



Temas selectos de
Derecho Electoral

Discriminación por razón de género y sistema electoral en Europa y España

Fernando Rey Martínez

Temas selectos de **9**
Derecho Electoral

Discriminación por razón de género y sistema electoral en Europa y España

Fernando REY MARTÍNEZ

323.34 Rey Martínez, Fernando.
R579d

Discriminación por razón de género y sistema electoral en Europa y España / Fernando Rey Martínez. -- México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

47 p.-- (Serie Temas Selectos de Derecho Electoral; 9)

ISBN 978-607-7599-63-0

1. Cuotas electorales – Europa. 2. Equidad de género – sistemas electorales – Europa. 3. Doctrina Kalanke – Europa. 4. Cuotas electorales de género. I. Serie.

SERIE TEMAS SELECTOS DE DERECHO ELECTORAL

D.R. 2009 © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero No. 5000, Colonia CTM Culhuacán,
Delegación Coyoacán, México, D.F., C.P. 04480,
Tels. 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinador de la serie: Dr. Enrique Ochoa Reza,
Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral.
Edición: Coordinación de Comunicación Social.

Las opiniones expresadas en el presente número son responsabilidad exclusiva de los autores.

DIRECTORIO

Sala Superior

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa
Presidenta

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado José Alejandro Luna Ramos

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Magistrado Pedro Esteban Penagos López

Comité Académico Editorial

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Dr. Ruperto Patiño Manffer

Dr. Lorenzo Córdova Vianello

Dra. Karina Mariela Ansolabehere Sesti

Dr. Álvaro Arreola Ayala

Dr. Rafael Estrada Michel

Secretarios Técnicos

Dr. Enrique Ochoa Reza

Lic. Octavio Mayén Mena

PRESENTACIÓN

En esta nueva entrega de la serie *Temas Selectos de Derecho Electoral*, el doctor Fernando Rey Martínez reflexiona sobre un asunto altamente controvertido y de gran actualidad: el de las cuotas electorales. El autor se plantea la pregunta de si las cuotas electorales para las mujeres son un recurso constitucionalmente válido y al mismo tiempo eficaz para promover su participación en la política y combatir la discriminación de la que históricamente han sido objeto.

El autor nos ofrece no sólo un penetrante análisis de las implicaciones que subyacen a una política de cuotas (para cualquier grupo en condiciones de desventaja social), sino un completo recuento de cómo ha evolucionado el debate y la regulación jurídica del tema en Europa en los últimos 20 años.

En ese lapso, Rey Martínez identifica dos etapas bien definidas: la primera, que abarca toda la década de los 90, en la que prevalece en las Cortes Constitucionales la tesis según la cual son inválidas las medidas electorales de trato preferencial hacia las mujeres. La segunda, que abarca los últimos años, estaría marcando “un giro en la comprensión general del problema, hasta el punto de que varios Estados (europeos) han llegado a modificar recientemente sus textos constitucionales para poder implementar medidas legales de trato electoral paritario”.

Según Rey Martínez, la primera etapa estuvo marcada por la llamada Doctrina Kalanke, un caso de 1995 que se resolvió en tribunales. Ese caso se relacionaba, no con cuotas electorales, sino con reglas de preferencia para el acceso a la función pública. No obstante esto, el caso se convirtió en un punto de referencia para el ámbito electoral en virtud de que se trataba también de medidas de discriminación positiva.

La Doctrina Kalanke establece que es contraria al principio de igualdad toda regla que dé preferencia absoluta e incondicional a la promoción de las mujeres en la función pública, en presencia de igual capacidad de los candidatos de distinto sexo y subrepresentación femenina en la categoría de puestos a cubrir.

Esa interpretación, reveladora de la reserva con la que el derecho de la Unión Europea miraba la técnica de las discriminaciones positivas, fue la que con distintos matices prevaleció en esos años. Esto ha cambiado sustancialmente en los años recientes, conforme ha crecido la sensibilidad hacia el tema de la discriminación.

Hoy se asume que la discriminación, lejos de ser un problema secundario, destruye la vida de los individuos, perjudica a la economía y a la sociedad en su conjunto y mina el apoyo y la confianza en los valores fundamentales de la igualdad y el Estado de derecho. Bajo esa premisa, el derecho antidiscriminatorio ha tenido un rápido y espectacular desarrollo en la Unión Europea.

En ese contexto se ha producido un “auténtico giro copernicano” que incluso ha llevado a reformar los textos constitucionales de los Estados europeos para dar paso a distintas medidas orientadas a conseguir el equilibrio en la representación política entre hombres y mujeres, incluida la controvertida fórmula de las cuotas.

Emblemática de ese cambio de tendencia es la sentencia del Tribunal Constitucional español del 29 de enero de 2008, en cuyo análisis se detiene el autor. La sentencia establece que la medida impugnada (la obligación de los partidos de presentar candidaturas de ambos sexos en una proporción de 60-40%) es una fórmula de equilibrio entre sexos y no una medida de discriminación inversa (que favorezca a un sexo en perjuicio de otro). El Tribunal Constitucional considera además que la medida “no supone la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo”.

Para Rey Martínez, en un contexto como el español donde la presencia política de las mujeres ha crecido en forma muy importante, la medida legal confirmada por el Tribunal Constitucional no significará un mucho mayor avance. Su importancia radica, entonces, en que es, más bien, “una prohibición de retroceso”.

El autor, sin embargo, no deja de formular o de hacerse eco de algunas reservas frente al tema de las cuotas electorales.

Las decisiones de fondo se adoptan en las directivas de los partidos políticos, no las toman en lo individual los representantes políticos. En ese sentido, la nueva regulación de promoción de la participación política de la mujer no ataca el problema de fondo. Si se quiere avanzar en este terreno se necesita asegurar que las mujeres entren a los lugares donde se definen las políticas y se deciden los nombres de quienes ingresarán a la arena política.

Con las listas cerradas y bloqueadas ciertamente se puede garantizar la paridad de la participación, pero oxigenaría más la democracia la apertura de esas listas a fin de favorecer que el elector fuera también “selector”, aunque el resultado pudiera no ser matemáticamente equitativo entre hombres y mujeres.

Aun así, es preciso cuestionar la idea —de resonancias estamentales— de que sólo las mujeres pueden representar cabalmente los intereses de las mujeres (y así con cada grupo social).

Más importante todavía: es necesario preguntarse hasta qué punto la noción de cuotas electorales para determinados grupos sociales desafía la idea clásica de la representación política, según la cual los diputados representan a todos los ciudadanos de un país y no a ningún grupo en especial. “Si se admite una cuota electoral de mujeres —se interroga el autor—, ¿por qué no de parados, de jóvenes, de ancianos, de gitanos, de discapacitados, etcétera?” El resultado puede ser, en el extremo, la progresiva fragmentación del cuerpo electoral y el retorno a una suerte de nueva representación estamental.

También es un hecho que “la imposición de un porcentaje de candidatos de un determinado sexo en las listas electorales limita la potestad de los partidos políticos de auto-organizarse y de presentar a las competiciones electorales los miembros que considere más adecuados”.

Y finalmente está el hecho de que las cuotas pueden servir de pretexto a las directivas de los partidos para eliminar a eventuales competidores varones en beneficio de chicas jóvenes e inexpertas, “y encima, vendiendo este golpe de mano al electorado como un triunfo de la democracia”.

Pese a estas objeciones, que no son pocas ni menores, Fernando Rey concluye reconociendo que el gran problema sigue siendo cómo superar el déficit de ciudadanía que pesa sobre las mujeres. Por eso, allí donde la discriminación política de las mismas esté muy arraigada, las cuotas electorales, con todas sus problemáticas implicaciones, puede ser una medida eficaz para asegurar la presencia de las mujeres en la vida política.

El texto del doctor Fernando Rey Martínez forma parte de la contribución del TEPJF al debate académico de temas relevantes en materia electoral.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO Y SISTEMA ELECTORAL EN EUROPA Y ESPAÑA

*Fernando REY
MARTÍNEZ*

*Catedrático de Derecho
Constitucional,
Universidad de Valladolid*

SUMARIO: I. Introducción: los perfiles del problema; II. Los comienzos: el generalizado rechazo de las cuotas electorales; III. Las razones del rechazo inicial; IV. El cambio de interpretación de la cuestión. En particular, la Sentencia del Tribunal Constitucional español 12/2.008, de 29 de enero; V. A modo de conclusión: un problema (casi) solucionado.

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto el análisis del problema constitucional de las medidas de composición equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales, tal y como se ha venido presentando y resolviendo en el Derecho de la Unión Europea y en diversos Estados europeos, destacadamente en España. En este sentido, se constata cómo inicialmente, a comienzos de los años 90, la tendencia mayoritaria fue negativa, llegando incluso a rechazar la validez de este tipo de medidas. En el trabajo se exponen algunas razones de este fenómeno. Sin embargo, a finales de esa misma década, se invirtió dicha tendencia, aunque subsistan diversas dudas sobre

tales medidas, tanto en relación con su eficacia como respecto de su conformidad con los textos constitucionales.

