

PARIDAD Y ACCIÓN POSITIVA

Burgos García, Olga
Abogada
Máster Género e Igualdad
Universidad Pablo de Olavide
ocburgosgarcia@gmail.com

RESUMEN

Trata de una breve aproximación y análisis del verdadero sentido y alcance de la igualdad constitucional, el contenido del derecho a no ser discriminado/a por razón de sexo en cuanto a su triple consideración: La prohibición de las discriminaciones directas e indirectas y el mandato de acciones positivas. Se hace especial referencia al concepto de la acción positiva en la delimitación por la jurisprudencia del TCL y el análisis jurídico de la constitucional de la imposición de los partidos políticos de representar candidaturas con una composición equilibrada de mujeres y hombres su fundamentación y motivación jurídica en la STC de 12/2008.

PALABRAS CLAVE

Paridad, principio de igualdad, acción positiva, transversalidad, igualdad formal, igualdad material, discriminación directa, discriminación indirecta, derecho fundamental

INTRODUCCIÓN

El contenido del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, como reflejo del verdadero concepto de ciudadanía en la constitución española de 1978, se despliega en diversas vertientes: como valor superior del ordenamiento jurídico en su artículo 1.1 (indicando y anticipando su transversalidad en todas las políticas de nuestro Estado democrático), como derecho fundamental y principio general del derecho garantizando su especial protección y alcance en el art.14, y como mandato a los poderes públicos previsto en el artículo 9.2 para remover todos los obstáculos y promover las condiciones para que se lleve a la efectividad ese derecho formal existente. Su desarrollo posterior en el ámbito de las discriminaciones de género, es decir, su desarrollo legislativo en la IOIHM 3/2007, trata de reparar el modelo de estado patriarcal que aún impregna el derecho bajo su aparente neutralidad. En palabras de Fernando Rey Martínez, la Constitución española se desmarca, pues, por primera vez en la historia de nuestro país, del profundo modelo cultural del patriarcado¹.

Y como la desigualdad entre mujeres y hombres se evidencia en su falta de codecisión en todos los ámbitos públicos tras las barreras existentes en el acceso a puestos de representatividad política, en la alta dirección, en los organismos de poder económico y social arrastrándose un lastre histórico que arranca con la creación del Estado moderno², que saca a la mujer del protagonismo público en las filosofías ilustradas³, convenciendo de que era natural dicha

1 La discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores), la que afecta al mayor número de personas y la más primaria, porque siempre se añade a las demás discriminaciones. En la voluntad de acabar con esta arraigada situación histórica encuentran su sentido disposiciones constitucionales como la prohibición del art. 14 CE: los españoles somos "iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de... sexo"; el art. 9.2 CE ordena a los poderes públicos la promoción de la igualdad "real y efectiva" de individuos y grupos; el art. 32.1 CE consagra la "plena igualdad jurídica" entre hombre y mujer en el matrimonio y el art.35.1 CE prohíbe la discriminación por razón de sexo respecto del "derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente". La Constitución española se desmarca, pues, por primera vez en la historia de nuestro país, del profundo modelo cultural del patriarcado. EL DERECHO FUNDAMENTAL A NO SER DISCRIMINADO POR RAZON DE SEXO. Fernando Rey Martínez. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid.2008.

2 Sabemos que desde que nació el estado moderno un gran número de mujeres ha intentado conseguir formar parte, en paridad con los hombres, de las estructuras de ese estado, acompañadas de una parte de la dogmática pero, hasta el momento, todas las medidas diseñadas para aumentar la igualdad entre los sexos han acabado teniendo efectos negativos sobre las mujeres.LAS MUJERES Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL: UN REPASO AL CONTENIDO DE LOS GRANDES CONCEPTOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Jasone Astola Madariaga Profesora titular de Derecho Constitucional en la UPV-EHU

3 Fueron particularmente los ilustrados -salvo destacadas excepciones como Condorcet y D'Alambert- los que argumentaron que sus propuestas ideológicas de igualdad, de razón y de libertad, no eran pertinentes cuando se trataba de las mujeres y de la diferencia de sexos, para lo cual "esencializaron" u "ontologizaron" esas diferencias, haciéndolas derivar de la naturaleza, de la biología, de la especie: desde su argumentación, las mujeres no son "individuos" con voluntad propia, sino que son "especie", son "idénticas", por ser "naturaleza irracional".

No podía haber igualdad entre quienes no eran "iguales" -bien por voluntad divina, bien por voluntad de la naturaleza o de la razón-. De esta manera, el sexo marca un punto de partida y traza una línea divisoria insalvable entre quienes pueden participar o no de la igualdad y pueden ser incluidos o no en la ciudadanía. Precisamente esa diferencia tan absoluta entre las funciones de los dos sexos es lo que hoy se denomina la diferencia de género, y se denomina así, porque no es una diferencia natural, no es una cuestión orgánica ni biológica y, por lo tanto, no es una cuestión de sexo, sino cultural, motivada por la tradicional situación de sometimiento de las mujeres al varón en las sociedades de estructura patriarcal. LAS MUJERES Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL: UN REPASO AL CONTENIDO DE LOS GRANDES CONCEPTOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Jasone Astola Madariaga Profesora titular de Derecho Constitucional en la UPV-EHU.

exclusión de la mujer en dichos ámbitos, lo que provoca que se siga produciéndose siglos después un desfase social de género que materialmente o efectivamente no se ha corregido en la práctica jurídica⁴.

1. ALCANCE Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN. TRANSVERSALIDAD DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Remontándonos al fundamento filosófico del derecho a la igualdad vemos que desde la antigüedad tiene su origen la delimitación conceptual como principio político, ético, filosófico. Ya en la antigua Grecia se apreciaba el concepto de la igualdad como el derecho a ser iguales en la igualdad y desiguales en la desigualdad o diferencia⁵, un concepto que parece contemporáneo y que evoluciona con la concepción del Estado social.

Y comparto con Holgado el verdadero alcance de la igualdad en cuanto a la definición de modelo de Estado que se define en la constitución, en el que el concepto de “sociedad democrática avanzada” queda recogido en el preambulo de la CE: *“La evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución española determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión”*⁶. En tal sentido, define Rey Martínez⁷ qué alcance debe interpretarse en el derecho a la igualdad el propio de un estado de derecho social que tiene como objetivo del alcance de la igualdad material y efectiva, frente al Estado liberal que se “conforma” con un alcance más restringido de igualdad formal⁸.

4 Contrato constitutivo que invocamos como comienzo y legitimación del estado moderno es un contrato basado no sólo en la exclusión de las mujeres, sino en su anulación como sujetos político-constitucionales con derechos y deberes. Por lo tanto cualquier intento de inclusión en ese orden, sin cuestionar el pacto originario, no tiene más remedio que fracasar. Me explico: por mucho que las mujeres luchen por acceder a formar parte de ese estado, como lucharán, nunca conseguirán su sitio como mujeres, porque las bases de ese estado han sido cabalmente diseñadas para negarlas, por eso, cuando las personas de sexo femenino reivindican únicamente una igualdad con las personas del sexo masculino, se arriesgan a desembocar en la destrucción de su propio sexo.

El derecho a la ciudadanía en ese primer estado constitucional se otorgó siguiendo los dictados del “género”, las mujeres no eran ciudadanas, no por falta de capacidad, por mayor o menor competencia, sino por su pertenencia a un sexo determinado y los varones consiguieron el poder no por su capacidad o mayor competencia, sino por su inclusión en un sexo determinado. De esta manera, la concepción de aquel estado de la democracia era la de un sistema basado en la existencia de vínculos de dominación interpersonales, considerados naturales. Y las mujeres perdimos, algo que todavía hoy no hemos recuperado, perdimos nuestro cuerpo. Jasone Astola Madariaga

5 “Qué significado tiene la idea jurídica de igualdad? La igualdad es un concepto que procede de la tradición jurídica occidental, concretamente, de PLATÓN (Leyes, lib. VI, 757), y, especialmente, de ARISTÓTELES (Política, lib. II, sobre todo, 1280a, 1282b y 1283a; Ética a Nicómaco, lib. V, en particular, 1130-1133): “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales” (Política, 1280a). Esta identificación conceptual, desde Grecia hasta nuestros días, de la igualdad con un cierto tipo de distribución (de bienes por fuerza escasos) debe su éxito a su plasticidad, a que constituye un enunciado vacío de contenido, o, por mejor decir, a que posee un contenido mínimo, la coherencia entre el criterio con arreglo al cual se mide la igualdad (o la desigualdad) y la finalidad de la medida (norma o práctica) que introduce la diferenciación, contenido mínimo que es, además, formal (de modo que para determinar aquella coherencia, esto es, la razonabilidad de la diferencia, hay que acudir a criterios materiales externos al juicio de igualdad).”

