

portancia de la determinación del fin, la justificación filosófico-política de la razonabilidad, la relación entre razonabilidad y Estado de Derecho, y la propuesta de aplicar de modo diferenciado el subprincipio de necesidad.

Lorena A. Ziman

M. ELÓSEGUI ITXASO¹, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres. Un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy*², Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad de Zaragoza, Madrid, 2003, 620 pp.

Una nueva publicación sobre género siempre es motivo de bienvenida. Y ello, porque dicha temática, la problemática en torno a la discriminación por razón de sexo, se inserta en el núcleo más duro de los derechos fundamentales, y ya no debe considerarse únicamente como una reivindicación feminista, sino

1. María Elósegui Itxaso es profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza. Además, es directora de la Revista *Aequalitas*, y miembro del Seminario Interdisciplinar de Estudios de la Mujer de la Universidad de Zaragoza entre otros.

2. Su título muestra su doble interés por las cuestiones relativas a género y por la Teoría de la Argumentación de Robert Alexy sobre los que me muestro coincidente, por una parte porque también he disfrutado de una beca, en su caso de la Agencia Española de Cooperación Internacional para realizar una investigación sobre esta obra del profesor Alexy en Brasil, aunque no he tenido la suerte de contar como la autora del auspicio, dirección y orientación de este Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad alemana Christian Albrechts, de la ciudad de Kriel, perteneciente al Land Schleswig-Holstein, como becaria de la Fundación alemana Alexander von Humboldt. Por otra parte, por mi interés sobre las cuestiones de género, sobre las que esta autora tiene numerosas publicaciones entre las que destaco: *Diez temas de género: hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos*, Navarra, Ediciones Internacionales Universitaria, 2002; *El rostro de la violencia: más allá del dolor de las mujeres*, Barcelona, Icaria, 2002; *El derecho a la igualdad y a la diferencia: el republicanismo intercultural desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de la Mujer, 1998. Asimismo y a título ejemplificativo, otras obras de esta autora: *La transexualidad: jurisprudencia y argumentación jurídica*, Granada, Comares, 1999; *Lo físico y lo mental en Henri Bergson*, Valencia, Nau Llibres, DL 1990; *Materiales de prácticas de Teoría del Derecho*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2000, etc.

que comparto con esta autora que es una cuestión de justicia que debería preocupar a todos los ciudadanos.

Máxime cuando se ubica en todo un bagaje de publicaciones a través de las cuales Elósegui Itxaso ha sabido responder con sus demandas, desde hace tiempo, a la necesidad de compensar ese porcentaje de déficit democrático que ahora falta, a sabiendas del *hándicap* que constituye cualquier planteamiento o adopción de una perspectiva de este tipo. Y ello, por su indudable componente ideológico en la toma de postura de cada una de las cuestiones suscitadas, así como por la polémica que la propia voz "feminismo" suele llevar aparejada, pese al hecho paradójico de que los movimientos feministas, salvo los postulados más radicales, siempre han propugnado una situación equilibrada entre los sexos, lejos de reivindicar la vuelta de nuevo al matriarcado. También, porque concierne a materias jurídicas diversas como el derecho laboral, de familia, comunitario, constitucional, etc., y de ámbito interdisciplinar, como la politología o la sociología, e incluso a cuestiones de justicia, ética, etc., a las que atañe el principio de igualdad.

Además de lo señalado, teorizar sobre la problemática en torno a los límites legales de las acciones positivas supone un gran esfuerzo que ni siquiera el legislador ha sabido colmar todavía. Es decir, resolver la compatibilidad entre los derechos subjetivos entre los que se encuentra la libertad de acceso al empleo, junto con el logro de la igualdad real, distinguiendo además los tipos de cuotas que entran dentro de la legalidad y cuáles contravienen el derecho. Y para ello, a mayor dificultad, esta autora aplica la Teoría de la Argumentación y de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy para dar respuesta a estos interrogantes sin temor a pronunciarse sobre otras cuestiones de carácter procedimental como las competencias entre el TJCE y el Tribunal Constitucional Alemán (de aquí en adelante BVerfG), el ejercicio del control de constitucionalidad que ejerce éste sobre la legislación de los *Länder* alemanes, la relación entre tribunales de distintas instancias con sus respectivos recursos de casación, las relaciones entre el poder legislativo a nivel federal con el BVerfG, o la distinta legislación alemana en los distintos *Länder* sobre promoción de la igualdad entre mujeres y hombres.