PALABRAS-CLAVE

Derecho Antidiscriminatorio. Jurisprudencia electoral. Cuotas electorales de género.

I. INTRODUCCIÓN: LOS PERFILES DEL PROBLEMA

La pregunta acerca de si algunas medidas de representación política preferencial en favor de las mujeres son compatibles o no con la Constitución no es sencilla de responder porque, además de comprometer posiciones ideológicas diferentes, los textos constitucionales no se suelen pronunciar expresamente sobre el asunto y tampoco la interpretación sistemática o finalista contribuye a despejar las dudas, sino que, por el contrario, tiende a agravarlas. Son muy distintos, en efecto, el sentido y alcance que se puede razonablemente otorgar al derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo y al concepto de representación política que incorporan las Constituciones, y a las relaciones entre ambos en la aplicación a este asunto. Las dudas sobre tan arduo problema son, por tanto, inevitables. En varios Estados de Europa el asunto debutó inicialmente, en los primeros años de los 90 con una intensa controversia. En este primer periodo, diversas Cortes Constitucionales se pronunciaron en contra de la validez de las medidas electorales de trato preferencial hacia las mujeres. Sin embargo, el asunto no se detuvo ahí. El creciente desarrollo del derecho de igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea propició un giro en la comprensión general del problema, hasta el punto de que varios Estados han llegado a modificar recientemente sus

textos constitucionales para poder implementar medidas legales de trato electoral paritario. Este cambio de tendencia se refleja en la importante Sentencia del Tribunal Constitucional español de 29 de enero de 2008. En la actualidad, podría decirse que existe un cierto consenso en Europa sobre la validez de las medidas electorales que persigan la igualdad de oportunidades (y no ya sólo de trato) entre mujeres y hombres. De todas estas cuestiones dará cuenta el presente trabajo.

II. LOS COMIENZOS: EL GENERALIZADO RECHAZO DE LAS CUOTAS ELECTORALES

Como se ha indicado, la pregunta acerca de la compatibilidad de las discriminaciones positivas con el principio constitucional de igualdad se contestó inicialmente, en las décadas de los 80 y 90, con reservas o de modo negativo no sólo en el Derecho Comunitario, sino también en países como Francia, Italia, Gran Bretaña o Suiza.

En el Derecho de la Unión Europea, aunque la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Marshall, de 11 de noviembre de 1997 demuestra una nueva sensibilidad, lo cierto es que no revoca la doctrina Kalanke (S^a de 17 de octubre de 1995), según la cual una regla de preferencia absoluta e incondicional en favor de la promoción de las mujeres en la función pública, cuando exista igual capacidad de los candidatos de distinto sexo y subrepresentación femenina en la categoría de puestos a cubrir, es contraria al principio de igualdad de trato del artículo 2.1 de la Directiva 76/207. Ciertamente, los casos Kalanke y Marshall no se refieren a cuotas electorales, sino a reglas de preferencia para el acceso a la función pública, pero coinciden en el hecho de tratarse de medidas de discriminación positiva, esto es, de tratos jurídicos diferentes y favorables para los miembros de una minoría en desventaja fáctica, pero que, de modo simétrico, provocan algún

tipo de trato diferente y perjudicial para algún miembro del grupo social mayoritario.¹

En el asunto que dio origen a la Sentencia Kalanke, de 17 de octubre de 1995, el conflicto remitía a la provisión del puesto de jefe de sección del servicio de parques y jardines de la ciudad alemana de Bremen. Se presentaron los ingenieros Kalanke (varón) y Glissman (mujer). El artículo 4 de la ley del *Land* de Bremen, relativa a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en la función pública, establecía que al efectuar una selección de funcionarios (acceso y promoción) tendrán preferencia las mujeres frente a los varones con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estuvieran infrarrepresentadas (esto es, cuando en la categoría de personal de un determinado servicio las mujeres no cubrieran, al menos, la mitad de los puestos). El órgano alemán de selección aplicó esta norma y negó la plaza al señor Kalanke, quien recurrió ante el tribunal de trabajo alegando que tenía una capacitación superior y que el sistema de cuotas era contrario a la Constitución alemana. Esta reclamación no prospera en la instancia y llega al Tribunal Federal Superior de Trabajo, que plantea al Tribunal de Justicia de la Unión la cuestión prejudicial, esto es, la duda de la compatibilidad de la ley alemana con la Directiva 76/207. El Tribunal de

¹ En sus términos más radicales, la medida de discriminación positiva implica dos consecuencias: un trato jurídico diferente y mejor a una persona o grupo respecto de otro similarmente situado y, de modo simétrico, un trato jurídico diferente y peor a otra persona o grupo. Las acciones positivas sólo desarrollan el primer efecto. Las discriminaciones positivas son siempre en realidad, y a pesar de su finalidad constitucionalmente deseable (la igualdad de género), discriminaciones directas (esto es, tratamientos jurídicos distintos y perjudiciales para algún varón en razón de su sexo). Por el contrario, las medidas de acción positiva ni constituyen un trato “perjudicial” (aunque sea diferente) hacia los varones (en efecto, a las “ventajas” para las mujeres no les corresponden simétricos “perjuicios” para los hombres similarmente situados), ni constituyen una excepción de la igualdad, sino, precisamente, una manifestación cualificada de la misma. De ahí que las medidas de acción positiva no planteen ningún problema de constitucionalidad, pero las de discriminación positiva sí, incluso aunque lleguen a admitirse bajo determinadas condiciones.

Luxemburgo, sin demasiada argumentación, concluye que una regulación como la alemana, según la cual 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: “una normativa como la examinada, que garantiza una preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción, va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el artículo 4.2”. Sólo apunta, finalmente, un argumento: la norma alemana no es una medida de igualdad de oportunidades, sino de resultado.

La doctrina Kalanke será más tarde matizada, pero no revocada, por la Sentencia Marschall, de 11 de noviembre de 1997. En este caso, también suscitado en Alemania, aunque en otro *Land*, Nordrhein-Westfalia y también planteado por un varón que se siente agraviado, el recurrente, profesor, no logra un ascenso porque, en aplicación del artículo 25.5 de la Ley de Función Pública del Land,² ascienden a una compañera mujer que tenía igual capacidad que él. Es un caso semejante al asunto Kalanke, pero no idéntico porque la cuota no es automática en el caso de infrarrepresentación, sino que existe una “cláusula de apertura”: Se establece una regla de preferencia a favor de las mujeres, pero pueden concurrir motivos en la persona de un candidato que inclinen finalmente la balanza a su favor. El Tribunal entiende por ello que no viola el principio de igualdad de trato de la Directiva 76/207. Constata que, incluso en el caso de igual capacitación entre candidatos de diversos sexos, existe la tendencia a promover con preferencia a los hombres debido

² “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 concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor”.

a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y la capacidad de las mujeres en la vida activa, del tipo, por ejemplo, de temor a que las mujeres interrumpen más frecuentemente su carrera, o a que, debido a las tareas del hogar y familiares organizan su jornada laboral de forma menos flexible o que se ausenten por embarazos, partos y lactancia. Por esta razón, el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades. De ahí que una norma como la alemana sea una medida legítima de igualdad de oportunidades (artículo 2.4 Directiva) porque puede contribuir a servir de contrapeso a los efectos perjudiciales para las mujeres derivados de las actitudes y comportamientos descritos y a reducir de esa forma las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. El artículo 2.4 (igualdad de oportunidades) tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social; entre otras, autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres.

Combinando la doctrina sentada en ambas Sentencias (Kalanke y Marschall), el Tribunal de Justicia sienta su doctrina vigente en este punto: una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas debe considerarse compatible con el Derecho comunitario si, y sólo si: (primero) cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y (segundo) cuando las candidaturas

sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones de naturaleza personal de todos los candidatos.

En definitiva, aunque la Sentencia Marschall ha corregido en gran medida la dura doctrina Kalanke, y aunque ambas decisiones se emiten en el contexto del acceso a funciones públicas y no a cargos públicos, lo cierto es que el Derecho de la Unión Europea mira con reserva o sospecha la técnica de las discriminaciones positivas.

En Francia, la Decisión del Consejo Constitucional, de 18 de noviembre de 1982, rechaza, de manera apodíctica, una cuota electoral del 25% de mujeres en las listas de candidatos a las elecciones municipales de ciudades de más de 3 500 habitantes alegando que la soberanía nacional pertenece al pueblo (artículo 3 de la Constitución) y que todos los representantes son iguales ante la ley sin que quepa más distinción que “su virtud o talento” (según el artículo 6 de la Declaración de 1789).

En Italia, la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano, número 422, de 12 de septiembre de 1995, ha declarado contraria a diversos preceptos constitucionales una regulación electoral del año 1993 que establecía que en las listas de candidatos ninguno de los dos sexos podía estar representado en una medida superior a los dos tercios respecto del otro. Esta Sentencia es muy importante en esta materia, así que volveremos a menudo sobre sus argumentos.

