

“En cuanto a los privilegios del sexo,
renuncio solemnemente a ellos,
por haber notado que cuestan más que valen”

CONCEPCIÓN ARENAL
(carta a J. Monasterio, 1859)

Cuotas Electtorales Reservadas a Mujeres y Constitución¹

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid

FORO DE DEBATE

1

El presente estudio tiene su inspiración en un diálogo que el autor mantuvo con los profesores Alfonso Ruíz Miguel y María Elósegui Itxaso sobre estas cuestiones en una Jornada, muy sugestiva, sobre discriminación salarial de la mujer organizada por María Elósegui y el Seminario Interdisciplinar de Estudios de la Mujer, en la Universidad de Zaragoza el 20 de noviembre de 1998. Ese diálogo se mantiene también desde hace tiempo por escrito.

2

Aunque la Sentencia Marschall, de 11 de noviembre de 1997 demuestra una nueva sensibilidad del Tribunal de Justicia, lo cierto es que no revoca la doctrina Kalanke (S⁸ 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 art. 2.1 de la Directiva 76/207. En Marschall el Tribunal se limita simplemente a constatar que la regulación en examen no era como la que originó el asunto Kalanke, pues aunque establecía una regla de preferencia en favor de las mujeres semejante, contenía sin embargo una cláusula de apertura que permitía promover al candidato masculino siempre que concurrieran en él motivos que “inclinaran la balanza a su favor”.

3

La Decisión del Consejo Constitucional francés de 18 de noviembre de 1982 rechaza, apodícticamente, 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 (art. 3 de la CF) y que todos los representantes son iguales ante la ley sin que quepa más distinción que “su virtud o talento” (según el art. 6 de la Declaración de 1789). En la actualidad, se está produciendo un debate muy intenso sobre la propuesta, firmada conjuntamente por el Presidente Chirac y el Primer Ministro Jospin, de reformar el art. 3 de la Constitución para añadir la frase: “La ley favorecerá el igual acceso de los hombres y de las mujeres a los mandatos electorales y a las funciones electivas”. La Asamblea Nacional, de mayoría socialista, adoptó en diciembre de 1998 un texto más voluntarista exigiendo que la ley no sólo “favoreciera”, sino que directamente “organizara” ese igual acceso de modo que la ley impusiera un determinado porcentaje mínimo de representación femenina. Sin embargo, el Senado, de mayoría conservadora, ha rechazado ese texto el 26 de enero (a pesar de la iniciativa provenía, en parte, de Chirac; por cierto que también algunos Senadores socialistas han votado en contra del texto de la Asamblea). El Senado también pretende fomentar la participación femenina en la política modificando la Constitución, pero para exigir a los partidos políticos, abriendo o cerrando el grifo de las fuentes públicas de financiación, que faciliten el igual acceso de mujeres y hombres a los cargos de representación.

4

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.

5

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, antes de que la tercera vía de Blair poblara la Cámara de mujeres, sólo el 9% de miembros de los Comunes eran mujeres, es decir, 60 de 651). 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.

6

La Sentencia de 19 de marzo de 1997 del Tribunal Federal ha declarado inconstitucional una iniciativa popular cantonal que preveía que los hombres y las mujeres fueran representadas 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 art. 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.

7

La concepción norteamericana de la igualdad, leída sobre todo desde el conflicto racial, es una igualdad entre grupos, lo que se traduce en un tratamiento jurídico muy diverso en atención a cada grupo social en desventaja; por el contrario, la igualdad europea se ha entendido tradicionalmente, y ahí está la Declaración francesa de 1789, como igualdad universal, es decir, como igualdad entre individuos, tendente a la identidad jurídica de trato de todos los ciudadanos. A pesar de ello, es innegable la involución que está experimentando en este sentido Estados Unidos, cuyo máximo símbolo reciente (imitado a lo largo de toda la Federación) acaso sea la aprobación por los votantes del Estado de California, en noviembre de 1996, de la famosa Proposición 209 que ha enmendado la Constitución de ese Estado para prohibir que las entidades públicas garanticen un trato preferente en el empleo, la educación o la contratación pública sobre la base de la raza, el sexo, la etnia, el color o el origen nacional.