Así, en los seis primeros capítulos analiza la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea a nivel legislativo y jurisprudencial a través de los casos Kalanke, Marschall, Badeck, Schnorbus y Abrahamsson, con especial atención al asunto Kalanke sobre el cual recoge algunos comentarios realizados por la doctrina española³ a lo que también podría haber aña-

3. A continuación del prólogo del profesor Juan José Gil Cremades, de la presentación e introducción de la autora, se suceden los seis primeros capítulos titulados:

dido dichos comentarios al menos respecto a la sentencia Marschall⁴. A éstos, suma el estudio a lo referente sobre dicha cuestión en el texto y jurisprudencia constitucional alemana, estableciendo asimismo un paralelismo con la evolución en el Tribunal Constitucional español al respecto en el capítulo séptimo⁵. Comparativa que luego traslada en los capítulos octavo y noveno respectivamente, al análisis de la legislación para la conciliación entre la vida familiar y laboral de la mujer, y un estudio estadístico de la situación laboral del colectivo femenino en ambos países⁶.

La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea (cap. I); *Las cuotas para mujeres y la teoría de los principios de Robert Alexy* (cap. II); *El caso Kalanke, en el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas* (cap. III); *Comentarios a la sentencia Kalanke en la doctrina española* (cap. IV); *El caso Helmut Marschall* (Cap. V); *Los asuntos Badeck, Schnorbus y Abrahamsson* (cap. VI).

4. La STJCE de 11 de noviembre de 1997, Caso Marschall. En relación a la misma, a título ejemplificativo: RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marschall del TJCE*, Relaciones Laborales, n° 24, vol. II, 1997; MARTIN VIDA, M. A., *Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia Marschall*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 53, 1998; BALLESTER PASTOR, M^a A., *Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia Marschall, RL, n° 18, 1998; LOPEZ ANADON, P., La discriminación positiva femenina (Comentarios sobre la discriminación positiva femenina surgidos a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviembre de 1997, caso Marschall contra Nordrhein-Westfalen)*, AJA, n° 323, 1997; RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M^a, *Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE, RL, n° 24, 1997; SIERRA HERNANIZ, E., La Sentencia Marschall: ¿un avance de la acción positiva en el Derecho Comunitario? Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95, AL, n° 22, 1998; VOGEL-POLSKY, E., A propósito de la Sentencia Marschall. El estatuto de las acciones positivas en Derecho Comunitario, RL, n° 9, 1999; GONZÁLEZ JIMÉNEZ, J., *La discriminación positiva hacia la mujer respecto al acceso al empleo: La Sentencia Marschall del TJCE de 11 de noviembre de 1997*, GJ de la CE B-133, 1998; BRAGE CAMAZANO, J., *Discriminación positiva en favor de la mujer en el Derecho Comunitario (en torno a la Sentencia del 11 de noviembre de 1997 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colombia, 2001; MILLÁN MORO, L., *Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial (comentario a las Sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, Kalanke, y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, Marschall)*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, n° 3, 1998, a título ejemplificativo.*

5. Capítulo séptimo: *La cuestión constitucional en Alemania y la historia de la reforma del artículo 3.2 GG*.

6. Capítulo octavo: *La legislación alemana para la conciliación entre vida familiar y laboral. Estudio comparado con la legislación española. Propuesta de mejoras en ambas*. Capítulo noveno: *Estudio estadístico comparado de la situación laboral de la mujer en Alemania y España*.