En Reino Unido, la Sentencia del Industrial Tribunal (en realidad, no un auténtico “tribunal”, sino un órgano administrativo) de Leeds, de 8 de enero de 1996, falló en contra de un programa de cuotas del Partido Laborista, adoptado en 1993, que estipulaba que el partido debía elegir mujeres como candidatas para competir en las elecciones a la Cámara de los Comunes en, al menos, la mitad de los escaños seguros o con expectativas de triunfo de los laboristas (a la sazón, sólo el 9% de miembros de los Comunes eran mujeres, es decir, 60 de 651 diputados). El Tribunal era consciente de que la cuestión tenía profundas implicaciones constitucionales. Admitiendo como hecho

probado que los demandantes (candidatos potenciales varones del Partido Laborista) no habían sido seleccionados precisamente por ser hombres (en beneficio de tres mujeres, aplicando el programa), el Tribunal estimó que se trataba de una discriminación sexual directa, es decir, un trato diferente y perjudicial por razón de sexo, prohibida por la Sex Discrimination Act británica de 1975.

Algo semejante se produjo también en Suiza. La Sentencia de 19 de marzo de 1997 del Tribunal Federal declaró inconstitucional una iniciativa popular cantonal que preveía que los hombres y las mujeres fueran representados en los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales conforme a su número en relación con la población total del cantón. Según el Tribunal, una cuota de este tipo representa un atentado desproporcionado a la prohibición de discriminación formulada por el artículo 14 de la Constitución suiza y también violaría el derecho constitucional a elegir y ser elegido en la medida en que se aplica a autoridades elegidas por el pueblo.

Incluso en Estados Unidos, el ordenamiento del que procede la *affirmative action*,³ se vivió en ese periodo un momento de retroceso en la materia, como demuestran las Sentencias del Tribunal Supremo Federal, *Richmond v. Croson*, de 1989, *Shaw v. Reno*, de 1993, y *Adarand Constructors, Inc. v. F. Peña et alii*, de 12 de junio de 1995.

Croson marca un punto de inflexión. Hasta esta Sentencia, la Corte Suprema había venido afirmando que las diferencias normativas de trato por razón de raza cuando perjudicaran a una minoría racial eran “inherentemente sospechosas” y, por tanto, debían sujetarse a un *strict scrutiny*, a un examen judicial riguroso (que, en

³ Para un análisis de las diferencias entre la concepción norteamericana de la igualdad, entendida sobre todo como igualdad jurídica entre grupos raciales y la concepción europea, interpretada como igualdad política entre clases sociales, permítaseme la remisión al estudio: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996.

la práctica, suele ser “fatal”: es decir, que conduce a la declaración de inconstitucionalidad de la medida). En el *strict scrutiny* debe demostrarse que la medida persigue un *compelling interest*, una finalidad pública primordial (como esa mencionada de la seguridad nacional, por ejemplo). Pues bien, en *Croson* la mayoría de la Corte sostiene que también una diferencia normativa de trato más favorable para una raza minoritaria (es decir, las acciones afirmativas) deberán sujetarse a un estricto escrutinio judicial e invalidarse, en consecuencia, a menos que promuevan un interés público *compelling*, primordial. En la práctica, se limita con esta doctrina muchísimo las posibilidades de las acciones afirmativas y, además, se concede mucha importancia al juicio de la Corte Suprema frente al legislador. La división de poderes se ve amenazada de algún modo. En *Croson*, la Corte examinó una ordenanza de la ciudad de Richmond que establecía un plan para asegurar que el 30% de los contratos de construcción de la ciudad lo suscribieran miembros de minorías raciales. La Corte no halló que este plan persiguiera un interés público primordial que lo justificara.

En la Sentencia *Shaw v. Reno*, de 1993, la Corte Suprema anula el trazado de un distrito electoral (que parecía gráficamente una serpiente) de Carolina del Norte, deliberadamente diseñado así para que saliera elegido para el Congreso el primer negro representante del Estado (lo que, efectivamente, se consiguió). Por un margen cinco a cuatro, la Corte Suprema rechaza tal plan. Escribiendo para la mayoría, la Justice Sandra Day O’Connor advirtió que trazar la circunscripción electoral deliberadamente para conseguir que resultara elegido un miembro de raza negra era, literalmente, “semejante a las más egregias falsificaciones electorales a causa de la raza del siglo pasado” y que “guardaba parecido al *apartheid* político”. Con ello, además, se causaban daños especiales como reforzar los estereotipos raciales o minar el sistema de democracia representativa por designar a representantes de un grupo racial particular más que a su circunscripción como un todo. En

definitiva, la Corte Suprema norteamericana concluye que el diseño de la circunscripción “consciente de la raza” violaba la cláusula de igual protección de la décimocuarta Enmienda. Los argumentos de los discrepantes tenían también su enjundia: White, por ejemplo, sostenía que la medida impugnada no excluía a ningún grupo racial (en el caso, el blanco) de la participación en el proceso político y además, era inobjetable por la variedad de factores que el legislador debe tener en cuenta a la hora de trazar los distritos electorales. Blackmun insistía en que para que un plan como el que se examinaba fuera contrario a la Constitución debía denegar a un grupo particular el igual acceso al proceso político o minimizar indebidamente su fuerza de voto (es decir, cuando “aumentara el poder de un grupo sobre el control del proceso en el distrito a expensas de cualquier minoría”). Por su parte, Souter alegó que el “escrutinio estricto” judicial para examinar medidas que toman en consideración expresamente la raza sólo debe aplicarse cuando tales medidas provoquen un efecto desventajoso para la raza minoritaria o persigan un objetivo ilegítimo (lo que no era el caso).

Por último, en *Adarand Constructors, Inc. v. F. Peña et alii*, de 12 de junio de 1995, la empresa Adarand cuestionó ante el Tribunal Supremo, por contraria a la cláusula de igual protección de la V Enmienda, la práctica del Gobierno federal de prestar incentivos financieros en la contratación pública a las subcontrataciones con “individuos social o económicamente desventajados”, entre los que se incluyen, ante todo, los miembros de razas minoritarias. En el caso concreto, la empresa que había contratado en 1989 la construcción de una carretera en Colorado con el Departamento Federal de Transporte había concedido la subcontratación, no a la empresa Adarand, a pesar de que ésta había hecho la mejor oferta económica, sino a la empresa Gonzales Construction Co., por estar controlada por “individuos social y económicamente desventajados”. El Tribunal afirmó que dicha práctica es, en efecto,

inconstitucional a menos que pueda justificarse en la evidencia de una discriminación pasada y esté directamente dirigida a remediar esta situación particular.

En definitiva, se puede comprobar cómo hasta bien entrados los años 90, la cuestión de las cuotas y reglas de preferencia a favor de las mujeres, en general, y de modo particular en el contexto del Derecho electoral, se abordó con sospecha o directamente rechazo en los ordenamientos europeo y norteamericano.

III. LAS RAZONES DEL RECHAZO INICIAL

A la hora de explicar las causas de este fenómeno, es preciso distinguir, aunque no siempre se podrá con una castidad metodológica absoluta, por un lado, entre las consideraciones de conveniencia, oportunidad, eficacia, etcétera, de las medidas de discriminación positiva y, por otro lado, los argumentos propiamente jurídicos de adecuación de este tipo de medidas a la Constitución respectiva. Veamos esto con algún detenimiento. Primero, el debate sobre la eficacia, y después la controversia sobre la validez.

Las sospechas que suelen alegarse sobre la posible eficacia o utilidad social de las cuotas electorales son las siguientes:

1. Como medida sobre la que existe un importante desacuerdo social, cualquier discriminación positiva se ubicaría inmediatamente en el centro de la polémica social y política más aguda y, correlativamente, en un conflicto jurídico de contornos nebulosos que, en última instancia, con toda seguridad correspondería resolver al órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes.

2. Las cuotas podrían resultar, a la postre, contraproducentes porque, precisamente, sus resultados pueden conducir a lo contrario de lo que pretenden: reforzar la ideología de la desigualdad y reintroducir problemas de paternalismo. Las cuotas implican el contrasentido de tomar en consideración explícita como criterio

de diferenciación jurídica de trato un factor, el sexo, cuyas diferencias son precisamente las que quieren excluirse (recuérdese que la igualdad constitucional persigue lo que John Stuart Mill denominó *la igualdad perfecta* entre los sexos, es decir, que no haya poder ni privilegio para uno de ellos ni perjuicio alguno para el otro). La inconveniencia se mostraría en varios sentidos: a) aumentar el sentimiento de inferioridad en la confrontación con el grupo dominante, logrando el resultado típico de toda política paternalista, la definitiva marginación de los supuestamente beneficiados; b) no siempre se corresponden las cuotas con los deseos de sus posibles usuarias; c) provocar el sentimiento de resentimiento en el excluido (lo que es evidente en todos los casos de la jurisprudencia que resuelven casos de “varones discriminados”, por cierto, que son la mayoría), lo que unido al hecho de que son expresión de una “sociedad escindida” hace aumentar su eficacia desintegradora o divisiva de la sociedad; d) la cuota puede ocasionar un efecto *boomerang* sobre los miembros del grupo a proteger, etcétera: que haya “mujeres de cuota” no parece ser el ideal de la igualdad entre los sexos.