8

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 la práctica, suele ser “fatal”: es decir, que conduce a la declaración de inconstitucionalidad de la medida; sólo una vez, en la Sentencia Korematsu v. United States, de 1944 se admitió, pero las circunstancias eran muy particulares: en plena Guerra Mundial, el Gobierno americano confina en campos especiales a los ciudadanos norteamericanos de origen japonés; la Corte Suprema admitió esta medida por sacrosantas razones de seguridad nacional). En el strict scrutiny debe demostrarse que la medida persigue un



compelling interest, una finalidad primordial (como esa mencionada de la seguridad nacional, por ejemplo). Pues bien, en *Crosen* 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 *Crosen*, 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.

9

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 5 a 4, 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 décimo cuarta Enmienda. Por cierto, que la Sentencia *Shaw v. Reno* muestra también el marcado carácter polémico que, a pesar de todo, reviste la disputa sobre las cuotas (o, en general, de las medidas que conscientemente toman en cuenta el criterio sexual o racial como elemento de dife-

renciación normativa de trato). Y ello, porque se trata de la típica Sentencia 5 a 4. 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* insiste 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”). Y, explícitamente, *Souter* alega 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).

Lo cierto es que, como tendremos ocasión de ver, no es lo mismo la discriminación racial que la de género y por tanto se pueden combatir de modo parcialmente distinto; sólo dejaré constancia por ahora de que las mujeres no constituyen una minoría pero los negros, gitanos, etc. sí.

10

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 subcontrata 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.

I. EL PROBLEMA

La pregunta acerca de si algunas medidas de representación política preferencial en favor de las mujeres son compatibles o no con la Constitución constituye un *hard case*, un caso límite, porque, además de comprometer posiciones ideológicas diferentes, el texto constitucional no se pronuncia expresamente sobre el asunto y tampoco la interpretación sistemática o finalista contribuye a despejar las dudas, sino, por el contrario, a agravarlas. Son muy distintos, en efecto, el sentido y alcance que cualquier intérprete puede legítimamente otorgar al derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14b CE) y al concepto de representación política que incorpora nuestra Constitución (arts. 1.2, 6, 23 y 66.1, entre otros) y a las relaciones entre ellos. La polémica sobre tan espinoso problema es, por tanto, inevitable.

La interpretación que aquí se ofrece, consciente de la relatividad de sus resultados y partidaria absolutamente de la abolición del tradicional monopolio masculino del poder político, es más bien sospechosa hacia las fórmulas coactivas de representación política preferencial en favor de las mujeres, tanto por serias razones de oportunidad como por motivos no menos graves de legitimidad jurídica. Pero antes de plantear las objeciones, conviene, con carácter previo, formular algunas ideas que nos permitan situar rigurosamente el contexto de la pregunta controvertida.

II. CONSTATAIONES PREVIAS

Señalaré tres:

1

En general, la pregunta acerca de la compatibilidad de las discriminaciones positivas con el principio constitucional de igualdad se está contestando con reservas o negativamente no sólo en el Derecho Comunitario², sino también en los países de nuestro entorno, como, por ejemplo, Francia³, Italia⁴, Gran Bretaña⁵ o Suiza⁶. Incluso en Estados Unidos, el ordenamiento del que procede la *affirmative action*⁷, se vive un momento de retroceso en esta materia, como demuestran tres recientes e importantes Sentencias, *Richmond v. Croson*, de 1989⁸, *Shaw v. Reno*, de 1993⁹ y *Adarand Constructors, Inc. v. F. Peña et alii*, de 12 de junio de 1995¹⁰.