Una estructura que como la propia autora señala, responde a una pirámide kelseniana con el propósito de respetar la jerarquía en el orden de fuentes. No obstante, en relación al señalado estudio estadístico del último capítulo con el que la autora pretende dar razón de la realidad social⁷, ha de apuntarse una alternativa, la posibilidad de haberlo situado al principio, como antesala a dicho estudio y a modo de justificación de las medidas de acción positiva que analiza, máxime cuando precisamente, una de las pruebas admitidas en el derecho comunitario para demostrar la desigualdad es la prueba estadística⁸. Y ello, pese a que dichos tratos legislativos diferenciales no precisen de mayor verificación, dada la gravedad y cotidianeidad de los hechos que los legitima.

He de señalar a su favor, que en ocasiones es muy rápida en mostrar ideas de importancia que invitan constantemente a la reflexión y que pueden constituir puntos de referencia para otros autores, aunque en otras, quizás por esta misma razón y por lo inabarcable de la temática que ha inspirado esta monografía, puedan quedar sin una cierta conclusión⁹. Consecuencia del mismo problema ha sido seguramente la no alusión necesaria a Hermann Heller entre los grandes teóricos del Estado social¹⁰.

Como ha señalado esta autora, recientemente se ha promulgado 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 de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso

7. ELOSEGUI ITXASO, M., "Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres. Un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy", *ob. cit.*, p. 7.

8. ELOSEGUI ITXASO, M., "Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres. Un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy", *ob. cit.*, p. 24.

9. Un ejemplo lo constituye la afirmación de que las políticas de acciones positivas, siendo un término tomado de la cultura anglosajona obedece a una filosofía muy distinta en el continente europeo. Quizás aquí sería obligado por su parte, aunque de forma breve una explicación más profunda sobre esta idea dado que realizó una investigación postdoctoral durante dos años en la Universidad de Glasgow (1988-1990), fue profesora visitante de la Universidad de Chicago y de UCLA y su ejercicio de Titularidad versó sobre la interpretación de derechos, en el constitucionalismo americano actual. ELOSEGUI ITXASO, M., "Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres. Un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy", *ob. cit.*, pp. 21 y 22.

10. ELOSEGUI ITXASO, M., "Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres. Un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy", *ob. cit.*, pp. 20, 21 y 93, entre otras.

al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, suprimiéndose, entre otras modificaciones, la dicción literal del artículo 2.4¹¹ que, en mi opinión, sin embargo, se ha recogido con un tenor similar a través del nuevo artículo 2.6¹² relativo a la aplicación de acciones positivas. Elósegui Itxaso apunta la existencia de un “Anteproyecto de Ley de Igualdad de Trato” sobre el que informó en abril de 2002 la Secretaría General del Empleo y que incluía las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, pero pese a esta circunstancia y a las propuestas de los sindicatos por elaborar una Ley específica para la nueva Directiva 2002/73/CE, que permitiría el desarrollo de acciones positivas, la transversalidad y la introducción de la perspectiva de género en el conjunto de las políticas públicas, el Consejo de Ministros no lo ha aprobado. Habrá que esperar con incertidumbre a que no agote el plazo de transposición de esta Directiva que concluye en octubre del año 2005¹³.

Un muro jurídico entre pensamiento abstracto y soluciones políticas, cuya solución, a esta tensión retórica y práctica nunca resuelta de forma definitiva para conseguir la equidad del colectivo femenino respecto a los varones, depende del quedarse a mitad de camino o bien de pasar por fin de la teoría a la práctica, en la que por esta razón, apelo a una postura más crítica en este punto por parte de la autora.

11. Artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación 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: “La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1”.