Las dudas de validez que se suelen plantear son de dos tipos: los tratos preferenciales electorales a favor de las mujeres, ya sean “suaves” o “fuertes”,⁴ lesionan los derechos fundamentales: a) a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad y también b) el derecho a no ser discriminado por razón de sexo.

⁴ Por supuesto, los tratos preferentes más “suaves” (como, por ejemplo, la reforma de la ley electoral para exigir un determinado número de miembros de cualquiera de los dos sexos en las listas electorales), que son los más comunes en el Derecho extranjero, presentan menos objeciones de inconstitucionalidad que los tratos más “fuertes” (como el establecimiento legal de un determinado número de escaños a cubrir reservado a cualquiera de los dos sexos). Sobre esta distinción tendremos ocasión de volver.

A) CUOTAS ELECTORALES Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA

El establecimiento de una cuota electoral limitaría, en atención al sexo, el derecho de cualquier ciudadano a presentarse como candidato electoral (mucho más en un sistema de listas cerradas y bloqueadas que en otro de listas abiertas, en el que el elector puede plasmar con mayor libertad sus preferencias sobre los candidatos). Es cierto que el derecho de sufragio pasivo se somete a ciertos requisitos, de edad, nacionalidad, no desempeño de ciertas funciones, etcétera, pero tales requisitos buscan preservar la libertad del elector o la independencia del elegido, lo que no puede predicarse de un rasgo como es el sexo. Además, se trata de requisitos no permanentes (la mayoría de edad se alcanza, se puede adquirir la nacionalidad por residencia, etcétera), mientras que el del sexo es, en principio, inmutable y no depende de la voluntad del sujeto.

Simultáneamente, también lesiona el derecho de los partidos políticos, coaliciones, etcétera, a presentar los candidatos que libremente deseen. Se comprometen la libertad de asociación, de ideología y la libertad de auto-organización de los partidos, así como la propia idea de una democracia pluralista (en la medida en que los partidos expresan ese pluralismo social). En una hipótesis extrema, pero ilustrativa, una cuota electoral obligaría a un partido feminista radical a tener que presentar un porcentaje alto de candidatos varones en sus listas. Si un partido, pese a todo, decidiera no incluir un número significativo de mujeres en sus listas, el electorado debería poder tener en su mano, con la denegación del voto, la sanción más eficaz contra tan trasnochada e injusta decisión.

Éste es, precisamente, el argumento central de la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 12 de septiembre de 1995: el contenido de un derecho fundamental debe ser absolutamente ciego al género sexual de sus titulares. Es siempre la persona individualmente considerada y no un grupo social (aunque esté en des-

ventaja) el titular del derecho y no se pueden condicionar ventajas o perjuicios en el efectivo ejercicio del derecho a su pertenencia o no al grupo. Los derechos fundamentales se garantizan rigurosamente en igual medida a todos los ciudadanos; cuando se trate de derechos fundamentales, toda diferenciación por sexo disminuye para algunos ciudadanos, en favor de otros, el contenido concreto de dichos derechos. El derecho fundamental de representación política, en sus vertientes activa y pasiva, no debe tener sexo.

Pero la incompatibilidad entre las cuotas electorales y el concepto de representación asumido por un Estado democrático es, todavía, más profunda, como escribe el profesor francés *L. Favoreu*.⁵ Todos los diputados representan a todos los ciudadanos de un país, y no a ningún grupo social en especial. El cuerpo electoral, que se vertebra sólo en torno al concepto de “ciudadano/a”, es indivisible, porque la soberanía popular es indivisible. En palabras de *Jean Boulouis*:⁶ “el ciudadano es un componente elemental del cuerpo político, cuya intercambiabilidad garantiza, con la homogeneidad perfecta de dicho cuerpo, la indivisibilidad de la soberanía de que es titular”. Distinguir entre candidatos (por su sexo, o por cualquier otro rasgo que se pudiera imaginar: su nivel de preparación intelectual, por ejemplo, o su pertenencia a una raza minoritaria, etcétera) lesionaría gravemente el dogma de la unidad y la homogeneidad del cuerpo electoral dueño de la soberanía. Se pone en riesgo el propio contrato social. El concepto de representación mutaría de sentido si se abriera la caja de Pandora al conectar la representación, no con todos los ciudadanos individualmente considerados, sino con los grupos sociales. Si se admite una cuota electoral de mujeres, ¿por qué no de parados, de jóvenes, de ancianos, de gitanos, de discapa-

⁵ L. Favoreu, “Principio de igualdad y representación política de las mujeres”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 50, 1997, pp. 21 y ss.

⁶ Citado por Favoreu, p. 25.

citados, etcétera? Con el establecimiento de cuotas electorales no se logra que mujeres y hombres vayan confluyendo progresivamente de un modo similar en la categoría de “ciudadano/a”, sino lo contrario: que permanezca en el sistema la diferencia entre mujeres y hombres. Para Favoreu⁷ “paridad no es igualdad:⁸ la paridad conduce a una democracia de hombres y mujeres representados paritariamente (al 50%); la igualdad a una democracia como resultado de ciudadanos intercambiables”.

Ligado a lo anterior, también se ha puesto en cuestión la idea rutinaria de que sólo las mujeres representan a las mujeres (y los hombres a los hombres), o de que, únicamente por una suerte de complicidad de género, las mujeres representan mejor a las mujeres que los hombres y viceversa. Está por demostrar que las mujeres políticas tengan un estilo de hacer política substancialmente diferente al de los hombres políticos. Normalmente, las diferencias de actuación derivan del partido político a que se pertenezca y en pocas ocasiones (relevantes) las mujeres políticas de los distintos grupos se suelen unir para llevar adelante alguna iniciativa.

B) CUOTAS ELECTORALES Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN SEXUAL

La segunda línea de argumentos, íntimamente vinculada a la anterior, alude a la violación que causan las cuotas electorales al derecho

⁷ *Cit.*, p. 22.

⁸ Insiste sobre esta misma idea el Senador socialista francés Robert Badinter (*Le Monde*, 14 de febrero de 1999): “La paridad es un concepto seductor: mujeres y hombres son iguales en número en la Nación, luego deben encontrarse en igual número en las asambleas elegidas. Pero esta visión de partida hurta aquello que constituye el principio fundamental de la democracia: la soberanía del pueblo. Es el pueblo quien elige libremente a sus elegidos. Esto significa que no se le debe imponer un principio constitucional según el cual todas las asambleas elegidas deben estar compuestas por igual número de hombres y mujeres”.

fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. La Sentencia del Tribunal Constitucional italiano, tantas veces citada, vuelve a poner el dedo en la llaga: una cuota electoral “no es coherente con el principio de igualdad sustancial, dado que no pretende “remover” los obstáculos o “promover” las condiciones para que las mujeres obtengan determinados resultados, sino que les atribuye directamente aquellos resultados mismos: la disparidad de condiciones no viene removida, sino que constituye sólo el motivo que legitima una tutela preferencial con base al sexo”. Con ello se crean discriminaciones actuales (que perjudican a los varones) como remedio frente a discriminaciones pasadas (que perjudicaban a las mujeres). En otras palabras, como estableciera el Tribunal de Justicia de la Comunidad, con apoyo en las Conclusiones del Abogado General *G. Tesauro*, en la Sentencia *Kalanke*: una cosa es la legítima igualdad de oportunidades (que persiguen las acciones positivas) y otra muy distinta la igualdad de resultados (que imponen las discriminaciones positivas). Lo que se ha de igualar entre hombres y mujeres son las *oportunidades* y no los *resultados*,⁹ ya que de igualar los resultados no habría lugar para la libertad individual. Una oportunidad es siempre algo más que una mera posibilidad, pero menos que una garantía. La oportunidad debe permitir la opción de escoger entre posibilidades, así como la asunción de un cierto grado de responsabilidad individual en esa elección.

