artículo 13 CE únicamente atribuye facultades al legislador comunitario y esto sólo «dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el [Tratado]». Esta mera atribución de facultades tampoco puede generar ningún derecho a igualdad de trato entre hombres y mujeres que vaya más allá de los conferidos por el Derecho derivado.

²⁵ — Véase el punto 20, *supra*.

²⁶ — Lo cual no excluye, sin embargo, que pueda recurrirse a él al interpretar el Derecho derivado; véase, en particular, el punto 105 de estas conclusiones.

70. Conforme a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia,²⁷ el artículo 141 CE, apartado 1 (antiguo artículo 119, apartado 1, del Tratado CE) concede ciertamente un derecho directamente aplicable a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Sin embargo, únicamente se aplica en materia de igualdad de «retribución», no cuando se trata de la igualdad en el acceso a un empleo retribuido. Del artículo 141 CE, apartado 2, que contiene una definición del concepto «retribución», resulta que la eventual discriminación en el acceso al mercado laboral civil no está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 141 CE. Aunque el artículo 141 CE, apartado 4, se refiere, en general, a «garantizar [...] la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral», esta disposición únicamente incluye una aclaración respecto a la posibilidad de mantener o adoptar en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros medidas que ofrezcan ventajas concretas a un determinado sexo. Por lo demás, en el caso del artículo 141 CE, apartado 3, cabe decir, *mutatis mutandis*, lo mismo que se dijo respecto al artículo 13 CE. También el artículo 141, apartado 3, atribuye meramente facultades para la adopción de medidas relativas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuestiones laborales y de empleo.²⁸

71. Por tanto, se puede llegar a la conclusión de que ni el artículo 3 CE, aparta-

do 2, ni el artículo 13 CE o el artículo 141 CE se oponen a una medida nacional que imponga el servicio militar obligatorio únicamente a los hombres.

3. Respecto a la Directiva 76/207

72. En primer lugar, es preciso examinar si la configuración del servicio militar obligatorio o sus efectos están incluidos en el ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207. Sólo en este caso habría que entrar a examinar si existe discriminación por razón del sexo.

a) Sobre el extremo de si el servicio militar obligatorio puede considerarse, en sí mismo, como «empleo» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 76/207

73. Algunos de los participantes en el procedimiento que han presentado observaciones han planteado la cuestión de si la Directiva 76/207 es, realmente, aplicable al servicio militar obligatorio. Se han manifestado dudas sobre si las actividades desempeñadas en el marco de dicho servicio militar pueden ser consideradas «empleo» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 76/207. Puesto que el servicio militar obligatorio constituye una obligación ciudadana unilateral impuesta por los poderes públicos y no retribuida, esta calificación puede, efectivamente, plantear dudas.

27 — Sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455).

28 — Por ese motivo, la modificación de la Directiva 76/207 que acaba de entrar en vigor se basa en el artículo 141 CE, apartado 3; véase la nota 49.

74. A este respecto debe señalarse, en primer lugar, que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el carácter jurídico-público de una relación de servicio no es, por sí sólo, motivo suficiente para excluir la aplicación de la Directiva 76/207.²⁹ Pero considero que el problema no radica ahí.

75. En efecto, hay que tener en cuenta cuál es el contexto en el que la Directiva 76/207 habla de «empleos» y de «puestos de trabajo». La finalidad del artículo 3 consiste en prevenir las discriminaciones por razón del sexo en el «acceso» al empleo. Sin embargo, las alegaciones del Sr. Dory no se refieren a la discriminación por razón del sexo en el acceso al servicio militar. Conforme a la resolución de remisión, el objeto del procedimiento tampoco es determinar si la imposibilidad de las mujeres de acceder al servicio militar les puede suponer una desventaja en el caso de que, por ejemplo, deseen seguir la carrera militar.³⁰