12. Artículo 2.6 de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002: “Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

13. ELOSEGUI ITXASO, M., “Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres. Un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy”, *ob. cit.*, p. 4. Al respecto hay que señalar no obstante, que a pesar de no haberse transpuesto todavía la mencionada Directiva, numerosa y reciente jurisprudencia la tiene en cuenta, a título ejemplificativo: STSJ Cantabria nº 739/2004 (Sala de lo Social, secc. 1ª) de 23 de junio de 2004; STSJ Asturias nº 2050/2003 (Sala de lo Social, Sección Única) de 20 de junio; STC nº 17/2003 (Sala 1ª), de 30 de enero de 2003. También legislación la ha tenido en cuenta, como la Ley 51/2003, de 2 de diciembre sobre “minusválidos: igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”.

Máxime, cuando ha de tenerse en cuenta que de este modo, todavía estaría en vigencia el artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CE según la cual, los Estados miembros tienen la facultad de excluir la aplicación del principio de igualdad a determinadas actividades específicas, para las cuales, el sexo constituya una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio. En Gran Bretaña se aprovechó dicha posibilidad para excluir de la contratación a una mujer como cocinera en los *Royal Marines* de la marina británica¹⁴. Tras su despido, la Sra. Sirdar presentó una demanda ante el Tribunal, el cual a su vez solicitó una decisión prejudicial al TJCE de la cual es resultante la sentencia que declaró justificada la exclusión de las mujeres del servicio en unidades de combate como los *Royal Marines* en virtud del mencionado artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE por razón de la naturaleza y de las circunstancias del ejercicio de las actividades de que se trata. En mi opinión, como razonó el propio TJCE invocando la Sentencia Johnston, reconocer la existencia de tal reserva general sin atender a las condiciones específicas de las disposiciones del Tratado, podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario¹⁵. En todo caso, un artículo cuya posible nobleza de ideales podrían verse en peligro con la dureza de la realidad que de nuevo podría quebrantarlos, y en todo caso, el legislador español, sin dudar que todavía está en plazo, debería establecer como tarea prioritaria y de importancia fundamental una imperiosa y justa alternativa a que más de la mitad de la población, las mujeres, en ocasiones disfrute de menos derechos que los varones.

Una última cuestión que me gustaría apuntar, es la relativa a la afirmación de que se alcanza, después de un prolongado período de reivindicaciones, la igualdad formal en el ámbito jurídico¹⁶. Al respecto, he de señalar mi percepción de que, en la actualidad, la mayoría de la doctrina especializada en la materia suma sus esfuerzos académicos en argumentar jurídicamente sobre la necesidad de las medidas de igualdad de oportunidades y la aplicación en España de la discriminación positiva para la eliminación de la discriminación por razón

14. STJCE de 26-10-1999, nº C. 273/1997. Caso Ángela María Sirdar Vs The Army Board and Secretary of State for Defence. Se solicitó al Tribunal esta decisión prejudicial sobre el artículo 224 del Tratado y de la Directiva 76/207.

15. STJCE de 15 de mayo de 1986, apartado 26. Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary. Asunto 222/84.

16. ELOSEGUI ITXASO, M., "Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres. Un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy", *ob. cit.*, p. 26.

Lo mismo parece intuirse de la afirmación: *una vez proclamada la igualdad formal en la legislación comunitaria*; p. 37.

de sexo, sin continuar reivindicando al mismo tiempo la que podría considerarse su condición *sine qua non*; la equidad jurídica en derechos de las mujeres respecto a los hombres, que en mi opinión, todavía no se ha conseguido plenamente. Muestra de ello lo constituye la preferencia del varón en la sucesión a la Corona española, en cuya dicción establecida constitucionalmente se han apoyado aquellos que basan su legitimidad desterrando cualquier tipo de discriminación en la misma, al considerar imposible jurídicamente que una norma constitucional pueda a su vez resultar inconstitucional.

