

Las acciones positivas en la Legislación Europea. El Derecho Alemán

María José Falcón y Tella

Catedrática de Filosofía del Derecho y Directora del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: Este artículo forma parte de un estudio sobre las acciones positivas en la legislación europea, más en concreto en el Derecho alemán. Comienza con un análisis de conceptos como los de igualdad, equidad y tratamiento proporcional. Después se ocupa del artículo 3.2 de la Constitución alemana y la Ley Federal para la Igualdad de Derechos de 1994. Termina con un breve estudio estadístico comparativo entre la situación al respecto en España y Alemania.

PALABRAS CLAVE: Mujeres. Género. Acciones positivas. Igualdad. Constitución alemana. Ley Federal para la Igualdad de Derechos de 1994.

ABSTRACT: This article is a part of a study about affirmative actions in the European law, more in particular in German law. It begins with a study of concepts like equality, equity and proportional treatment. Then it analyzes article 3.2 of the German Constitution and the *Zweites Gleichberechtigungsgesetz* of 1994. It finishes with a brief study of some comparative data about the situation on the subject in Spain and Germany.

KEY WORDS: Women. Gender. Affirmative Actions. Equality. German *Grundgesetz*. *Zweites Gleichberechtigungsgesetz* of 1994.

ZUSAMMENFASSUNG: Diese Arbeit ist ein Teil einer Forschung über die positiven Aktionen in der europäischen Gesetzgebung, insbesondere im deutschen Recht. Sie beginnt mit einer Analyse von Konzepten wie Gleichberechtigung, Treu und Glauben und Gleichbehandlung. Es handelt auch über den Art. 3.2 des Grundgesetzes und das Zweite Gleichberechtigungsgesetz von 1994. Am Ende gibt es ein kurzes Studium mit einer statisti-

schen Vergleichung über die Umstände in Spanien und Deutschland.

SCHLÜSSELWORTE: Frauen. Weibliches Geschlecht. Positive Aktionen. Gleichberechtigung. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Zweites Gleichberechtigungsgesetz von 1994.

1. LA IGUALDAD Y LA DIFERENCIA. LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA COMO UNA DESIGUALDAD JUSTIFICADA O EQUITATIVA

La igualdad sería el valor prioritario en el Estado social¹. No es la igualdad del Estado liberal de Derecho, de

¹ Este trabajo se inserta en un Proyecto con fondos europeos sobre “Acciones positivas en la legislación europea y americana” coordinado por el Instituto de la Mujer y el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Sus ideas fueron presentadas en dos mesas redondas que tuvieron lugar en la Université d’Été des droits de l’homme et du droit à l’éducation de Ginebra en la última semana de julio de 2006. Destacamos como bibliografía la siguiente: BALLESTER PASTOR, M^a A.: “La ley italiana sobre acciones positivas. Una primera lectura”, en *Relaciones Laborales*, núm. 3-4, 1993. BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles: *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva, en favor de las mujeres*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997. CRUZ VILLALÓN, J.: *La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1997. DENNINGER, Erhard: “La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994, pp. 69 y ss. DURÁN LÓPEZ, F.: “La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976”, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1990. ELVIRA, A.: “En torno a la jurisprudencia europea sobre la igualdad entre mujeres y hombres”, en *Género y derechos humanos*, Zaragoza, Mira editores, 2002, pp. 61-78. GIMÉNEZ GLUCK, David: *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998. HERRERA MOLINA, P. M. y MARÍN-BARNUEVO FABO, D.: “Nuevas perspectivas sobre el mínimo exento familiar en la jurisprudencia constitucional alemana”, en *Impuestos*, 20, 1999, pp. 27-46. LÓPEZ ANODÓN, P.: “La discriminación positiva femenina (Comentarios sobre la discriminación positiva femenina surgidos a raíz del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviembre de 1997, caso Marschall contra Nordrhein-Westfalen)”, en *A. J. A.*, 323, 1997, pp. 1-3. MARTÍN VIDA, M^a A.: “Medidas de tratamiento preferente en favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia ‘Marschall’”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 53, 1998, pp. 313-336. O’DONOVAN, K. y SZYSZCZAK, E.: *Equality and Sex Discrimination Law*, New York, Basil Blackwell, 1988. PÉREZ DEL RÍO, Teresa: “Los derechos de conciliación en la Ley 39/99: Interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares”, en *Aequalitas*, núm. 4, mayo 2000. *Id.*, “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 10, 1997, pp. 47-109; *Id.*, “Principio de no discriminación y acción positiva: comentario a la parte III del Plan de Igual-

carácter “formal”, como igualdad ante la ley, sino una igualdad “real”. No se trata sólo de tratar igual a todos, sino también de tratar desigualmente a los desiguales, en proporción a su desigualdad. Es una igualdad compensatoria, la igualdad de oportunidades que sólo un Estado intervencionista puede de algún modo garantizar. Dicha igualdad, especialmente en su aspecto formal, está reconocida en el artículo 14 de nuestra Constitución, cuando dice: “*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Entre estas últimas están las derivadas de la nueva fórmula de ordenación territorial².