Pero, además, como ya se dijo, hay que tener en cuenta la naturaleza de la discriminación concreta que sufre el grupo social deter-

⁹ Por volver a la plástica metáfora de la carrera: la igualdad de oportunidades juega en la línea de salida (impidiendo que, por ejemplo, las mujeres corran llevando un peso) y la igualdad de resultados en la línea de meta (reservando podio seguro a algunos corredores no por su carrera, sino por su sexo). Entre una línea y otra hay una competición que debe realizarse en atención exclusivamente al esfuerzo, la capacidad, los méritos, la inteligencia, etcétera, individuales de cada corredor. En la igualdad de resultados, siempre existe la sospecha de que algunos corredores han ganado sin sudar demasiado la camiseta.

minado para poder valorar la licitud de la medida antidiscriminatoria. En este caso, hablamos de representación política y de mujeres; pues bien, dado que el proceso electoral está formalmente abierto a todas las mujeres de idéntico modo que a todos los varones y dado que las mujeres no son una minoría ni en sentido cuantitativo (al revés: estadísticamente son la mayoría de la población) ni cualitativo (pues dentro del genérico “mujeres” se incluyen mujeres pobres, pero también ricas, mujeres analfabetas, pero también mujeres formadísimas, etcétera), el establecimiento de una cuota electoral sería una medida paternalista que violaría el derecho constitucional a no ser discriminado por razón de género. Ya que se lesiona este derecho tanto si se trata peor a una mujer por serlo que si se la trata aparentemente mejor, pero porque se la considera que vale menos o que puede menos que el varón. Si las mujeres son la mayoría de la población, eso quiere decir que disponen de más de la mitad de los votos: nada obsta a su participación en el proceso electoral para que puedan protegerse por sí mismas. La teoría del proceso político, formulada en la nota a pie de página cuarta de la Sentencia *Carolene Products v. U.S.* (1938, ponente: Stone),¹⁰ y retomada por John H. Ely,¹¹

¹⁰ De acuerdo con ella, la presunción de inconstitucionalidad de las leyes puede limitarse, a través de un control judicial más riguroso, en la hipótesis de aquellas normas que perjudican la participación en el proceso político de toma de decisiones a las minorías *discrete and insular*, “aisladas y sin voz”. Seis años después de apuntado este criterio, se aplica en *Korematsu v. U.S.*, en la que por primera vez se utiliza el criterio del *strict scrutiny test* para enjuiciar una ley que restringía las libertades de un grupo racial particular (los ciudadanos americanos de origen japonés). Aunque el Tribunal Supremo apreció finalmente el valor superior de la seguridad nacional en tiempo de guerra, es claro que la medida impugnada, consistente en confinar a los norteamericanos de origen japonés en una especie de campos de concentración, era discriminatoria por *underinclusive* (no se hacía con los norteamericanos de origen alemán, por ejemplo) y por *overinclusive* (es mucho suponer que detrás de todo oriundo japonés hay un potencial espía o saboteador: es claro el sesgo racista del confinamiento).

¹¹ *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, Harvard University Press, 1980.

milita en contra de las discriminaciones positivas electorales en favor de mujeres (no así de otros grupos minoritarios, como los raciales, por ejemplo). Según *Ely*, la disposición constitucional de la igualdad concierne principalmente a la protección por los jueces de aquellos grupos minoritarios que son incapaces por sí mismos de defenderse en la arena política a causa de su privación de derechos o por sufrir estereotipos negativos. Pues bien, a diferencia de lo que ocurre con las razas minoritarias, ejemplos de prejuicio en primer grado son obviamente raros,¹² aunque ciertos estereotipos (típicamente que el lugar de la mujer es el hogar y el del hombre la tribuna, el taller y el escaño) han estado vigentes durante mucho tiempo entre la población masculina (y todavía no han sido desarraigados del todo). Admitido esto, no está claro, sin embargo, el grado de “insularidad” o aislamiento de las mujeres: el contacto entre mujeres y hombres a duras penas puede ser mayor. Nunca ha habido, a diferencia de lo que ocurre con los homosexuales, “mujeres en el armario”. Y, además, las mujeres disponen de la mitad de los votos de la población, por lo que tampoco carecen de “voz”. Y, por tanto, aunque muchas mujeres hayan podido interiorizar su posición social subordinada en el pasado, “dado que las mujeres están ahora en posición de defenderse por sí mismas, no tendríamos que ver en el futuro el tipo de discriminación oficial por género sexual que ha marcado nuestro pasado”. En definitiva, “si las mujeres no se protegen a sí mismas de la discriminación sexual en el futuro, no será porque no puedan; será por otra razón que elijan”; en cuyo caso, “muchos condenaríamos una elección así, pero eso no la convierte en un argumento constitucional”.

¹² *Ely* argumenta (cit, p. 257, nota 94) que “la frase: ‘algunos de mis mejores amigos son negros’ puede llegar a ser una parodia de la hipocresía blanca, pero el mejor amigo de la mayoría de los hombres es realmente una mujer, lo que elimina la hostilidad real que persiste entre las razas”.

IV. EL CAMBIO DE INTERPRETACIÓN DE LA CUESTIÓN. EN PARTICULAR, LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 12/2.008, DE 29 DE ENERO

En definitiva, la cuestión de las discriminaciones positivas en general, y de las cuotas electorales en particular, debutó en Europa con muchos problemas y no menor rechazo. Sin embargo, en los últimos años se ha venido produciendo un auténtico giro copernicano en la comprensión del asunto, a mi juicio, debido al enorme desarrollo del Derecho Antidiscriminatorio en Europa.

Las instituciones de la Unión Europea se han puesto serias en la lucha contra la discriminación. Una Comunicación reciente de la Comisión¹³ revela que, aunque se han verificado avances, muchos europeos sienten todavía que la discriminación sigue extendida: en el año 2007 un 15% de ellos la han experimentado personalmente y un 29% afirma que han sido testigos de ella. La discriminación, se asegura, “destruye la vida de los individuos, perjudica también a la economía y a la sociedad en su conjunto, y, además, mina el apoyo y la confianza en los valores fundamentales europeos de la igualdad y el Estado de Derecho”.¹⁴

El Derecho Antidiscriminatorio de la Unión Europea ha sido objeto de un espectacular desarrollo en los últimos años, entre otros factores, por la introducción del artículo 13.1 en el Tratado de la

¹³ Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Europeo Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 2 de julio de 2008.

¹⁴ Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos, de 1 de junio de 2005. Es interesante este argumento porque resalta la dimensión objetiva de la igualdad, como valor que interesa a toda la sociedad y no sólo (aunque, por supuesto, lo sea más directamente) a las víctimas de la discriminación. Por mi parte, hubiera añadido que la discriminación no sólo mina el Estado de Derecho, sino también el principio democrático, en la medida en que confina a ciertas personas y grupos a la categoría de no-participantes, devaluando su ciudadanía.

Comunidad Europea en 1999,¹⁵ la adopción de las dos Directivas del año 2000 contra la discriminación racial o étnica¹⁶ y la igualdad en el empleo,¹⁷ la evolución de las políticas y disposiciones a favor de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres¹⁸ (que ha operado como “locomotora de la igualdad”¹⁹ en otros campos), la adopción del Programa comunitario para el empleo y la solidaridad social, “Progress” (2007-2013),²⁰ la declaración de 2007 como “año europeo de la igualdad de oportunidades para todos”,²¹ o, de modo más reciente todavía, la propuesta de Directiva del Consejo sobre aplicación de la igualdad de trato con independencia de la religión o las creencias, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, de 2 de julio de 2008. Cuando dicha Directiva logre aprobarse, se consolidará

¹⁵ “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

¹⁶ Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000 sobre la igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico.

¹⁷ Directiva 2000/78/EC de 27 de noviembre de 2000 que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y ocupación.

¹⁸ La disposición más importante es la Directiva 76/207/CEE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al empleo, a la formación y la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo, que ha sido modificada el 23 de septiembre de 2002 y por la Directiva 2006/54, que viene a “codificar” la normativa sobre la materia.

¹⁹ La Estrategia marco, antes citada (ver nota 2), constata que la Unión Europea “posee una larga experiencia en la lucha contra la discriminación por motivos de sexo y en la defensa de la igualdad entre mujeres y hombres” y ahora “debe examinar de qué manera puede trasladar a otros tipos de discriminación la experiencia adquirida en la lucha contra la discriminación por razón de sexo”.

²⁰ Decisión nº 1672/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006. Uno de los objetivos principales de este programa es la lucha contra la discriminación en el ámbito del empleo, la protección e integración social y las condiciones de trabajo.

²¹ Decisión nº 771/2.006, del Parlamento Europeo y del Consejo.

un Derecho europeo anti-discriminatorio “de seis rasgos” (semejante al de los sistemas anglosajones), género, raza o etnia, religión y creencias, discapacidad, edad y orientación sexual, cuyos ámbitos de aplicación principales serán el empleo, la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, el acceso a bienes y servicios a disposición de la población, incluida la vivienda, y la educación.

La impetuosa emergencia y evolución del Derecho europeo de lucha contra la discriminación ha venido marcando tendencia respecto de los ordenamientos estatales, procurando transformaciones significativas de éstos. Europa está sirviendo como modelo y factor de impulso, como “catalizador”,²² llegando su influencia a establecer la propia gramática fundamental del Derecho de la igualdad, esto es, el marco normativo y conceptual del Derecho anti-discriminatorio de los Estados miembros.²³ Así ha sucedido, por ejemplo, con las definiciones centrales de la igualdad de trato y de oportunidades, de las discriminaciones directas e indirectas, del acoso, etcétera, y con las principales técnicas de garantía: la inversión de la carga de la prueba, la creación de los organismos de igualdad de trato, etcétera.

Esta tendencia a tomar en serio la igualdad entre mujeres y hombres se ve reflejada en otros documentos y escenarios, entre ellos, el electoral. La idea de democracia paritaria ha empezado a tener carta de naturaleza en Europa y parte del reconocimiento del hecho de que las mujeres constituyen el 50% de la sociedad. Se empieza a hablar de democracia paritaria a raíz de la llamada “Declaración de Atenas”, aprobada en la primera Cumbre Europea “Mujeres en el

²² Así lo califica el Preámbulo del Libro Verde sobre igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada, presentado por la Comisión el 28 de mayo de 2004.