No obstante, ante la ley no debe haber hombres y mujeres como sujetos diferenciados de derechos, máxime cuando se disputa la sucesión en la Jefatura del Estado. La Corona forma parte de la organización del Estado, y sin margen de duda, también sus miembros se encuentran afectados por los principios, derechos y deberes que informan este sistema. Es más, en la actualidad, la mujer es preterida en la sucesión a los títulos nobiliarios, y lejos de señalar razonamientos fundadores, sino sólo justificativos, no aplicar el “test de razonabilidad” a los componentes de un sector del ordenamiento jurídico, supone crear una “zona franca” en la que no rigen las normas constitucionales, y la unidad del ordenamiento no admite dentro de sí fisuras o barreras que limiten la eficacia de los principios constitucionales.

Ello constituye un proceso de largo aliento para enfrentarse con responsabilidad y eficacia a los desafíos y prioridades que cada período histórico supone, lo que traducido en palabras de Ollero, consiste en no conformarse con constatar simplemente que los tiempos cambian que es una barbaridad; es preciso advertir en qué medida esa transformación de las circunstancias vacía o potencia la finalidad que la medida perseguía, o altera la proporcionalidad de los medios previstos al efecto¹⁷, en plena sintonía con la exigencia que tiene, según esta autora, el Filósofo del Derecho. Es decir, la de indagar en las causas y los porqués, ir más allá de la legislación, examinar sus entretelas últimas y valorativas conectando el derecho con la realidad social y observando la función que está desempeñando, entre otros, el legislador español, alemán y comunitario en materia de igualdad real entre los sexos¹⁸ como muy bien ha sabido realizar esta autora, Elósegui Itxaso, en la obra aquí recensionada.

17. OLLERO, A., *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, ob. cit., p. 80. Un ejemplo lo constituye el epígrafe dedicado a “Algunas reformas necesarias en Alemania y España”; p. 479 y ss., o las “propuestas de *lege ferenda* al legislador español”; p. 487 y ss.

18. ELOSEGUI ITXASO, M., “Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres. Un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy”, ob. cit., pp. 14 y 15.

Por ésta y otras razones señaladas, es difícil hacer un comentario crítico a una obra tan extensa, compleja y comprometida, que por su calidad está dirigida a colmar los deseos editoriales, lejos de muchas otras publicaciones en el maremágnum de obras sobre igualdad y género. Soy consciente de la osadía al mostrarme en tono crítico a esta obra, únicamente fruto de mi adscripción al bando al que siempre se definía perteneciente Norberto Bobbio, el bando de los “nunca contentos”¹⁹. Por este motivo, no debe resultarle difícil al lector de estas líneas caer en la cuenta de que esta encomiable obra merece ineluctablemente su lectura, también en este caso, sin “género” de duda.

Rosa Ricoy

S. FERRARI, *El espíritu de los derechos religiosos. Judaísmo, cristianismo e islam*, Herder, Barcelona, 2004, 341 pp.

En la actualidad, nos encontramos ante una época de proliferación de obras que abordan temas relacionados con el derecho de las religiones; ello es debido al carácter multicultural y, por ende, multirreligioso que impera en las sociedades contemporáneas. Hasta aquí, el libro de Ferrari puede parecer uno de tantos; aunque la realidad es bien distinta.

El propósito del autor es investigar de forma comparada los sistemas legales de tres religiones: cristianismo, islam y judaísmo. De este modo, pone de relieve sus similitudes y diferencias; a la vez que su situación con respecto a las leyes estatales. Como trasfondo subyace la confrontación entre derechos religiosos y derechos seculares.

Es muy interesante como, desde el principio, el autor destaca, en el prólogo, la perspectiva desde la que se enfoca su trabajo. Así dice: “el explorador acarrea un bagaje (en este caso cultural) propio de su país de origen: tal utillaje condiciona inevitablemente sus eventuales descubrimientos. Por mucho que se esfuerce el explorador por ser objetivo y por registrar fielmente la realidad, ésta siempre será interpretada a través de un aparato de categorías conceptuales, de las que, aun queriendo, no será posible librarse totalmente” (p. 12). Con esto evita que se le pueda catalogar su argumentación de un poco “tramposa” o parcial.

19. BOBBIO, N., *De Senectute*, Taurus, 1997, pp. 182 y 183.