

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información
y Análisis Jurídico

NÚM. 29 • DICIEMBRE DE 2008

DOCTRINA

El principio de presencia o composición equilibrada en el contexto de la transversalidad.

LEGISLACIÓN

- Representación política y ausencias de la persona titular de la representación en el Ordenamiento Jurídico Español.
- Programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género.

JURISPRUDENCIA

- Opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el equilibrio de sexos en la elección de sus Jueces.
- Filiación
- Reducción de jornada y concreción horaria
- Discriminación indirecta en materia de promoción



Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

ARTÍCULO 14

Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

Dirección:
Soledad Pérez Rodríguez
Coordinación:
Pilar Gutiérrez

Contenidos:
Área de Derecho Constitucional
de la Universidad de Málaga
Dirección Técnica:
M.^a Luisa Balaguer
Colaboran:
Antonio Javier Trujillo Pérez
Rafael Naranjo de la Cruz
M.^a del Mar Navas Sánchez
M.^a Dolores Cabello Fernández
Montserrat Reyes

Se permite la reproducción parcial o total de sus textos siempre que se cite su procedencia. Los artículos doctrinales y comentarios son colaboraciones cedidas a *Boletín Jurídico "Artículo 14"*, que no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en los mismos.

Edita:
Instituto Andaluz de la Mujer
C/ Doña María Coronel, 6
41071 Sevilla.
Tel.: 954 54 49 10
Fax: 954 54 49 11
Puede consultarse "Artículo 14" en:
[http://www.juntadeandalucia.es/
/institutodelamujer](http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer)

Diseño y Maquetación:
Fotomecánica Magenta
Imprime:
Tecnographic, S.L.
Dep. Legal:
SE-2460-01
ISSN:
1696-6988

Sumario:

PRESENTACIÓN

Soledad Pérez Rodríguez
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer 3

DOCTRINA

El principio de *presencia o composición equilibrada* en el contexto de la *transversalidad*. Doctora Susana Ruiz Tarriás. Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Almería. 4

LEGISLACIÓN

"Representación política y ausencias de la persona titular de la representación en el Ordenamiento Jurídico Español". María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía. 29

Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género. 35

TRANSVERSALIDAD EN LA LEGISLACIÓN 41

JURISPRUDENCIA TEDH

Opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el equilibrio de sexos en la elección de sus Jueces. Doctora Yaelle Cacho Sánchez. Profesora de Derecho Internacional Público. Universidad de Cantabria 44

JURISPRUDENCIA TS

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2008 (sala de lo civil). Filiación. M.^a Soledad de la Fuente Núñez de Castro, Universidad de Málaga. 49

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2008 (Sala de lo Social en Sala General). Reducción de jornada y concreción horaria. Dra. María Dolores Cabello. Universidad de Málaga. 56

JURISPRUDENCIA SOCIAL

Sentencia núm. 287/2008, de 11 septiembre, del Juzgado de lo Social núm. 4, de Zaragoza. Discriminación indirecta en materia de promoción. María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía. 63

EL PRINCIPIO DE PRESENCIA O COMPOSICIÓN EQUILIBRADA EN EL CONTEXTO DE LA TRANSVERSALIDAD

DOCTORA SUSANA RUIZ TARRÍAS

Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Almería

Índice: 1. Introducción. 2. La Declaración de Beijing y la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el marco de Naciones Unidas. 3. De la "igualdad de género" a la búsqueda de la "transversalidad" en la Unión Europea: a) El reconocimiento de la igualdad entre mujeres y hombres en el ordenamiento europeo; b) Las cuotas por razón de sexo en el ámbito laboral y la jurisprudencia del TJCE. 4. La experiencia francesa e italiana acerca de las cuotas electorales por razón de sexo. 5. El "principio de presencia o composición equilibrada" en las candidaturas electorales como "fórmula de equilibrio entre sexos" en la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero. 6. Conclusiones.

1. Introducción.

Con la finalidad de erigirse en "ley-código" de la igualdad entre mujeres y hombres, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, recoge un amplio conjunto de medidas legales que afectan a diferentes sectores del ordenamiento jurídico y de la realidad social, entre ellos, el derecho electoral general, incluyendo a través de su Disposición adicional segunda, un nuevo art. 44 bis en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, en el que se incorpora el denominado "principio de presencia o composición equilibrada".

Porque, como se ha subrayado recientemente, pese al amplio desarrollo legal y jurisprudencial que ha adquirido en nuestro ordenamiento jurídico el principio de igualdad, fruto de la interpretación sistemática de los artículos 1.1, 9.2 y 14 CE, en la última Legislatura, el legislador español ha considerado estos "avances" como "insuficientes en lo que se refiere al objetivo de garantizar la igualdad plena entre mujeres y hombres", de ahí que haya procedido a introducir notorias y significativas modificaciones jurídicas en ámbitos como el de la violencia de género, la discriminación salarial, el desempleo femenino, la conciliación de la vida familiar y laboral y, específicamente, también en el ámbito institucional y político, a través del mencionado principio.

En su virtud, el legislador español pretende, según manifiesta en la Exposición de Motivos de la mencionada Ley Orgánica, "conciliar las exigencias derivadas de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución con las propias del derecho de sufragio pasivo incluido en el artículo 23 del mismo texto constitucional", con el objetivo de mejorar "la calidad de esa representación y con ella de nuestra propia democracia" ya que como reconociera, en efecto, la Comisión de la Comunidad Europea en la Comunicación de 21 de febrero de 1996 sobre "Integración de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todas las políticas y actividades comunitarias" (COM (96) 67 final), la igual participación de mujeres y hombres "simboliza el nivel de madurez política de las sociedades".

De ahí que resulte imprescindible una mínima referencia a los principales documentos internacionales en los que pretende situarse la voluntad del legislador español y, en especial, a la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre las Mujeres, celebrada en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995¹, a partir de la cual "la transversalidad se ha ido incorporando progresivamente como una auténtica estrategia para promover la igualdad de género en el seno de las Naciones Unidas"².

En ella, en efecto, aún reconociendo la Declaración que "la situación de las mujeres ha experimentado avances en algunos aspectos importantes en el último decenio", se afirmaba a continuación que "este progreso no ha sido homogéneo", persistiendo las desigualdades entre mujeres y hombres y que "sigue habiendo obstáculos importantes que entrañan graves consecuencias para el bienestar de todos los pueblos" (punto 5), por lo que los

¹ CASTRO ARGÜELLES, M^a A. y ÁLVAREZ ALONSO, D.: "La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo". Pamplona: Thomson-Cívitas. Gobierno del Principado de Asturias, 2007, pág. 23.

² A/ CONF. 177/ 20, de 17 de octubre de 1995.

Así lo estiman, fundadamente, SEVILLA MERINO, J.; VENTURA FRANCH, A. y GARCÍA CAMPÁ: "La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n^o 67, pág. 67.

DOCTRINA

Gobiernos participantes en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer se "comprometían sin reservas a combatir estas limitaciones y obstáculos y a promover así el adelanto y la potenciación del papel de la mujer en todo el mundo", estando de acuerdo en que "esta tarea exige una acción urgente, con espíritu decidido, esperanza, cooperación y solidaridad, ahora y en los albores del nuevo siglo" (punto 7).

Porque estaban convencidos, entre otros extremos, de que los derechos de la mujer son derechos humanos (punto 14) y que la potenciación del papel de la mujer y su plena participación en condiciones de igualdad en todas las esferas de la sociedad, incluidos la participación en los procesos de adopción de decisiones y el acceso al poder, "son fundamentales para el logro de la igualdad, el desarrollo y la paz" (punto 13). De ahí que estimaran "indispensable diseñar, aplicar y vigilar, a todos los niveles, con la plena participación de la mujer, políticas y programas, entre ellos políticas y programas de desarrollo efectivos, eficaces y sinérgicos, que tengan en cuenta el género, y contribuyan a promover la potenciación del papel y el adelanto de la mujer" (punto 19).

La "Plataforma de Acción" que se constituía a partir de la Declaración exigía para su aplicación "el compromiso de los gobiernos y de la comunidad internacional", de manera que reconozcan "la necesidad de tomar medidas prioritarias para la potenciación del papel y el adelanto de la mujer" (punto 21), entre las que se incluían, entre otras, la adopción de "las medidas que sean necesarias para eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres y las niñas, y suprimir todos los obstáculos a la igualdad de género y al adelanto y potenciación del papel de la mujer" (punto 24), así como "garantizar el acceso de las mujeres en condiciones de igualdad" a los recursos económicos, incluidos la tierra, el crédito, la ciencia y la tecnología, la capacitación profesional, la información, las comunicaciones y los mercados, como medio de promover el adelanto de las mujeres y las niñas y la potenciación de su papel, "incluso mediante el aumento de su capacidad para disfrutar de los beneficios de la igualdad de acceso a esos recursos para lo que se recurrirá a, entre otras cosas, la cooperación internacional" (punto 35).

En definitiva, afirmaba el texto, "por la presente nos comprometemos en calidad de Gobiernos a aplicar la siguiente Plataforma de Acción y a garantizar que todas nuestras políticas y programas reflejen una perspectiva de género". Por ello, "instamos al sistema de las Naciones Unidas, a las instituciones financieras regionales e internacionales y a las demás instituciones regionales e internacionales pertinentes, a todas las mujeres y todos los hombres, así como a las organizaciones no gubernamentales, con pleno respeto de su autonomía, y a todos los sectores de la sociedad civil a que, en cooperación con los gobiernos, se comprometan plenamente y contribuyan a la aplicación de esta Plataforma de Acción" (punto 38).

Una Plataforma de Acción que incluía entre sus objetivos "acelerar" la aplicación de las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer y eliminar todos los obstáculos que dificultan la participación activa de la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada mediante una participación plena y en pie de igualdad en el proceso de adopción de decisiones en las esferas económica, social, cultural y política, porque "la igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos humanos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz" (punto 1), por lo que reafirmaba "el principio fundamental", establecido en la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de que "los derechos humanos de las mujeres y las niñas son una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales", adoptando como "programa de acción" el de "promover y proteger el pleno disfrute de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las mujeres a lo largo de su vida" (punto 2), si bien la Plataforma de Acción hace hincapié en que las mujeres comparten problemas comunes que "sólo pueden resolverse trabajando de consuno y en asociación con los hombres para alcanzar el objetivo común de la igualdad de género en todo el mundo" (punto 3).

Desde luego, suponía un paso adelante sobre los acuerdos alcanzados en la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 5 de enero de 1984¹, donde se afirmaba, entre otros aspectos, que "Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y avance de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre" (artículo 3). Asimismo, el artículo 15 establecía que tales Estados "reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la

¹ Debe subrayarse que España formuló una reserva a dicha Convención por la que se reconocía que las disposiciones contenidas en la misma "no afectarán a las previsiones constitucionales relativas a la sucesión en la Corona española" (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984).

DOCTRINA

ley" y, en particular, "en materias civiles", una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad, así como, específicamente, "iguales derechos" para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales. Por ello, convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer "se considerará nulo". Por último, afirmaba que tales Estados reconocerán al hombre y a la mujer "los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y la libertad para elegir su residencia y domicilio".

No resulta sorprendente, por tanto, que desde aquella perspectiva, el legislador español reconozca en la mencionada norma que la igualdad formal ante la ley, sin dejar de constituir un paso decisivo, ha resultado insuficiente para profundizar en la "madurez política" de la sociedad española, donde es patente la escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, por lo que ha estimado necesaria una acción normativa dirigida a combatir las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, en cumplimiento del mandato dirigido a los "poderes públicos" por el art. 9.2 CE.

En este contexto, hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre¹, el Tribunal no había tenido ocasión de pronunciarse respecto de las "cuotas" —en este caso, establecidas en una oferta de empleo público para un colectivo con graves problemas de acceso al empleo como es el de los discapacitados—. En este pronunciamiento, el Tribunal reconocía que "es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo (...), no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE)" (Fto. Jco. 4^o).

Ciertamente, la posibilidad de adoptar en nuestro ordenamiento jurídico un sistema de cuotas en beneficio de las mujeres en las candidaturas electorales, ha planteado en los últimos años un importante debate doctrinal, donde no han faltado opiniones que si bien comparten el común acuerdo acerca del "qué", discrepan acerca del "cómo", habida cuenta de que ciertos Estados de nuestro entorno europeo han optado por incorporar sistemas de cuotas a nivel de partido, integrando este compromiso en sus normas de organización y funcionamiento interno (por ejemplo el Partido Social Demócrata de Alemania), bien a través de costumbres o reglas no oficiales relativas a la selección de candidatos que, de hecho, poseen idéntico efecto al de la aplicación de una cuota (como es el caso de los partidos políticos de Noruega).

Desde tales premisas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, supone un pronunciamiento singularmente relevante en la consideración del principio de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico, no exento de polémica doctrinal y política, por lo que las páginas que siguen suponen una consideración inicial que procura abordar el comentario sobre los argumentos más relevantes contenidos en la mencionada Sentencia, tanto desde la perspectiva de los documentos internacionales más significativos que el legislador español pretendía desarrollar en la norma mencionada como de algunos pronunciamientos relevantes de otras Cortes Constitucionales europeas en el pasado.

BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994. Recurso de amparo. Ponente: Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

Vid., entre otros, los trabajos de BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: "La paridad electoral como finalidad disociada de las acciones positivas a favor de un sexo". Parlamento y Constitución, n.º 10. Año 2006-2007, págs. 182 y sigs.; MARTINEZ SOSPEDRA, M.: "La sombra de Agamenón. Sobre la constitucionalidad del establecimiento de cuotas por razón de sexo en las listas electorales". Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n.º 30/31. Valencia, 2000, pág. 115; REY MARTINEZ, F.: "Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución".

Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres", n.º 1, 1999, pág. 59; RUIZ MIGUEL, A.: "Paridad electoral y cuotas femeninas". Claves de la Razón Práctica, n.º 94, 1999, pág. 53; RODRIGUEZ-VERGARA DÍAZ, A.: "Reflexiones constitucionales sobre la paridad electoral". Art. 14. Una perspectiva de género, n.º 2, 1999, pág. 3 y RODRÍGUEZ RUIZ, B. y RUBIO MARTÍN, R.: "De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático". Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 81, septiembre-diciembre, 2007, pág. 155.