dad para la Mujer 1988-1990”, en *Documentación Laboral*, núm. 23, 1988. QUESADA SEGURA, R.: *Los principios de igualdad de trato y oportunidades en la negociación colectiva. Estudio sobre discriminación y acciones positivas*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, Junta de Andalucía, 1991. QUINTANILLA NAVARRO, B.: “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de Octubre de 1995 sobre el caso Kalanke v. Glissman”, en *Actualidad Laboral*, 5, 1996, pp. 145-159. REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 47, 1996, pp. 309-332. *Id.*, “Jurisprudencia norteamericana reciente sobre la *affirmative action* basada en el género”, en *Aequalitas*, núm. 4, 2000, pp. 6-11. RIVERO ORTEGA, R.: “Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la Sentencia Kalanke del T.J.C.E.”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 90 1996, pp. 321-333. RODRÍGUEZ-PINERO, M.: “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación de resultados”, en *Relaciones Laborales*, 13, 1996, pp. 3-12. *Id.*, “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, en *Doxa*, 19, 1996, pp. 123-140. *Id.*, “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, en *Relaciones Laborales*, 22, 1995, pp. 1-12. RUIZ MIGUEL, Alfonso: “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, en *Doxa*, 19, 1996, pp. 39-88. SCHIEK, Dagmar: “Positive Action in Community Law”, en *Industrial Law Journal*, 25, 1996, pp. 239 y ss. SEMPERE NAVARRO, A. V.: *La reforma laboral de 2001 (Análisis del Real Decreto Ley 5/2001)*, Pamplona, Aranzadi, 2001. SENDEN, Linda: “Positive Action in the EU Put to the Test. A Negative Score?”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 3, 146, 1996, pp. 151-152. SERDJENIAN, Evelyne: “Informe sobre la acción positiva en Europa”, en *Cuadernos de Mujeres de Europa*, núm. 42, Bruselas, Comisión Europea, Dirección General de Información, Comunicación, Cultura, Sector audiovisual, 1993. SIERRA HERNÁIZ, E.: “Las medidas de acción positiva en la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Comentario a la STTJUE de 28 de marzo de 2000, caso Badeck”, en *Revista de Derecho Social*, 12, 2000, pp. 121-136.

² Dice al respecto CASTÁN TOBEÑAS, José: *La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines*, Madrid, Reus, 1950, p. 43: “La equidad, pues, tanto puede imponer la igualdad como la desigualdad: obliga a tratar con igualdad los casos iguales (aquellos en que predomina lo típico o genérico sobre lo individual), y con desigualdad los casos desiguales (aquellos en que pre-

Podrían distinguirse tres ideas diferentes al respecto: tratamiento “igualitario”, tratamiento “proporcional” y tratamiento “equitativo”. El tratamiento igualitario es un ideal deseable cuando todo el mundo está efectivamente situado en una posición de igualdad —“tratamiento igual de los iguales”—. Pero la gente no es igual entre sí ni está situada en una posición de igualdad por naturaleza —en lo que se refiere a talento, belleza, inteligencia, voluntad, riqueza o azar—. Y, si bien es cierto que hay dotes y dones que se pueden desarrollar, el punto de partida a menudo muestra claramente situaciones de desventaja, poco favorables. Estamos ante un dato fáctico verificable.

Si las personas somos diferentes en necesidades, habilidades y talentos, un tratamiento igual sería en general inadecuado y no haría más que contribuir a perpetuar esas desigualdades. Es por eso por lo que deberíamos realizar un tratamiento adecuado de los individuos “diferentes”. Este tratamiento adecuado pasaría por ser un tratamiento “proporcional”, a la medida de las desigualdades. Un ejemplo de tratamiento de este tipo sería el principio de proporcionalidad de los impuestos, en materia fiscal, a tenor del cual a mayor capacidad contributiva, a mayor nivel de renta, debería corresponder una mayor —y proporcional— carga fiscal, es decir, que pague más quien más tiene. Todo tratamiento proporcional pasa por una medición métrica, numérica, de tipo matemático, en la que el beneficio o la ventaja se cuantifican para que puedan distribuirse adecuadamente.

Pero, aún así, el tratamiento proporcional —esto es, el trato igual de los iguales y, a la vez, desigual de los desiguales, en proporción a su desigualdad— no es el único tipo de tratamiento adecuado. Un tratamiento “equitativo” también resulta conveniente y, sin embargo, no es necesariamente sinónimo de tratamiento “proporcional”. La

domina lo individual y propio sobre lo genérico o típico”. Ver, sobre el tema, también, FALCÓN Y TELLA, María José: *Equidad, Derecho y Justicia*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005. Hay traducción al inglés, *Equity and Law*, por Peter Muckley, Boston-Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

equidad alude a valores, no sólo a números³. Los números serían por ejemplo inadecuados en un caso de bancarrota o cuando se tratase del reparto de bienes en situaciones de restricción, como las que se suelen producir en la guerra. En esas circunstancias los criterios de cuantificación matemática proporcional serían inadecuados. No se trataría entonces de cuadrar balanzas de pagos, sino de seres humanos, de personas, y frente al primer supuesto, en el cual se toman “unidades de medida”, todas consideradas iguales e intercambiables, se trata de una situación diametralmente opuesta; estamos ante personas, todas desiguales, y, sin embargo, necesitadas de un tratamiento adecuado, que trascendiendo el frío cálculo proporcional, implique una valoración y un tratamiento equitativo. En cuanto individuo el ser humano se considera en su aspecto más puramente cuantitativo, como “uno”, de igual valor a efectos de medición que los otros individuos. Como persona, cada hombre y cada mujer son un mundo no equiparable, no intercambiable, que se abre a valores y que, como tal, debe medirse conforme a consideraciones de equidad.