2

La “cuestión cuota” (de mujeres) carece totalmente de precedentes en nuestro ordenamiento, tanto legislativos¹¹ como jurisprudenciales¹². La STC 128/1987, de 16 de julio (asunto plus de guardería), el leading-case en la materia de prohibición de discriminación por género, no puede considerarse un término de comparación adecuado, pues no examina una medida de discriminación positiva sino una más que dudosa acción positiva. Y una lectura atenta de la doctrina de nuestro TC en materia de discriminación por razón de sexo no permite, levantando el velo de las apariencias, formular una expectativa muy favorable a la legitimidad constitucional de una discriminación positiva reservada a mujeres¹³.

3

A la hora de situar el problema en su exacta dimensión, es preciso realizar tres distinciones previas: primero, entre acciones positivas y discriminaciones positivas¹⁴; segundo, y ya en relación con estas últimas, entre discriminaciones positivas electorales, laborales privadas y de ingreso y promoción en la función pública (los tres escenarios típicos de las cuotas y preferencias¹⁵); y tercero, entre los grupos sociales en desventaja llamados a disfrutar de las medidas de trato preferencial (mujeres, minorías étnicas, discapacitados, etc.). Por ello la tesis que aquí se mantendrá de la incompatibilidad de las discriminaciones positivas electorales en favor de las mujeres con la Constitución es plenamente coherente, a mi juicio, con las ideas de licitud, bajo ciertas condiciones, de



11

No se ha establecido, en ningún ámbito, una cuota reservada a mujeres; la cuota de mujeres en órganos directivos y en las listas electorales del Partido Socialista tuvo, como es obvio, carácter voluntario. Su éxito -esta cuota, imitada, tácita o explícitamente por los demás partidos ha tenido el efecto de duplicar el número de mujeres en los órganos de representación (actualmente, en el Congreso, el 22% son mujeres, una de las tasas de parlamentarias más elevadas del planeta)- es un argumento más para defender esta medida como más efectiva (además de más respetuosa del marco normativo) que la cuota electoral obligatoria de un sexo.

12

Ciertamente, la STC 216/1994, de 3 de octubre, afirma que la cuota establecida en una oferta de empleo público para un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo como es el de los discapacitados no sólo no vulnera el art. 14 CE, sino que es legítima y constituye un cumplimiento del mandato de igualdad real y efectiva contenida en el art. 9.2 CE y con la “política de integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” que ordena el art. 49 CE. Pero nuevamente hay que insistir en que es necesario distinguir entre grupos discriminados -razas minoritarias, mujeres, personas mayores, etc.- (y también hay que diferenciar ámbitos de discriminación: electoral, laboral, etc.). Adelantaré, por ahora, mi opinión de que, en atención al tipo de desventaja social que sufren los grupos afectados, ni el Derecho antidiscriminatorio ha de ser idéntico en el caso de los discapacitados y en el de las mujeres, ni es lo mismo el problema del acceso al empleo público que el acceso a un cargo público representativo.

13

En efecto, las últimas Sentencias no invitan al optimismo. Como los ejemplos no son una concesión a la pereza mental, recordaré aquí la muy discutible solución dada por el TC en la Sentencia 126/1997, de 3 de julio, al problema de la preferencia de los varones sobre sus hermanas en el orden regular de las transmisiones hereditarias de los títulos nobiliarios (declarando, a pesar de ser una clarísima discriminación directa, que es legítima en cuanto no le es aplicable la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 14 CE); o la vacilante jurisprudencia en torno al concepto de discriminación indirecta en relación del empleo del sexo como factor de clasificación de tareas dentro de las empresas, con la consiguiente desigualdad retributiva (son bastante opinables, en mi opinión, los casos de la empresa Fontaneda -STC 286/1994- y, sobre todo, el resuelto en la STC 58/1994 de la auxiliar administrativa a la que se destina, en la administración autonómica madrileña, a un puesto de basculera pero el TC no aprecia discriminación); o, por último, y quizás más importante, conviene llamar la atención sobre el hecho de que, a pesar de las brillantes afirmaciones vertidas en la Sentencia 128/1987 sobre el concepto y la licitud de las acciones positivas en favor de las mujeres, el TC tan sólo ha reconocido la validez de dos, y , además de modo hartamente discutible: un plus de guardería (STC 128/1987) y un permiso de lactancia (STC 109/1993, de 25 de marzo), dos medidas que están lanzando un mensaje muy directo -y muy discriminatorio- a las mujeres sobre cuál es el papel social que deben asumir en exclusiva (la crianza de los hijos).