"Impacto diferencial de los sistemas electorales en la representación política femenina". Parlamento Europeo. Dirección General de Estudios. Documento de trabajo. Serie Derechos de la Mujer. W-10. En, http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/femm/w10/4_es.htm. Vid., asimismo, el estudio de SEVILLA MERINO, J.: "Mujeres y hombres en la vida política. Las cuotas para mujeres en los partidos políticos". Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, n.º 19, julio-diciembre, 2006, págs. 50 y sigs. No obstante, en el Reino Unido, el Tribunal Laboral de Leeds consideró en el caso Jepson and Dyas-Elliott v. the Labour Party and others (1996 IRLR 116), que la decisión del Partido Laborista en 1993 y 1996, de presentar en determinadas circunscripciones electorales listas integradas exclusivamente por mujeres, no se encontraba amparada por la Ley de Discriminación Sexual de 1975 (Sex Discrimination Act 1975). Dicha posibilidad se materializó legalmente con la aprobación de la Sex Discrimination (Election Candidates) Act de 2002, que modificó la Ley de Discriminación Sexual de 1975, incorporando a la Sección 5 un nuevo art. 42A, en virtud del cual se permite a los partidos políticos adoptar acuerdos en la elaboración de las candidaturas electorales, con el fin de reducir la desigualdad entre hombres y mujeres elegidos como candidatos del partido para integrar sus listas electorales (http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/ukpga_20020002_en_1).

DOCTRINA

2. La Declaración de Beijing y la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el marco de Naciones Unidas.

Efectivamente, la utilización por las normas internacionales del concepto de "transversalidad" en la aplicación de la perspectiva de género (*gender mainstreaming*) resulta definitivamente acuñado en la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre las Mujeres celebrada en Beijing, en septiembre de 1995, año del cincuentenario de la fundación de Naciones Unidas.

En ella, al exponer los "objetivos estratégicos y medidas" a adoptar por la Plataforma de Acción en el plano de "la mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones", se consideraba "*Objetivo estratégico G*" que la participación igualitaria de la mujer en la adopción de decisiones no sólo es una exigencia básica de justicia o democracia sino que puede considerarse una condición necesaria para que se tengan en cuenta los intereses de la mujer, ya que "sin la participación activa de la mujer y la incorporación del punto de vista de la mujer a todos los niveles del proceso de adopción de decisiones no se podrán conseguir los objetivos de igualdad, desarrollo y paz" (punto 181).

Por ello, y dado que se "ha avanzado poco en el logro de poder político en los órganos legislativos o en lo que respecta al cumplimiento del objetivo aprobado por el Consejo Económico y Social de que para 1995 haya un 30% de mujeres en puestos directivos", se proponía como "*Objetivo estratégico G.1*" el de adoptar medidas para garantizar a la mujer igualdad de acceso y la plena participación en las estructuras de poder y en la adopción de decisiones (punto 182).

Un conjunto de medidas que "han de adoptar los gobiernos" (punto 190), "los partidos políticos" (punto 191), "los gobiernos, los órganos nacionales, el sector privado, los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones de empleadores, las instituciones de investigación y académicas, los órganos subregionales y regionales y las organizaciones no gubernamentales e internacionales" (punto 192), Naciones Unidas (punto 193) y "las organizaciones de mujeres, las organizaciones no gubernamentales, los sindicatos, los interlocutores sociales, los productores, las organizaciones industriales y las organizaciones profesionales" (punto 194).

Por parte de los Gobiernos, existía el compromiso de conseguir, entre otros, una representación paritaria de las mujeres y los hombres, "de ser necesario mediante la adopción de medidas positivas en favor de la mujer, en todos los puestos gubernamentales y de la administración pública" [punto 190 a)], así como incluso reformar los sistemas electorales para "integrar a las mujeres en los cargos públicos electivos y no electivos en la misma proporción y en las mismas categorías que los hombres" [punto 190 b)], mientras sería objetivo de los partidos políticos, entre otros, "considerar la posibilidad de incorporar las cuestiones de género a su programa político" tomando medidas para lograr que las mujeres puedan participar en la dirección de los partidos políticos en pie de igualdad con los hombres [punto 191 c)].

Por su parte, el definido como "*Objetivo estratégico G.2*" se proponía aumentar la capacidad de la mujer de participar en la adopción de decisiones y en los niveles directivos, incluyendo una serie de medidas que han de adoptar los gobiernos, los órganos nacionales, el sector privado, los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones de empleadores, los órganos subregionales y regionales, las organizaciones no gubernamentales e internacionales y las instituciones de enseñanza (punto 195).

De ahí que en el párrafo 3 de la Resolución 50/203, de 23 de febrero de 1996, aprobada por la Asamblea General, relativa al seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y aplicación de la Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción, se "insta" a los Estados, al sistema de las Naciones Unidas y a todas las demás partes a que "promuevan una política activa y visible" por la cual se incorpore una perspectiva de género en todos los planos, entre ellos, la formulación, la supervisión y la evaluación de todas las medidas que procedan para aplicar efectivamente la Plataforma.

Algunos años más tarde, el 16 de noviembre de 2000, durante el Vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, se aprobó la Resolución S-23/3 "Nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing", sobre la base del informe del Comité Especial Plenario del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General (A/S-23/10/Rev.1), donde se realizaba una valoración de los progresos alcanzados y de los obstáculos que todavía persistían en la consecución de los objetivos propuestos en la Plataforma de Acción de Beijing⁵.

En el ámbito de "la mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones" (apartado G), la Asamblea General constataba una "creciente aceptación" de la importancia que tiene para la sociedad la participación plena de las mujeres en la adopción de decisiones y las estructuras de poder a todos los niveles y en todos los foros, incluidas las esferas intergubernamental, gubernamental y no gubernamental, así como que "un número

⁵ A/RES/S-23-3

DOCTRINA

cada vez mayor de países ha aplicado políticas de adopción de medidas afirmativas y positivas, como sistemas de cuotas o arreglos voluntarios en algunos países", e, incluso, que "se han establecido o mejorado y reforzado" diversos mecanismos y sistemas nacionales para el adelanto de la mujer, así como redes nacionales e internacionales de mujeres políticas, parlamentarias, activistas y profesionales en varios ámbitos.

Sin embargo, también subrayaba la Asamblea General que a pesar de la aceptación generalizada de la necesidad de lograr un equilibrio entre los géneros en los órganos decisorios a todos los niveles, "persiste una diferencia entre la igualdad de jure y de facto", porque pese a los considerables avances realizados en la igualdad de jure entre hombres y mujeres, la representación real de mujeres en los niveles más altos de los ámbitos nacional e internacional de adopción de decisiones no ha cambiado significativamente desde que se celebró en 1995 la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, al tiempo que "la muy insuficiente representación de la mujer en los órganos decisorios en todas las esferas, incluso la política (...) impide la inclusión de una perspectiva de género en esas esferas críticas de influencia". Por ello, concluía que la mujer sigue estando insuficientemente representada en los niveles legislativo, ministerial y subministerial.

Entre las razones que explicaban la escasa efectividad de los programas y medidas de acción positiva desarrollados por los Estados se enumeraban la "falta de recursos humanos y financieros" para actividades de capacitación y promoción relacionadas con las carreras políticas; la "falta de conciencia" por parte de la mujer de la conveniencia de participar en los procesos de adopción de decisiones en algunos casos; el hecho de que los funcionarios elegidos y los partidos políticos "no tuvieran que rendir cuentas de sus actividades" respecto a la promoción de la igualdad entre los géneros y la participación de la mujer en la vida pública; la "falta de sensibilización social" respecto de la importancia de que exista una representación equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito de la adopción de decisiones; la "falta de disposición" de los hombres a compartir el poder (...).

Ante esta descripción de la situación, a través de la Resolución 55/71, de 4 de Diciembre de 2000, la Asamblea General invitaba al Consejo Económico y Social a continuar promoviendo la "coordinación de la política y la cooperación interinstitucional" para lograr los objetivos planteados en la Plataforma de Beijing y, en concreto, proponía al Consejo la posibilidad de dedicar una serie de sesiones donde se abordara específicamente el avance de la mujer, incorporando una perspectiva de género en toda su labor (Párrafo 8). En este sentido, la Resolución del Consejo Económico y Social de 26 de julio de 2001, introdujo en su planificación un subprograma denominado "Incorporación de una perspectiva de género en todas las políticas y programas del sistema de Naciones Unidas" (Párrafo 1).

Un Consejo Económico y Social que ya en 1997 afirmaba que por "transversalidad" de género debe entenderse el "proceso" evaluador de "las implicaciones sobre mujeres y hombres de cualquier acción prevista, incluyendo la legislación, las políticas o los programas, en cualquier ámbito y en todos los niveles". En definitiva, afirmaba, "se trata de una estrategia para conseguir que las experiencias y preocupaciones de las mujeres y los hombres formen parte integrante del diseño, la aplicación, el seguimiento y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de tal manera que mujeres y hombres se beneficien en condiciones de igualdad, evitando que la desigualdad se perpetúe". El objetivo final de este "proceso", según las propias palabras del Consejo Económico y Social, consistía en "alcanzar la igualdad de género".

3. De la "igualdad de género" a la búsqueda de la "transversalidad" en la Unión Europea.

a) El reconocimiento de la igualdad entre mujeres y hombres en el ordenamiento europeo.

Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa también se había reconocido la necesidad de adoptar medidas concretas para remediar las desigualdades de hecho, en el contexto del reconocimiento del "Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razones de sexo" (Protocolo Adicional a la Carta Social Europea. Estrasburgo, 5 de mayo de 1988. Parte II. artículo 1).

Sin embargo, la influencia de la Conferencia de Beijing ha sido patente en la actuación de los órganos comunitarios europeos. Así, el concepto de "transversalidad" de género también fue incorporado en la Comunicación de la Comisión de 21 de febrero de 1996, sobre "Integración de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todas las políticas y actividades comunitarias" (COM (96) 67 final), bajo el entendimiento de que la misma no significa la supresión de las medidas concretas que se hayan implementado en beneficio de las mujeres, sino "la movilización de todas las políticas y medidas específicas hacia el objetivo de la consecución de la igualdad", a través de una valoración de sus posibles efectos sobre mujeres y hombres en el momento de su

¹ A/RES/55/71

² Conclusiones Convenidas 1997/2 del Consejo Económico y Social. Asamblea General. Documentos Oficiales. Quincuagésimo segundo período de sesiones. Suplemento nº 3 A/52/3/Rev.1. pág. 24.

DOCTRINA

definición y puesta en práctica (perspectiva de género). Más concretamente, como antes se afirmaba, la Comisión consideraba que la igual participación de mujeres y hombres "simboliza el nivel de madurez política de las sociedades"¹⁰.

En todo caso, el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre 1997, fue el primero en introducir en el derecho originario europeo el objetivo de lograr la igualdad entre mujeres y hombres (art. 2 TCE)¹¹, concretando en el art. 3.2 TCE que en todas las actividades enunciadas en el presente artículo, la Comunidad se fijará como objetivo "eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad". A tales efectos, el art. 13 prevé que el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar "medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual", mientras que los artículos 137.1 y 141, contemplan medidas específicas en el ámbito del derecho al trabajo y a la igualdad en la remuneración entre trabajadores femeninos y masculinos¹².

De este modo, reconocida como misión de la Comunidad, el Tratado de Ámsterdam otorga carta de naturaleza a la igualdad, en tanto que a partir de este momento la Unión Europea podrá ya "luchar contra cualquier forma de discriminación", al tiempo que incorpora "disposiciones concretas en favor de la igualdad" que comprenden "acciones positivas sobre el sexo subrepresentado"¹³, cuando hasta entonces la igualdad de género en las relaciones laborales había constituido el único ámbito de la actuación comunitaria en la igualdad por razón de sexo que contemplaban los Tratados comunitarios.

Ello ha supuesto no sólo una notable intensificación del derecho derivado relacionado con la igualdad, sino también un reforzamiento de las políticas de transversalidad elaboradas por las instituciones comunitarias, entre las que pueden citarse, sin pretensión de exhaustividad, la Comunicación de la Comisión «Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005)» (COM (2000) 335 final) y la posterior Decisión del Consejo, de 20 de diciembre de 2000 (DOCE L 17, de 19 de enero de 2001); la Decisión de la Comisión de 19 de junio de 2000, relativa al equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y grupos de expertos creados por la Comisión (DOCE L 154, de 27 de junio); y la Comunicación de la Comisión «Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2006-2007)» (COM (2006) 92 final).

Esta línea iniciada en el Tratado de Ámsterdam ha sido continuada por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde además de consagrar la expresa prohibición de toda discriminación por razón de "sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual" (art. 21.1), se reconoce expresamente la igualdad "entre hombres y mujeres", afirmando que la misma "será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución", al tiempo que concede carta de naturaleza en cualquier ámbito -y no sólo en el laboral-, a las medidas de acción positiva afirmando que "el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado" (art. 23).

Se superaba, de este modo, la incertidumbre que había creado la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de octubre de 1995, en el asunto *Kalanke/ Freie Hansestadt Bremen*¹⁴, respecto a la legitimidad de las cuotas y otras formas de acción positiva destinadas a favorecer la presencia de mujeres en

¹⁰ En el mismo sentido, vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, de 7 de junio de 2000, sobre "Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005)" (COM/2000/0335 final), y la Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2006).

¹¹ El artículo 2 TCE afirma textualmente: "La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros".

¹² En concreto, la introducción por el Tratado de Ámsterdam del art. 141.4 del TCE respondía, en opinión de T. FREIXES SANJUÁN, a la expresa finalidad de evitar "la consolidación de una jurisprudencia restrictiva como la del caso *Kalanke*" ("La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea". Op. Cit., pág. 50). El texto del art. 141.4 TCE en la versión dada por el Tratado de Ámsterdam, establece: "4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales".

Por su parte, el artículo 137.1 afirma "Para la consecución de los objetivos del art. 136, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: (...) -la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo".

¹³ FREIXES SANJUAN, T.: "La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea". En, VV.AA.: "Mujer y Constitución en España". Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pág. 53.

¹⁴ Asunto 450/93. Rec. de Jurisprudencia 1995, pág. I-03051. En dicho pronunciamiento, el Tribunal de Justicia reconocía que una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo contraria al Derecho Comunitario.

DOCTRINA

determinados sectores o niveles de empleo, que dio lugar a la aprobación por la Comisión de una comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 27 de marzo de 1996, sobre la interpretación de dicha Sentencia del Tribunal de Justicia¹⁴. En dicha comunicación la Comisión consideraba conveniente modificar la Directiva 76/207/CEE con el fin de precisar las medidas de acción positiva que, sin ser cuotas rígidas, están autorizadas por el Derecho comunitario, así como adecuar el texto de la Directiva a la situación jurídica resultante de la Sentencia *Kalanke*.