El tratamiento equitativo va más allá del tratamiento paritario, uniforme, homogeneizador y unitario, pero también del tratamiento proporcional. Un concepto clave aquí es el de “discriminación positiva”, como opuesto al de “discriminación negativa” o discriminación sin más. Discriminación positiva sería aquélla que, pese a violar el principio de tratamiento igual e incluso el de tratamiento proporcional, no iría contra un tratamiento equitativo. Consiste en tratar desigualmente a alguien para remediar una situación inicial de desventaja, hasta el punto de llegar no solo a igualar lo desigual, sino a dar prioridad al polo inicialmente desfavorecido. Así, por ejemplo, que las mujeres gocen de ciertos privilegios en determinados sectores de la vida pública y que un porcentaje de los candidatos deban ser necesariamente mujeres, por el hecho de serlo, para

³ Esto se ve de un modo muy claro en las concepciones de la equidad que, como la judía o la islámica, se anclan en el plano de los valores, con un claro contenido axiológico.

compensar “handicaps” que puedan tener en su vida privada, como consecuencia de la maternidad o el mayor peso de las cargas familiares, que hacen muy difícil la conciliación de la vida familiar con la laboral, y que de hecho supondría que en los puestos elegidos ocupasen, de no tomarse las medidas de discriminación positiva, una situación minoritaria⁴.

Cabe matizar respecto al principio de igualdad que no se puede entender en su versión estrictamente liberal, como exigencia pura de generalidad y universalidad de la ley. Eso no sería igualdad, sino identidad. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en relación con la equidad, no es la diferenciación, sino la diferenciación no justificada, es decir, la arbitrariedad o discriminación. Para dar un tratamiento distinto a un caso se exige lo que la doctrina italiana llama “*ragionevolezza*”. Es cierto que saber qué es razonable entraña una gran carga de subjetividad. Para que el juicio sobre la “razonabilidad” resulte fundado deben contrastarse tres preceptos: la norma general, la norma presuntamente discriminatoria y la norma constitucional que prohíbe la discriminación. Debe indagarse si existe un nexo de conexión pertinente, lógico y proporcionado entre el fin perseguido, constitucionalmente lícito, y la regulación diferenciada. En ningún caso habría de formularse un pronunciamiento político, de adecuación u oportunidad, lo cual daría lugar a un claro uso abusivo e impropio de la equidad⁵. Es el tema de la relación entre los conceptos de igualdad, diferencia y equidad.

⁴ Este tema es muy discutible. Aquí sólo lo dejamos apuntado, como un ejemplo de lo cuestionable, subjetivo y opinable, del papel que la equidad puede jugar en relación con la igualdad. Sobre el tema de la equidad, la igualdad, la no discriminación negativa y las discriminaciones legales positivas, TRUCHET, Didier: “Égalité de traitement et d'équité”, en LAMBERT, Thierry: *Égalité et équité: Antagonisme ou complémentarité?*, Paris, Economica, 1999, pp. 83-93. Del mismo texto legal ver también el capítulo de LETTERON, Roseline: “L'action positive en faveur des femmes”, esp. pp. 79-80.

⁵ Las nociones de equidad e igualdad aparecen a menudo unidas en el Derecho positivo. Pero se trata de nociones diferentes: la igualdad estaría contenida en la ley, mientras que la equidad se halla al lado de la ley. La equidad, incluso hoy en día, se encuentra fuera del Derecho positivo, fuera del Derecho objetivo, pues se trata de una noción eminentemente subjetiva. A diferencia de la igualdad, la equidad no es una norma, sino algo extraño a la norma y, por lo tanto, su

2. POSICIONES DOCTRINALES EN LA MATERIA

La palabra discriminación tiene un matiz peyorativo, una carga emotiva negativa, y se entiende normalmente como algo que se ha de evitar. Para que haya discriminación no basta la existencia de una diferenciación, sino que se requiere que ésta no sea imputable al individuo —raza, sexo— o que se trate de algo sobre lo que no cabe en principio elección —lengua, religión, origen social, ...— y, además, que el discriminado esté en una posición de inferioridad o subordinación. En este sentido, en el caso del sexo, cabe preguntarse si el mismo puede jugar como un factor de discriminación positiva. Existen dos ámbitos en los que el trato diferente por razón de sexo se permite:

1. Ciertas actividades profesionales que requieren unas condiciones físicas determinadas.
2. La normativa sobre protección del embarazo y la maternidad.

Por otro lado hay que señalar que las acciones positivas a favor de las mujeres no implican un perjuicio para los varones, a diferencia de lo que ocurre con las discriminaciones positivas. Como las mujeres se encuentran en relación con los hombres en una situación de desventaja, es preciso un derecho que no sea neutral, sino que “contrape-se” las desigualdades iniciales. Si las medidas seguidas

análisis no corresponde tanto al jurista como al moralista o al teólogo, por ejemplo. La equidad no corresponde al contenido de la norma, sino al plano del discurso sobre la norma, de carácter retórico y argumentativo. Aunque la equidad figura en los textos escritos, eso no implica que sea una norma, pues no contempla una conducta o una sanción para el caso de incumplimiento de la misma. La equidad se fija más en el resultado del trabajo de interpretación que en el trabajo en sí mismo. Aplicando la equidad tenemos noticia de que el resultado de la aplicación de una norma es el correcto, pero no porque sea conforme a la norma, sino porque es conforme a la justicia. No existe una definición general de la equidad, porque es un juicio de valor, que versa sobre los efectos prácticos de la aplicación de la norma, en función, en gran medida, del contexto político y social. La equidad es como una etiqueta, como un juicio moral que se aplica a una decisión práctica. La equidad no está ligada a la aplicación de la regla de Derecho, sino al discurso sobre sus efectos: contribuye a presentar la solución escogida como la mejor posible, como la “solución buena”, para retomar la terminología de Dworkin. En este sentido puede analizarse como un argumento retórico.