76. Por el contrario, las alegaciones del Sr. Dory se refieren a las consecuencias que, afirma, produce el servicio militar obligatorio sobre el acceso de los hombres al mercado civil de trabajo una vez concluido

el servicio militar obligatorio. Pues bien, los aspectos relativos al acceso al mercado civil de trabajo están, en principio, indudablemente comprendidos en el ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207.

b) Sobre el extremo de si las consecuencias que produce el servicio militar obligatorio sobre el acceso de los hombres al mercado civil de trabajo están incluidas en el ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207

77. En primer lugar, debe determinarse cuáles son las consecuencias que el servicio militar obligatorio produce o puede producir sobre el acceso de los hombres al mercado civil de trabajo: Mientras dura la prestación del servicio militar el acceso al mercado laboral es prácticamente imposible por el mero hecho de la obligación de presencia que le acompaña. Por consiguiente, no puede ponerse en duda que, durante ese período y a diferencia de lo que ocurre con las mujeres de la misma edad, los hombres no tienen en principio ningún «acceso al empleo» en el sentido de un empleo civil. Una vez concluido el servicio militar el acceso al mercado laboral es, en principio, ilimitado, pero, en el caso de los hombres que han prestado el servicio militar, dicho acceso ha sufrido un retraso en relación con las mujeres de edad similar.³¹

78. Antes de examinar si este distinto punto de partida en el acceso al mercado laboral civil en relación con las mujeres constituye una «discriminación» en el sentido de la Directiva 76/207, se suscita, en

29 — Sentencias Sirdar, citada en la nota 11 *supra*, apartado 17; Kreil, citada en la nota 5 *supra*, apartado 18, y Schnorbus, citada en la nota 6 *supra*, apartado 28; sentencias de 21 de mayo de 1985, Comisión/Alemania (248/83, Rec. p. 1459), apartado 16, y de 2 de octubre de 1997, Gerster (C-1/95, Rec. p. I-5253), apartado 18.

30 — Posiblemente por ese motivo Finlandia permite a las mujeres prestar voluntariamente el servicio militar; véase el punto 41 *supra*.

31 — Así cabe afirmarlo en general, sin perjuicio de las eventuales medidas nacionales que compensan o están destinadas a compensar dicho retraso (por ejemplo, en materia de seguridad social).

primer término, la cuestión general de si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 76/207 únicamente comprende aquellas medidas nacionales destinadas a regular el acceso al empleo o también aquellas otras que únicamente tienen o pueden tener repercusiones sobre el acceso al empleo, sin tener como objeto la regulación de dicho acceso. En efecto, la imposibilidad temporal y el posterior aplazamiento del acceso de los hombres al mercado laboral civil que se critica en el procedimiento principal no es el objeto de la WPfLG, sino más bien su consecuencia.

medidas que debían analizarse a la luz de la Directiva y la situación en la que se manifestaba la desigualdad de trato, que se distingue de la del presente asunto. En esos dos asuntos se trataba del acceso al servicio en las fuerzas armadas, esto es, de prohibiciones concretas de desempeñar un empleo, y en ambos casos las medidas que debían analizarse desde el punto de vista de la Directiva eran medidas que tenían por objeto directo el acceso a dichos empleos.

i) Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a las medidas nacionales que tienen por objeto la regulación del acceso al mercado de trabajo

79. En su jurisprudencia relativa a la Directiva 76/207, el Tribunal de Justicia se ha ocupado hasta el momento principalmente de medidas nacionales cuyo objeto era una regulación —directamente diferenciada por razón del sexo— del acceso a determinados empleos.³²

81. Las prohibiciones directas de acceso al empleo por razón del sexo están indiscutiblemente incluidas en el ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207.

82. Además, el Tribunal de Justicia también ha declarado incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207 las cuotas por sexo fijadas para la admisión en determinados empleos.³⁴ Pero, en ese asunto también se trataba de medidas nacionales que tenían por objeto la regulación del acceso a determinado mercado de trabajo, de manera que también estaban indudablemente incluidas en el ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207.