Esta indicación formulada por la Comisión se materializó a través de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y el 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 trabajo¹⁵, donde, entre otros aspectos, se puntualizaba que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo podrá ser legítima si la misma constituye un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo al que responda sea legítimo, y se definía el concepto de "discriminación directa" y de "discriminación indirecta"¹⁶.

En efecto, según el artículo 2.2 de la Directiva 2002/73/CE, a efectos de la presente Directiva se entenderá por «Discriminación directa» la "situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo", y por «Discriminación indirecta» aquella "situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios".

Más específicamente, la Recomendación [Rec(2003)3] del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público, de 12 de marzo de 2003, sugería a los Estados miembros la adopción del compromiso de promover la representación equilibrada de las mujeres y los hombres mediante el "reconocimiento público" de que la igualdad en el reparto del poder en el proceso de toma de decisiones entre mujeres y hombres de distinta condición y edad, fortalece y enriquece la democracia (párrafo I).

De este modo, si bien los textos internacionales coinciden en reconocer la necesidad de una actuación positiva de los Estados tendente a remover las situaciones de discriminación por razón de sexo y, por ende, a adoptar "medidas" dirigidas a hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, la cuestión –que los citados documentos internacionales, lógicamente, mantienen abierta–, reside en determinar, entre otros aspectos, la "naturaleza" de los instrumentos jurídicos a través de los cuales pueden ser adoptadas tales "medidas" así como el "contenido" y el "alcance" de las mismas.

En este sentido, la Recomendación [Rec(2003)3] del Comité de Ministros del Consejo de Europa resulta especialmente significativa en tanto que "impone" a los Estados miembros un amplio catálogo de sugerencias, entre las que es posible subrayar a los efectos que nos ocupan:

1. Considerar la posibilidad de "cambios constitucionales y/o legislativos, incluidas medidas de acción positiva", que favorezcan una participación más equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión política y pública.
2. Considerar la adopción de "reformas legislativas" destinadas a establecer umbrales de paridad en las candidaturas a las elecciones locales, regionales, nacionales y supranacionales y, más concretamente, cuando existan listas proporcionales, "considerar la posibilidad de establecer la alternancia de mujeres y hombres".
3. Considerar la adopción de medidas relativas "a la financiación pública de los partidos políticos que les animen a promover la igualdad de género".
4. Cuando se observe que los sistemas electorales tienen repercusiones negativas en la representación política de las mujeres en las instituciones para las que se celebren elecciones, "ajustar o reformar" dichos sistemas con el fin de promover la representación equilibrada de las mujeres y los hombres.

En concreto, en el Apéndice a la Recomendación Rec(2003)3, se concretaba que "a los efectos de la presente reco-

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 27 de marzo de 1996, sobre la interpretación de la Sentencia dictada el 17 de octubre de 1995 por el Tribunal Europeo de Justicia en el asunto C-450/93 *Kalanke/ Freie Hansestadt Bremen* [COM (96) 88 final].

¹⁵ DOCE L269/15, de 5 de octubre de 2002.

¹⁶ Concretamente, el artículo 2.6 de la Directiva 2002/73/CE afirmaba: "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".

DOCTRINA

mendación, la participación equilibrada de las mujeres y los hombres significa que la representación de mujeres u hombres en cualquier órgano de toma de decisiones en la vida política o pública no debe ser inferior al 40%".

Más recientemente, la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro¹⁰, añade que, a efectos de esta Directiva, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres significa que: a) no habrá discriminación directa por razones de sexo, como el trato menos favorable a las mujeres por razón de embarazo y maternidad; y b) no habrá discriminación indirecta por razones de sexo (artículo 4.1), al tiempo que admite la adopción por los Estados miembros de medidas de acción positiva destinadas a compensar o evitar las desventajas sufridas por razón de sexo¹¹.

Por último, el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, ha incorporado un artículo 1 bis al Tratado de la Unión Europea, en el que se afirman los valores que sirven de fundamento a la Unión, y que son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por "...la igualdad entre mujeres y hombres"¹², recogiendo entre los objetivos de la Unión que se concretan en el nuevo artículo 2.3 del Tratado de la Unión Europea, el de combatir la discriminación y fomentar "la igualdad entre mujeres y hombres"¹³.

b) Las cuotas por razón de sexo en el ámbito laboral y la jurisprudencia del TJCE.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también ha adoptado, como afirma M^a L. Balaguer Callejón, "una perspectiva de género en virtud de la cual comprueba si una norma, aparentemente neutral, produce sistemáticamente efectos negativos para la igualdad de la mujer", precisando, a tales efectos conceptos tales como el de "discriminación indirecta" o "discriminaciones ocultas", que le permiten "detectar la desigualdad por encima de igualdades aparentes"¹⁴.

A este respecto, ha desarrollado una significativa labor –en determinados momentos fuertemente cuestionada–, en el ámbito del empleo y la profesión de la mujer, a través de un proceso evolutivo desde el reconocimiento originario de la igualdad salarial hasta la posterior admisión de acciones positivas introducidas en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros como instrumentos dirigidos a superar la desigualdad de género.

En este proceso, en el contexto de la valoración por el Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas de acción positiva incorporadas a la legislación interna de los Estados miembros –como es el caso de cuotas por razón de sexo–, presenta una especial significación, como antes se afirmaba, la Sentencia de 17 de octubre de 1995 (Asunto *Kalanke/ Freie Hansestadt Bremen*).

El Sr. Kalanke (Ingeniero Superior de Jardines y Paisajes, que ejercía desde 1973 como técnico de planificación de jardines en el Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen, Alemania), fue desplazado en el procedimiento de selección destinado a cubrir un puesto de jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen, por la Sra. Glimann (Ingeniera Superior Paisajista que trabajaba desde 1975 también en el mismo servicio como técnico de planificación de jardines), en virtud de la aplicación del art. 4 de la Ley del *Land* de Bremen de 20 de noviembre de 1990, relativa a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Función Pública (*Landesgleichstellungsgesetz*).

El tenor literal de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley de 20 de noviembre de 1990 era el siguiente:

"Selección. Provisión de puestos de trabajo y promoción:

1) Al efectuar la selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de Juez, que no tenga fines de formación se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas.

¹⁰ DOUE L373/37, de 21 de diciembre de 2004.

¹¹ Según el artículo 6 de la Directiva 2004/113/CE, "Con objeto de garantizar la plena igualdad en la práctica entre hombres y mujeres, el principio de igualdad de trato no impedirá a los Estados miembros mantener o adoptar medidas específicas destinadas a evitar o compensar las desventajas sufridas por razón de sexo".

¹² El artículo 1 bis introducido en el TUE por el Tratado de Lisboa establece: "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres".

¹³ El apartado 3 del art. 2 introducido en el TUE por el Tratado de Lisboa afirma: "La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros. La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo".

¹⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M^a L.: "La Constitución europea y la igualdad de género". Revista de Derecho Constitucional Europeo, n^o 3. Enero-Junio, 2005, pág. 280.

DOCTRINA

2) Al proveerse un puesto correspondiente a un grado de salarios, sueldos y retribuciones superiores se concederá preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas. Lo mismo sucederá en caso de provisión de otro puesto de trabajo y en caso de promoción. 3) (...)

4) Para determinar la capacitación sólo se tendrán en cuenta las exigencias de la profesión, del puesto de trabajo que deba proveerse o del cuerpo. La experiencia y las aptitudes específicas, adquiridas por ejemplo en el marco de las tareas familiares, de las actividades que impliquen un compromiso social o sean de carácter no retributivo, se considerarán parte de la capacitación en el sentido de los apartados 1 y 2 únicamente si son útiles para desempeñar la actividad de que se trate.

5) Existe infrarrepresentación de las mujeres cuando, en los distintos grados de salarios, sueldos y retribuciones de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio, las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos. También existirá cuando suceda lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama".

Ante la adjudicación del puesto a la Sra. Glimann en virtud de lo dispuesto en la Ley de 20 de noviembre de 1990, el Sr. Kalanke recurrió judicialmente ante la jurisdicción laboral (*Arbeitsgericht*) y ante el Tribunal de Trabajo del *Land* (*Landesarbeitsgericht*), desestimando ambos órganos jurisdiccionales su demanda al estimar que ambos candidatos poseían la misma capacitación y, por lo tanto, procedía la aplicación de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley de 20 de noviembre de 1990.

Finalmente, planteado recurso de casación ante el Tribunal Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*), este Tribunal aceptó el hecho -declarado probado por el Tribunal de Trabajo del *Land*-, de que los dos candidatos tenían la misma capacitación para cubrir el puesto, así como que existía infrarrepresentación de las mujeres en el Servicio de Parques y Jardines.

Asimismo, el Tribunal Federal de Trabajo estimó que el régimen de cuotas establecido por la Ley de 20 de noviembre de 1990 resultaba compatible con la Constitución del *Land* de Bremen, con la Constitución federal alemana y con el artículo 611.a) del Código Civil alemán. Sin embargo, consideraba que existían dudas acerca de la conformidad del artículo 4 de la Ley de 20 de noviembre de 1990 con los apartados 1 y 4 del artículo 2 de 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 trabajo²³.

Dichos preceptos de la Directiva afirmaban textualmente:

"Artículo 2:

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. 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".

De este modo, mediante Resolución de 22 de junio de 1993, el Tribunal Federal de Trabajo planteó ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dos cuestiones de carácter prejudicial sobre la interpretación de los citados apartados de la Directiva 76/207/CEE, a fin de dilucidar si se oponían a una normativa nacional que, como era el caso de la Ley de 20 de noviembre de 1990, en el supuesto de igual capacitación de los candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción, concedía automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trata y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama.

En su pronunciamiento, el Tribunal de Justicia comienza por precisar que en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 1 y en el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres supone "la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente" (apartado 15), estimando a continuación que una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, "entraña una discriminación por razón de sexo" (apartado 16).

²³ DOCE núm. L 39, de 14 de febrero de 1976.

DOCTRINA

No obstante, el Tribunal de Justicia estimaba que debía examinarse si dicha norma nacional tenía cabida en el apartado 4 del art. 2 de la Directiva 76/202/CEE. A tales efectos, consideraba que dicha disposición tenía una finalidad "precisa y limitada", consistente en "autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social" (apartado 16). Pero, al mismo tiempo, afirmaba, "constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva" que "debe interpretarse restrictivamente" (apartado 21), por lo que, a su juicio, una normativa nacional como la considerada, que "garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción", no sólo "va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva" (apartado 22), sino que, por su resultado, "sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades" contemplada en el mismo (apartado 23).

Lo cierto es que el Tribunal de Justicia no censuraba la existencia de medidas de acción positiva (apartados 18 y 20 de la Sentencia Kalanke), reconocidas expresamente en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/202/CEE, sino que, por el contrario, en su ponderación de bienes jurídicos protegidos —a través de una argumentación ciertamente parca—, alcanzaba la conclusión de que ante una medida como la contenida en la Ley de 20 de noviembre de 1990, prevalecía el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. En definitiva, aun cuando el Tribunal de Justicia no llegaba a hacerlo explícito, estimaba que la valoración jurídica de una medida que otorgue un trato más favorable a un determinado colectivo —en este caso, las mujeres—, en un ordenamiento jurídico sustentado en el principio de igualdad, requiere de la aplicación de los criterios de razonabilidad y de proporcionalidad con el fin propuesto por el legislador.

Por ello estimaba J. Fernández Avilés que "en esa idea de proporcionalidad o de razonabilidad, que debe acompañar a la medida de discriminación positiva, reside la decisión aplicativa de la Corte, y también la fragilidad de la misma", ya que, a su juicio, "no parece que el TJCE aporte excesivos elementos como para que, en una lógica de lo razonable, nos avoquen indefectiblemente a compartir su solución"²¹.

Desde esta perspectiva, el "elemento axial" de la Sentencia del TJCE en el asunto Kalanke provenía del carácter "excepcional" y de la "interpretación restrictiva" que el Tribunal de Justicia reconocía a la norma comunitaria que legitimaba la diferencia de trato, lo que para J. A. Montilla Martos dificultaba "su funcionalidad como parámetro en el proceso de valoración de la adecuación del tratamiento distinto"²², aunque, en su opinión, esta doctrina no era referible, con carácter absoluto, respecto de cualquier tratamiento diferenciado, sino, en particular, sólo "al establecimiento de cuotas en favor de un determinado grupo infrarrepresentado en un sector del mercado de trabajo"²³.

Sin embargo, el carácter "absoluto e incondicional" de la preferencia que la Ley de Bremen reconocía a la mujer, según la opinión del Tribunal de Justicia, no resultaba "justificada" teniendo en cuenta que dicha preferencia se aplicaba previo cumplimiento de dos condiciones inexcusables, como son: la igualdad de capacitación y la existencia de infrarrepresentación en el sector laboral correspondiente²⁴.

En definitiva, puede afirmarse, como ha estimado J. A. Fernández Avilés, que se trataba de una decisión "próxima a una concepción neutra y formalista del principio de no discriminación que, probablemente, no sea compartible desde la perspectiva de una visión más progresiva y sustancial del mismo"²⁵. De ahí que B. Quintanilla Navarro haya considerado que "el elemento más «peligroso» de la postura adoptada en este caso por el TJCE" proviene de que "de la lectura de esta sentencia podría llegar a pensarse que lo que prima es el principio de igualdad formal, que parte de la ficción jurídica de que todos somos iguales, para garantizar, a su vez, la igualdad de trato en el contenido y en la aplicación de la ley. Y esa lectura sí llevaría, necesariamente, a afirmar que el Tribunal rechaza las acciones positivas, pues todas ellas implicarían una «discriminación»"²⁶.

No obstante, a partir de la vigencia del Tratado de Amsterdam no será posible una resolución del Tribunal de

²¹ Como subraya M. ATIENZA, la parquedad de la argumentación del Tribunal de Justicia en el asunto «Kalanke» dificulta "determinar con precisión qué debe considerarse como la *ratio decidendi* del fallo" ("Un comentario al caso Kalanke". Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 19, 1996, pág. 121).

²² FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "La discriminación positiva en el ámbito comunitario (Notas a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995)". Actualidad Laboral. Núm. 44. 1995, págs. 770-771.