fuesen neutrales, esto significaría a la postre discriminar a la mujer. Porque la igualdad es tratar igual a los iguales, pero desigualmente a los desiguales en proporción a su desigualdad. Es decir, más que igualdad como uniformidad, igualdad como proporcionalidad; más que igualdad formal, igualdad real. Para que un sistema de cuotas sea conforme con el principio de proporcionalidad debe ser “necesario, objetivo, responder a una desigualdad real estadísticamente probada, ser transitorio y legal”. Además hay que atender a la situación en concreto del individuo que se considera discriminado, más que a la del grupo o género al que pertenece. Es siempre la persona individualmente considerada, y no el grupo social, la que es discriminada. El sexo es jurídicamente irrelevante. Existirán mujeres nada discriminadas y, llegado el caso, hombres que sí lo están. Así se evitaran situaciones contrarias a la equidad, como discriminar a un varón pobre frente a una mujer rica. Efectivamente, no todas las mujeres por pertenecer al sexo femenino se han visto discriminadas por ello. Depende de las circunstancias personales y sociales de cada uno. Por ejemplo, una mujer blanca, de clase alta, en EE.UU., soltera estará en una situación de ventaja frente a una mujer negra o frente a un hombre de un país perdido del Tercer Mundo. Porque no todo depende de la biología —y del sexo que se tenga—. Muchas veces depende también de fenómenos culturales.

Además hay que diferenciar entre igualdad de oportunidades o en la línea de salida e igualdad de resultados o en la meta de llegada. Parece que lo exigible y deseable sería lo primero, no lo segundo —la igualdad en el acceso al empleo, más que la igualdad de resultados—. Además las medidas para lograr la igualdad de hecho o real —frente a la igualdad formal o ante la ley—, como en el caso de las acciones positivas, deben ser excepcionales e interpretarse restrictivamente, so pena de caer en un ejercicio abusivo del poder. Una cosa es la igualdad de ocasión y otra la igualdad de probabilidades. En este sentido muchas veces la que resulta negada es la segunda a través de la discriminación, no sólo de la oficial, sino también, y

muy destacadamente, de la oficiosa. Existe no sólo la discriminación formal en la ley —u oficial—, hoy prácticamente desechada, sino también la discriminación en la práctica, tanto la directa como la indirecta. Y, junto a ellas, la discriminación oculta u oficiosa. Porque a menudo no estamos ante un juego limpio —“*fair play*”—, sino que los dados están marcados.

A las mujeres en el mercado laboral europeo se las discrimina por el presente —estar casadas y con hijos— o por el futuro —estar en edad fértil, abiertas a una posible maternidad—. A veces también por el pasado —que otorga unos roles específicos al sexo femenino, llenando de prejuicios, estereotipos y barreras lo que debería ser una competencia en igualdad de oportunidades con el varón. En este sentido sí que hay que reconocer que ha existido un prejuicio histórico en contra de la mujer. Afortunadamente esta situación empieza a cambiar.

La igualdad de oportunidades debe incluir la igualdad de ambos sexos en el punto de partida y cierta igualdad de resultado que evite la discriminación oficiosa, pero no necesariamente un determinado porcentaje o cuota. Así los gobiernos de Francia y Reino Unido están en contra del sistema de cuotas y de la paridad de representación. En ocasiones imponer un porcentaje sería forzar el curso de los acontecimientos y la muy loable libertad de elegir al más capacitado, sea éste un hombre o una mujer. Debería evitarse tanto ser discriminado por razón del sexo, como ser promovido en razón del sexo. La paridad —entendida como 50% de hombres y 50% de mujeres— e igual representación pueden llevar en determinados supuestos a la promoción de mujeres poco capacitadas. No se debe dar prioridad a la cantidad, sino a la calidad, que permitiría, llegado el caso, si así fuese adecuado, promocionar a más mujeres que a hombres. El seso, más que el sexo, debería ser el criterio determinante. La tesis aquí defendida es que no nos enfrentamos a una cuestión de grupos o colectivos, sino a la necesaria ponderación de casos individuales. No sería bueno promocionar a una mujer por el solo hecho de serlo. Es cierto que existe un techo de cristal —*glass*

ceiling—, que impide a las mujeres ascender hasta los puestos más altos en sus respectivas profesiones. Pero la supresión —o superación— del mismo es una cuestión de tiempo. No hay que forzar excesivamente las cosas o la situación lograda será tan injusta para el hombre como discriminatoria era antes para la mujer. Las cuotas deben admitirse, a nuestro juicio, con reservas, en caso de empaque y dentro de ciertos límites.

¿Cuáles son los criterios tradicionales de desempate en la promoción profesional? Tradicionalmente estos eran: la edad, la antigüedad y la situación familiar. El criterio de la antigüedad produce situaciones diferentes: mujeres que no han trabajado nunca y desean hacerlo llegada cierta edad; mujeres que han interrumpido su trabajo por bajas maternales y excedencias para el cuidado de los hijos; mujeres que abandonan su trabajo y buscan otro porque siguen a su marido cuando éste cambia de ciudad de residencia. A este respecto cabe señalar que hasta épocas muy recientes, y de un modo no uniforme en los distintos Länder, no se han contabilizado como antigüedad las bajas por maternidad o la excedencia por cuidado de los hijos. En cuanto al otro gran tema, las “jornadas a tiempo parcial”, algunos Länder las contabilizan como completas. Se trata de un tema que afecta mucho más a las mujeres, que son las que suelen acogerse a estas medias jornadas, tanto en Alemania como en la mayoría de los países de la Unión Europea, por razones sociales de dedicarse a terceros y a la familia en general. En Alemania ha sido habitual favorecer al candidato casado, con hijos y con mujer ama de casa. Este argumento lo utilizó el señor Kalanke. Existe ya jurisprudencia del TJCE que considera contrario al Derecho comunitario contabilizar una jornada a tiempo parcial con la mitad de puntos que una jornada a tiempo completo. En este sentido destacan los asuntos Gester, de 2 de octubre de 1997, y Nimz, de 7 de febrero de 1991. Y es que el que el hombre tenga cargas familiares juega a favor de su promoción laboral, pero el que la mujer las tenga juega en su contra. Se prejuzga que una mujer con cargas familiares no va a cumplir bien con el trabajo. Es una cuestión de prejuicios.