6 Democracia paritaria y soberanía compartida. Maria Holgado 2010. El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado.

7 ¿Qué concepción histórica de la igualdad se expresa en la Constitución española? Naturalmente, la propia de un Estado que se autodefine como “social y democrático de Derecho” (...)

8 Es imposible saber cómo sería el mundo si durante siglos las mujeres hubiesen contribuido a gobernarlo en pie de igualdad con los hombres. Lo que sí parece razonable es pensar que una política hecha a la imagen y semejanza de las mujeres sería en algo distinta a la hecha hasta ahora a imagen y semejanza de los hombres, que políticas y formas de actuar que se apoyen en la consciencia de la interdependencia humana disfrutarían de un lugar propio en un mundo que hasta ahora ha venido funcionando en base a la noción de independencia. Es pues razonable esperar que la participación de las mujeres en política en igualdad con los

El derecho a la igualdad admite una extensión más allá de la mera formalidad de la igualdad ante la ley⁹ de manera que, en la regulación normativa, a iguales supuestos se apliquen similares consecuencias jurídicas, y que se tengan en cuenta las diferencias constatadas desde la perspectiva social para promover la remoción de las desigualdades sociales existentes, con ponderación de los límites delimitados por la práctica jurisprudencial del TC en cuanto a la exigencia de que los medios de corrección no sean ni arbitrarios ni desproporcionados y obedezcan a la protección del derecho fundamental a la igualdad.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el principio de igualdad que justifica los supuestos de trato normativo diferenciado y favorable a ciertos sectores sociales tradicionalmente discriminados se basa en el art. 14 de la Constitución española (Sentencias 65/1983, de 21 de julio; 25/1989, de 3 de febrero; 180/191, de 23 de septiembre y, especialmente, en la Sentencia 19/1989, de 31 de enero, donde se afirma: “La virtualidad del art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales”).)

En cuanto a las diferencias de género, también se tratan de corregir, no tanto como grupo en desventaja sino como una rectificación histórica de la desigualdad de la mujer, es decir de más del 55% de la ciudadanía, que la autora Balaguer describe como “*insuficiencia teórica*” del derecho a la igualdad¹⁰.

hombres venga a cuestionar los que hasta ahora han venido siendo los parámetros de la normalidad en este mundo clásicamente masculino. DE LA PARIDAD, LA IGUALDAD Y LA REPRESENTACIÓN EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO. Ruth Rubio Marinn y Blanca Rodríguez Ruiz.

9 El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. EL DERECHO FUNDAMENTAL A NO SER DISCRIMINADO POR RAZON DE SEXO. Fernando Rey Martínez. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid.

10 En lo que se refiere a la igualdad de género, la construcción del artículo 14 ya desde el inicio del proceso constituyente, se manifestó insuficiente para abordar, desde un punto de vista real, las posibilidades de eliminación de las innumerables trabas históricas que dificultaban la igualdad entre hombres y mujeres, y que han seguido algunas de ellas intactas, a pesar de los casi veinticinco años de desarrollo constitucional de los principios y valores de un Estado Social y democrático de derecho. Esta insuficiencia teórica, se ha intentado suplir por la doctrina mediante la instrumentación de técnicas de ampliación del sentido de esa igualdad, hasta abarcar todas aquellas situaciones en las que la mujer no alcanza los mismos niveles de desarrollo profesional y personal que el hombre, y cuyo derecho de igualdad debe conseguirse aumentando las posibilidades para ella en detrimento del hombre, con el fin de compensar ahora una desigualdad histórica. TRANSVERSALIDAD COMO INSTRUMENTO DE IGUALACIÓN POSITIVA. María Luisa Balaguer Callejón. Catedrática de Derecho Constitucional en la Universidad de Málaga.

Es por ello, que el concepto del derecho a igualdad, desde un punto de vista más formal que material, ha evolucionado a una perspectiva del mismo en todas las democracias occidentales como un principio que integra la igualdad de oportunidades, igualdad esencial y real. Antes, dicho concepto dejaba a un lado el reconocimiento de la existencia de una desigualdad de carácter social importante entre mujeres y hombres e ignoraba que el derecho se había construido y creado desde los varones y para los varones, siendo los derechos de las mujeres en su nacimiento no originales en su conceptualización y redacción sino fruto de la comparación o asimilación al “modelo masculino”. Y es por ello que Pérez del Río hace referencia a “*esa nueva dimensión de la igualdad de género*”¹¹ que tiene como objetivo hacer visibles las causas de la posición asimétrica de poder entre hombres y mujer¹².

También es importante tener en cuenta lo que ha supuesto de complementariedad a dicho derecho a la igualdad, como instrumento de ajuste de las desiguales estructuras de poder entre mujeres y hombres, la implementación del *mainstreaming* o transversalidad: a la hora de planificar, ejecutar y evaluar cualquier política pública deberán considerarse los distintos efectos que despliegan sobre hombres y mujeres.

Esta introducción jurídica de dicho instrumento en la LOIHM trata de adaptar la organización de la sociedad a una distribución más justa y equitativa para corregir las desigualdades de género que permanecen discriminando a la mujer en muchos ámbitos y contextos, fundamentalmente en su dificultad de acceso a las instituciones de poder y decisión por la permanencia de la asignación tradicional de los estereotipos y roles tradicional e históricamente asignados a uno y otro sexo que persistentes a los cambios y con su efecto de autocumplimiento dificultan dicha igualdad material entre mujeres y hombres. Las áreas de aplicación más importantes son: educación, salud, economía y empleo, poder y toma de decisiones, imagen y medios de comunicación, medio ambiente, violencia, exclusión social, mujeres rurales y cooperación¹³.

La transversalidad nace en su significación formal en IV Conferencia Mundial de las mujeres de Beijing (1995) y se convierte en concepto esencial de las políticas comunitarias de igualdad de

11 El principio de igualdad, en un momento inicial, se configuró casi de forma exclusiva y excluyente como igualdad formal en la ley y ante la ley. Ello supuso en principio un importante avance respecto a una situación anterior de desigualdad en la ley, en especial en el acceso a la educación, al empleo y a los derechos de participación política, pero al poco tiempo esta configuración se mostró insuficiente, porque al no incidir sobre la desigualdad social, ésta se perpetuaba bajo una apariencia de igualdad, generando una bilateralidad en la protección legal que determina la paradójica extensión a los hombres de algunos beneficios de las mujeres, aparentando que ellos fueran los discriminados. TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO Y ACCIÓN POSITIVA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO. Teresa Pérez del Río. Catedrática de derecho del trabajo en la Universidad de Cádiz.

12 La doctrina analiza la que se denomina nueva dimensión de la igualdad de género y señala que este nuevo tipo de igualdad, que constituye el objetivo a perseguir cara al futuro, «...pone el acento en el carácter adquirido, variable y artificial de la mayor parte de las diferencias de roles establecidas en función del sexo, que crean compartimentos sociales que inciden y conforman estructuras sociales que reflejan un desigual acceso y control de los recursos económicos, culturales y sociales entre hombres y mujeres en perjuicio de estas, afectando tanto en su dimensión individual como colectiva a la dignidad de la mujer en cuanto persona desigual. El enfoque de género identifica y pone de manifiesto las desigualdades de papeles asignados a hombres y mujeres en perjuicio de estas y persigue la igualdad como situación objetiva en la que hombres y mujeres puedan desarrollar sus capacidades personales y decidir sobre su destino vital sin las limitaciones impuestas por los estereotipos tradicionales...». Ibidem.