²³ MONTILLA MARTOS, J. A.: "Principio de igualdad y Estado social. La discriminación positiva en la justicia europea y en la justicia constitucional española". En, VV.AA.: "El constitucionalismo en la crisis del Estado social". Bilbao: Universidad del País Vasco, 1998, pág. 95.

²⁴ MONTILLA MARTOS, J. A.: "Principio de igualdad y Estado social. La discriminación positiva en la justicia europea y en la justicia constitucional española". Op. Cit., pág. 98.

²⁵ En este sentido, vid. RUIZ MIGUEL, A.: "La discriminación inversa y el caso Kalanke". Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 19, 1996, pág. 135.

²⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "La discriminación positiva en el ámbito comunitario (Notas a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995)". Op. Cit., pág. 771.

QUINTANILLA NAVARRO, B.: "La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso «Kalanke versus Glimann»". Actualidad Laboral, núm. 5. 1996, pág. 156.

DOCTRINA

Justicia como la dictada en el asunto *Kalanke*, negando las medidas de acción positiva a favor de las mujeres, ya que, como afirma T. Freixes Sanjuán, el Tratado de Ámsterdam permitirá al Tribunal de Justicia "ampliar el ámbito de la eficacia jurídica de la igualdad entre hombres y mujeres"³².

En efecto, la valoración de las medidas de acción positiva por razón de sexo por el Tribunal de Justicia resulta radicalmente diferente en la Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (Asunto *Marschall/Westfalen*)³³.

El 8 de febrero de 1994, el Sr. Marschall, que trabajaba como profesor titular y que percibía la retribución correspondiente al nivel de base del grado A 12, presentó su candidatura para la promoción a una plaza de grado A 13 «Docente capacitado para la enseñanza secundaria de primer grado y que ejerza como tal», del centro escolar de Schwerte (Alemania). No obstante, el gobierno comarcal de Arnsberg (*Bezirksregierung Arnsberg*), le informó de que tenía intención de nombrar a una candidata para esa plaza en aplicación de lo dispuesto en la última frase del apartado 5 del artículo 25 de la Ley de la Función Pública del *Land* (*Beamtengesetz*), en su versión de 1 de mayo de 1981, modificada mediante el artículo 1 de la séptima Ley de Modificación de Determinadas Normas de la Función Pública, de 7 de febrero de 1995.

Según dicho apartado 5 del artículo 25 de la Ley de la Función Pública, "cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor (...)".

Formulada la correspondiente reclamación por el Sr. Marschall, el gobierno comarcal de Arnsberg la desestimó por considerar que la candidata seleccionada debía ser forzosamente promovida conforme a dicha legislación, habida cuenta de que según los informes de calificación, dicha candidata y el reclamante poseían idéntica capacitación y el número de mujeres de grado A 13 en el momento en que se publicó la vacante era inferior al de hombres.

El Sr. Marschall interpuso recurso ante el Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen (*Verwaltungsgericht Gelsenkirchen*) con objeto de que se ordenara al *Land* que lo promoviera al puesto controvertido. Dicho Tribunal, tras constatar que el Sr. Marschall y la candidata seleccionada tenían igual capacitación, consideró que la resolución del litigio dependía de la compatibilidad del apartado 5 del artículo 25 de la Ley de la Función Pública con los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, planteando ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la correspondiente cuestión prejudicial.

A juicio del *Land*, la disposición controvertida "introduce un criterio de promoción suplementario, el de la condición de mujer, destinado a neutralizar la situación de desigualdad en la que se encuentran las candidatas femeninas en relación con los candidatos masculinos". Porque, según estimaba, "en caso de igual capacitación, el empresario tiende a promover a un hombre antes que a una mujer, debido a la aplicación de determinados criterios tradicionales de promoción que perjudican en la práctica a las mujeres, tales como la edad, la antigüedad y el hecho de que el candidato sea el cabeza de familia que asegura la única fuente de ingresos del hogar" (apartado 4). De este modo, a juicio del *Land*, la preferencia concedida a las candidatas femeninas "está destinada a servir de contrapeso de los criterios tradicionales de promoción, aunque sin suplantarlos" (apartado 15). No obstante, el *Land* reconocía que al establecer que debe promocionarse a las mujeres, "salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor", el legislador "eligió conscientemente un concepto jurídico impreciso con objeto de garantizar la suficiente flexibilidad y, en particular, para dejar a la Administración un margen de apreciación que le permita tener en cuenta todos los motivos que puedan concurrir en la persona de los candidatos", de tal modo que, a pesar de la norma de preferencia, "la Administración siempre puede optar por el candidato de sexo masculino basándose en los criterios, tradicionales o no, de promoción" (apartado 5).

Tanto el *Land* como los Gobiernos austriaco, español, finlandés, noruego y sueco, junto a la Comisión -todos ellos personados en la causa-, consideraron que una norma nacional como la controvertida constituía "una medida destinada a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que está comprendida en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva" (apartado 14). El Gobierno austriaco estimaba, además, que estaba destinada a "corregir procedimientos discriminatorios de selección de personal" (apartado 15 in fine), mientras que los Gobiernos finlandés, sueco y noruego añadían que "favorece el acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad y contribuye, de esa forma, a reequilibrar los mercados de trabajo

³² FREIXES SANJUÁN, T.: "La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea". Op. Cit., pág. 55.

³³ Asunto C-409/95. Repertorio de Jurisprudencia Rec. 1997, p. I-6363.

DOCTRINA

que, en su estado actual, siguen estando ampliamente compartimentados en función del sexo, concentrando el trabajo femenino en los puestos inferiores de la jerarquía profesional", precisando también el Gobierno finlandés que "la experiencia demuestra que las acciones que se limitan a intervenir en la orientación y la formación profesionales de las mujeres, o en el reparto de responsabilidades profesionales y familiares, no bastan para poner fin a esta compartimentación de los mercados de trabajo" (apartado 16).

Por todo ello, el *Land* y los Gobiernos anteriormente citados estimaban que la disposición controvertida "no garantiza a las mujeres una preferencia absoluta e incondicional" y, por lo tanto, se mantenía dentro de los límites fijados por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Kalanke* (apartado 17).

Por el contrario, los Gobiernos francés y del Reino Unido -también personados en la causa-, consideraban que la norma cuestionada "no está amparada por la excepción del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva" (apartado 18), ya que entendían que al conceder preferencia a las candidatas femeninas, la disposición "va más allá de una promoción de la igualdad de oportunidades y pretende establecer una igualdad de representación entre hombres y mujeres", siendo aplicable a este caso lo dispuesto en la Sentencia *Kalanke* (apartado 19). A su juicio, la cláusula de excepción que contenía dicha norma no disminuía el carácter discriminatorio de la misma, porque dicha cláusula sólo se aplicaría "excepcionalmente" y no en condiciones normales. Al mismo tiempo, afirmaban que la formulación de dicha "cláusula de excepción" en términos "a la vez generales e imprecisos, vulneraría el principio de seguridad jurídica" (apartado 20).

El Tribunal de Justicia, tras recordar los términos del pronunciamiento en la Sentencia *Kalanke*, estimó que, a diferencia de la normativa examinada entonces, la disposición controvertida en el caso actual no suponía una promoción automática de las candidatas femeninas, en tanto que contenía una "cláusula de apertura" en favor de los candidatos masculinos (apartados 23 y 24), considerando que la cuestión estribaba en dilucidar si una norma nacional que contenga dicha cláusula mantiene su finalidad de promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el sentido del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva (apartado 25).

En este sentido, tras recordar la interpretación contenida en la Sentencia *Kalanke* respecto del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva, el Tribunal consideró que "el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades" (apartado 30), de donde dedujo que la norma cuestionada podía contribuir a reducir las desigualdades de hecho que afectan a las candidatas femeninas (apartado 31).

Al mismo tiempo, a juicio del Tribunal la disposición controvertida en este caso, el apartado 5 del artículo 25 de la Ley de la Función Pública antes transcrito, contenía lo que denominaba como una "cláusula de apertura" que "no sobrepasa los límites" y que permitía justificar la conformidad de dicha norma con el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, aun cuando dicha coexistencia estuviera sometida a una concreta interpretación de la norma nacional que el Tribunal de Justicia precisó en un claro pronunciamiento interpretativo, a saber:

1º. Que dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y que

2º. Tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas (apartado 33).

En última instancia, afirmaba el Tribunal, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si se cumplen tales requisitos en la aplicación de la norma al caso controvertido (apartado 34).

Nos encontramos, por lo tanto, ante un supuesto en el que la norma nacional contiene una medida de acción positiva en beneficio de las candidatas femeninas de igual capacitación que aspiren a un puesto en un nivel en el que el sexo femenino se encuentra infrarrepresentado, acompañada de una cláusula -denominada por el Tribunal de Justicia "de apertura"-, en virtud de la cual dicha preferencia queda anulada si concurren en un candidato masculino "motivos" que "inclinan la balanza a su favor".

La indeterminación de dicha cláusula -reconocida, por otro lado por el propio *Land*-, respondía a la voluntad de reconocer a la Administración un margen de discrecionalidad. Sin embargo, su formulación en términos tan imprecisos como los señalados permite considerar que en virtud de la misma, la Administración puede rebasar ampliamente los límites de la discrecionalidad, incurriendo en una clara arbitrariedad y, en este sentido, resulta justificado el argumento sostenido por los Gobiernos francés y de Gran Bretaña en el sentido de que dicha cláusula afectaría al principio de seguridad jurídica.

DOCTRINA

Al ofrecer una interpretación del precepto de la Ley de la Función Pública cuestionado, el Tribunal de Justicia pretendió acotar el margen de actuación de la Administración eliminando los riesgos de una posible actuación arbitraria ofreciendo, de este modo, una significación de dicha cláusula que sea compatible con el principio de seguridad jurídica. Sin embargo, la interpretación formulada por el Tribunal de Justicia del precepto controvertido no excluye la aplicación de los que el *Land* de Westfalen consideraba los criterios "tradicionales" de selección: edad, antigüedad y el hecho de que el candidato sea cabeza de familia, en tanto que todos ellos pueden ser considerados criterios "objetivos" referidos a la persona de los candidatos de ambos sexos, de modo que la preferencia de las candidatas femeninas se convertiría en el criterio residual de selección de candidatos.

De los pronunciamientos del Tribunal de Justicia examinados resulta, por lo tanto, una interpretación restrictiva del contenido del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE y, en consecuencia, de las medidas dirigidas a corregir las desigualdades de hecho que afecten a las mujeres en el acceso al empleo, la promoción y la formación profesional, aunque dicho criterio restrictivo, ciertamente, presenta diferentes grados si se comparan las Sentencias *Kalanke* y *Marschall*.

En efecto, mientras en la Sentencia *Kalanke* el Tribunal estableció que las medidas de acción positiva que conceden un trato preferente y automático a las mujeres son contrarias al Derecho comunitario, en la Sentencia *Marschall* se aclara que tales medidas son conformes con el Derecho comunitario si incluyen una "cláusula de apertura".

En todo caso, el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado en ninguna de las Sentencias examinadas acerca de sistemas de "cuotas rígidas", es decir, de medidas que implican la reserva de un porcentaje determinado de puestos en ciertas categorías que necesariamente han de ser ocupados por mujeres. De hecho, M^a A. Martín Vida afirma expresamente que las medidas cuestionadas en las Sentencias *Kalanke* y *Marschall*, en virtud de las cuales se promociona a la mujer —igualmente cualificada e infrarrepresentada en la categoría profesional del puesto a cubrir—, "no convierte a este modelo de «discriminación positiva» en un modelo de «cuota rígida»".

En efecto, la legislación cuestionada en las Sentencias *Kalanke* y *Marschall* otorgaba a las mujeres una ventaja añadida en una situación de igualdad de capacitación, en el caso de que la concurrencia de candidatos se produzca en un sector en que las mujeres están infrarrepresentadas. De ahí que J. A. Fernández Avilés haya afirmado, "siguiendo un razonamiento, *a fortiori*", que "un sistema de cuotas rígido, que reserve un determinado número de puestos con carácter exclusivo para las mujeres con indiferencia de su capacitación respecto de un eventual candidato masculino, y que no se sustente sobre alguna de las otras excepciones previstas por la Directiva, debe considerarse mayormente incompatible con la misma, pues vulnera de forma más intensa y directa el principio de trato igual"³³.

En principio, podría considerarse que este resultó el tema al que hubieron de enfrentarse el Consejo Constitucional francés y la Corte Constitucional italiana, al plantearse en sus respectivos países problemas de constitucionalidad por el desarrollo en ellos de los intentos más significativos por ampliar la presencia de mujeres en los órganos de representación, adoptando a tales efectos acciones positivas consistentes en el establecimiento de cuotas por razón de sexo en las candidaturas electorales.

4. La experiencia francesa e italiana acerca de las cuotas electorales por razón de sexo.

En efecto, en 1982 fue aprobada en Francia la Ley por la que se modificaba el Código electoral y el Código municipal y relativa a la elección de consejeros municipales y a las condiciones de inscripción de los franceses residentes fuera de Francia, recurrida ante el Consejo Constitucional francés a través de una cuestión previa de inconstitucionalidad por los diputados de la oposición en la Asamblea Nacional, resuelta por la Sentencia n^o 82-146, de 18 de noviembre³⁴.

En concreto, los recurrentes estimaban contrario a la Constitución el artículo 4 del citado texto legal, por el que se incorporaba un nuevo artículo L 260 bis al Código electoral, según el cual en los municipios de más de 3500 habitantes, las listas de candidatos no podían incorporar más del 75% de personas del mismo sexo, teniendo en cuenta que los consejeros municipales son elegidos por escrutinio de listas cerradas y bloqueadas, en las que los electores no pueden modificar su contenido ni el orden de presentación de los candidatos.

³³ MARTÍN VIDA, M^a 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*. Año 18. Núm. 53. Mayo-Agosto, 1998, pág. 333.

³⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "La discriminación positiva en el ámbito europeo (Notas a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995)". *Op. Cit.*, págs. 772-773.

DOCTRINA

En la mencionada Sentencia, el Consejo Constitucional partió del análisis del contenido tanto del art. 3 de la Constitución –relativo a la atribución de la soberanía y a las condiciones de elegibilidad⁶⁶–, como de la conocida y clásica definición de la ley contenida en el art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano⁶⁷, dado que éste último texto, en virtud de lo establecido en el Preámbulo de la Constitución de 3 de junio de 1958, forma parte de la Constitución actualmente vigente⁶⁸.