²³ Por supuesto, más en unos casos (la Europa del Este y la del Sur) que en otros (las áreas anglosajona y nórdica). En conjunto, el Derecho antidiscriminatorio europeo se inspira en el troquel británico y norteamericano.

poder”, celebrada en la capital griega el 3 de noviembre de 1992. También en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Pekín en 1995 se reiteró la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de las responsabilidades, los poderes y los derechos. En el año 2000 tuvo lugar en Nueva York el encuentro que Naciones Unidas programó para efectuar un balance de los acuerdos adoptados en Pekín, insistiéndose en los argumentos ya expuestos en aquella Conferencia mundial.

En el ámbito del Derecho comunitario europeo tampoco hay que olvidar algunas recomendaciones y resoluciones, “que carecen de fuerza vinculante, al afectar al ámbito de la participación política que sigue unida al concepto de ciudadanía nacional, pero que tienen un evidente autoridad moral”: recomendación del Consejo de 2 de diciembre de 1996, sobre participación equilibrada en los procesos de toma de decisiones; resolución del Parlamento Europeo número 169 de 1988, en la que se solicita de los partidos políticos adopten un sistema de cuotas para la presentación de candidaturas; resolución de 3 de marzo de 2000, en la cual el Parlamento Europeo constata que las cuotas equilibran la participación de los hombres y las mujeres en la vida política; resolución de 5 de julio de 2001, donde se recomienda la adopción de planes nacionales para la promoción de una participación equilibrada; recomendación del Consejo de 12 de marzo de 2003, sobre participación equilibrada en los procesos de decisión en los ámbitos político y público, en la que se sitúa en el 40% el umbral aconsejable del equilibrio auspiciado.

Es reseñable también la labor constante del Consejo de Europa, que en 1989 organizó una Conferencia sobre el tema “El principio democrático de igual representación. Cuarenta años de actividad del Consejo de Europa”, en la que se difundieron dos importantes ideas que apuntan a la promoción de este principio: el concepto de democracia paritaria y la propuesta de incluir el principio de igualdad entre hombres y mujeres en un protocolo adicional a la

Convención europea de derechos humanos. De la IV Conferencia ministerial europea sobre igualdad entre hombres y mujeres, celebrada en Estambul los días 13 y 14 de noviembre de 1997 surgió una declaración sobre la igualdad como criterio fundamental de la democracia.

Es apreciable, en definitiva, una indudable unanimidad internacional en la necesidad de adoptar medidas orientadas a conseguir el equilibrio en la representación política entre hombres y mujeres. Esta nueva sensibilidad ha llevado, nada menos, que a reformar los textos constitucionales de los Estados europeos cuyos órganos de control de constitucionalidad de las leyes consideraron, como hemos visto, que las cuotas electorales lesionaban la Constitución. Así ha sucedido en Francia, donde la reforma constitucional de 8 de julio de 1999 añadió un nuevo párrafo al artículo 3 de la Constitución francesa, conforme al cual “la Ley favorece un acceso equitativo de mujeres y hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas”, al tiempo que el artículo 4 emplaza a los partidos políticos a la consecución de este objetivo. Y también en Italia, donde sendas reformas constitucionales en 2001 y 2003, han venido a autorizar la posibilidad de establecer cuotas electorales que persigan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Me gustaría detenerme de modo especial en el análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional español 12/2008, de 29 de enero, porque refleja a la perfección este cambio de tendencia que ha experimentado el problema en suelo europeo al validar una regla de composición equilibrada de las listas electorales entre mujeres y hombres.

La Sentencia resuelve la impugnación, por una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Santa Cruz de Tenerife y un recurso presentado por más de 50 diputados del Grupo parlamentario popular, de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de

22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que introdujo un nuevo artículo en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG), el artículo 44 bis, según el cual las candidaturas de las elecciones al Congreso, las Asambleas territoriales, el Parlamento europeo y los entes locales 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 40%. Esta proporción (que podrá ser mayor en las listas autonómicas) deberá mantenerse en cada tramo de cinco puestos y en las listas de suplentes. La regla no será exigible en los municipios con 3 000 habitantes o menos (artículo 187.2 LOREG).

El Tribunal Constitucional observa, en primer lugar, que la igualdad formal y material entre mujeres y hombres es “una piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos” (Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18/12/79; Convenio de Roma), así como del Derecho comunitario (Tratado de Lisboa, aún no en vigor: artículo 1 bis, la igualdad entre mujeres y hombres se añade como valor fundamental de la Unión). Pero estos textos no se pronuncian, en principio sobre los instrumentos utilizables por los Estados para darles cumplimiento.

Los recurrentes alegaron que la reforma legal en examen sólo podría llevarse a cabo previa modificación de la Constitución, como ocurriera en Italia y en Francia. El Tribunal Constitucional no aceptará este argumento, ya que el ordenamiento español se diferenciaría respecto del francés y del italiano por la amplitud del artículo 9.2 CE,²⁴ que se proyecta expresamente a la participación política y que

²⁴ “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

a la idea de “remover” añade las de “promover” y “facilitar”. Por eso en Francia e Italia tuvieron que reformar la Constitución para acoger medidas como las aquí impugnadas, pero en España tendríamos ya una norma amplia, de modo que no haría falta tal reforma. Este argumento me parece un tanto discutible, ya que podría interpretarse, sin gran dificultad, que “remover” incluye también las medidas de promoción y/o fomento. El Tribunal podría haber entendido, sencillamente, que los ordenamientos francés e italiano no son derecho español (ni mucho menos de rango constitucional) y, por lo tanto, no pueden operar como parámetro de constitucionalidad de las leyes españolas. Al no razonar así, se ve obligado (insisto, creo que de modo innecesario y, además, incorrecto) a justificar las diferencias entre el caso español y el francés e italiano.

Según el Tribunal Constitucional, la medida impugnada no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo a un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino una proporción máxima de 60 a 40%. Su efecto es, pues, bidireccional en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo. Por otro lado, el nuevo requisito tiene como destinatarios directos a los partidos, coaliciones y agrupaciones de electores y no a los ciudadanos: no es una condición de elegibilidad, por lo que no afecta al derecho de sufragio pasivo individual (no afecta directamente al artículo 23 CE).²⁵ Éste punto de vista es verdaderamente crucial en la resolución del caso. No estaríamos en presencia de un asunto que afecte a derechos fundamentales (en cuyo caso, cualquier

²⁵ “1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes”.

limitación debiera interpretarse de modo especialmente restrictivo, debiendo superar el astringente juicio de proporcionalidad), sino de simple participación de los partidos políticos en el ámbito electoral (bastando aquí un sencillo examen de razonabilidad de la medida) El Tribunal examina pues, a partir de este enfoque, la conformidad de la medida legal con algunos aspectos de la Constitución:

a) **Art. 9.2 CE. Igualdad sustantiva o real.** El Tribunal aprecia una compatibilidad absoluta, “toda vez que los partidos políticos, como asociaciones cualificadas por sus funciones constitucionales (sujetos que concurren a la manifestación y formación de la voluntad popular) son cauce válido para el logro de la sustantivación de la igualdad propugnada por el artículo 9.2 CE”. La medida no supone un tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos, ni siquiera plasman un tratamiento diferenciado en razón del sexo. El 44 bis LOREG persigue la efectividad del artículo 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. La medida “supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el artículo 9.2 CE. Ello es coherente con el principio democrático que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados.

Esta argumentación plantea, a mi juicio, alguna incoherencia interna. En efecto, de un lado, la regla de composición equilibrada que se examina parece no tener que ver con la igualdad entre mujeres y hombres en la medida en que es “neutra”, es decir, una regla que rige indistintamente para unos y otros: no se establece que las mujeres —o los hombres— tengan una representación mínima del 40% en las listas electorales, sino que ninguno de los dos sexos tenga menos de ese porcentaje. Pero, por otro lado, se afirma que la regla persigue asegurar la igualdad real de las mujeres, un objetivo de rango constitucional. ¿Se trata, pues, de

una medida neutra en relación con el sexo, o con una medida de acción positiva —o incluso de discriminación positiva, como alegaban los recurrentes—? Desde mi punto de vista, la medida es formalmente neutra, pero por su finalidad es una acción positiva o medida de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres porque su finalidad es ésa precisamente, en el contexto de una Ley cuyo objetivo es, desde su *nomen iuris*, garantizar la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Sin embargo, no creo que se trate de una medida de discriminación positiva porque no hay miembros de la mayoría (en este caso, varones) que reciban un trato perjudicial por ser varones, ya que ninguna persona (ni mujeres ni varones) tiene derecho a formar parte de las listas electorales de un partido político.