13 Transversalidad de género, que a partir de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995) deviene esencial en la lucha contra la discriminación de las mujeres. La Plataforma para la Acción contra la discriminación de las mujeres elaborada en esa conferencia⁹ enumera, entre «los mecanismos institucionales para el avance de las mujeres... la integración de la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos». En otras palabras, se exige de los poderes públicos que se comprometan en la integración de la dimensión de género en la totalidad de sus ámbitos de actuación. TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO Y ACCIÓN POSITIVA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO. Teresa Pérez del Río. Catedrática de derecho del trabajo en la Universidad de Cádiz.

oportunidades, aplicándose según Pérez del Río en distintos ámbitos de intervención en las políticas comunitarias¹⁴.

Por ello entender la igualdad real en el estado social según Rey Martínez hay que ubicarla dentro del esquema conceptual de la igualdad formal: cuando entra en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o legislador y atendiendo a la doctrina. Es por ello que cuando se quiere constreñir un derecho tan amplio y paralelo a las necesidades sociales empobreciendo su conceptualización como igualdad ante la ley (formalidad) no atendemos al verdadero alcance del mismo y puede darse el efecto perverso de la norma, la consideración de que protege una realidad inexistente, al no existir equilibrio o paridad entre los sexos ¹⁵.

14 1. El ámbito económico y social, concibiendo estrategias para fomentar la integración de la igualdad en todas las políticas que tengan repercusiones sobre la mujer en la economía, como la política fiscal, financiera, económica, educativa, de transporte, de investigación y social; reforzando la dimensión de la igualdad en la estrategia europea de empleo; mejorando la utilización de los fondos estructurales para promover la igualdad.

2. El de la participación y representación en los órganos de decisión mejorando el equilibrio ente hombres y mujeres en la toma de decisiones políticas y socioeconómicas.

3. El del acceso y el pleno disfrute de los derechos sociales para las mujeres y los hombres, mejorando el conocimiento y vigilando la aplicación de la legislación existente en el ámbito social en materia de contratos atípicos, condiciones de trabajo y conciliación (como contratos a tiempo parcial y de duración determinada, tiempo de trabajo, permisos parentales y por razones familiares, protección del embarazo y la maternidad).

4. El de la concepción aplicación y evaluación de las políticas y actividades que tienen una repercusión en la vida diaria de mujeres y de hombres, como la política de transporte, la salud pública, las relaciones exteriores, incluidas las políticas de derechos humanos y el programa comunitario de lucha contra la discriminación por causas diferentes al género.

5. En general la vida civil procediendo al seguimiento difusión y control de aplicación de la legislación y la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad de trato entre mujeres y hombres; reconociendo y promoviendo el reconocimiento de los derechos específicos de la mujer como derechos humanos universales; luchando contra la violencia sexista y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

15 Tampoco son equivalentes, según creo, el concepto de igualdad substancial (en realidad, como hemos visto, encajable en el esquema interpretativo general de la igualdad "formal", con la particularidad de la explicitación por el constituyente de la razonabilidad de las eventuales diferencias jurídicas de trato -no sólo permitidas, sino, incluso, pretendidas-) y la prohibición de discriminación en sentido estricto. Y no lo son porque las diferencias jurídicas de trato adoptadas para lograr una igualdad de oportunidades en favor de cualquier colectivo social situado en cierta desventaja fáctica, son, en el sentido acuñado por R. ALEXANDER, un principio, esto es, un mandato a los poderes públicos de optimización, dentro de las posibilidades técnicas y financieras; y las prohibiciones de discriminación en sentido estricto (por razón de raza, sexo, etc.) son una regla, más concretamente un auténtico derecho fundamental, es decir, un derecho subjetivo judicialmente exigible. El mandato de igualdad real del art. 9.2, en relación con los principios rectores del Capítulo Tercero (que informarán la actuación de los poderes públicos y sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen -art. 53.3 CE-), está condicionado por tres factores:

- 1) Depende de las posibilidades financieras y técnicas del país en cada momento.
- 2) Su desarrollo por las distintas mayorías políticas que se vayan sucediendo puede ser, en aplicación de las diversas concepciones ideológicas y estratégicas en presencia, muy diferente; y ello es legítimo, en virtud del principio democrático. Como toda la Constitución, pero más aún, el Capítulo Tercero no es un programa, sino un marco de posibilidades de actuación.
- 3) Pero no sólo la determinación de "cómo" fomentar la igualdad real está abierta, sino, incluso, la precisión de "qué" grupos sociales pueden ser beneficiarios de políticas de fomento (el Capítulo Tercero contiene, evidentemente, una lista abierta).

2. EL CONCEPTO DE LA ACCIÓN POSITIVA EN LA DELIMITACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA DEL TC Y DEL TJCE.

El TC ha dejado claro en numerosas ocasiones esa “*nueva dimensión de la igualdad de género*” no sólo en las sentencias que avalan las acciones positivas sino en el contexto de las relaciones de pareja con motivo de las motivaciones y fundamentaciones de sentencias relativas a las cuestiones de inconstitucionalidad respecto al artículo 153.1 del Código Penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en las STC 59/2008 de 14 de mayo y la STC 81/2008 de 17 de junio:

“tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador”.

La STC 59/2008 toma como punto de partida la exclusividad del legislador para el diseño de la política criminal y la amplia libertad de que goza para el mismo. Es por ello por lo que el actual juicio de constitucionalidad no lo es de eficacia o de bondad: *«Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa»*. Los límites ahora pertinentes son los propios del principio general de igualdad y no los de la prohibición de discriminación por razón de sexo, pues *«no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada»* (FJ 7).

A partir de la perspectiva que demarca el principio general de igualdad la constitucionalidad de la norma pasa, según nuestra consolidada doctrina al respecto, por «que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación» (STC 59/2008, FJ 7).

En cuanto a LAS ACCIONES POSITIVAS, también ratifican la legitimidad de las mismas numerosas sentencias que me limito a nombrar, ya que el objeto de análisis es la sentencia 12/2008, de 29 de enero de 2008.

Cuestión de inconstitucionalidad 4069-2007 y recurso de inconstitucionalidad 5653-2007.

Tribunal Constitucional Español:

a) Sentencia 128/1987, de 16 de julio de 1987. Temas: laboral de guardería concedido a las trabajadoras con independencia de su estado civil y a los trabajadores sólo en el caso de que fueran viudos.

b) Sentencia 19/89, de 30 de enero de 1989: Mayor pensión de jubilación para las trabajadoras que para los trabajadores en el sector textil.

c) Sentencia 28/1992, de 9 de marzo de 1992: Plus de transporte nocturno sólo para trabajadoras.

d) Sentencia 3/1993, de 14 de enero de 1993: Ciertas prestaciones de la Seguridad Social que se concedían sólo a hijas y hermanas, pero no a hijos y hermanos.

e) Sentencia 269/1994, de 3 de octubre de 1994: Constitucionalidad del sistema de cuota de su forma de aplicación en el acceso al empleo público, en consonancia, de otro lado, con la consideración, por parte del Convenio no 159 y de la Recomendación no 168 de la O.I.T., de las medidas positivas destinadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato como no discriminatorias.

De la lectura de sentencias como la STC 128/1987, 216/91, 28/92 o la más reciente STC 16/1995, se desprende que la acción positiva en el ordenamiento jurídico español goza de legitimidad plena, pudiendo considerarse incluso EXIGIBLE en tanto que es instrumento indispensable para lograr las condiciones de igualdad que propugna el artículo 9.2 CE. Se justifica a partir de la interpretación conjunta de esta disposición y el artículo 14 CE y la obligada toma en consideración (art.10.2 CE.) de las normas internacionales sobre discriminación por razón de sexo (la Convención de Naciones Unidas de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres- CEDAW y la normativa comunitaria).