Del análisis sistemático de ambos preceptos, el Consejo Constitucional francés dedujo que es la “condición de ciudadano” la que posibilita el ejercicio del derecho de voto así como el de ser elegido en condiciones idénticas para todos, sin otras limitaciones que las derivadas de la edad, incapacidad o la nacionalidad, o de otra razón cuyo fin sea garantizar la libertad del elector o la independencia del elegido. Estos principios, afirmaba el Consejo Constitucional, tienen “valor constitucional” y “se oponen a toda división en categorías de los electores o los elegibles” en “todo tipo de sufragio político”, incluidas la elección de los consejeros municipales (Apartado 7).

Desde tales premisas, consideró que el precepto cuestionado, relativo a las listas sometidas a los electores, en tanto que “supone una distinción entre candidatos por razón de sexo, es contrario a los principios constitucionales antes citados”, de tal modo que el artículo L 260 bis del Código electoral según la redacción contenida en el artículo 4 de la Ley sometida a examen, “debe ser declarado contrario a la Constitución” (Apartado 8).

Dicho pronunciamiento, en el que el Consejo Constitucional francés analiza el sistema de cuotas por sexo únicamente desde la perspectiva de la igualdad formal, suscitó un importante debate político y doctrinal sobre la base de la pregunta “¿Para reducir las desigualdades que provienen de las costumbres, pueden introducirse en la ley discriminaciones permanentes?”⁶⁹.

A este respecto, se ha de subrayar la contundente opinión contraria a lo deducido por el Consejo Constitucional por parte de Ph. Blacher, quien estimó que el artículo 3 de la Constitución se refiere “únicamente al derecho de voto”, pero no al conjunto del derecho electoral y, más concretamente, al establecimiento de “cuotas” por sexo, en tanto que la finalidad de éstas últimas no es otra que la de favorecer una representación política más equilibrada entre hombres y mujeres, de manera que una medida de esta naturaleza “en ningún caso, afecta al derecho de voto”.

Con todo, lo más “sorprendente” del pronunciamiento analizado consiste, en opinión del autor precitado, en el hecho de que el Consejo Constitucional no tiene en cuenta el principio de igualdad entre hombres y mujeres consagrado en el tercer párrafo del Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946, según el cual “La Ley garantiza a la mujer, en todas las esferas, derechos iguales a los del hombre”. Este “voluntario olvido” del Consejo Constitucional confirma, a su juicio, que el juez constitucional “rehúsa tratar diferentemente a los hombres ciudadanos y a las mujeres ciudadanas”, con la consecuencia –a través de la aplicación de una lógica “siesiana”–, de “prohibir cualquier división del cuerpo electoral”⁷⁰.

Por ello, la consecuencia más destacable, desde el punto de vista constitucional, de la Sentencia de 18 de noviembre de 1982, reside en el hecho de que la interpretación del principio de igualdad –entendido exclusivamente como igualdad formal o igualdad ante la ley– realizada por el Consejo Constitucional francés no sólo implica la incompatibilidad de las cuotas por sexo en las candidaturas electorales con el ordenamiento jurídico francés, sino que también podría justificar la inconstitucionalidad de cualquier otra medida de acción positiva.

⁶⁶ C. C. n° 82-146 D.C. de 18 noviembre 1982. Recueil, p. 66.

⁶⁷ El artículo 3 de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 establece: “La soberanía nacional pertenece al pueblo, quien la ejerce por medio de sus representantes y por la vía del referéndum.

Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse el ejercicio de la soberanía.

El sufragio puede ser directo o indirecto, en las condiciones previstas por la Constitución. Siempre es universal, igual y secreto. Son electores, en las condiciones determinadas por la ley, todos los nacionales franceses mayores de edad, de ambos sexos, que gocen de sus derechos civiles y políticos” (CASCAJO CASTRO, J. L. y GARCÍA ALVAREZ, M.: “Constituciones extranjeras contemporáneas”. Madrid: Tecnos, 1991, pág. 227).

⁶⁸ Por su parte, como resulta conocido, el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano afirma: “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar, personalmente o por sus representantes, en su elaboración. La Ley debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Como todos los ciudadanos son iguales a sus ojos, todos son igualmente admisibles a las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin más distinción que la de sus virtudes y sus talentos” (MARTÍNEZ ARANCÓN, A.: “La Revolución francesa en sus textos”. Madrid: Tecnos, 1989, págs. 6-7).

⁶⁹ El primer párrafo del Preámbulo de la vigente Constitución de la Quinta República francesa afirma que “el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946” (CASCAJO CASTRO, J. L. y GARCÍA ALVAREZ, M.: “Constituciones extranjeras contemporáneas”. Op. cit., pág. 227).

⁷⁰ AVRIL, P. y GICQUEL, J.: “Chronique constitutionnelle française (16 octobre 1982-15 janvier 1983)”. Pouvoirs: Revue française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques”, n° 25, 1983, pág. 191.

⁷¹ BLACHER, Ph.: “Droit constitutionnel et identité féminine”. Revue Administrative, n° 289, 1996, pág. 39. En efecto, según afirmaba E.-J. SIEYÈS, “Je me figure la Loi au centre d'un globe immense; tous les Citoyens sans exception, sont à la même distance sur la circonférence & n'y occupent que des places égales; tous dépendent également de la Loi; tous lui offrent leur liberté & leur propriété à protéger; & c'est que j'appelle les droits communs de Citoyens” (“Qu'est-ce que le Tires-Etat?”. Pergamon press, 1789, págs. 116-117. En: <http://gallica2.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k47521t.r=siey%C3%A8s.langES>).

DOCTRINA

Ello no significa que la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés no haya reconocido que el principio de igualdad "no excluye que el legislador regule de manera diferente situaciones diferentes", ni tampoco la posibilidad de que establezca excepciones a la igualdad "por razones de interés general"⁴², sino que de la argumentación mantenida en la Sentencia de 18 de noviembre de 1982 no se desprende, como lógica consecuencia, que el "sexo" pueda ser considerado por el juez constitucional como una "diferencia" y las medidas de acción positiva como "razones de interés general" que justifiquen el trato desigual de la mujer en la ley⁴³.

Finalmente, a través de la Ley constitucional n.º 99-569 de 8 de julio de 1999⁴⁴, relativa a la igualdad entre mujeres y hombres, el art. 3 de la Constitución francesa pasó a incluir un último apartado según el cual "la ley favorecerá la igualdad entre mujeres y hombres para acceder a los mandatos electorales y cargos electivos".

Por lo que se refiere al caso italiano, el artículo 5.2, párrafo segundo, de la Ley n. 81, de 25 de marzo de 1993 [Elección directa del alcalde, del presidente de la provincia, del consejo municipal y del consejo provincial (GU n. 072. Suppl. Ord. de 27/3/1993)], modificada por la Ley n. 415, de 15 de octubre de 1993 (GU n. 245 de 18/10/1993), en relación con la elección de los consejeros municipales en municipios de hasta 15.000 habitantes, afirmaba que "en las listas de candidatos ninguno de los dos sexos podrá estar representado en grado superior a los tres cuartos de los consejeros asignados".

Dicho precepto fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Consejo de Estado, a raíz del recurso presentado por Maio Giovanni contra el Ministerio del Interior, resuelta mediante Sentencia de la Corte Constitucional de 6 de septiembre de 1995⁴⁵.

En dicho pronunciamiento, la Corte Constitucional declaraba inconstitucional el precepto citado por considerarlo contrario a los artículos 3, párrafo primero y 51 párrafo primero de la Constitución italiana de 1947⁴⁶, si bien debe subrayarse el hecho de que, a pesar de que el Consejo de Estado planteó la duda acerca de la conformidad constitucional de la disposición citada respecto de los artículos 3 párrafo primero, 51 párrafo primero y 49 de la Constitución italiana, el pronunciamiento de la Corte Constitucional se fundamenta en el análisis de los dos primeros preceptos, pero no en éste último, según el cual "todos los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente en partidos para concurrir con método democrático a determinar la política nacional"⁴⁷.

En opinión de la Corte Constitucional, ambos preceptos constitucionales —los artículos 3, 1.º y 51, 1.º— "garantizan la absoluta igualdad entre los dos sexos en el acceso a los cargos públicos electivos, en el sentido de que la pertenencia a uno u otro sexo no puede ser nunca asumida como requisito de elegibilidad ni tampoco se deduce que deba afirmarse respecto del derecho a ser candidato". De hecho, según declara la Corte Constitucional, la posibilidad de ser presentado como candidato no es sino "la condición prejudicial y necesaria para poder ser elegido, para beneficiarse, por lo tanto, en concreto, del derecho al sufragio pasivo" (Considerando 4.º).

Desde esta perspectiva, la Corte reconoce que la norma cuestionada tiende a configurar "una especie de acción positiva" dirigida a favorecer una igualdad no sólo formal, sino también sustancial, entre los dos sexos, en el acceso a los cargos públicos electivos en el sentido previsto en el apartado segundo del art. 3 de la Constitución⁴⁸ (Considerando 5.º). Tales medidas de acción positiva, "deliberadamente desiguales", aunque pueden tener su fundamento en la eliminación de situaciones de inferioridad social o económica o, más ampliamente, pueden ir dirigidas a compensar o remover las desigualdades materiales entre los individuos (en tanto que presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales), no pueden, sin embargo, "incidir directamente en el contenido mismo de aquellos mismos derechos, rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto tales".

⁴² Vid., entre otras, Sentencia n.º 87-232, de 7 de enero de 1988. Recueil p. 17.

⁴³ Este fue el caso, a modo de ejemplo, de la Sentencia del Consejo Constitucional francés n.º 94-358, de 26 de enero de 1995, relativa a la distribución del territorio, donde el juez constitucional consideró que el principio de igualdad "no es obstáculo a lo que dispone el legislador, a través del otorgamiento de ventajas fiscales, medidas de incitación al desarrollo y a la mejora de ciertas partes del territorio nacional con miras al interés general" (Considerando 34), lo que equivalía a reconocer la constitucionalidad de un sistema de "cuotas" fiscales (C. C. n.º 94-358 D.C. de 26 junio de 1995. J. O. de 1 de febrero de 1995).

⁴⁴ JO n.º 157 de 9 de julio de 1999, p. 10175.

⁴⁵ GU n. 20/09/1995.

⁴⁶ El párrafo primero del artículo 3 de la Constitución de la República italiana, de 27 de diciembre de 1947, establece: "Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas o condiciones personales y sociales". Por su parte, el párrafo primero del artículo 51 afirma: "Todos los ciudadanos, sin distinción de sexo, pueden acceder a la función pública y a los cargos electivos en condiciones de igualdad, de acuerdo con los requisitos establecidos por la ley" (CASCAJO CASTRO, J. L. y GARCÍA ALVAREZ, M.: "Constituciones extranjeras contemporáneas". Op. cit., págs. 135 y 143, respectivamente).

⁴⁷ CASCAJO CASTRO, J. L. y GARCÍA ALVAREZ, M.: "Constituciones extranjeras contemporáneas". Op. cit., pág. 142.

⁴⁸ Según afirma el párrafo segundo del artículo 3 de la Constitución: "Es misión de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país" (CASCAJO CASTRO, J. L. y GARCÍA ALVAREZ, M.: "Constituciones extranjeras contemporáneas". Op. cit., pág. 135).

DOCTRINA

Más concretamente, respecto de la medida legal cuestionada, la Corte estimaba que una "acción positiva" de esta naturaleza no resulta coherente con "la finalidad" indicada en el párrafo segundo del art. 3 de la Constitución, dado que no se propone "remover" los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar determinados resultados, sino que le atribuye directamente aquellos mismos resultados. Por este motivo, afirmaba que, considerada en tales términos, dicha medida de "acción positiva" persigue el resultado "expresamente excluido" por el artículo 51 de la Constitución, terminando por crear "discriminaciones actuales como remedio a las discriminaciones pasadas" (Considerando 6°).

No obstante, la propia Corte reconoce que tales medidas, "constitucionalmente ilegítimas" cuando son establecidas mediante la ley, pueden ser valoradas positivamente cuando son "libremente adoptadas" por los partidos políticos, asociaciones o grupos que participan en las elecciones, de acuerdo con las previsiones contenidas en sus respectivos estatutos o reglamentos relativos a la presentación de candidaturas (Considerando 7°).

Numerosas opiniones doctrinales mostraron la debilidad de la argumentación de la Corte Constitucional en dicho pronunciamiento. Así, U. de Siervo subrayaba, entre otros aspectos, la improcedencia de la equiparación realizada por la Corte Constitucional entre "elegibilidad" y el derecho a ser candidato, o la limitación que se deriva para las acciones positivas de la afirmación según la cual las mismas no pueden incidir directamente en el contenido mismo de los derechos fundamentales⁴⁸. En el mismo sentido, G. Brunelli, se refería a la "hostilidad" de la Corte Constitucional hacia las medidas de "acción positiva" en la línea del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (caso Kalanke)⁴⁹. Por su parte, G. Cinanni, consideraba que la inconstitucionalidad de una norma como la cuestionada no derivaba tanto de la ruptura del principio de igualdad, sino de la alteración que suponía en la "representación política según está configurada en nuestro ordenamiento"⁵⁰.

Sin embargo, varios años más tarde el problema de la desigualdad de representación de las mujeres en las instituciones representativas reaparece en el contexto de la reforma constitucional relativa a la forma de Estado.

En efecto, la Ley Constitucional n. 2 de 31 de enero de 2001 ("Disposiciones relativas a la elección directa de los Presidentes de las Regiones de Estatuto especial y de las provincias autónomas de Trento y Balzano")⁵¹, encomienda al legislador regional la tarea de adoptar las medidas idóneas para fomentar el equilibrio en la representación electoral entre ambos sexos, mientras que la Ley Constitucional n. 3, de 18 de octubre de 2001 ("De modificación del Título V de la parte segunda de la Constitución")⁵², proporciona una nueva redacción al art. 117.c) párrafo 7 de la Constitución, asignando a la legislación regional las tareas de "remover los obstáculos que impidan la plena paridad de hombres y mujeres en la vida social, cultural y económica" y promover "la paridad entre mujeres y hombres en el acceso a los cargos electivos".