80. En las sentencias Kreil y Sirdar³³ también existe una conexión entre las

83. En la sentencia Schnorbus³⁵ el Tribunal de Justicia tuvo que pronunciarse sobre la desigualdad de trato en el acceso a la formación profesional (artículo 4 de la

32 — Por ejemplo, la sentencia de 25 de julio de 1991, Stoeckel (C-345/89, Rec. p. I-4047), relativa a la prohibición de trabajo nocturno de las mujeres.

33 — Sentencias Sirdar, citada en la nota 11 *supra*, y Kreil, citada en la nota 5 *supra*. En el asunto Sirdar se trataba de medidas que impedían a las mujeres el acceso a determinadas unidades de combate; en la sentencia Kreil, de normas legales que excluían en general a las mujeres de los puestos de trabajo militares de las fuerzas armadas.

34 — Sentencia de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia (318/86, Rec. p. 3559).

35 — Citada en la nota 6 *supra*.

Directiva 76/207). En ese asunto, la desigualdad de trato consistía en que los hombres que hubieran prestado servicio militar o civil tenían prioridad frente a otros candidatos o eran admitidos antes a la formación profesional. Puesto que, de esta forma, las normas nacionales que debían examinarse a la luz de la prohibición de discriminación por ser la base del trato desigual eran las normas de admisión a las prácticas profesionales, era indudable que también formaban parte del ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207 a causa del objeto de esas medidas nacionales.³⁶

ii) Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a las medidas nacionales que tienen un efecto diferenciador en el acceso al mercado laboral

84. Basaré en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en tres asuntos mis reflexiones sobre la cuestión de si una medida nacional también está incluida en el ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207 cuando, a pesar de no tener por objeto la regulación del acceso al mercado de trabajo, tiene o puede tener un efecto diferenciador en dicho acceso. Se trata, por

una parte, de la jurisprudencia contenida en la sentencia Jackson y Cresswell,³⁷ en la sentencia Meyers³⁸ y, por otra parte, en la sentencia Schnorbus.³⁹ Aunque estos tres asuntos se refieran a temas distintos, considero que tienen en común un aspecto similar en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207.

— Sobre los asuntos Jackson y Cresswell y el asunto Meyers

85. En ambos asuntos, las pretensiones de las demandantes de los procedimientos principales se referían a los requisitos para adquirir el derecho a prestaciones sociales públicas a favor de personas que no formaban parte del mercado regular de trabajo. Afirmaban que estos requisitos producían el resultado de perjudicar a los progenitores de las familias monoparentales (que, en general, son las madres) a la hora de acceder al mercado regular de trabajo.

86. En el apartado 28 de la sentencia dictada en los asuntos acumulados Jackson y Cresswell,⁴⁰ el Tribunal de Justicia declaró que:

36 — Además, cabe mencionar las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047), en la que se trataba del permiso de maternidad, al que sólo tenían derecho las mujeres. Puesto que era una medida cuyo objeto directo era la regulación de «condiciones de trabajo» a efectos del artículo 5 de la Directiva 76/207, era evidente que esta Directiva era aplicable. La normativa nacional objeto del procedimiento en el asunto Marshall, citado en la nota 10 *supra*, que también ha sido invocado por el Sr. Dory, se refería a la cesación automática de las relaciones laborales al alcanzar una edad, distinta para cada sexo, a efectos de obtener una pensión de jubilación. En ese asunto el objeto de la normativa nacional también era la regulación de «condiciones de trabajo» a efectos del artículo 5 de la Directiva 76/207.

«No es menos cierto que la Directiva sólo se aplica a tal régimen si éste tiene por

37 — Sentencia de 16 de julio de 1992, Jackson y Cresswell (asuntos acumulados C-63/91 y C-64/91, Rec. p. I-4737).

38 — Sentencia de 13 de julio de 1995, Meyers (C-116/94, Rec. p. I-2131).

39 — Citada en la nota 6 *supra*.

40 — Citada en la nota 37 *supra*.

objeto el acceso al empleo, incluida la promoción y la formación profesionales, así como las condiciones de trabajo.»