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado en varias ocasiones que *"la tutela antidiscriminatoria no sólo es compatible sino que incluso, en ocasiones, impone compensar la desigualdad de oportunidades entre los sexos mediante acción positiva"*. Señala así mismo (STC 128/ 87) que *"no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad (...) se trata de dar tratamiento distinto a situaciones verdaderamente distintas"*. La confusión se crea por algunas sentencias que han identificado acción positiva y acción protectora (Ej. STC 28/92 y STC 109/93).

El Tribunal Constitucional establece unos requisitos básicos que toda acción positiva debe cumplir para ser compatible con el principio de igualdad:

_ Motivación: de una situación real de discriminación del colectivo.

_ Proporcionalidad: suficiencia y adecuación entre la medida adoptada y el objetivo perseguido.

_ Temporalidad: la medida debe desaparecer una vez logrado su objetivo).

Medidas que el TC ha considerado acciones positivas legítimas siempre que estén sometidas a unos requisitos y decisiones (cuyo paradigma es la conocida STC 128/1.987), que legitiman y reconocen expresamente la licitud constitucional de las acciones positivas¹⁶ y las

16 "Es más, no sólo sería posible que el Estado distinguiese allí donde la realidad no es idéntica, sino que es un auténtico deber, en un Estado social de Derecho, que los poderes públicos actúen removiendo los obstáculos que impiden la igualdad real y efectiva y para ello tomen en consideración dichas diferencias fácticas y, en consecuencia, otorguen un diverso trato a quienes se encuentren en una situación de partida desventajosa:

«... no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho,

discriminaciones positivas. En cuanto al concepto, con varias acepciones o términos (actuaciones positivas, medidas positivas, medidas de actuación positivas) según S. Navas Navarro¹⁷, la que se corresponde con el derecho europeo, la regulada en el artículo 10 de la LOIHM es la “acción positiva (positive action) y no es coincidente con discriminación positiva. Ya que, para diferenciarlas a grandes rasgos (pues existe una reflexión en esta materia específica en la que indiciré en su clasificación, tipos, críticas y efectos), la discriminación positiva o inversa incide más en el punto de llegada, y la acción positiva en el punto de partida, siendo más efectiva la primera y a la vez más discutida, ya que tiene dos formas:

_ Sistema de cuotas o reserva rígida de un número o porcentaje mínimo garantizada de plazas para un colectivo o grupo discriminado.

_ Da un trato preferente atribuyendo puntos o calificaciones especiales a los grupos a los que se quiere favorecer.

Como efecto:

1. Persigue privilegiar a los miembros de un grupo que es el objeto de discriminación adversa.
2. Beneficia a los miembros de ese grupo y se perjudica visiblemente a otras personas.
3. Persigue la consecución de un resultado y lo garantiza.

La acciones positivas se dirigen más a la acción desde el punto de vista de salida pudiendo clasificarse en equiparadoras, promocionales y transformadoras, según su objeto.

La diferencia entre estos instrumentos correctores de las desigualdades en todas sus dimensiones, tal y como propone Rey Martínez, consiste en el mayor grado de exigencias de las discriminaciones positivas respecto de las acciones positivas:

a) Las discriminaciones positivas sólo se establecen para supuestos muy concretos de discriminación, es decir, se debe de medir su idoneidad para atender el fin constitucional : *“discriminaciones caracterizadas por ser transparentes e inmodificables para los individuos que las sufren, que son considerados por la sociedad (al menos respecto de algunos aspectos) de forma negativa o inferior (estigmatizadora).”*

b) Las discriminaciones positivas deben ser de especial necesidad, que no exista otra medida menos gravosa para remover los obstáculos, para establecer las mismas condiciones previstas del artículo 9.2 CE, o como Rey denomina, de “especial escasez”: lo que determina un efecto negativo para las personas que no están en el ámbito de protección, es decir, que el beneficio de ciertas personas tenga como forzosa contrapartida un claro y simétrico perjuicio a otras.

para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad, a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva»

No obstante, el legislador no es absolutamente libre para otorgar ese tratamiento diferenciado. El Tribunal sí deja, con carácter general, en manos de éste, «la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente» (pero habrá en todo caso de ajustar su actuación al cumplimiento de ciertos requisitos. FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y DEMOCRACIA PARITARIA. María Holgado González

17 USO Y TENENCIA DE BIENES POR LAS MUJERES. APLICACIÓN DE LAS ACCIONES POSITIVAS AL DERECHO PRIVADO. Susana Navas Navarro. Catedrática de Derecho civil universidad autónoma de Barcelona.

c) Las discriminaciones positivas se caracterizan por su temporalidad o, con mayor rigor, transitoriedad, es decir, sólo se mantienen mientras sea imprescindible su necesidad. Ya que no dejan de ser discriminaciones directas, de ahí su aplicación restrictiva y limitada, han de ser admitidas, aún en el caso de que se acepten, restrictiva y excepcionalmente.

En particular, deberían cumplir las exigencias del contenido esencial del derecho fundamental a no ser discriminado por razón del sexo, es decir, deberían superar los estrictos requisitos del principio de proporcionalidad (como límite de los límites a cualquier derecho fundamental)¹⁸.

Lo importante es la razonabilidad y proporcionalidad de la discriminación positiva: es decir, como señala el TJCE : “*el propósito legítimo*” que debe tener la suficiente entidad para justificar la limitación de un derecho fundamental y sólo cuando entra en colisión con otro derecho fundamental o principio constitucional.

Las acciones positivas se encuadran como un instrumento para conseguir la igualdad material en diversas clases de acciones con distintos objetivos según la clasificación de Navas por objetivos:

1.- Las que tienen como objetivo remover los obstáculos o desventajas que impiden la participación en el sector socioeconómico de que se trate. Su ejemplo el art.30.2 LOIHM mejora del nivel educativo de las mujeres en el ámbito local. Su fundamento el caso Kalandre de la UE que trataba la discriminación en el mercado laboral.

2.- Las que tienden a buscar un equilibrio entre la vida familiar y profesional, apoyando la corresponsabilidad, la coparentalidad y la conciliación de mujeres y hombres, para fomentar la mejor distribución de las responsabilidades parentales entre ambos sexos. ej.art.46.2 y 30.4 LOIHM que regulan servicios sociales para la dependencia.

3.- Las que dan un trato preferente a un grupo de personas infrarrepresentado, en el establecimiento de cuotas.ej. Art.50 LOIHM sistema de “cuotas no rígidas” de mujeres en consejo de administración de empresas.

18 Mientras que las acciones positivas son deberes de los poderes públicos, las cuotas son una herramienta que tienen los poderes públicos en determinados casos y bajo ciertas condiciones y que pueden o no actuar o hacerlo de un modo u otro.

a) Necesidad: sólo podrá acudir a la regulación por cuotas cuando no fuera posible lograr el mismo objetivo de equiparación en un sector social determinado y en un tiempo razonable a través de las medidas menos extremas de acción positiva.

b) Objetividad: habrá de acreditarse objetiva y fehacientemente (a través de estadísticas comparativas) la desigualdad de hecho arraigada y profunda (esto es, la subrepresentación femenina) en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate.

c) Transitoriedad: la cuota tiene, por naturaleza, carácter transitorio. Su establecimiento y duración deberá limitarse estrictamente al periodo de tiempo necesario para lograr la igualación de las condiciones de vida entre hombres y mujeres en el sector social donde el colectivo femenino estuviera subrepresentado. En todo caso, la discriminación positiva no puede actuar como una exclusión absoluta y permanente del sector de población excluido.

d) Legalidad:por afectar a una materia tan sensible para el Estado de Derecho como son los derechos fundamentales, las discriminaciones positivas en el derecho público sólo podrían establecerse por ley (y ley orgánica: art. 81.1 CE); sólo el procedimiento legislativo asegura la pluralidad y publicidad necesarias para la adopción de tales medidas. Fernando Rey.