Tras estas reformas constitucionales, la Corte Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse nuevamente —aunque manifestando un distinto parecer—, sobre el sistema de cuotas de mujeres en las candidaturas electorales, a través de la Sentencia n. 49 de 10 de febrero de 2003⁵³, donde se pronunciaba sobre algunas disposiciones de la Ley regional del Valle de Aosta, aprobada el 25 de julio de 2002, y, en concreto, respecto de su artículo 2, donde se incluía un nuevo precepto en la legislación electoral en virtud del cual cada lista de candidatos en las elecciones al Consejo regional debía contemplar la presencia de candidatas de ambos sexos.

Según el parecer de la Corte Constitucional en esta última Sentencia, la norma cuestionada no establece la pertenencia a uno u otro sexo como requisito ulterior de elegibilidad y mucho menos para ser candidato. De otra parte, la medida prevista en la ley impugnada "no puede calificarse como una de aquellas «medidas legislativas, deliberadamente desiguales»" que, según ha reconocido la propia Corte —en referencia a la Sentencia n. 422 de 1995—, no pueden "incidir directamente sobre el contenido mismo" de los derechos fundamentales, "rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto tales", en tanto que, en opinión de la Corte, no se contempla en la misma ninguna medida de "desigualdad" dirigida a favorecer a los individuos pertenecientes a grupos en situación de desventaja, ni de "compensar" tales desventajas a través de ventajas legislativamente atribuidas.

⁴⁸ DE SIERVO, U.: "La mano pesante della Corte sulle «quote» nelle liste elettorali". En *Giurisprudenza Costituzionale*. Anno XL. Fasc. 5. Settembre-Ottobre, 1995, págs. 3270-3271.

⁴⁹ BRUNELLI, G.: "Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità conseguenziale) in due recenti pronunce costituzionali". En *Giurisprudenza Costituzionale*. Anno XL. Fasc. 5. Settembre-Ottobre, 1995, pág. 3275.

⁵⁰ CINANNI, G.: "Leggi elettorali e azioni positive in favore delle donne". En *Giurisprudenza Costituzionale*. Anno XL. Fasc. 5. Settembre-Ottobre, 1995, pág. 3293.

⁵¹ G. U. n. 26 del 1 febrero 2001.

⁵² G. U. n. 248 del 24 de octubre de 2001.

⁵³ G. U. de 19 de febrero de 2003.

DOCTRINA

No existe, en definitiva, a juicio de la Corte Constitucional, "ninguna incidencia directa sobre el contenido de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de uno u otro sexo, todos igualmente elegibles sobre la base exclusivamente de los requisitos prescritos", pues las disposiciones recurridas "no establecen la pertenencia a uno u otro sexo como requisito para la ulterior elegibilidad, ni tampoco para la posibilidad de ser candidatos de los ciudadanos particulares. La obligación impuesta por la ley y la consiguiente sanción de invalidez conciernen sólo a las listas y a los sujetos que las presentan".

En otras palabras, la Corte Constitucional parece rechazar su anterior consideración del derecho a ser candidato como "la condición prejudicial y necesaria para poder ser elegido, para beneficiarse, por lo tanto, en concreto, del derecho al sufragio pasivo", afirmando en esta ocasión que "las disposiciones examinadas establecen un vínculo no ya con el ejercicio del voto o de los derechos de los ciudadanos elegibles, sino con la formación de la libre elección de los partidos y de los grupos que elaboran y presentan las listas electorales, impidiéndoles (sólo) la posibilidad de presentar listas formadas por candidatos todos del mismo sexo" (Considerando 3.1).

Sin duda propiciada por este pronunciamiento de la Corte Constitucional, una posterior reforma de la Constitución llevada a cabo mediante la Ley Constitucional n. 1, de 30 de mayo de 2003³³, modificaba el párrafo 1 del artículo 51 añadiendo los términos siguientes: "A tales fines la República fomenta con las medidas adecuadas la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres", de tal modo que, en opinión de E. Ceccherini, se reconocía "una cierta simetría entre los cargos electivos a nivel estatal y a nivel regional, legitimando medidas de reequilibrio en cualquier proceso electoral"³⁴.

5. El "principio de presencia o composición equilibrada" en las candidaturas electorales como "fórmula de equilibrio entre sexos" en la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero.

En nuestro ordenamiento jurídico, diferentes Comunidades Autónomas han reformado sus leyes electorales en los últimos años con el fin de favorecer la presencia de mujeres en sus respectivas Asambleas Legislativas.

Este es el caso de la Ley 6/2002, de 21 de junio, de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, cuyo artículo 1 dispone la modificación del artículo 16.4 de la Ley electoral de las Illes Balears, reconociendo la presencia equilibrada de hombres y mujeres en las candidaturas electorales, a través de un sistema de listas "cremallera"³⁵. Un sistema muy semejante al previsto en la Ley 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha³⁶, y en la Ley 5/2005, de 8 de abril, por la que se modifica la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía³⁷. Por su parte, la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, en su Disposición final Cuarta -a través de la cual se modifica la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco, añadiendo un párrafo, con el número 4, al artículo 50-, opta por reconocer la obligación de que las candidaturas electorales estén integradas, al menos, por un 50 por ciento de mujeres, proporción que deberá mantenerse en el conjunto de la lista de candidatos y en cada tramo de seis nombres³⁸.

Frente a las dos primeras leyes autonómicas citadas fueron planteados recursos de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno, que se tuvieron por desistidos mediante los Autos del Tribunal Constitucional 359/2006, de 10 de octubre (Balears) y 331/2006, de 26 de septiembre (Castilla-La Mancha), mientras que la legislación electoral de Andalucía y del País Vasco, recurridas en inconstitucionalidad por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso, siguen en vigor a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

³³ G. U. n. 134, de 12 de junio de 2003.

³⁴ CECCHERINI, E.: "La igualdad de sexos en la representación política: la experiencia italiana". Revista de Derecho Constitucional Europeo, n.º 6, Julio-Diciembre 2006, pág. 347.

³⁵ BOE núm. 170, de 17 de julio de 2002. Según esta reforma legal, el art. 16.4 de la Ley Electoral queda redactado en los términos siguientes: "4. Con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad en la participación política, las candidaturas electorales deberán contener una presencia equilibrada de hombres y mujeres. Las listas se integrarán por candidatos de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa".

³⁶ BOE núm. 169, de 16 de julio de 2002. Dicha norma legal añade un nuevo apartado 1 bis al artículo 23 de la Ley electoral de Castilla-La Mancha, con la siguiente redacción: "Para garantizar el principio de igualdad en la representación política, las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, alternarán hombres y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos pares y los del otro los impares. La Junta Electoral sólo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para los candidatos como para los suplentes".

³⁷ BOJA núm. 74, de 18 de abril de 2005. Concretamente, el artículo 23, apartado 1 de la Ley electoral de Andalucía queda redactado del siguiente modo: "1. La presentación de candidaturas, en las que se alternarán hombres y mujeres, habrá de realizarse entre el decimoquinto y el vigésimo días posteriores a la convocatoria, mediante listas que deben incluir tantos candidatos como escaños a elegir por cada circunscripción y, además, cuatro candidatos suplentes, expresándose el orden de colocación de todos ellos, ocupando los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares".

³⁸ BOPV núm. 42, de 2 de marzo de 2005. El contenido del nuevo párrafo 4 del art. 50 de la Ley de Elecciones al Parlamento Vasco es el siguiente: "Las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de personas electoras estarán integradas por al menos un 50% de mujeres. Se mantendrá esa proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres. Las juntas electorales del territorio histórico competentes sólo admitirán aquellas candidaturas que cumplan lo señalado en este artículo tanto para las personas candidatas como para los suplentes".

DOCTRINA

En el ámbito estatal, la aprobación de la Ley Orgánica de 22 de marzo de 2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contempla específicamente en su Disposición adicional 2ª, la inclusión de un nuevo artículo 44 bis en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (en adelante, LOREG), donde se articula un procedimiento basado en el principio de "composición equilibrada de mujeres y hombres" que, partiendo de unos contenidos cuantitativos específicos aplicables a las candidaturas electorales presentadas para las elecciones al Congreso de los Diputados, a las elecciones municipales y de los consejos y cabildos insulares, así como en las elecciones al Parlamento Europeo y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, establece las posibilidades de desarrollo por el legislador autonómico para esta últimas y precisa el contenido del principio cuando las candidaturas del Senado "se agrupan en listas".

Según dispone la mencionada Disposición adicional 2ª, las candidaturas electorales deberán ser elaboradas de modo que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los dos sexos supongan "como mínimo el cuarenta por ciento", de manera que cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres "será lo más cercana posible al equilibrio numérico". Aquella proporción mínima también se mantendrá en cada tramo de cinco puestos y será exigible "en el conjunto de la lista", y esta última exigencia en los últimos tramos de la lista que no alcancen los cinco puestos. Por lo que se refiere al Senado, las candidaturas que se agrupan en listas, también deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres "lo más cercana posible al equilibrio numérico".

Dicho precepto fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, así como de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, resueltos conjuntamente a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, donde se ha reconocido la conformidad constitucional de ese "principio de presencia o composición equilibrada".

De este modo, la Sentencia 12/2008, de 29 de enero, constituye el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la conformidad con la Constitución de las cuotas electorales por razón de sexo.

Concretamente, la cuestión de inconstitucionalidad planteaba la conformidad constitucional del artículo 44 bis de la LOREG, introducido por la citada Disposición adicional segunda de la LO 3/2007, de 22 de marzo, con el art. 23 de la Constitución, en relación con los artículos 6 y 14, también de la Constitución española. Dicha cuestión de inconstitucionalidad trae causa de la Resolución de 27 de abril de 2007, de la Junta Electoral de Zona de Icod de los Vinos, por la que se denegaba la proclamación de la candidatura presentada por el Partido Popular para el municipio de Garachico en las elecciones de 27 de mayo siguiente -integrada exclusivamente por mujeres-, fundándose en que dicha candidatura no se ajustaba a lo previsto en el art. 44 bis de la LOREG.

Tras la alegación formulada por el representante legal del Partido Popular ante la Junta Electoral de Zona, afirmando que dicha candidatura electoral era conforme a la Constitución, se publicaron en el Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife las candidaturas proclamadas sin que figurase entre ellas la presentada por el Partido Popular en el municipio de Garachico.

Esta resolución de la Junta Electoral de Zona fue objeto de recurso contencioso-electoral, presentado con fecha de 2 de mayo de 2007, donde se solicitaba el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 44 bis de la LOREG, al entender que dicho precepto podría vulnerar lo dispuesto en los arts. 14 y 23 CE así como en los arts. 16 y 20.1 a) CE.

Tras el escrito de alegaciones presentado por el Ministerio Fiscal oponiéndose al recurso contencioso-electoral y señalando la improcedencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y del escrito de alegaciones de la parte actora solicitando que dicha cuestión de inconstitucionalidad se tramitara por el procedimiento preferente y sumario contemplado en la LOREG, el órgano jurisdiccional elevó la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional mediante Auto de 5 de mayo de 2007.

La Disposición adicional 2ª de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dispone la inclusión de un nuevo apartado 44 bis en la LOREG, con el siguiente tenor: "1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico. En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas. 2. También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista. 3. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en los anteriores apartados. 4. Cuando las candidaturas para el Senado se agrupan en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de esta Ley, tales listas deberán tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico".

DOCTRINA

En el mismo, el órgano judicial recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del derecho de sufragio pasivo reconocido en el art. 23.2 CE y del principio de igualdad (artículos 9.2 y 14 CE), así como las sentencias del Consejo Constitucional francés y de la Corte Constitucional italiana acerca de esta misma materia y afirma que “una cosa es promover condiciones, remover obstáculos y facilitar la participación en la vida pública de las mujeres (art. 9.2 CE) y otra bien distinta imponerla e imponerla a costa de la libertad política de las mujeres recurrentes a las que la Ley garantiza unos mínimos pero también fija un techo a sus legítimas aspiraciones de participar activamente en los asuntos públicos”.

También se plantea el problema desde la perspectiva del contenido esencial del artículo 23.2 CE, entendiendo que “en el derecho fundamental de acceso a la función pública el principio de mérito y capacidad se integra en el contenido del derecho”, sin que se aprecie exclusión de la mujer cuando los procesos selectivos se basan en tales criterios, al contrario de lo que sucede, afirma el órgano judicial, “en los supuestos de nombramiento libre o discrecional”, donde la “meritocracia”, si bien constituye “un principio de política jurídica que junto con la igualdad de oportunidades son fundamentales en la organización y funcionamiento de una sociedad progresista hacia valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (art. 1 CE), resulta “discutible” que “forme parte del contenido esencial del derecho fundamental aquí concernido”.

En última instancia, el Tribunal *a quo* afirma que el precepto legal cuestionado “restringe la libertad” de los partidos políticos –destinatarios de la norma-, a la hora de nombrar a sus candidatos”, estimando, incluso, que el hecho de “busca(r) candidatos de cuota y no por valía personal puede incluso ser contrario a la dignidad de la persona”.

Por su parte, el recurso de inconstitucionalidad planteado el día 21 de junio de 2007 por más de cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso de los Diputados se fundamenta, en primer término, en el reconocimiento de que las acciones compensatorias a favor de un sexo, basadas generalmente en el art. 9.2 CE, resultan incompatibles con el derecho de participación política formulado en art. 23 CE, en tanto que determinados derechos e instituciones constitucionales “no son capaces de aceptar en su concepción y funcionamiento la invasión de la acción positiva, por razones de incongruencia o irrazonabilidad”, incluso por la desproporcionalidad de la medida, “pues puede llegar a perjudicar a ese colectivo en los casos que ya ha conseguido (o superado) una igualación en el punto de partida”.

Asimismo, entienden los recurrentes que el legislador electoral “debe ser neutral respecto al sexo, raza, edad o religión, teniendo vedada toda discriminación, positiva o negativa, basada en tales circunstancias”, considerando que la misma razón que asistiría al hecho de que “la mitad social femenina” aparezca reflejada obligatoriamente en las candidaturas podría permitir ese mismo beneficio a otras categorías o segmentos sociales, con reservas de puestos a ancianos, jóvenes, discapacitados, etc., dando lugar a una “disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o de categorías, más cercanos al corporativismo de regímenes antidemocráticos que a la libertad de la democracia representativa”. De este modo, para los actores, el precepto legal recurrido supone una “revisión de la democracia representativa española, lo que exigiría una previa reforma constitucional”.