A continuación, el Tribunal de Justicia examinó las características de la prestación social controvertida para llegar, en el apartado 21 de la sentencia, a la siguiente conclusión:

Y, en el apartado 30, llegó a la conclusión de que:

«Dadas estas circunstancias, el “family credit” tiene por objeto el acceso al empleo al que se refiere el artículo 3 de la Directiva.»

«En estas circunstancias, la afirmación según la cual las modalidades de cálculo de los ingresos reales de los beneficiarios de las prestaciones de que se trata, que sirven de base para la determinación de su importe, podrían repercutir sobre las posibilidades de acceso a la formación profesional y al empleo a tiempo parcial de los progenitores solos de sexo femenino, no es suficiente para admitir que la Directiva 76/207 pueda aplicarse a tales regímenes.»

88. Se podría pensar que, en esas dos sentencias, el Tribunal de Justicia interpretó de manera restrictiva el ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207 y negó su aplicación en los casos de ciertas medidas nacionales que no tienen por objeto, sino únicamente por efecto, restringir el acceso al empleo. En este sentido, aparecen ciertos paralelismos con el servicio militar obligatorio únicamente para los hombres. Esta medida nacional también da lugar a distinciones por razón del sexo en el acceso al mercado de trabajo, aunque su «objeto» es completamente distinto, a saber, garantizar la seguridad exterior.

87. En la sentencia dictada en el asunto Meyers el Tribunal de Justicia, remitiéndose a la sentencia a la que acabo de referirme, declaró, en el apartado 13, lo siguiente:⁴¹

«[...] el simple hecho de que los requisitos para el nacimiento del derecho a las prestaciones puedan afectar a la posibilidad del cabeza de familia monoparental de acceder a un empleo no basta para considerar aplicable la Directiva [...]».

89. No obstante cabe plantearse si, en las sentencias Jackson y Cresswell, el Tribunal de Justicia estableció, efectivamente, un principio general en ese sentido amplio.

90. En contra de lo anterior se encuentra, en primer lugar, la circunstancia de que

⁴¹ — Citada en la nota 38 *supra*.

esta interpretación del ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207 guardaba relación, en las citadas sentencias, con el hecho de que los procedimientos principales se referían a prestaciones de la seguridad social respecto a las cuales se afirmaba que su configuración discriminaba a las mujeres en el acceso al mercado laboral. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,⁴² las prestaciones que tienen su origen en el ámbito de la seguridad social están excluidas, conforme al artículo 1, apartado 2,⁴³ de la Directiva 76/207, de su ámbito de aplicación. El Tribunal de Justicia interpreta, a su vez, esta excepción de manera estricta, conforme a los principios generales. Ello da lugar a que, en definitiva, el Tribunal de Justicia interpreta en un primer momento en sentido amplio el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, en conjunto. Así, llega a la conclusión de que una medida nacional que, por su origen, es una prestación de seguridad social, está, *sin embargo*, incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, pero *sólo si* tiene por «objeto» uno de los aspectos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, esto es, el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. De esta forma el Tribunal de Justicia, en definitiva, no sólo ha interpretado de manera estricta la excepción, sino también la norma, esto es, qué medidas están incluidas efectivamente en el ámbito de aplicación de la Directiva.

cuestión general, que debe distinguirse de la cuestión del origen de una medida en el ámbito de la seguridad social, de si las medidas nacionales que dificultan el acceso al empleo por razón del sexo *al producir* distinciones al respecto, aunque no sea ese su «objeto», están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva.