3. LA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN JURÍDICA EN LA SENTENCIA DEL TC 12/2008. DE LA ACCIÓN POSITIVA EN LA DELIMITACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA DEL TC Y DEL TJCE.

En dicha sentencia se interpone una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 44 bis y concordantes de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, redactados por la disposición adicional segunda¹⁹ de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Se basa en una supuesta vulneración de los derechos a la igualdad en la ley, a la participación en los asuntos públicos y de asociación en partidos políticos, a la libertad ideológica y de expresión y al principio de unidad del cuerpo electoral: candidaturas electorales equilibradas por sexos. Existe un Voto particular con especial interés en alguno de sus argumentos.

La norma impugnada, trata de paliar el llamado “techo de cristal” en la cultura organizativa de los partidos políticos que impiden y dificultan que las mujeres alcancen la representación paritaria en las instituciones. Existe una obligación de los partidos políticos en su estructura y el funcionamiento interno respondan a los principios democráticos que rigen para el Estado²⁰, es

19 Disposición adicional segunda. De la LOIHM 3/2007 que Modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

Se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los siguientes términos:

Uno. Se añade un nuevo artículo 44 bis, redactado en los siguientes términos: Artículo 44 bis.

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 agrupen 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.»

Dos. Se añade un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 187, redactado en los siguientes términos: «Lo previsto en el artículo 44 bis de esta ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en los municipios con un número de residentes igual o inferior a 3.000 habitantes.» Tres. Se añade un nuevo párrafo al apartado 3 del artículo 201, redactado en los siguientes términos:

«Lo previsto en el artículo 44 bis de esta ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en las islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes.»

20 El origen de este mandato constitucional, consagrado en el artículo 6 CE, está la idea de neutralizar la tendencia natural a la oligarquización del aparato partidista, que ya denunciaban a principios de siglo pasado

decir, que superen las oligarquías de poder que subyacen en su composición y respeten los principios constitucionales. Porque el principio igualdad de ciudadanía pasa por entender que debe existir una igualdad de la mujeres en el acceso a la toma de decisiones, como consecuencia de derecho de los hombres y mujeres a participar en los asuntos públicos en igualdad de condiciones, según el art. 23 CE para que puedan fundamentar las políticas públicas como mitad de la población afectada por las mismas, es decir, que aunque existan argumentos que constriñen la igualdad a la igualdad formal en esta materia²¹, estos no tienen en cuenta la realidad material: las barreras de los estereotipo de género, la meritocracia y la especial dificultad de conciliación de las mujeres que asumen socialmente el trabajo de cuidado (y con ello la actividad política constituye una tercera jornada) para acceder a puestos de representación pública. Es por ello que, para hacer efectiva dicha igualdad formal con acciones concretas amparadas en el art. 9.2 CE, y para remover los obstáculos existentes para alcanzar dicho derecho a la representación igualitaria de las mujeres en la vida pública²², se necesiten de actuaciones políticas concretas, en este caso la imposición de cuotas de porcentajes de representación mínima para cualquiera de los dos sexos en las listas electorales.

Estas medidas en reiterada doctrina (Holgado, Martínez Alarcón) no son consideradas como de discriminación positiva, como asimismo ha argumentado el TC en la mencionada sentencia, ya que su alcance es “de equilibrio de sexos”, no es estrictamente paritaria, dejando ciertos márgenes de desequilibrio y, lo que es muy importante, tiene un efecto bidireccional, en cuanto a que no introduce un tratamiento peyorativo para ninguno de los dos sexos, en cuanto a que no favorece a un sexo sobre otro. Esta consideración de que no se trata del establecimiento de una acción positiva forma parte de los fundamentos jurídicos 5 y 9 de la STC 12/2008.

Entre los argumentos esgrimidos en contra de las distintas cuestiones de inconstitucionalidad de la LOIHM ²³ respecto a la disposición adicional segunda que regula esta materia, están, según Holgado González, los siguientes:

Ostrogorski y Michels, con la llamada «ley de hierro de la oligarquía» María Holgado. Derecho Constitucional UPO. FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y DEMOCRACIA PARITARIA

21 Y es que el Estado descansa en un modelo de representación basado en las nociones de generalidad, unidad e igualdad, un modelo de representación que, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, establece «la presunción de que la voluntad del representante es la voluntad de los representados, en razón de la cual son imputados a éstos en su conjunto, y no sólo a quienes votaron en su favor o formaron la mayoría, los actos de aquél» (STC 10/1983, de 25 de febrero, FJ. 2). Presunción que requiere que el voto de los representados sea efectivamente libre e igual. La generalidad de la representación, presupuesto de la generalidad de las leyes y de su conformidad con el principio de igualdad, rige pues, y se rige a su vez por, los principios de libertad e igualdad del voto de los representados, principios éstos que conforman el derecho de sufragio. De ahí que se haya señalado que el terreno político es el terreno de la igualdad formal, un terreno en el que no caben medidas de acción positiva. DE PARIDAD, IGUALDAD Y REPRESENTACIÓN... BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ y RUTH RUBIO MARÍN

22 Se señalan así las carencias de una igualdad entendida en sentido puramente formal de cara a lograr la igualdad efectiva entre los sexos, carencias que, en el terreno político, se ponen de manifiesto en el salto entre el número de hombres y de mujeres que ocupan cargos representativos. Lo cual se identifica como causa, a la vez que consecuencia, de las desigualdades reales entre unos y otras. Es preciso, se argumenta, poner fin a esta situación, y tomar conciencia de que la humanidad está dividida, grosso modo al 50 por 100, en hombres y mujeres, y que cada uno de los sexos constituye, así lo dicen las estadísticas, un modo distinto de ser persona. Es pues razonable que cada uno de los sexos cuente con una presencia representativa equiparable. Esto no tiene porqué poner en cuestión los principios de generalidad y unidad que rigen la representación política moderna. No se trata de que las mujeres sólo voten a mujeres, ni los hombres a los hombres, ni de que cada sexo sólo se re- presente a sí mismo. Cada representante electo lo sigue siendo del conjunto de la población. Lo igualitario, lo democrático, es, sin embargo, que ambos sexos cuenten con una mínima presencia en las instancias representativas; lo igualitario y lo democrático es que dicha presencia sea, en última instancia, equiparable. DE PARIDAD, IGUALDAD Y REPRESENTACIÓN... BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ y RUTH RUBIO MARÍN

23 “A juicio de los Diputados recurrentes y del órgano judicial cuestionante, esa medida pudiera haber comportado el sacrificio de determinados principios y derechos constitucionales. En particular, del principio de

- a) La vulnerabilidad de la libertad de los partidos políticos.
- b) La vulneración de la unidad del cuerpo electoral.
- c) La vulneración del principio de igualdad.

Entre los argumentos a favor de su constitucionalidad, el TC motiva su sentencia en los siguientes:

1.- Los partidos han de coadyugar a la realización de la igualdad material.

“Que los partidos políticos, dada «su doble condición de instrumentos de actualización del derecho subjetivo de asociación, por un lado y de cauces necesarios para el funcionamiento del sistema democrático, por otro» (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 5), 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 artículo 9.2 CE, no es cuestión que pueda suscitar reparos de legitimidad constitucional, como ahora veremos. Y es que es su 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) lo que cualifica su condición asociativa como partidos y los diferencia netamente de las demás asociaciones, de manera que 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 artículo 9.2 CE. (...) 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 otras palabras, por satisfacer las exigencias constitucionales para limitar la libertad de los partidos y agrupaciones de electores para confeccionar y presentar candidaturas, que en sentido propio ni siquiera es un derecho fundamental, sino una atribución, implícita en la Constitución (art. 6 CE), que les confiere el legislador (expresamente apoderado por dicho artículo para efectuarla); legislador que goza de una amplia libertad de configuración (aunque no absoluta, claro está). La validez constitucional de estas medidas, como se acaba de decir, resulta clara. En primer lugar porque es legítimo el fin de la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9.2, 14 y 23 CE). En segundo término, porque resulta razonable el régimen instrumentado por el legislador que se limita a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100 y sin imposición de orden alguno, contemplándose 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, por tanto, solo excluye de los procesos electorales a aquellas formaciones políticas que ni tan siquiera aceptan integrar en sus candidaturas a ciudadanos de uno y otro sexo. En fin, porque 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.(..)”