Tras referirse a los ejemplos de derecho comparado en los que la inclusión legal de cuotas por sexo en las candidaturas electorales ha ido precedida de una reforma constitucional, los recurrentes entienden que “sólo una reforma constitucional podría cambiar el concepto unitario de cuerpo electoral, admitiendo su fragmentación por categorías, apelando a razones como ésta del género, y de esa manera permitir la imposición de cuotas”, considerando que el precepto cuestionado vulnera el art. 23 CE y la libertad de expresión del pluralismo político de los partidos (art. 6 CE), que es manifestación patente de un valor propio del ordenamiento constitucional (art. 1.1 CE), además de incidir en la configuración de los órganos constitucionales por fragmentar y categorizar el concepto de pueblo español (art. 66 CE), limitando el contenido del derecho de sufragio activo y pasivo para las elecciones al Congreso y al Senado (arts. 68.1 y 5 y 69.2 CE, respectivamente), además de poner en “entredicho” la libertad de pensamiento en la motivación de participar en los asuntos públicos (art. 20.1^a) CE). Asimismo, los recurrentes cuestionaban el precepto legal desde la perspectiva del principio de igualdad, estimando que si bien dentro de dicho principio caben medidas o acciones positivas adoptadas al amparo del art. 9.2 CE, “las acciones de discriminación positiva tienen (...) un marco casuístico muy particular, que depende de cada circunstancia concreta y un espacio de desarrollo complejo en tanto quieran ser compatibles con el principio de igualdad ante la ley (a fin de no ser ellas mismas, nacidas de la igualdad, las que terminen menoscabándola)”. Por este motivo, entendían que el legislador orgánico, al introducir el sistema de cuotas por razón de sexo en las candidaturas electorales había incurrido en “una suerte de presunción legislativa convalidante que supera la concurrencia de las situaciones de postergación de un colectivo en razón de su género, en cada

DOCTRINA

uno de los territorios que van a participar en la consulta", considerando —a través de la argumentación ya utilizada en la Sentencia del TJCE que resolvía el Asunto Kalanke y en la Sentencia de la Corte Constitucional italiana, antes examinadas—, que dicha medida no se limita a promover la igualdad de oportunidades, colocando a hombres y mujeres en condiciones de igualdad en el punto de partida, sino que genera una obligación de resultado.

En tales circunstancias, afirmaban los recurrentes que la Disposición adicional segunda de la LO 3/2007, de 22 de mayo, vulnera el art. 6 CE, incurriendo en el "despropósito" de impedir "que un partido feminista reivindicativo (...) presente una lista formada exclusivamente por candidatas, como es el caso de la candidatura presentada por el Partido Popular en el municipio tinerfeño de Garachico".

Finalmente, los Diputados recurrentes sostenían que el precepto legal cuestionado también vulnera la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y de difusión del propio pensamiento por parte de personas o partidos (art. 20.1 a CE), al impedir la existencia de candidaturas integradas sólo por hombres o sólo por mujeres para la defensa de los valores que estimen pertinentes.

En opinión del Tribunal Constitucional los argumentos tomados del Derecho internacional y del Derecho comparado deben ser considerados desde la perspectiva de que "los Tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal (SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5)", según afirmaba en la Sentencia 235/2000, de 5 de octubre, Fto. Jco. 11. Sentada esta premisa, el Tribunal reconoce que tanto en los textos de Derecho internacional general como en el ámbito del Derecho comunitario, constituye una "piedra angular" la búsqueda de la igualdad formal y material entre mujeres y hombres. Sin embargo, al margen de los mandatos genéricos en favor de la igualdad entre hombres y mujeres, los Tratados Internacionales "no se pronuncian, en principio, sobre los concretos instrumentos utilizables por los Estados para darles cumplimiento". Respecto de las referencias a la jurisprudencia constitucional francesa e italiana, el Tribunal Constitucional constata la "diferencia fundamental entre aquellos ordenamientos y el nuestro", proveniente de la "singularidad que en nuestro caso supone la amplitud del contenido del art. 9.2 CE que se proyecta expresamente a la participación política y que a la idea de remover añade, además, las de promover y facilitar", lo que explica, a su juicio, que la incorporación en tales países de medidas como la cuestionada en este asunto, "haya ido precedida o acompañada, según los casos, de reformas constitucionales que han incorporado la idea de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la representación política" (Fto. Jco. 2º).

Analizando en concreto la disposición impugnada tanto por la cuestión de inconstitucionalidad como por el recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional estima que la misma "no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favorecedora a un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto que no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino la regla de que unos y otras no podrán integrar las candidaturas electorales en una proporción inferior al 40 por 100 (o lo que es lo mismo, superior al 60 por 100)". Una disposición legal que, en todo caso, afirma, posee un "efecto bidireccional", ya que asegura la proporción indicada tanto para uno como para otro sexo.

Partiendo de tales premisas, el Tribunal Constitucional analiza la posible vulneración por la disposición legal cuestionada del principio de igualdad (arts. 14 y 23), del derecho de participación en los asuntos públicos (art. 23 y 68.5 CE) y del derecho de asociación en partidos políticos (arts. 6 y 22 CE), como instrumentos de articulación de la voluntad política de los ciudadanos en torno a cualquier ideología (arts. 16 y 20.1 a CE).

El punto de partida del análisis se sitúa en la consideración de que el requisito del equilibrio electoral entre sexos "tiene por únicos destinatarios directos a quienes pueden presentar candidaturas, esto es, de acuerdo con el art. 44.1 LOREG, exclusivamente a los partidos, federaciones y coaliciones de partidos y a las agrupaciones de electores". Precisados en tales términos los destinatarios de la norma, en opinión del Tribunal Constitucional dicho requisito legal no constituye, en puridad, "una condición de elegibilidad / causa de inelegibilidad, por lo que no afecta inmediatamente al derecho de sufragio pasivo individual", en tanto que los partidos políticos y las agrupaciones de electores constituyen "entidades jurídicas que no son sujetos de los derechos de sufragio activo y pasivo, cuya vulneración se denuncia".

De este modo, "el problema constitucional de fondo" se plantea, afirma, especialmente, en el ámbito de los arts. 6 y 9.2 CE, con conexiones directas con los arts. 22 y 16 CE e, indirectamente, con el principio de igualdad (art. 14 y 23 CE) (Fto. Jco. 3º).

En cuanto al art. 9.2 CE, el Tribunal Constitucional recuerda la doctrina sentada respecto de la igualdad proclamada por el art. 1.1 de la Constitución como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, inherente al

DOCTRINA

Estado social y al Estado de Derecho, que encuentra su traducción en la igualdad formal contemplada en el art. 14 y en la igualdad sustancial recogida en el art. 9.2 CE. Ésta última significación del principio de igualdad, afirma, "es propia de la caracterización del Estado como social y democrático de Derecho con la que se abre el articulado de nuestra Constitución y que trasciende a todo el orden jurídico (STC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 4)", y adquiere pleno sentido y virtualidad en la interpretación sistemática del alcance de los diversos preceptos constitucionales, de tal modo que "la caracterización de nuestro modelo de Estado como social y democrático de Derecho, con los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que dotan de sentido a esta caracterización, representa el fundamento axiológico para la comprensión del entero orden constitucional". En este contexto interpretativo, "la igualdad sustantiva no sólo facilita la participación efectiva de todos en los asuntos públicos, sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía" (Fto. Jco. 4°).

Como se afirma en la exposición de motivos de la LO 3/2007, de 22 de marzo, según recuerda el Tribunal Constitucional, el denominado "principio de presencia o composición equilibrada" contenido en el art. 44 bis LOREG, persigue la efectividad del art. 14 CE en el ámbito de la representación política, donde, si bien hombres y mujeres son formalmente iguales, es evidente que las segundas han estado siempre materialmente preteridas. Para el cumplimiento de esta finalidad el legislador se sirve de los partidos políticos -instrumento para la participación política (art. 6 CE)- y, desde esta perspectiva, que lo partidos políticos "coadyuven por imperativo legal -esto es, por mandato del legislador constitucionalmente habilitado para la definición acabada de su estatuto jurídico- a la realización de un objetivo previsto inequívocamente en el art. 9.2 CE no es cuestión que pueda suscitar reparos de legitimidad constitucional".

Porque en su doble condición de "instrumento para la participación política y de medio de expresión del pluralismo" como sujetos que concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular (art. 6 CE), y que los diferencia del resto de asociaciones, "es perfectamente legítimo que el legislador defina los términos del ejercicio de esas funciones y cometidos" de modo que la voluntad popular a cuya formación y expresión concurren y la participación para la que son instrumento sean siempre el resultado del ejercicio de la libertad y de la igualdad "reales y efectivas" de los individuos, como expresamente demanda el art. 9.2 CE.

La libertad de presentación de candidaturas por los partidos "no es, ni puede ser absoluta", en tanto que el legislador, "en atención a otros valores y bienes constitucionalmente protegidos, ha limitado esa libertad imponiéndoles condiciones para la confección de las candidaturas (referidas a la elegibilidad de los candidatos, a la residencia en algunos supuestos, o incluso a que tales candidaturas hayan de serlo mediante listas cerradas y bloqueadas)", a las que viene a sumarse la del equilibrio por razón de sexo que, de este modo, "ni es la única, ni carece, por lo que acaba de verse, de fundamento constitucional". Más aún, según la opinión del Tribunal Constitucional, "esa restricción de la libertad del partido resulta perfectamente constitucional por legítima, por razonablemente instrumentada y por no lesiva para el ejercicio de derechos fundamentales".

En efecto, el fin perseguido -la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9.2, 14 y 23 CE)- resulta legítimo; el régimen instrumentado por el legislador -limitado a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100 y sin imposición de orden alguno, con excepciones para las poblaciones de menos de 3.000 habitantes y una dilación en la efectividad de la Ley hasta 2011 para las inferiores a 5.000, y que, "sólo excluye de los procesos electorales a aquellas formaciones políticas que ni tan siquiera aceptan integrar en sus candidaturas a ciudadanos de uno u otro sexo"-, resulta razonable, y, en última instancia, "es inocuo para los derechos fundamentales de quienes, siendo sus destinatarios, los partidos políticos, no son, por definición, titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo".

Idénticos argumentos aplica el Tribunal Constitucional a la posible vulneración del art. 6 en conexión con el derecho de asociación (Fto. Jco. 5°).

Del mismo modo, el Tribunal estima que el precepto cuestionado "tampoco vulnera la libertad ideológica de los partidos políticos ni su libertad de expresión [arts. 16.1 y 20.1 a) CE]", ni siquiera de la ideología feminista, en tanto que a partir del art. 44 bis LOREG, "es el propio art. 9.2 el que, una vez concretado en términos de Derecho positivo su mandato de efectividad, convierte en constitucionalmente lícita la imposibilidad de presentar candidaturas que quieran hacer testimonio feminista con la presentación de listas integradas únicamente por mujeres". Porque, según estima, en el "nuevo contexto normativo es ya innecesario compensar la mayor presencia masculina con candidaturas exclusivamente femeninas, por la sencilla razón de que aquel desequilibrio histórico deviene un imposible".

En definitiva, a través de la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres "no se impide" la existencia de formaciones políticas que defiendan activamente la primacía de las personas de un determinado sexo, o que propugnen postulados que pudiéramos denominar "machistas" o

DOCTRINA

"feministas". Lo que exige dicha norma es que "cuando se pretenda defender esas tesis accediendo a los cargos públicos electivos se haga partiendo de candidaturas en las que se integran personas de uno y otro sexo", de tal modo que, aún en el supuesto en que se sostuviera que "instrumentalmente (aunque no sustantivamente), la limitación de la libertad de presentación de candidaturas a la que nos estamos refiriendo pudiese afectar a los derechos de los arts. 16.1 y 20.1 a) CE, tal limitación habría de entenderse constitucionalmente legítima, en cuanto que resultaría proporcionada", según las razones expuestas anteriormente (Fto. Jco. 6°).

Los argumentos expuestos anteriormente respecto de los partidos políticos deben ser matizados en algunos aspectos, a juicio del Tribunal Constitucional, respecto de las agrupaciones de electores, habida cuenta de la distinta naturaleza entre unos y otras, reconocida por la doctrina del propio Tribunal.

Según estima el Tribunal Constitucional, del mismo modo que los partidos políticos no son titulares del "derecho fundamental de sufragio (pasivo o activo)", sino sólo los ciudadanos, puede predicarse, "aunque con menor intensidad", respecto de las agrupaciones de electores. Al margen de las diferencias conceptuales, estructurales y organizativas entre unos y otras, afirma, los miembros de una agrupación de electores -al igual que los miembros de los órganos de los partidos políticos-, "no ejercen el derecho de sufragio pasivo" a no ser que ellos mismos sean incluidos en las candidaturas electorales.

Los miembros de una agrupación de electores "no candidatos" ejercen el "derecho de participación en los asuntos públicos *lato sensu* (art. 23.1 CE), pero no el específico derecho de participación consistente en concurrir como candidatos en unas elecciones", y este derecho, afirma el Tribunal Constitucional "no comprende la facultad de formar candidaturas con libertad plena", sino de conformidad con los requisitos establecidos en la ley, entre los que resulta "legítimo" el "principio de composición equilibrada", que encuentra fundamento en el art. 9.2 CE.

La exigencia respecto de las agrupaciones de elaborar sus candidaturas según el principio de equilibrio entre sexos, tampoco condiciona, a juicio del Tribunal, la elegibilidad de los integrantes de las mismas, ya que tanto formal como materialmente, dicho requisito no supone una causa de inelegibilidad. De este modo, la "composición equilibrada" en razón de sexo de la lista electoral "no cercena de manera intolerable las posibilidades materiales" de ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Por todo ello, recordando además los argumentos expresados en el Fundamento Jurídico 5° respecto de las limitaciones a la libertad de los partidos políticos en la confección y presentación de candidaturas, el Tribunal Constitucional considera que las medidas impugnadas, aplicadas a las agrupaciones de electores, "superan el canon de proporcionalidad por ser su fin legítimo de acuerdo con el art. 9.2 CE y resultar razonables y adecuadas a la finalidad perseguida" (Fto. Jco. 7°).

El Tribunal Constitucional descarta igualmente la posible vulneración por la norma recurrida de los artículos 14 y 23 CE. Por lo que se refiere a la igualdad de los ciudadanos, afirma, la disposición cuestionada no incorpora "fórmulas compensatorias a favor de las mujeres, en su calidad de grupo históricamente desfavorecido (sin perjuicio de la singularidad que reviste la habilitación a la legislación electoral autonómica contenida en el segundo párrafo del art. 44 bis 1 LOREG (...)) sino que plasma (...) un criterio que se refiere indistintamente a los candidatos de uno y otro sexo".