92. Aunque la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia no imponga forzosa-mente una interpretación restrictiva —en último término— del ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207, considero que puede servir de base para tal interpretación. En efecto, de la jurisprudencia se deduce claramente, *a sensu contrario*, que lo único determinante para que una medida nacional quede excluida del ámbito de aplicación de la Directiva, a pesar de su pertenencia (formal) a un régimen de seguridad social, es su objeto. Pero el Tribunal de Justicia delimita con la misma claridad el objeto de la medida cuyo examen a la luz de la Directiva se reserva. Precisamente porque parte, con arreglo a su jurisprudencia, de una interpretación estricta de las disposiciones que establecen excepciones, considera que una medida nacional *sólo* puede eludir el examen desde el punto de vista de la Directiva 76/207 si no está incluida en *ninguno* de los ámbitos mencionados en los artículos 3 a 5.

91. Lo que el Tribunal de Justicia no examinó en las citadas sentencias es la

93. La Directiva 76/207 contempla las restricciones «clásicas» por razón del sexo en los citados ámbitos. Así, el artículo 3, apartado 2, letra c), se refiere obviamente a la supresión de disposiciones nacionales que regulan (de manera distinta por razón del sexo) el acceso a profesiones típicamente masculinas o femeninas [lo mismo cabe decir respecto al artículo 5, aparta-

42 — Sentencia de 3 de diciembre de 1987, Newstead (192/85, Rec. p. 4753).

43 — «Con el objeto de garantizar la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social, el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, disposiciones que precisarán especialmente el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación.»

do 2, letra c), en relación con las condiciones de trabajo]. El catálogo de excepciones contenido en el artículo 2, apartados 2 a 4, también deja traslucir que la Directiva tiene por objeto fundamental la supresión de las disposiciones nacionales destinadas a regular el acceso al empleo, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo. Por el contrario, ningún elemento de la Directiva permite deducir que deben someterse a examen aquellas medidas nacionales que no tienen por objeto la regulación de los ámbitos mencionados, sino que meramente producen distinciones en ellos.

— Sobre el asunto Schnorbus

94. Entiendo que, en la sentencia dictada en el asunto Schnorbus, el Tribunal de Justicia partió del mismo criterio, independientemente de los demás requisitos.⁴⁴ El objeto de su examen desde el punto de vista de la Directiva, en relación con el acceso a las prácticas jurídicas preparatorias, no eran las normas relativas al servicio militar obligatorio como tal, sino unas disposiciones que «establecen los requisitos según los cuales la admisión de los candidatos a las prácticas jurídicas preparatorias puede ponerse o no [...]».⁴⁵

95. En relación con el acceso a las prácticas jurídicas preparatorias, es decir, en el procedimiento principal de aquel asunto,

respecto al acceso a los empleos civiles,⁴⁶ el Tribunal de Justicia examinó la medida que regulaba directamente los requisitos del acceso de que se trataba en aquel asunto, ya que ésa era la única medida que regulaba el «acceso al empleo» a efectos de la Directiva. Por lo que se refiere al «acceso al empleo», aquella disposición, que tenía por objeto regular dicho acceso, sólo guardaba relación con el servicio militar en la medida en que éste constituía el presupuesto fáctico de «cumplimiento de un servicio legalmente obligatorio». Por tanto, aunque el servicio militar era, evidentemente, el requisito de la disposición, no era en sí mismo el objeto de examen desde el punto de vista de la Directiva, ya que no regulaba por sí mismo el «acceso al empleo» a efectos de la Directiva 76/207. Consiguientemente, en la sentencia Schnorbus el Tribunal de Justicia no tuvo siquiera que entrar a examinar la sexta cuestión prejudicial.⁴⁷

96. Así el Tribunal de Justicia partió en aquel asunto, si bien no expresamente, de un concepto del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207 conforme al cual las disposiciones nacionales que únicamente tiene como resultado, y no como «objeto», restringir el acceso a la formación profesional, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

97. Habida cuenta de las consideraciones precedentes esta conclusión es lógica, ya que la discriminación que se examinaba era la consecuencia del servicio militar obligatorio, pero no su «objeto».

44 — Citada en la nota 6 *supra*.

45 — Sentencia Schnorbus, citada en la nota 6 *supra*, apartado 28.

46 — Sentencia Schnorbus, citada en la nota 6 *supra*, apartado 29.