_ En cuanto a la libertad de asociación:

(...) no constituye una vulneración del artículo 6, en conexión con el artículo 22 CE. Como ya hemos señalado esa limitación no es en sí misma inconstitucional. Por lo demás, y en todo

igualdad (arts. 14 y 23 CE), del derecho de participación en los asuntos públicos (arts. 23 y 68.5 CE) y del derecho de asociación en partidos políticos (arts. 6 y 22 CE) capaces para la articulación de la voluntad política de los ciudadanos alrededor de cualquier ideología [arts. 16 y 20.1 a) CE]. Pero también la quiebra de categorías tan básicas del Estado democrático como puede ser el principio de unidad del pueblo soberano.” FJ3 STC 12/2008

caso, el mandato de equilibrio entre sexos que se impone a los partidos, limitando una libertad de presentación de candidaturas que no les está atribuida por ser asociaciones, sino específicamente por ser partidos políticos, ha de considerarse que, incluso desde la perspectiva de que son asociaciones políticas, constituye una limitación proporcionada y, por tanto, constitucionalmente legítima, por las razones que se dieron más arriba y a las que nos remitimos.(...)

_ En cuanto a la libertad ideológica:

(...) tampoco vulnera la libertad ideológica de los partidos políticos ni su libertad de expresión [arts. 16.1 y 20.1 a) CE]. No lo hace, en primer lugar, de la propia ideología feminista.

(...) es el propio artículo 9.2 CE 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. 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. Ciertamente que un ideario feminista radical que pretenda el predominio femenino no podrá ser constitucionalmente prohibido, pero tampoco podrá pretender sustraerse al mandato constitucional de la igualdad formal (art. 14 CE) ni a las normas dictadas por el legislador para hacer efectiva la igualdad material tal como establece el 9.2 CE.

Por tanto, la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no impide la existencia de partidos con una ideología contraria a la igualdad efectiva entre los ciudadanos. (...)

En el análisis emitido por María Luz Martínez Alarcón en cuanto al juicio de constitucionalidad se profundiza sobre la falta de razonabilidad en la instrumentalización de la sentencia al exponer dicha sentencia, primero con su juicio favorable y después con motivaciones forzando esa decisión y no a la inversa.

En cuanto a la colisión de dicha norma con el derecho al sufragio pasivo del art.23.2 opina que, no existe afectación a dicho derecho, desde el momento en que la medida solo afecta a la fase preparatoria para la obtención de la condición de candidato pero no se puede hablar todavía de que afecte a la titularidad del derecho fundamental al sufragio pasivo ya que no se ha obtenido ese derecho.

También plantea dicha autora reparos en cuanto a la débil argumentación del tribunal en el fundamento jurídico quinto en cuanto a la colisión con el derecho de asociación: dicha autora considera discutible que “no se configura como una manifestación de la libertad de organización y funcionamiento interno de los partidos políticos; es más, estoy plenamente convencida de que la decisión sobre la composición de las listas electorales es una decisión propia de la organización y funcionamiento interno de los partidos y de que, por tanto, la reserva de porcentajes por razón de sexo en este ámbito afecta al derecho de asociación política. Otra cosa es que dicha incidencia o afectación incurra o no en inconstitucionalidad, una cuestión esta última que sólo se puede resolver aplicando el parámetro argumentativo que proporciona el juicio de proporcionalidad en sentido amplio y que exige comprobar, primero, que la medida sirva o resulte eficaz para corregir la situación de desigualdad (juicio de idoneidad), segundo, que se utilice sólo cuando no exista otro medio más moderado para corregir con el mismo nivel de eficacia la infrarrepresentación de un sexo determinado (juicio de necesidad), y, tercero, que

genere más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflictos (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)."

Alude para ello a que en ocasiones se pondera dicha colisión como juicio de proporcionalidad entre derechos fundamentales que son contrarios²⁴. La inconstitucionalidad, según dicha autora, nace precisamente de esa ponderación, del juicio de proporcionalidad, ya que, según la misma, es deficiente la pugna con el derecho de asociación y con el valor del pluralismo político del artículo 6 CE, aludiendo a la "actitud dirigista por parte del poder público que busca la imposición de una opinión dominante durante los procesos de constitución del poder legislativo y que es incompatible con un Estado democrático plural ²⁵.

Muy al contrario, Rubio Marín y Rodríguez en relación a esta cuestión aluden: "*Lo que se cuestiona es, en definitiva, la conformidad constitucional de que las cuotas de presencia mínima de ambos sexos en las listas electorales de los partidos políticos vengan impuestas por ley, y ello en virtud de la previsión constitucional de que el funcionamiento de los partidos políticos debe ser libre y democrático (34). Si bien se mira, sin embargo, las dudas que este mandato constitucional suscita se presentan como una aporía. Y es que, antes de esgrimir el argumento de que los partidos políticos deben funcionar de forma libre y democrática, es preciso definir*

24 El juicio de proporcionalidad, al fin y al cabo un instrumento para fiscalizar las intervenciones que se traducen en una restricción de bienes o derechos constitucionales, presenta muchos más problemas dogmáticos cuando se utiliza para fundamentar el juicio sobre la validez constitucional de las leyes que limitan las normas de derechos fundamentales (en el caso presente, el derecho de asociación política), ya que, en efecto, en estos supuestos el control de proporcionalidad debe resolver la relación de tensión existente entre el legislador y el juez constitucional. Todos los subprincipios integrantes de la proporcionalidad en sentido amplio (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) se proyectan sobre una serie de decisiones con un alto contenido político y, desde este punto de vista, el principal peligro de su aplicación descansa en un abuso por parte del órgano judicial que decide introducir su propia apreciación subjetiva de la norma sustituyendo así el juicio político realizado por el legislador. Precisamente para evitar esta situación, tanto el propio Tribunal Constitucional como la doctrina que se ha dedicado al estudio de esta cuestión³², ponen el acento en la necesidad de actuar con una gran prudencia cuando se fiscaliza la proporcionalidad de la obra legislativa, de tal forma que la decisión sobre la desproporción de una medida normativa que limita bienes o derechos constitucionales sólo se alcance cuando se desborde la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de una «forma evidente y manifiesta, lo que implica, desde luego, que tan sólo la desproporción extrema y objetivable adquiera relevancia jurídica y que no sea ésta, por lo demás, una hipótesis frecuente». COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 12/2008, DE 29 DE ENERO, SOBRE LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES Ma LUZ MARTÍNEZ ALARCÓN. Profesora de Derecho Constitucional Universidad de Castilla-La Mancha

25 También lo es que la imposición de dichos porcentajes sin margen de decisión alguna (pues la formación política incumplidora queda excluida del proceso electoral), obliga a determinados partidos políticos a organizarse de forma incongruente con su propia identidad programática durante los procesos de constitución del poder constituido legislativo, y que, incluso, puede llegar a perjudicar gravemente a ciertas asociaciones políticas que defienden una ideología absolutamente contraria al establecimiento de cuotas a favor de la mujer en el ámbito representativo⁴⁴. Primero porque el respeto necesario de la cuota, si quieren participar o tener la oportunidad de participar en el proceso de discusión y decisión política, acarrea serias dificultades para hacer llegar su discurso a la calle y convencer al ciudadano y a sus propios afiliados, a los que resulta difícil explicar cómo un partido político con unos concretos fines y objetivos compone determinadas listas electorales (aunque sean consecuencia de la imposición de un acto del poder público). Y segundo, y esto ya es más grave, porque defender cierto tipo de ideologías, muy alejadas de lo que parece ser la opinión dominante al respecto en España, puede impedir componer una candidatura como la que exige nuestro legislador orgánico y, consecuentemente, participar en la contienda electoral⁴⁵. Desde este punto de vista, resulta posible afirmar que la medida pone en cuestión la función social del derecho de asociación política privándolo de su significación constitutiva para el orden constitucional y precisamente por ello considero que esta modalidad de leyes de paridad electoral, radical en cuanto a sus consecuencias, resulta excesiva, no proporcional.