3. EL DERECHO ALEMÁN EN MATERIA DE ACCIONES POSITIVAS

3.1. EL ARTÍCULO 3.2 DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA

El artículo en cuestión versa sobre la igualdad real entre mujeres y hombres y constituye la base legal para justificar la legislación federal alemana y la autonómica sobre igualdad en la promoción profesional y de todo tipo entre hombres y mujeres.

Hay que partir de la discusión doctrinal producida para reformar el artículo 3.2 de la *Grundgesetz*, que culminó en 1994, discusión que versa sobre cómo hacer compatible el derecho subjetivo a la igualdad en el acceso al empleo, respetando la capacidad y el mérito, con el mandato a los poderes públicos de lograr la igualdad real. En otras palabras, lo que se debatió fue la constitucionalidad o no de las leyes de los Länder que permiten dar preferencia a la mujer sobre el hombre en el acceso y la promoción en la función pública en caso de empate, para ver cuáles serían los límites que debe respetar el legislador. Se daría un binomio entre dos polos: igualdad real —por un lado— y libertad e igualdad en el acceso al empleo conforme al mérito y la capacidad —contemplados a su vez en el art. 3.2 de la GG. Existiría en este tema una evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán en el modo de aplicar el citado artículo antes y después de la reforma de 1994.

Al ocuparse de la cuestión constitucional en Alemania hay que ver, aunque sólo sea someramente, la historia de la reforma del artículo 3.2 GG. El Land de Hamburgo fue el primero en introducir la cuota en la ley para la igualdad entre mujeres y hombres, con fecha de 1 de enero de 1984. Se impuso una regulación con cuotas obligatorias, es decir, la paridad —el 50%—. Dos años después Ernst Benda recibió el encargo del Land de Renania del Norte de hacer un informe sobre la posibilidad de inconstitucionalidad de una ley sobre cuotas, así como su compatibilidad o no con el Derecho comunitario. Este informe conti-

núa siendo hoy un punto de referencia. Benda habla de “equivalencia” de los sexos en vez de igualdad. A tenor de esto, la mujer podría tener reconocidos formalmente los mismos derechos que los hombres y no ocupar sin embargo un puesto equivalente al del hombre en la sociedad. Para Benda el artículo 3.2 de la Constitución alemana no se limita a intentar lograr la igualdad “formal”, sino que busca la promoción positiva de la mujer. De ésta podría derivar una discriminación inversa en perjuicio de los hombres.

El artículo 3.2 GG contiene claramente un derecho subjetivo. Pero la Constitución alemana, al igual que la española, no permite hablar de derechos colectivos o de un grupo. Cuando el varón gana el concurso a una plaza debe ser por motivos diferentes al hecho de pertenecer al colectivo “hombres”. Por eso el Derecho constitucional alemán no autoriza la discriminación de individuos para compensar la discriminación que hayan podido sufrir en el pasado determinados grupos como el de las mujeres. Benda es contrario en su informe a las cuotas. El derecho a la igualdad es un derecho individual, del que es titular cada individuo —ya sea hombre o mujer— y no puede ser sacrificado para el logro de una proporción entre los grupos. Si no, ello nos llevaría en los próximos 10 años a contratar sólo mujeres, hasta llegar a un equilibrio de los dos sexos. Pero sí estima que son legítimas acciones positivas en el punto de partida, no en el de llegada.

Para cumplir el derecho subjetivo a la igualdad, el legislador tiene la obligación de establecer las condiciones que lo garanticen. En el artículo 3.2 GG se dan dos normas diferentes: los derechos subjetivos individuales y el mandato objetivo al Estado para el logro de la igualdad. No se trata en este segundo caso de una mera posibilidad, sino de una obligación constitucional. La acción del legislador tiene sus límites en la prohibición de la arbitrariedad y en el criterio de la necesidad del principio de proporcionalidad —debe existir un interés social que justifique las medidas que se vayan a emplear. Las cuotas no son un derecho fundamental exigible al Estado. Queda

incluso por dilucidar si son siquiera permisibles, y no contrarias a Derecho. Se discute si sería posible alcanzar la igualdad laboral de las mujeres sin emplear medida especial alguna, por el simple transcurso del tiempo. En cualquier caso hay que conciliar —al servicio de la unidad del ordenamiento jurídico— dos mandatos constitucionales: los derechos individuales subjetivos y el mandato objetivo de igualdad. La cláusula social está contemplada en los artículos 20.1 y 28.2 de la Ley Fundamental de Bonn. Un sector doctrinal entendía que la proclamación de Alemania como Estado social autorizaba/obligaba a una intervención de los poderes públicos para hacer efectiva la igualdad de las mujeres. El problema era cómo conjugar un derecho individual del candidato varón con la legislación adoptada por muchos Länder a favor de la igualdad.

Desde 1989 —año en que se realizó el informe Benda— hasta la reforma del artículo 3.2 GG transcurren cinco años. Contribuyeron a dicha reforma: la promulgación paulatina de leyes de los diversos Länder a favor de la igualdad de sexos; y, sobre todo, la anexión de la Alemania del Este, tras la caída en 1989 del Muro de Berlín. La reforma constitucional del artículo 3.2 citado introdujo una nueva frase: “El Estado promueve la aplicación de la igualdad de hecho entre hombres y mujeres, y persigue la reducción de las desventajas existentes”.