47 — Respecto a las alegaciones, véase el punto 40 *supra*.

— Conclusión parcial

98. Por todo ello entiendo que el ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207 debe limitarse fundamentalmente, por las razones expuestas, a las medidas nacionales cuyo «objeto» sea la regulación de las condiciones de trabajo, del acceso al empleo o de la formación profesional.

99. Por tanto, en mi opinión, en relación con el servicio militar obligatorio y a efectos del acceso al mercado laboral normal, en el que el Sr. Dory se siente discriminado en el presente asunto, sólo habría que examinar desde el punto de vista de la Directiva 76/207 aquellas medidas que tengan «por objeto» los requisitos del acceso a los empleos civiles, es decir, aquellas que, como las medidas compensatorias del asunto Schnorbus, tienen en cuenta la prestación del servicio militar obligatorio como criterio (objetivo) diferenciador.

100. Por el contrario, el servicio militar obligatorio como tal únicamente guarda relación suficientemente directa⁴⁸ con la cuestión de la igualdad de trato como para que se suscite un problema de discriminación con arreglo a la Directiva 76/207 cuando se trata del acceso a los destinos de un ejército profesional. Dicho de otra forma, el servicio militar obligatorio sólo quedaría incluido en el ámbito de aplica-

ción de la Directiva en los casos de discriminación por razón del sexo en relación con el acceso al empleo en las fuerzas armadas, y no en relación con el acceso al empleo en el mercado normal de trabajo.

iii) Sobre la eventual relevancia del artículo 3 CE, apartado 2, al interpretar el ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207 en relación con medidas nacionales que produzcan consecuencias distintas para cada sexo en el acceso al mercado de trabajo

101. De las consideraciones precedentes no debe deducirse, sin embargo, que se pueda alegar cualquier «objeto» de una medida nacional que produzca desventajas por razón del sexo en el acceso al mercado laboral, para excluir completamente un examen con arreglo a la Directiva 76/207.

102. En efecto, entiendo que, al interpretar el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 3 CE, apartado 2. Aunque esta disposición del Derecho primario aún no estaba vigente al adoptarse la Directiva, actualmente obliga a la Comunidad de manera expresa a promover

⁴⁸ — Véase el punto 75 *supra*.

activamente la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

103. Respecto al ámbito de aplicación del artículo 3 CE, apartado 2, debe señalarse que rige en las «actividades [de la Comunidad] contempladas» en el apartado 1 del mismo artículo. El Derecho comunitario relativo a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo referente al acceso al empleo puede considerarse que forma parte de la «política social» en el sentido del artículo 3 CE, apartado 1, letra j).⁴⁹ Trátándose de esas «actividades contempladas», el destinatario de la obligación impuesta en el artículo 3 CE, apartado 2, es la «Comunidad». Este concepto incluye obviamente al Tribunal de Justicia cuando se ocupa, en el marco de una cuestión prejudicial, de la interpretación del Derecho derivado en materia de política social.

104. Desde el punto de vista de su contenido, el artículo 3 CE, apartado 2, obliga a la Comunidad a «promover» la igualdad entre hombres y mujeres. Sería difícilmente compatible con este mandato de promoción de la igualdad interpretar el ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207 de manera que quede excluido el examen, desde el punto de vista de la Directiva, de medidas nacionales (que den lugar a una diferenciación por razón del sexo en el

acceso al mercado de trabajo) en todos los casos en que un Estado miembro pudiera alegar cualquier —otro— «objeto» para justificarla.