En definitiva, y en mi opinión, cuando se obliga a un partido a adoptar decisiones incompatibles con su identidad programática o cuando alguna formación política puede quedar excluida del proceso electoral como consecuencia de la imposibilidad de respetar una cuota

qué debe entenderse por funcionamiento libre de los partidos políticos en el contexto de un Estado democrático. (...) Lo que está en juego en el fondo de todas estas cuestiones no es otra cosa que el concepto de democracia. ¿Qué entendemos por democracia en el Estado contemporáneo? ¿Qué entendemos en definitiva por Estado democrático y cómo puede ser éste realizado por los poderes públicos? Preguntas éstas que nos conducen a su vez a preguntarnos cuál puede y debe ser el modelo de representación vigente en el Estado democrático. En efecto, la vigencia de la igualdad formal en el ámbito político-electoral está relacionada con el carácter libre e igual del voto en el Estado democrático, el cual lo está a su vez con la vigencia de un modelo de representación entendida como representación general y unitaria, modelo de representación característico del Estado desde sus orígenes. La cuestión de fondo es pues si la imposición legal de que las listas electorales contengan una presencia mínima de ambos sexos viene a romper con este modelo de representación, o dicho de otro modo, hasta qué punto dicha imposición legal es coherente con el Estado democrático y con el concepto de representación propio de éste.”

“(..)El sexo, prosigue el argumento, no es un factor diferencial más sino uno de naturaleza transversal, por ser inmutable, no contingente, o, como también se dice, la prima divisio, la diferencia universal, por ser la única indisociable a la noción misma de persona. Las mujeres no son un grupo, o una minoría, sino la mitad de la población. El ciudadano no es un ente abstracto y universal, sino necesariamente un ser sexuado. La paridad no es pues más que la forma de expresión política de que la humanidad se compone de dos mitades sexuadas y por lo tanto sus órganos representativos lo deben ser igualmente para ser democráticamente legítimos(..)”²⁶.

2.- El género es una cualidad universal.

Dicha crítica aparece en el fundamento jurídico 10 de la mencionada sentencia.

FJ 10.”(..)En cuanto a la queja, que ha de entenderse referida al apartado 1 del artículo 23 CE sobre la fragmentación del cuerpo electoral, no se aprecia que las medidas controvertidas quiebren la unidad de la categoría de ciudadano o entrañen un riesgo cierto de disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o por categorías. Como ya hemos apuntado, el principio de composición equilibrada de las candidaturas electorales se asienta sobre un criterio natural y universal, como es el sexo.”

Aclara el TC que el equilibrio no significa que las mujeres voten a mujeres y los hombres a hombres o viceversa como si existieren vínculos en función del sexo.

“(..)no suponen la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo. Los candidatos defienden opciones políticas diversas ante el conjunto del electorado y, caso de recibir el respaldo de éste, lo representarán también en su conjunto y no sólo a los electores de su mismo sexo.

No cabe atender, pues, al argumento de los recurrentes de que el requisito de la paridad perjudica a la unidad del pueblo soberano en la medida en que introduce en la categoría de ciudadano –«una e indivisible» para los Diputados recurrentes– la divisoria del sexo. Baste decir 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. Este cuerpo electoral está sometido a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), en tanto que el

26 Blanca Rodríguez Ruiz, Ruth Rubio Marín «De paridad, igualdad y representación en el Estado democrático», Revista Española de Derecho Constitucional, 27, 2007.

pueblo soberano es la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento.(..)

3.- La ley de igualdad es bidireccional.

En cuanto a la formulación aparentemente neutra del derecho a la igualdad, Martínez Alarcón se reserva su discrepancia con el TC en cuanto a que, si la acción concreta (las cuotas) están basadas en el art.9.2 CE como fundamentación para corregir los desequilibrios entre mujeres y hombres en el ámbito de la representación política, subyace, desde el punto de vista sustancial una finalidad compensatoria de la medida atendiendo al concepto de igualdad material. Es por ello que como “acción positiva”o “medidas de discriminación inversa” deba tener su sujeción a todos los requisitos previstos en la jurisprudencia del TC anteriormente mencionados. Nos remitimos al fundamento jurídico tercero de la mencionada sentencia.

FJ 3 “(...) pretendiendo la igual participación efectiva de hombres y mujeres en la integración de las instituciones representativas de una sociedad democrática, 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 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). Su efecto, pues es bidireccional, en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo.

(..) el requisito del equilibrio electoral entre sexos tiene por únicos destinatarios directos a quienes pueden presentar candidaturas, esto es, de acuerdo con el artículo 44.1 LOREG, exclusivamente a los partidos, federaciones y coaliciones de partidos y a las agrupaciones de electores. No se trata, por tanto, en puridad, de una condición de elegibilidad/causa de inelegibilidad, por lo que no afecta inmediatamente al derecho de sufragio pasivo individual. Es una condición referida a partidos políticos y a agrupaciones de electores, esto es, a entidades jurídicas que no son sujetos de los derechos de sufragio activo y pasivo, cuya vulneración se denuncia.

El problema constitucional de fondo se plantea, por tanto y sobre todo, en el ámbito de los artículos 6 y 9.2 CE, con conexiones inmediatas con los artículos 22 y 16 CE y una inevitable derivación hacia el principio de igualdad (arts. 14 y 23 CE), principalmente, en la medida en que el aludido equilibrio también se exige de las agrupaciones de electores.

En cualquier caso es evidente que esa dimensión igualitaria también concurre, porque es imprescindible en el contexto de una legislación que persigue la superación de una realidad social caracterizada por la menor presencia de la mujer en la vida pública; pero sólo lo hace como una perspectiva superpuesta a la principal, esto es, a la que atiende a la libertad de los partidos políticos y de las agrupaciones de electores en la definición de sus candidaturas como medio cualificado para la realización de su cometido constitucional en tanto que instrumentos para la participación política ciudadana. (...)

También discrepa de dichos razonamientos del TC sobre la supuesta vulneración del principio de representación política la profesora Martínez Alarcón en cuanto a que entiende que esta cuestión sería inconstitucional si no se atiende al carácter provisional de la norma para hacer frente a esa desigualdad sustancial de hecho. ²⁷

27 “se desprende cuando la medida se plantea entendida en términos definitivos; como un fin en sí misma considerada, con vocación de permanencia en el tiempo y no, por tanto, como un instrumento provisional o

Frente a dichos argumentos opina Martínez Rubio: *“Nos gustaría, sin embargo, alinearnos con quienes han señalado que reservar a ambos sexos cuotas de presencia mínima en las listas electorales de los partidos políticos no equivale a reservar directamente a ambos una presencia mínima en sede representativa. Si la equiparación de oportunidad y resultado se produce, esto sucede en el contexto de las listas electorales cerradas, y no es debido a la imposición de esa presencia mínima, en sí misma considerada, sino al carácter cerrado de las listas. Es el carácter cerrado de las listas electorales el responsable de que la oportunidad se transforme en resultado, coartando las posibilidades del electorado de modular el paso de la primera al segundo —como por lo demás coartan cualquier otra posibilidad del electorado de modular el sentido de su voto. No nos parece razonable hacer responsables a las cuotas”.*

CONCLUSIÓN

Cierro el análisis con una reciente noticia aparecida en prensa en fecha de 6/ 04/11 en la que se publica que El Tribunal Constitucional rechaza uno por uno los argumentos del recurrente contra las llamadas “listas cremalleras” en la reforma de la ley electoral andaluza. Los argumentos para ello son que *“no supone una restricción impuesta a los ciudadanos en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo”,* y que *“tampoco la ley impugnada restringe la libertad de los partidos a la hora de configurar sus listas”.* La reforma de la ley electoral andaluza *“se orienta a la consecución de la igualdad real y efectiva en el ámbito de la representación política”,* afirma la sentencia, cuyo ponente ha sido el magistrado Francisco Pérez de los Cobos.