A raíz de la unificación de Alemania se discutía si la fórmula idónea era la del artículo 23 GG —anexión— o la del 146 GG —creación de una nueva Constitución—. Finalmente se optó por reformar y completar la Constitución ya existente. Se decidió así, por ejemplo, que las denominaciones de las distintas funciones se harían de un modo neutral respecto al sexo —utilizando no sólo la forma masculina, sino también la femenina—. El Land Schleswig-Holstein sugirió completar el art. 3.2 GG con medidas compensatorias. Se introdujo una sencilla fórmula en la Constitución alemana a tenor de la cual “los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos” —“Männer und Frauen sind gleichberechtigt”—. Por otro lado se in-

trodujo el mandato al Estado de promover la igualdad de hecho entre ambos sexos, buscando la reducción de las desventajas existentes. Se discutió entre la elección para lograr dicha igualdad del término equiparación —“Gleichstellung”— o igualdad de derechos —“Gleichberechtigung”—. En contra del primer término se aludía a que parecía querer exigir a las mujeres que fuesen como los hombres. En realidad las legislaciones autonómicas se habían adelantado al legislador nacional, al constituyente y al propio Tribunal Constitucional. Con la posible reforma constitucional se pretendía dilucidar qué medidas eran constitucionales y cuáles no. Uno de los temas espinosos era el de las cuotas. En ningún momento se trató de legalizar un sistema de reserva de cuotas con independencia de los méritos —o sea cuotas fijas o rígidas—, como en EE.UU. En la formulación final quedó claro que no se autorizaba la reserva fija de cuotas.

Si nos trasladamos de la discusión política a la discusión doctrinal, la fórmula por la que se optó fue de compromiso, y dejó el camino abierto a la interpretación de los legisladores de los distintos Länder. Bastantes tribunales de los Länder han declarado inconstitucionales las cuotas por las que se otorga prioridad a la mujer en caso de empate. Pero la batalla aún está sin acabar. Queda pendiente de resolución una serie de problemas: las competencias entre el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los Tribunales inferiores; las relaciones entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, etc. La pregunta es doble: ¿era compatible esa cuota con la Directiva europea? ¿Y con la Constitución alemana?

En el Tribunal Constitucional alemán pueden observarse tres etapas en la evolución de su jurisprudencia, paralelas con las del Tribunal Constitucional español. La única diferencia es que lo que el BverG hizo en los años 60-80 del siglo pasado lo realizó nuestro Tribunal Constitucional más tarde en el tiempo —entre 1980 y 1995—.

Una primera etapa —que va de los años 50 a los 60— de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán

se da cuando no hay igualdad formal en las leyes alemanas aunque la Constitución la previese, sino discriminación contra la mujer, aunque también un cierto proteccionismo o favoritismo a favor de la misma, basado en una consideración de un modelo monógamo de familia —“die Einehe”—. Estas medidas protectoras se extienden a la vida laboral. Existió la llamada “cláusula de celibato”, por la cual la mujer que se casaba debía abandonar obligatoriamente el trabajo contra su voluntad. Además la mujer necesitaba por ley permiso de su marido para trabajar. El Código civil alemán se modificó en este punto en 1957, como consecuencia de la entrada en vigor de la Primera Ley Federal Alemana sobre Igualdad. En relación con la nacionalidad, la alemana que se casaba con un extranjero perdía la nacionalidad alemana, y, a la inversa, la extranjera que se casaba con un alemán la podía adquirir.

En la segunda etapa —que se extiende de los años 70 a los 80— el BverfG lucha por la igualdad formal a través de una tarea igualatoria, niveladora y equiparadora, que como positivo tiene el eliminar obstáculos, pero como negativo, el suprimir también las medidas proteccionistas otorgadas a la mujer. Así se declara inconstitucional la prioridad del padre como cabeza de familia. Se manifiesta la tendencia a conceder la guarda legal a la madre en caso de hijos naturales. En esta etapa hay muchos hombres que plantean recursos contra medidas protectoras de la mujer trabajadora, como la de tener un día libre al mes para los trabajos de la casa —“Hausarbeitstag”—. En España esto se ve por ejemplo respecto a los enfermeros, que piden el plus de nocturnidad que cobran las enfermeras, la pensión de viudedad, etc. En esta segunda etapa pierden relevancia jurídica algunas diferencias biológicas —menstruación, desfloración, menopausia, ...— para centrarse sólo en el embarazo, parto y lactancia. Las diferencias psicológicas o psíquicas dejan de tener relevancia jurídica. Estas reformas se hacen obedeciendo a la prohibición de discriminación del artículo 3.3 GG.

De los años 80 en adelante y especialmente en 1992 comienza una tercera etapa, aunque es escasa la jurisprudencia

dencia del Tribunal Constitucional alemán que haya aplicado el art. 3.2 de la Constitución alemana tras la reforma de 1994. Las únicas diferencias de trato legal permitidas son las basadas en diferencias biológicas o funcionales, si bien no resulta del todo claro cuándo nos hallamos en presencia de unas y cuándo de otras. El Tribunal Constitucional alemán y español transfieren el derecho a la pensión de viudedad al varón. En esta tercera etapa existe un primer decenio —de los años 80 a los 90— y a partir de 1992, cuando se experimenta una evolución más intensa. Hay dos sentencias clave, ambas anteriores a las reformas constitucionales de la Constitución: BverGE 92, 91 —sobre prohibición del trabajo de bomberos a las mujeres en el Land de Munich— y BverGe 85, 191 —sobre prohibición del trabajo nocturno—. En ellas, por vez primera, se entiende que la Constitución no se limita a prohibir la discriminación, sino que el logro de la igualdad de ambos sexos puede justificar medidas favorecedoras de la mujer. Sólo cabría prohibir un trabajo a la mujer que pudiese perjudicarla corporalmente, pero no el trabajo de bombero, ni el trabajo nocturno. Estas dos sentencias no tratan de medidas positivas o de cuotas. La segunda de ellas afirma que una medida *prima facie* protectora de la mujer, como la que prohíbe el trabajo nocturno, de hecho lo que hace es discriminarla. No estamos ante ninguna medida de acción positiva —del art. 3.2 GG—, sino ante una prohibición de discriminación —prevista en el art. 3.3 GG—. La pregunta clave en esta tercera etapa es si el Estado tiene o no una obligación positiva de lograr la igualdad fáctica. La controversia giró especialmente en torno a la compatibilidad de las cuotas con los artículos 3.2 y 3.3 de la Constitución alemana, y con otros derechos constitucionales, como la igualdad de oportunidades en el acceso al funcionariado. Los argumentos dicen que una cuota basada exclusivamente en la pertenencia al sexo femenino sería inconstitucional, puesto que dependiendo del caso concreto habrá mujeres en situación de desventaja, pero otras aventajadas. El contraargumento sería ¿por qué no favorecer a la mujer en esos casos si milenariamente se ha