105. En mi opinión, del mandato de promover la igualdad contenido en el artículo 3 CE, apartado 2, se deduce que una interpretación del ámbito de aplicación material de la Directiva como la que he propugnado⁵⁰ requiere la siguiente precisión: En primer lugar, esas medidas nacionales deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva únicamente en el caso de que resulte probado que tienen *exclusivamente* un «objeto» distinto del acceso al empleo, incluidas la formación y la promoción profesionales o las condiciones de trabajo. Consiguientemente, las medidas nacionales de ese tipo que, por ejemplo, también estén destinadas a regular de manera distinta por razón del sexo el acceso al mercado de trabajo como finalidad secundaria, sí estarían incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207. Además cabría preguntarse si el «objeto» alegado de la medida nacional de que se trate no debería someterse también, en cierta forma, a un *control de su contenido* desde el punto de vista de los objetivos del artículo 3 CE, apartado 2, al menos en aquellos casos en los que dicho «objeto» afecte a alguno de los aspectos mencionados en el artículo 3 CE, apartado 1.⁵¹ En esos casos posiblemente habría que examinar si el «objeto» es compatible con el mandato de promover la igualdad del artículo 3 CE, apartado 2. Sin embargo,

49 — La Directiva 76/207 se adoptó sobre la base del artículo 235 del Tratado CE. La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, 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 (DO L 269, p. 15), que acaba de entrar en vigor, el 5 de octubre de 2002, se ha adoptado tomando como base el artículo 141 CE, apartado 3. Este artículo forma parte del Título XI CE, capítulo 1, denominado «Disposiciones Sociales».

50 — Véase el punto 98 *supra*.

51 — Para aclarar las cosas es preciso señalar que con ello no se pretende afirmar que el mandato de promover la igualdad contenido en el artículo 3 CE, apartado 2, se dirige a las medidas nacionales. Las reflexiones que acabo de realizar únicamente se refieren al «objeto» de las medidas nacionales en la medida en que éste constituye el criterio determinante de la aplicabilidad del Derecho secundario relativo a la igualdad entre hombres y mujeres.

en ningún caso podría llevarse a cabo un examen del contenido del «objeto» alegado cuando el Derecho comunitario no se aplicara en absoluto a dicho objeto.

iv) Aplicación de las reflexiones precedentes sobre el ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207 al servicio militar nacional obligatorio únicamente para los hombres

106. Las consideraciones anteriores, aplicadas al asunto principal, implican lo siguiente: el servicio militar nacional obligatorio únicamente para los hombres tiene un efecto diferenciador por razón del sexo en el acceso al mercado de trabajo.

107. Puesto que, conforme a las alegaciones efectuadas, que no han sido rebatidas, el servicio militar nacional obligatorio únicamente para los hombres tiene un objeto distinto al acceso al empleo, incluidas la formación y la promoción profesionales, o las condiciones de trabajo —en concreto, garantizar la seguridad exterior de Alemania a través de una determinada forma de organizar las fuerzas armadas— esta medida nacional está, en principio, excluida del ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207.

108. Conforme a las alegaciones efectuadas, que tampoco han sido rebatidas, el servicio militar nacional obligatorio únicamente para los hombres tiene *exclusivamente* como objeto garantizar la seguridad exterior. La garantía de la seguridad nacional exterior, como se ha señalado anteriormente,⁵² *no está incluida*, como tal, *en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario*, de manera que, en este caso, una interpretación estricta de la Directiva 76/207 es compatible con el artículo 3 CE, apartado 2.

c) Conclusión

109. Si, por tanto, el servicio militar nacional obligatorio únicamente para los hombres no está incluido en el ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207 a pesar de sus efectos sobre el acceso de los hombres al mercado de trabajo, no es preciso examinar dicha obligación desde el punto de vista de la Directiva en relación con la existencia de una discriminación o con su eventual justificación.

110. Por tanto, hay que concluir que la Directiva 76/207 no se opone a un servicio militar nacional obligatorio únicamente para los hombres como el controvertido en el procedimiento principal.

52 — Véase el punto 63 *supra*.

VI. Conclusión

111. Por todo ello propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial, tal como ha sido reformulada, en los siguientes términos:

El artículo 3 CE, apartado 2, el artículo 13 CE y el artículo 141 CE, así como la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, deben interpretarse, con arreglo al estado actual del Derecho comunitario, en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la relativa al servicio militar obligatorio alemán, que sólo se aplica a los hombres.