b) **Libertad de presentación de candidaturas por los partidos.** Tampoco habría contradicción, según el Tribunal, ya que tal libertad no es, ni puede ser, absoluta. Ya el legislador, en atención a otros valores y bienes constitucionales, ha limitado esta libertad imponiendo a los partidos determinadas condiciones para la confección de las candidaturas: elegibilidad de los candidatos, residencia, listas cerradas y bloqueadas. Esta nueva limitación por razón del sexo no es la única ni carece, por lo que acaba de verse, de fundamento constitucional. Esta restricción es perfectamente constitucional porque: **Primero.** Ni siquiera esa libertad es un derecho fundamental, sino una atribución, implícita en la Constitución (artículo 6 CE).²⁶ **Segundo.** Es legítima (por el fin de conseguir la igualdad efectiva en el terreno de la participación política: artículos 9.2, 14 y 23 CE). **Tercero.** Es razonable el régimen instrumentado por el

²⁶ “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

legislador que se limita a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40%, con excepciones para poblaciones de menos de 3 000 habitantes y de 5 000 para las elecciones municipales anteriores a 2011 **Cuarto**. Es inocua 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.

c) **Derecho fundamental de asociación**. La normativa cuestionada, según el Tribunal, no atañe a la vertiente individual del derecho fundamental, por lo que se debe descartar que produzca intromisión en la libertad positiva (libertad de creación de asociaciones o de adscripción a una ya creada) o en la negativa (libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a alguna), o en la dimensión *inter privados* (garantía de un haz de facultades a los asociados frente a las asociaciones a las que pertenezcan o pretendan incorporarse). Tampoco afecta a la libertad relativa a la organización y funcionamiento internos, dado que “no versa sobre ninguna faceta de la vida interna ordinaria de los partidos políticos”. De modo que, a juicio del Tribunal, ninguna de las cuatro dimensiones de la libertad de asociación se ve afectada. Personalmente, tengo serias dudas sobre la validez de esta afirmación. Me parece que la decisión sobre quién va en las listas, sí es un asunto que se halla en el corazón de la libertad organizativa de esa asociación particular que es un partido político. No es casual, en este sentido, que el propio Tribunal, tras afirmar que la limitación de la libertad de actuación no vulnera el artículo 6 en relación con el artículo 22 CE porque “esa limitación no es en sí misma inconstitucional”, añade que se trata de una limitación proporcionada y por tanto constitucionalmente legítima por las razones anteriores (artículo 9.2 CE) ¿En qué quedamos, la medida no forma parte de un (inexistente) derecho fundamental y, por tanto, no entra dentro de la delimitación del contenido de derecho fundamental alguno —en ese caso no hace falta examen

de proporcionalidad— o sí es un límite —y, en ese caso, ¿dónde está el juicio de proporcionalidad— que persiga una finalidad legítima no le convierte por sí solo en legítimo.

d) **Libertad ideológica y de expresión de los partidos** (artículos 16.1²⁷ y 20.1 a)²⁸ CE. Tampoco, a juicio del Tribunal, los vulnera: **Primero.** No lesiona la ideología feminista, que pueden seguir existiendo, sólo que no podrán hacer “testimonio feminista” con la presentación de listas integradas sólo por mujeres. 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. Es curiosa esta afirmación. Con esta norma, según el Tribunal, parece ser que se ha solucionado el problema de la subrepresentación femenina en el ámbito de la participación política. **Segundo.** La norma no impide la existencia de partidos con una ideología contraria (machista o feminista) a la igualdad efectiva entre los ciudadanos. De ser así, la medida sería inconstitucional, ya que en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de “democracia militante” que imponga la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. La medida no implica la exigencia de que los partidos participen de los valores sobre los que se sustenta la llamada democracia paritaria.

Finalmente, la Sentencia considera que tampoco se fragmenta el cuerpo electoral: no se quiebra la unidad de la categoría de ciudadano ni se disuelve el interés general en un conjunto de intereses parciales o por categorías. El principio de composición equilibrada

²⁷ “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley”.

²⁸ “1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

se asienta sobre un criterio natural y universal, como es el sexo. Esto no supone la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo. No cabe atender el argumento de los recurrentes de que el requisito de la paridad perjudica a la unidad del pueblo soberano: el cuerpo electoral no se confunde con el titular de la soberanía (el pueblo español), aunque su voluntad se exprese a través de él.

En conclusión, el Tribunal desestima la cuestión y el recurso de inconstitucionalidad y declara la plena validez de la regla de la composición equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales. Ahora bien, como ejemplo de la polémica que, aún hoy, acompaña a este tipo de medidas, a la Sentencia le acompaña un voto particular discrepante, de don Jorge Rodríguez-Zapata. Según este magistrado, es válido que los partidos acojan en sus estatutos cláusulas que aseguren la participación de la mujer en las listas electorales, pero la imposición por ley de la paridad o de cuotas electorales vulnera el principio de la representación política y la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos, 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.

El nuevo modelo de representación política interpone la condición sexual entre la soberanía y la condición de ciudadano. ¿Es concebible dividir a los representantes en categorías con el fin de facilitar o asegurar un mínimo de elegidos de cada una sin que resulte gravemente afectado el principio de la unidad y homogeneidad del cuerpo de ciudadanos? Si se admite que sí, el legislador podrá en un futuro imponer al cuerpo electoral que en las candidaturas figuren otras minorías (raza, lengua, orientación sexual, religión, minusvalías, juventud, tercera edad, etcétera). La norma tiene efectos retrodiscriminatorios (en el caso que da origen a la cuestión de inconstitucionalidad, se impidió a un partido político que presen-

tara una lista electoral compuesta íntegramente por mujeres). En otros países, con normas sustancialmente idénticas, han tenido que reformar previamente sus Constituciones, lo que tendría que haber sucedido en España también porque los elementos estructurales de la democracia han de ser fruto del consenso.

Hasta aquí la argumentación del voto particular. A mi juicio, el razonamiento de la Sentencia no es del todo convincente, aunque pueda compartir (con matices) su resultado final. Creo que el Tribunal tendría que haber abordado la medida como un auténtico límite de un derecho fundamental (el de los partidos a presentar en sus listas a quienes deseen, siempre que la decisión la adopten democráticamente: artículo 6 CE), radicado en el artículo 22 CE, en relación con los artículos 6, 16.1 y 20.1.a) de la Constitución. Obrando así seguramente podría haber llegado al mismo resultado, pero argumentado de forma más rigurosa, utilizando el juicio de proporcionalidad y no el de mera razonabilidad.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: UN PROBLEMA (CASI) SOLUCIONADO

Como hemos tenido oportunidad de analizar, hasta esta fecha, en Europa, la tendencia mayoritaria niega que las cuotas electorales (al menos, las establecidas con porcentajes idénticos para mujeres y hombres) sean contrarias a la Constitución, aunque las dudas persisten.

En diversas ocasiones he mostrado por escrito mis reservas hacia medidas de este tipo. Explicaré brevemente porqué, pero antes quisiera dejar constancia de que mi punto de vista se refería al ordenamiento español, donde la presencia de las mujeres en las instituciones representativas se acerca ya (antes de la medida controvertida) al 40%. Soy plenamente consciente de que muchos de los argumentos que suelo utilizar no servirían para países donde la

sub-representación femenina en la vida política es intensa. Precisaré aún más mi posición: estoy absolutamente a favor de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. De hecho, he escrito muchas páginas y he participado en numerosos proyectos en este sentido. Es un asunto en el que no sólo he participado intelectualmente, sino que me he implicado personalmente, del mismo modo que, por poner un plástico ejemplo de esta diferencia, en el clásico desayuno anglosajón de los huevos con “beicon” la gallina sólo participa, pero el cerdo se involucra. Así que no dedicaré ni un minuto a subrayar lo obvio: que es una anomalía democrática que no haya una proporción de mujeres en los cargos políticos (y, en general, en los puestos de toma de decisiones públicos y privados) equivalente a su proporción demográfica dentro de la población. Lo descuento como una verdad obvia. Las mujeres sufren, como colectivo, un déficit de ciudadanía, también y todavía entre nosotros. El *punctum ardens* no está, por tanto, en el “qué” (la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en los procesos de toma de decisiones, públicos y privados), sino en el “cómo”. Es ahí, en la elección de los procedimientos para alcanzar aquel objetivo, donde nos la jugamos. El problema es, pues, si las nuevas regulaciones electorales son un “cómo” razonable o no.