Respecto del derecho de sufragio pasivo, afirma, "el art. 23.2 CE no incorpora entre sus contenidos un pretendido derecho fundamental a ser propuesto o presentado, por las formaciones políticas, como candidato en unas elecciones (STC 78/1987, de 26 de mayo, FJ 3)", por lo que "no puede entenderse quebrantado el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo", como tampoco del derecho de sufragio activo, en tanto que del art. 23.1 CE tampoco "puede derivarse un derecho subjetivo de los ciudadanos a una concreta composición de las listas electorales" (Fto. Jco. 9°).

Finalmente, en cuanto a la crítica de la presunta fragmentación del cuerpo electoral, el Tribunal Constitucional estima que las previsiones contenidas en la norma cuestionada "no suponen la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo", en tanto que "el cuerpo electoral no se confunde con el titular de la soberanía, esto es, con el pueblo español (art. 1.2 CE), aunque su voluntad se exprese a través de él". Un "cuerpo electoral" que se encuentra "sometido a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), en tanto que el pueblo soberano es la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento". Por las mismas razones, afirma, se debe descartar la posible vulneración del art. 68.5 CE denunciada por los Diputados que han interpuesto el recurso de inconstitucionalidad (Fto. Jco. 10°).

Dicho pronunciamiento ha sido objeto de un Voto Particular formulado por el Magistrado Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, cuya posición se fundamenta en la consideración de que resulta constitucionalmente admisible que los partidos políticos "pueden acoger en sus estatutos cláusulas que aseguren la participación de la mujer

DOCTRINA

en las listas electorales". Pero en nuestro "modelo constitucional" la imposición por ley de la paridad o de cuotas electorales "vulnera el principio de unidad de la representación política y la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos, resultando lesionado el derecho de sufragio pasivo de los candidatos propuestos que queden excluidos de participar en el proceso electoral como consecuencia de la aplicación de la norma cuestionada". Desde tales premisas, el Magistrado sugiere reflexionar "sobre las razones por las que en Francia, Alemania, Italia, Portugal o Bélgica, la introducción de cuotas o paridades en la actividad política ha venido precedida de la reforma de sus respectivas Constituciones".

6. Conclusiones.

Desde luego, existe una voluntad generalizada, expresada en los ordenamientos jurídicos europeos e impulsada por instancias internacionales y supranacionales, de favorecer la presencia de las mujeres en la esfera de lo público y, en particular, en el ámbito institucional y político.

Sin embargo, los primeros intentos de favorecer la presencia de la mujer en los órganos de representación desarrollados en Francia (1982) e Italia (1993), a través de cuotas en las candidaturas electorales, no contaron, en principio, con la consideración favorable por parte del Consejo Constitucional francés y de la Corte Constitucional italiana. En ambos casos, se estimó que la introducción de cuotas por razón de sexo en las candidaturas electorales vulneraba el principio de igualdad formal reconocido en el ordenamiento constitucional respecto de la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio, afirmando además, la Corte Constitucional italiana que una medida como la señalada, aun cuando se admitiera que tiene por finalidad compensar o remover las desigualdades materiales entre los individuos, no puede, sin embargo, incidir directamente en el contenido mismo de los derechos fundamentales garantizados en igual medida a todos los ciudadanos.

En ambos supuestos, a fin de salvar los obstáculos respecto de la conformidad constitucional de dichas medidas de acción positiva a favor de las mujeres, se procedió a la reforma de los respectivos Textos Constitucionales, de la Constitución francesa mediante la Ley Constitucional nº 99-569, de 8 de julio de 1999 y de la Constitución italiana a través de la Ley Constitucional n. 1, de 30 de mayo de 2003, introduciéndose referencias específicas al fomento de la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la participación política³⁰.

En el ordenamiento europeo, tras la acuñación del concepto de "transversalidad" (*gender mainstreaming*) en la aplicación de la perspectiva de género por la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre las Mujeres celebrada en Beijing, el objetivo de lograr la igualdad entre mujeres y hombres fue introducido en el derecho originario europeo por el Tratado de Ámsterdam (1997), pudiendo apreciarse una significativa evolución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto de la conformidad de ciertas medidas de promoción laboral de la mujer adoptadas por los Estados miembros con la Directiva 76/207/CEE, como se ha podido deducir del estudio de las Sentencias *Kalanke/Freie Hanstadt Bremen*, 1995 y *Marschall/Westfalen*, 1997.

Pero en ninguna de estas Sentencias el Tribunal de Justicia se ha pronunciado acerca del sistema de "cuotas rígidas", es decir, de medidas que implican la reserva de un porcentaje determinado de puestos en ciertas categorías laborales para las mujeres, y el objeto de sus pronunciamientos en relación a las cuotas se ha mantenido invariablemente en el ámbito laboral aunque, desde luego, es posible constatar una interpretación restrictiva por parte del Tribunal respecto del contenido del art. 2.4 de la Directiva antes mencionada - con diferentes grados en una y otra Sentencia-, donde se reconoce la validez de las medidas adoptadas por los Estados miembros encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y, en especial, a corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres en el ámbito laboral.

En este contexto, la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, por la que se modifica la LOREG, añade un nuevo artículo 44 bis que pretende "asegurar una representación suficientemente significativa de ambos sexos en órganos y cargos de responsabilidad", a través de una fórmula que es calificada por la Exposición de Motivos como "principio de presencia o composición equilibrada" en el ámbito de la representación política, respondiendo a la misma finalidad que las legislaciones francesa e italiana,

Una medida que, según el propio legislador, constituye una "acción normativa" dirigida a combatir las manifestaciones aún subsistentes de discriminación en el ámbito de la representación política por razón de sexo, en cumplimiento del mandato dirigido a los "poderes públicos" por el art. 9.2 CE.

³⁰ En el caso de Bélgica, la aprobación de la Ley de 24 de mayo de 1994, que fijaba "los mínimos de candidaturas de mujeres en un tercio de las listas electorales", no impidió la reforma, en el año 2002, de los arts. 10 y 11 de la Constitución. Por su parte, en Portugal se utilizó la reforma constitucional del art. 109 para introducir la obligación de los poderes públicos de "promover la igualdad en el ejercicio de los derechos cívicos y políticos" (BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: "Mujer y Constitución. La Construcción jurídica del género". Ediciones Cátedra. Universidad de Valencia. Instituto de la Mujer, 2005, pág. 120).

DOCTRINA

Un mandato constitucional que legitima, en general, las denominadas medidas de "acción positiva" como instrumento jurídico válido para dar cumplimiento al sentido que adquiere el principio de igualdad, a partir de la conexión sistemática entre los artículos 9.2 y 14 CE y, en concreto, para superar situaciones de desventaja de la mujer que provienen de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad, en el sentido en que ha sido desarrollado por una dilatada doctrina del Tribunal Constitucional sobre las "medidas de acción positiva" -también llamadas "derecho desigual igualatorio"¹⁰⁰-, aun cuando la intervención de los "poderes públicos" en tales supuestos no resulte ilimitada, en tanto que tales "diferenciaciones normativas" deben someterse al cumplimiento de ciertos requisitos.

Sin embargo, como ha estimado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 12/2008, de 29 de enero, existe una diferencia sustancial entre nuestro ordenamiento constitucional y los ordenamientos italiano y francés, en tanto el art. 9.2 CE se encuentra dotado de un contenido más amplio, "que se proyecta expresamente a la participación política y que a la idea de remover añade, además, las de promover y facilitar", lo que permite entender al "principio de presencia o composición equilibrada" como una configuración legislativa del derecho de sufragio contemplado en el art. 23 CE.

En este sentido, el contenido del art. 44 bis LOREG no configura una medida de "discriminación compensatoria o inversa" (favorecedora a un sexo sobre otro), sino que, con un sentido finalista más amplio y, en última instancia, dando cumplimiento al mandato contenido en el art. 9.2 CE de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean "reales y efectivas", contiene una "fórmula de equilibrio entre sexos", que tampoco puede ser considerada como "estrictamente paritaria", en cuanto que no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino una "regla" de porcentaje mínimo de presencia de unos y otras en las candidaturas electorales. Desde tales premisas, no puede entenderse que dicho precepto genere una "obligación de resultado", en tanto que no impone la alternancia por sexo en las candidaturas electorales, sino un equilibrio entre hombres y mujeres que ha de aplicarse en tramos de cinco puestos en las mismas.

Por ello, aun cuando el derecho de sufragio constituye un derecho de configuración legal respecto del cual el legislador ha establecido limitaciones contenidas en los artículos 3 y 6 de la LOREG, en su vertiente de derecho de sufragio activo y pasivo, respectivamente, según reconoce el Tribunal Constitucional en la mencionada Sentencia, el requisito contenido en el art. 44 bis LOREG no constituye, en puridad, "una condición de elegibilidad/causa de inelegibilidad, por lo que no afecta inmediatamente al derecho de sufragio pasivo individual", en tanto que los "únicos destinatarios directos" de dicho precepto son quienes pueden presentar candidaturas, esto es, de acuerdo con el art. 44.1 LOREG, "exclusivamente los partidos, federaciones y coaliciones de partidos y a las agrupaciones de electores".

El legislador español, constitucionalmente habilitado para la definición del estatuto jurídico de los partidos políticos, se sirve de éstos últimos -en tanto que instrumento para la participación política (art. 6 CE), pero no titulares por definición del derecho de sufragio activo y pasivo-, para promover la efectividad del art. 14 CE en el ámbito de la representación política, tomando en consideración que en dicho ámbito, a pesar de la vigencia del principio de igualdad formal entre hombres y mujeres, éstas últimas han estado siempre materialmente preteridas. Una finalidad, por lo demás, inequívocamente encuadrada en el contenido del art. 9.2 CE, que no puede suscitar "reparos de legitimidad constitucional".

De ahí que el art. 44bis de la LOREG tampoco vulnere la libertad de los partidos políticos, coaliciones de partidos y agrupaciones de electores, en tanto que ésta "no es, ni puede ser absoluta", pudiendo ser limitada por el legislador "en atención a otros valores y bienes constitucionalmente protegidos", como de hecho sucede en la confección de las candidaturas, donde los partidos se encuentran obligados a respetar determinadas condiciones referidas a la elegibilidad de los candidatos, a la residencia en algunos supuestos, o incluso a que tales candidaturas hayan de serlo mediante listas cerradas y bloqueadas. A tales condiciones viene a sumarse la del equilibrio por razón de sexo que, de este modo, en opinión del Tribunal, "ni es la única, ni carece, por lo que acaba de verse, de fundamento constitucional". Más aún, según la opinión del Tribunal Constitucional, "esa constricción de la libertad del partido resulta perfectamente constitucional por legítima, por razonablemente instrumentada y por no lesiva para el ejercicio de derechos fundamentales".

Finalmente, en cuanto a la crítica relativa a la presunta fragmentación del cuerpo electoral, el Tribunal Constitucional estima que las previsiones contenidas en la norma cuestionada no suponen una compartimen-

¹⁰⁰ Vid., por todas, STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992. BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993. Cuestión de inconstitucionalidad. Ponente: Sr. Gimeno Sendra.

DOCTRINA

tación del cuerpo electoral en función del sexo, ni producen quiebra alguna en la noción de ciudadano, ni, en última instancia, disuelven el interés general en intereses particulares.

Porque como ajustadamente subraya, no debe confundirse el cuerpo electoral con el sujeto titular de la soberanía, esto es, con el pueblo español (art. 1.2 CE), aunque la voluntad de éste último se exprese a través del primero. Un "cuerpo electoral" que se encuentra sometido a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), limitación que no concurre en el pueblo soberano, en tanto que "unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento".

En definitiva, el Tribunal Constitucional estima que el fin perseguido –la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9.2, 14 y 23)- resulta legítimo; el régimen instrumentado por el legislador –limitado a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100 y sin imposición de orden alguno, con excepciones para las poblaciones de menos de 3.000 habitantes y una dilación en la efectividad de la Ley hasta 2011 para las inferiores a 5.000, y que "sólo excluye de los procesos electorales a aquellas formaciones políticas que ni tan siquiera aceptan integrar en sus candidaturas a ciudadanos de uno u otro sexo"-, resulta razonable, y, en última instancia, "es inocuo para los derechos fundamentales de quienes, siendo sus destinatarios, los partidos políticos, no son, por definición, titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo".

Ciertamente, como reconoce P. Biglino Campos, este razonamiento del Tribunal Constitucional "se aproxima en algunos momentos al juicio de proporcionalidad", en tanto que, aunque con variaciones en la terminología utilizada, en el fondo del argumento "se analiza la idoneidad y la necesidad de la medida". La reticencia del Tribunal a aplicar en este punto el juicio de proporcionalidad puede explicarse, a juicio de la autora, "en las dificultades que entraña el juicio de proporcionalidad para enjuiciar la actuación del legislador porque, en este caso, no está nada claro que sea un análisis enteramente jurídico", ya que en la operación de establecer "la adecuación entre medios y fines o ponderar la primacía de unos bienes constitucionales sobre otros, entran en juego valoraciones de naturaleza subjetiva"¹⁰.

Ante tales implicaciones, la renuencia del Tribunal Constitucional a aplicar el juicio de proporcionalidad se situaría, por lo demás, en el contexto de la consideración expresada por él mismo en la Sentencia 189/1987, de 24 de noviembre¹¹, al estimar las posibilidades reales que justifican la adopción de decisiones y normas por parte de los "poderes públicos" al amparo de lo dispuesto en el art. 9.2 CE no pueden ni deben ser conocidas ni valoradas por el propio Tribunal Constitucional. Unos "poderes públicos" que, por lo demás, en aquella Sentencia, estimaba el Tribunal Constitucional que estaban sujetos a un mandato constitucional por el art. 9.2 CE, que debía entenderse dirigido al "legislador y al Gobierno", órganos constitucionales a los que se reconoce "el poder de iniciativa" para adoptar decisiones y normas "dentro de las posibilidades reales" con el fin de "conseguir los fines constitucionalmente previstos".

¹⁰ BIGLINO CAMPOS, P.: "Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada (Comentario a la STC 12/2008)". Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 83, mayo-agosto 2008, págs. 290-291.

¹¹ BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 1987. Recurso de amparo. Ponente: Sr. Tomás y Valiente.