venido favoreciendo al hombre y nadie ha dicho nada al respecto?

Alexy, entre otros, sostiene que existe una tensión entre igualdad de hecho e igualdad formal y que no se puede renunciar a la segunda a favor de la primera. La igualdad formal en sí misma es un valor, que no puede sacrificarse en aras de la igualdad “de facto”. Sólo la igualdad de derecho es justiciable, frente a la difícil justiciabilidad de la igualdad de hecho. Por tanto existiría la posibilidad de colisión entre el Estado —a través de determinada legislación federal sobre cuotas— y un derecho subjetivo del individuo, a la vez que otra colisión colateral entre dos individuos —una mujer y un hombre, con sus respectivos derechos al trabajo—. El primero sería un problema de división de poderes, el segundo de competencias entre el legislador estatal, el autonómico y el constituyente.

3.2. LA LEGISLACIÓN ALEMANA A NIVEL FEDERAL Y DE LOS DISTINTOS LÄNDER

En esta segunda sección se parte de la Ley Federal para la igualdad de derechos, *Zweites Gleichberechtigungsgesetz*, promulgada en 1994, después de la reforma del artículo 3.2 de la Constitución alemana⁶, estableciéndose una breve comparación entre la legislación alemana y la española.

La Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su artículo 3.2, defendía que los hombres y las mujeres tenían los mismos derechos. La finalidad de esta afirmación era adaptar la igualdad en las leyes, teniendo como plazo 1953. Pero no fue sino en 1957 cuando se promulgó la

⁶ Aquí se explicita la legislación referente a excedencias parentales, reducción de la jornada en el período de excedencia para el cuidado de los hijos, la ayuda económica para la educación de los hijos, los requisitos para su recepción, la baja materna o suspensión laboral por maternidad, la ley de protección de la maternidad, la prohibición de despido por embarazo, la suspensión con reserva de puesto de trabajo en el supuesto de riesgo durante el embarazo, el permiso de lactancia, y la dispensa laboral retribuida por cuidado de hijo enfermo.

“Primera Ley de Igualdad”, que produjo los primeros cambios en el Código civil alemán —BGB—.

El 24 de junio de 1994 Alemania promulgó la segunda ley para la igualdad de derechos, bajo el rótulo: “Gesetz zur Durchsetzung des Gleichberechtigung von Frauen und M nnern, Zweites Gleichberechtigungsgesetz”. Dicha norma consta de 13 artículos. El primero se refiere a la armonización entre la familia y el trabajo, dentro del ámbito de la Administración Pública. Dicha ley se basa en la idea de que la mujer ascienda profesionalmente y en los puestos de dirección. Se crea la figura del Agente de Igualdad —“Frauenbeauftragten”—, que es una representante de los intereses de las mujeres, pero con unas competencias muy distintas a las de las/los Agentes de Igualdad en España. En Alemania esta función sólo puede ser desempeñada por una mujer, a diferencia de España, en donde se ejerce por funcionarios que se han preparado para aplicar específicamente los planes de acción positiva a través de los organismos públicos. Además, en Alemania la oferta pública de empleo debe estar redactada en términos no sexistas. Así, en principio, se debe ofrecer en el anuncio público la posibilidad de que todos los puestos sean ocupados a tiempo parcial. Esto contrasta con la realidad española, en la que la media jornada resulta muy desventajosa en términos económicos.

En cuanto a los horarios escolares, en Alemania el tiempo reglamentario de enseñanza termina a las 12 del mediodía, pero los niños deben dedicar bastantes horas a los deberes en casa, con la ayuda de los padres. El sistema educativo alemán es muy selectivo ya desde la infancia, siendo los resultados en ella importantes para su futuro profesional. En Alemania es normal no escolarizar a los niños hasta los 3 —o incluso los 6— años.

Esta ley en ningún artículo utiliza el término “cuota”. El concepto empleado es el de “Zielvorgaben”.

Es importante destacar que estamos ante una norma jurídica, a diferencia de España, en la que se trata más bien de meros programas políticos —de Planes de igualdad elaborados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos So-

ciales español— que carecen de fuerza de ley, aunque eso no impide que puedan ser eficaces.

En los cursos de formación profesional se concede prioridad a la mujer. Se debe aumentar el número de mujeres como directoras o pasantes. Todas estas son medidas de acción positiva. Al concretar este mandato, las leyes federales de los Länder sí que marcan cuotas de mujeres en los programas de formación profesional —por ejemplo la Ley de Bremen—.

Por otra parte esta ley prohíbe perjudicar al trabajador/a que se encuentre en una situación laboral a tiempo parcial o de excedencia por razones familiares. No se permite diferenciar las condiciones de trabajo a tiempo parcial y completo. Una excedencia por motivos familiares no debe repercutir negativamente a la hora de los ascensos y promociones del trabajador. A este fin algunas leyes federales contabilizan los tiempos de excedencia a efectos de antigüedad.