El problema es en España, desde el punto de vista de su importancia práctica, de factura menor. Como señalé antes, la presencia actual de las mujeres en los cargos públicos es creciente y cercana a la paridad. Además, si desechamos como término de comparación a los países nórdicos, que no tienen la misma población que la nuestra, ni la misma cultura meridional y católica, ni la misma tradición democrática, lo cierto es que España se halla en la vanguardia de países que tienen mayor representación política femenina. La ley no va a obligar, por tanto, a los partidos, coaliciones y agrupaciones electorales a llevar a cabo esfuerzos extraordinarios que no se vinieran realizando ya, ni va a procurar resultados nuevos y espec-

taculares. De hecho, tras la aplicación de la nueva regulación en las elecciones generales de marzo de 2008, ¡hay una diputada menos en el Congreso que en la legislatura anterior! Yo leo la medida legal, más bien, como una prohibición de retroceso, porque en materia de igualdad los avances no llegan como fruta madura, sino que exigen políticas sostenidas. Lo natural es la desigualdad y la tozuda percusión del darwinismo social, es decir, que el fuerte lo sea cada vez más y viceversa. La igualdad es, en realidad, una conquista de la civilización que exige un esfuerzo sostenido en el tiempo, porque puede haber avances, pero también retrocesos. Como con la ciudad maya, existe el riesgo permanente de que la vegetación vuelva a cubrir las bellezas arquitectónicas descubiertas. En este sentido, la nueva regulación es conveniente. La nueva regulación no es quizás una medida necesaria, pero sí oportuna. Lo es, en efecto, además de por lo ya dicho, porque podrá operar un **efecto emulación o efecto locomotora** sobre otros ámbitos sociales en los que la presencia de las mujeres allí donde se toman las decisiones se halla atascada o avanza en medio de grandes dificultades. A esto podría añadirse que la medida podrá sensibilizar a la población (también a las propias mujeres) sobre la posibilidad y los beneficios de que las mujeres accedan con naturalidad, diríamos demográfica, a los cargos políticos.

Pero debo ahora confesar mis sospechas sobre la medida, ¿se trata de una regulación que aumentará la presencia femenina en los cargos representativos y, en consecuencia, que ayudará a eliminar las discriminaciones que aún hoy en día sufren las mujeres como colectivo y a enjuagar el déficit de ciudadanía que pesa sobre ellas? Cualquiera que conozca medianamente cómo funciona el sistema político español sabrá que la agenda (es decir, las decisiones a adoptar) la establecen los órganos directivos de los partidos, que son el nuevo príncipe. De modo que si queremos que las mujeres participen de verdad en los procesos de toma de decisiones políticas, la nueva

regulación no golpea en la diana de la discriminación porque opera en la periferia del problema (ya que no son los diputados quienes adoptan normalmente las decisiones de fondo, los programas ni las estrategias fundamentales), y no en la fábrica del problema (las directivas de los partidos, que siguen siendo territorio masculino por antonomasia). Con el sistema vigente, es bastante indiferente a la causa de la igualdad que todos los diputados sean hombres o mujeres. En la teoría clásica de la representación política sólo había dos sujetos, los representados, los ciudadanos, y los representantes, pero una vez superado el Estado liberal decimonónico, la única democracia posible es la democracia de partidos políticos, de modo que éstos, que son los invitados no previstos inicialmente en la relación representativa, son el tercero en discordia de tal relación y, como ocurre con todas las relaciones triangulares, el tercero ha pasado a ser el auténtico protagonista. Y, en España, por las circunstancias en que se produjo la transición, aún más, de modo que, en nuestro ordenamiento, los partidos no sólo tienen el protagonismo de la relación representativa, sino prácticamente su monopolio (en pocos países hay menor libertad de actuación del parlamentario individual que en el nuestro). Por tanto, mientras las mujeres no entren en los lugares donde se fijan las políticas y se deciden los nombres del resto de políticos y en tanto no cambie drásticamente nuestra cultura política (lo cual no es muy probable, por lo menos a corto plazo), no habrá avance significativo de verdad. Habrá una medida, hasta cierto punto, superficial y nugatoria.

Probablemente, nuestra democracia se oxigenaría más si se abrieran las listas cerradas y bloqueadas para que el elector pudiera ser también selector. La nueva regulación apuntala las listas cerradas y bloqueadas; en las listas abiertas, el elector podría preferir a los varones y, por tanto, el resultado podría no ser tan equitativo; con las listas cerradas y bloqueadas, el resultado equitativo es casi matemático, pero lo que hay que poner en cuestión, a mi juicio, son las listas

cerradas y bloqueadas. Pero esto no se hace. De nuevo, el legislador electoral se mueve en la periferia y no en el centro del problema.

Pero el análisis de la medida dentro de su ecosistema permite deducir más trampas. Algunas mujeres políticas suelen hablar de cómo con su presencia están mejor representadas las mujeres (aunque, como digo, esto no tiene en España evidencia empírica, dado que las mujeres, como los varones, hacen exactamente lo que les dicen sus directivos, invariablemente varones). Viendo, por tanto, cómo defienden tan elevados y nobles intereses, parece pasar a segundo plano el hecho, menos idílico, de que la lucha entre compañeros en el seno del propio partido por los cargos es sin cuartel y que el ideal de la igualdad entre sexos les proporciona una herramienta útil de competición. Por supuesto que esto es legítimo. Lo que es menos legítimo es que se oculte que detrás de la defensa de la igualdad hay, en este punto, ideales colectivos, pero también intereses estrictamente personales (en el marco de feroces luchas intrapartidistas). Y, además, con la creciente presencia de la cuota para mujeres (a la que hay que añadir la de jóvenes), se ha reforzado aún más el poder de las directivas de los partidos, que han podido eliminar a eventuales competidores (varones) en beneficio de chicas jóvenes e inexpertas, y encima vendiendo este golpe de mano al electorado como un triunfo de la democracia. Esta última afirmación requeriría estudios empíricos que no existen, pero personalmente conozco varios casos en varias circunscripciones. El dato a retener es que no es (necesariamente y a pesar de las apariencias) más democracia todo lo que reluce como tal (sino, acaso, a veces justo lo contrario, un refuerzo encubierto de las élites). Por otro lado, este tipo de medidas tienen el aroma de las medidas paternalistas, falsamente protectoras, que no marcan un avance real de la igualdad de oportunidades de las mujeres, sino un retroceso porque se trataría (presuntamente) mejor a las mujeres ya que se considera que no pueden defenderse por ellas solas en la

arena social o política y, en atención a su debilidad, serían dignas de especial protección. El establecimiento de una cuota de sexo electoral puede ser, levantado el velo de las apariencias, una medida paternalista en la medida en que, a diferencia de otros colectivos sociales en desventaja, las mujeres son la mayoría estadística de la población. Las mujeres pueden (y deben) defenderse por sí mismas. Si, pese a todo, no lo hacen es, ciertamente, porque hay complejas inercias culturales que lo impiden u obstaculizan. El techo de cristal es, en realidad, de hormigón armado más o menos transparente. El problema de fondo en Europa es el reparto no equitativo de tiempos entre vida laboral (y la política es un trabajo que requiere mucho tiempo) y vida privada de hombres y mujeres. Esto matiza la sospecha del paternalismo, ¿pero, en el año 2008, la elimina por completo? Tengo dudas.

En cualquier caso, la tesis jurídica más potente contra las cuotas electorales de género es, sin embargo, la siguiente: la imposición de un porcentaje de sexos en las listas electorales limita en exceso la potestad de los partidos políticos de auto-organizarse y de presentar a las competiciones electorales los miembros que consideren con toda libertad más adecuados (no en atención al mérito, por cierto, rasgo que opera para el acceso a la función pública, pero no para los cargos públicos). Este límite podría considerarse justificado (en atención a la finalidad de la igualdad entre mujeres y hombres) y proporcionado (porque se trata de un porcentaje razonable, 60 y 40%). Ahora bien, si es un límite de un derecho fundamental (o varios en realidad: libertad de asociación, de libertad ideológica, de participación política de los partidos), esto desencadena inmediatamente el sistema inmunológico propio de los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como límite de los límites de los derechos. Pues bien, uno de los elementos típicos de este principio es de intervención mínima o indispensabilidad de la medida: un límite de un derecho fundamental no es proporcionado

en sentido amplio si puede obtenerse el mismo fin con cualquier otra medida menos gravosa para el derecho fundamental. ¿Hay otras medidas menos limitativas que pudieran resultar igualmente eficaces (en un contexto donde la realidad ya se acerca, o incluso supera en algunos casos lo previsto por la nueva norma)? Evidentemente, sí: la auto-regulación de los propios partidos, junto con las subvenciones electorales específicas de fomento de la participación femenina, etcétera, como está previsto en Alemania, Austria, Holanda, Dinamarca, entre otros.

En cualquier caso, para concluir, me gustaría llamar la atención sobre el hecho de que, aunque discutamos la “anécdota” de la eficacia y la validez de algunas bienintencionadas medidas como la española, la “categoría” sigue siendo cómo superar el déficit de ciudadanía que pesa sobre las mujeres. Y, en este sentido, allí donde la discriminación política de las mujeres esté muy arraigada, muchos de los argumentos aquí expuestos perderían valor, ya que las cuotas electorales de género se han revelado en ocasiones como una medida particularmente eficaz (y casi la única de verdad eficaz), para asegurar la presencia de las mujeres en la vida política, que es un objetivo irrenunciable, también de naturaleza constitucional, por cierto.

**Discriminación por razón de género
y sistema electoral en Europa y España**

es el cuaderno núm. 9 de la serie
Temas selectos de Derecho Electoral.

Se imprimió en septiembre de 2009
en los Talleres de Offset Santiago S.A. de C.V.
Río San Joaquín 436, Col. Ampliación Granada,
C.P. 11520, México, D.F.

Su tiraje fue de 1,000 ejemplares