La nueva redacción del artículo 23 de la ley electoral de Andalucía no se limita a imponer el mínimo del 40% de presencia de ambos sexos en las candidaturas, sino que eleva ese porcentaje al 50% para el caso de las mujeres. Ello supone para el Constitucional *“apurar al máximo la incisividad de ese instrumento de promoción instaurando la fórmula igualitaria y rigurosamente alternativa de ambos sexos”.* *“Con esta particularidad”,* añade el texto, *“el precepto en cuestión no incurre en inconstitucionalidad material”.*

El tribunal añade que la libertad de los partidos políticos a la hora de componer las listas *“encuentra su justificación en la remoción de la desigualdad que padecen las mujeres en el ámbito de la representación política”.*

Young²⁸ aborda el dilema sobre la legitimidad o no de las acciones positivas diciendo que se produce porque tanto las personas defensoras como las detractoras de las políticas de acción afirmativa comparten la defensa del principio de no discriminación (igualdad de trato a todas las personas, de forma individual y no por su pertenencia a un grupo). Según esto, es fácil argumentar que los programas de acción afirmativa violan estos principios y por tanto son incorrectos. Young sugiere que *“quienes apoyan las políticas de acción afirmativa estarían menos a la defensiva si reconocieran positivamente que estas políticas discriminan”.* De modo

temporal para hacer frente a una situación de desigualdad sustancial por razón de sexo en el ámbito representativo que debe desaparecer cuando desaparezca esa desigualdad sustancial de hecho a la que pretendió dar en su día respuesta. Un entendimiento éste que se desprende, por otra parte, de la tesis —que no comparto— de que hombres y mujeres no son intercambiables durante el proceso de la representación política y de que, por tanto, cada uno de ellos resolverá de forma diferente y en atención a los intereses de su grupo social de pertenencia. En mi opinión, esta justificación y comprensión de la medida dispuesta en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que responde, a su vez, a una comprensión corporativa de la función representativa por razón de sexo, resulta ajena al modelo vigente del principio de la representación política que desarrolla nuestro texto constitucional y exigiría, en su caso, una reforma previa del mismo.”Martínez Alarcón M.L.

que propone a los defensores de la acción afirmativa que abandonen la presunción de que el principio de no discriminación es el principio supremo de justicia a considerar, que reconozcan que es la opresión, y no la discriminación, el concepto base para denominar tanto la injusticia sexual como racial.

Desde ese punto de vista, la justicia de las políticas de acción afirmativa residiría en la idea del trato diferencial necesario para lograr la igualdad. Young define tal igualdad como *"la participación e inclusión de todos los grupos en instituciones y posiciones"*. Así entendida, la acción afirmativa sería una política de conciencia de grupo para mitigar la opresión, y no una excepción al principio de no discriminación.

Al hilo de dichos argumentos comparto que sin una presencia mínima de mujeres en los órganos de representación es difícil que, aunque se siga hablando de representar y avanzar el bien común como bien de todos los representados, ese bien común otorgue suficiente reconocimiento a cuestiones que afectan de manera diferencial a las mujeres, y ello, como alegan Rodríguez y Rubio Marín, *"tanto por limitaciones epistémicas como por los límites de la empatía y el altruismo en el ser humano."*

Estoy de acuerdo con ambas autoras en que se trata de *"mejorar las condiciones deliberativas en el mecanismo de la representación, asegurando una conexión mínima entre representantes y representados para garantizar la centralidad en la agenda política de ciertos temas que afectan más a una mitad de la población que a la otra. Igualmente esa presencia mínima serviría para rescatar simbólicamente a las mujeres de su invisibilización histórica y para asegurar un espacio para que mujeres de distintas ideologías, sin renunciar a tales diferencias, puedan deliberar y definir cuáles deberían ser algunos de los ítems fundamentales de tal agenda"*.

No sólo la considero correcta, sino exigible, desde un punto de vista de justicia social para reequilibrar la representación política, y suscribo con Holgado que en el derecho formal no llega la paridad, sino en el material, y que el desarrollo de la democracia constitucional en España pasa por la consecución de un Estado social en el que las mujeres y los hombres tengan la misma representación y poder político. Cito a Clara Campoamor porque su oratoria preconstituyente no tiene desperdicio y es de plena actualidad:

"El primer artículo de la constitución podría decir que España es una república democrática y que todos sus poderes emanan del pueblo; para mí, para la mujer, para los hombres que estiman el principio democrático como obligatorio, este artículo no diría más que una cosa: España es una República aristocrática de privilegio masculino. Todos sus derechos emanan exclusivamente del hombre". Y como ella, considero que mientras esa representación no sea equitativa, no se removerán todos los obstáculos para la igualdad efectiva en el acceso a la participación política. Con el sistema de cuotas se pretenden romper las inercias que impiden una representación igualitaria de las mujeres en la vida pública²⁹. La exclusión de las mujeres de los puestos de decisión no sólo implica, como hemos visto en el análisis de la socióloga Tania Verge, una pérdida de talento, sino también una pérdida muy valiosa de experiencias en que fundamentar las políticas públicas. Suscribo con ella que, en el mundo global en que vivimos, deviene necesaria una masa crítica de mujeres para cambiar la forma de hacer política, y ello sólo se puede temporalmente llevar a cabo contrarrestando las barreras persistentes en el acceso a los cargos políticos, dada la dificultad de la mujer en adaptarse a una sociedad creada en masculino, y en modo alguna neutra. En definitiva, puesto que es a través de la representación política como se interviene en la construcción del derecho, en palabras de Rey

Martínez, *“el derecho no puede ser neutral (el mismo para ambos sexos) mientras haya desequilibrio social entre ellos. Sólo podrá serlo cuando se eliminen las desigualdades”*.

Termino citando a una protagonista de la lucha por la igualdad de derechos políticos y civiles de las mujeres en España: *No sólo son ellos los que hacen las leyes, sino que encima las interpretan*. CLARA CAMPOAMOR. 1931.

BIBLIOGRAFÍA

Holgado González, María. “Financiación de partidos y democracia paritaria”, *Revista de Estudios Políticos*, 115, 2002.

Holgado González, María. “Democracia Paritaria y Soberanía Compartida”. 2010.

Martínez Alarcón, María Luz. “Comentario a la STC 12/2008, de 29 de enero, sobre la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Teoría y realidad constitucional*, No 22, 2008.

Martínez Sampere, Eva. “La legitimidad de la democracia paritaria”, *Revista de Estudios Políticos*, 107, 2000.

Rey Martínez, Fernando. “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”.. Profesor de derecho constitucional. Universidad de Valladolid. Igualdad de género, una visión jurídica plural. 2008.

Rodríguez Ruiz, Blanca. Rubio Marín, Ruth. “De paridad, igualdad y representación en el Estado democrático”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 2007.

Valpuesta Fernández, Rosario. “Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista”. Catedrática de Derecho civil. Universidad Pablo de Olavide.

Valpuesta Fernández, Rosario. “La ciudadanía de las mujeres. Una conquista femenina”. Catedrática de Derecho civil. Universidad Pablo de Olavide

Verge Mestre, Tania. “Cuotas voluntarias y legales en España. La paridad a examen”. (2008). *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 123 Pp. 123-150.

Verge Mestre, Tania. “Cuotas voluntarias y legales en España.” La paridad a examen “emitido por la socióloga de la Universidad Pompeu Fabra

Vidal Fueyo, M^a del Carmen. “Sobre legitimidad constitucional de la imposición de los partidos políticos de representar candidaturas con una composición equilibrada de mujeres y hombres.” La STC 12/2008. Universidad de Burgos. Igualdad de género, una visión jurídica plural. 2008.