Como reformas legislativas para funcionarios que entraron en vigor en 1994, a partir de la II Ley de Igualdad cabe destacar cambios de la Ley Federal de Funcionarios —Bundesbeamtenengesetzes— y en la Ley marco de derecho de los funcionarios —Beamtenrechtsahmengesetzes—; cambios en el Código de Derecho civil —Bürgerliches Gesetzbuch—; y cambios en la ley de procedimientos judiciales laborales —Arbeitsgerichtsgesetzes—. Se articula la prohibición del acoso sexual en una Ley —Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz (Beschäftigtenschutzgesetz)—. Se crea una nueva ley sobre la representación de mujeres y hombres en los gremios de mayor influencia en el país —Bundesgremienbesetzungsgesetz—.

En la legislación alemana de los últimos años se observa una labor acabada y detallada, al contrario de lo que ocurre en España. Aunque ya las legislaciones francesa e italiana van en ese sentido, la ventaja de la legislación alemana es que fomenta en todo momento que el hombre asuma también sus responsabilidades familiares, acercándose al modelo nórdico, que es muy favorable al reparto

equitativo de las tareas. Dice María Elósegui que en el caso español es deficiente la normativa sobre protección del embarazo de la mujer trabajadora, y poco precisa en lo relativo a la reserva del puesto de trabajo. Esa autora plantea lo trasladable al caso español de la normativa alemana en la materia, sin que ello supusiese grandes costes económicos. La legislación alemana para la conciliación entre vida familiar y laboral contempla, entre otras, las figuras de las excedencias parentales —“*Erziehungsur-*laub”—, la ayuda económica para la educación de los hijos —“*Erziehungsgeldgesetz*”—, la baja materna o suspensión laboral por maternidad —“*das Mutterschaftsur-*laub”—, la dispensa laboral retribuida por cuidado de hijo enfermo, los derechos de los padres biológicos de parejas no casadas sobre la custodia de los hijos/as.

4. ESTUDIO ESTADÍSTICO COMPARATIVO DE LA SITUACIÓN LABORAL DE LA MUJER EN ESPAÑA Y EN ALEMANIA

Resulta interesante comprobar que las diferencias en el acceso a la educación y al mercado laboral no son muy grandes entre España y Alemania. Los datos demuestran que:

- Las mujeres no se han incorporado todavía, en la misma medida que los hombres, al trabajo remunerado.
- Sus contratos son los más deficitarios.
- Su salario es menor por trabajo de igual valor.
- Su presencia en los puestos de decisión es escasa.
- Su dedicación al trabajo doméstico y familiar, por una parte, y al remunerado, por otra, es muy diferente a la de los hombres.

Según datos estadísticos proporcionados por esta fuente, la presencia de la mujer española en los cargos políticos asciende a la cifra de 10,57%. De éstas, el 11,41% están en las conserjerías de gobiernos autonómicos y el 6,53% en las alcaldías. Ocupan el 22% de los escaños del

Congreso, el 14,90% del Senado, el 19,5% en los Parlamentos autonómicos y el 26,64% de la representación española en el Parlamento Europeo.

En Alemania, las cifras de mujeres en el Parlamento Federal han ascendido enormemente desde 1980, año en el que ocupaban el 8,4% de los escaños, a 1990, en el que se duplica la cifra a 20,5%, bastante similar a la española. En 1994 de 18 ministros 4 eran mujeres, de éstas dos en el Gabinete de Ministros —Merkel y Nolte—.

Mientras, en los Parlamentos autonómicos, entre un 11% y un 36,6%. En esos años se observa en los 16 Parlamentos de los Länder una duplicación o triplicación de la presencia femenina en esos puestos políticos. Es notoria la representación política de la mujer en todos los Länder del Norte de Alemania. Destacan Hamburgo —36%—, Schleswig-Holstein —34,8%—, Bremen —32%—, Berlín —29,9%—, Alta Sajonia —29,3%—, Baja Sajonia —24,8%—.

En relación con la mayor presencia de la mujer en la política, desde las elecciones parlamentarias de 1998, de los 14 ministros, 5 son mujeres y 10 son secretarías de Estado. El porcentaje de mujeres en todos los niveles políticos es el mayor de toda la historia de Alemania: un 35%. Después de Dinamarca es el país de la Unión Europea con más mujeres en el gobierno. Su presencia en el Parlamento alemán —30,1%— está bastante por encima de la media europea —17,5%—. Todos los partidos políticos han afianzado su política de incluir mujeres en las listas electorales y escaños parlamentarios. Desde 1988 el partido socialista —SPD— reformó sus estatutos y su regulación sobre elecciones para que los dos sexos estuvieran representados por lo menos con un 40% dentro del partido y en los escaños parlamentarios. El CDU decidió en la Convención de Hannover de 1996 que al menos un tercio de los puestos dentro del partido debían ser para las mujeres. La coalición de los verdes exige la paridad absoluta —50%— en todos los órganos dentro del partido. El FDP rechaza las cuotas fijas como medio de promocionar a la mujer dentro del partido. El PDS aboga por el 50% en las candi-

daturas al Parlamento y dentro del partido. Es evidente el avance de la mujer en los órganos ejecutivos de los partidos y en el Parlamento como efecto positivo de la regulación de las cuotas⁷. Hoy, la canciller alemana es una mujer, Angela Merkel.

⁷ ELÓSEGUI ITXASO, María: *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Prólogo de Juan José Gil Cremades, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, esp. pp. 435 y ss. Advierte la autora que los datos en esta materia son poco variables.