14

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 presuntamente benigna (la igualdad de género), discriminaciones directas (esto es, tratamientos jurídicos distintos y perjudiciales para alguien 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.

15

Que conducen a resultados interpretativos distintos: las cuotas en el ingreso y promoción en la función pública serían conformes al Derecho comunitario, bajo las condiciones establecidas en la doctrina Marschall (aunque en nuestro ordenamiento sea casi imposible imaginar un supuesto en el que una mujer y un hombre puedan llegar a tener exactamente la misma capacidad y mérito para poder aplicar la regla preferente en favor de la mujer -regla que siempre debe dejar la puerta abierta a que circunstancias particulares que concurren en el candidato masculino que compite por el puesto hagan inclinar finalmente la balanza a su favor-). En el ámbito laboral privado, donde rige la prohibición prevista en el art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores de todo trato favorable o desfavorable por razón de sexo, nada obsta, sin embargo, en mi opinión, sino todo lo contrario, a que las empresas, voluntariamente a través de la negociación colectiva, implanten un sistema de targets, es decir, la obligación asumida por el responsable de selección de personal de conseguir un determinado objetivo de redistribución por género en la empresa dentro de un plazo determinado (obligación que no configura un derecho subjetivo para las trabajadoras, sino tan “sólo” el deber de motivar el eventual fracaso en conseguir el resultado predeterminado). En todo caso, se impone la distinción entre la fuente pública o privada, y el carácter imperativo o voluntario -y a menudo incentivado-, de la medida de discriminación positiva; en principio, se presentan más obstáculos para admitir las discriminaciones públicas establecidas obligatoriamente. Las discriminaciones electorales, por las razones que se expondrán, no me parecen jurídicamente válidas en ningún caso.

16

Ver supra, nota 15. En cualquier caso, persisten en quien esto escribe las dudas sobre su eficacia (en relación con las mujeres -la cuota de discapacitados en el acceso al empleo privado, a la Universidad y a la contratación pública me parece, por ejemplo, muy apropiada-) y, por tanto, sobre la conveniencia de introducirlas.

17

Las acciones positivas (de formación, sensibilización, etc.) no sólo serían “lícitas”, sino especialmente queridas por el constituyente a la luz de lo dispuesto en los arts. 9.2 y 14 CE. De la prohibición de discriminación por razón de sexo se deduce, a mi juicio, una regla (dimensión subjetivo-individual: prohibición de discriminaciones directas e indirectas) y también un principio (dimensión objetivo-institucional: mandato de acciones positivas).

LA INTERPRETACIÓN QUE AQUÍ SE OFRECE, PARTIDARIA ABSOLUTAMENTE DE LA ABOLICIÓN DEL TRADICIONAL MONOPOLIO MASCULINO DEL PODER POLÍTICO, ES MÁS BIEN SOSPECHOSA HACIA LAS FÓRMULAS COACTIVAS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA PREFERENCIAL EN FAVOR DE LAS MUJERES, TANTO POR SERIAS RAZONES DE OPORTUNIDAD COMO POR MOTIVOS NO MENOS GRAVES DE LEGITIMIDAD JURÍDICA.

18

Idea obvia, por otro lado. Numerosos textos internacionales y de Derecho comunitario, además de los propios de nuestro país (planes de igualdad de oportunidades estatal, autonómicos y locales), configuran como objetivo fundamental para lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres dicha participación. La experiencia histórica confirma que la identidad de trato entre mujeres y hombres (recuérdese que “igualdad” no es “identidad”) actúa más bien como un instrumento de conservación del statu quo más que como un punto de partida para una evolución futura más igualitaria. Cuando un derecho neutral se enfrenta a una posición de superior importancia del grupo de los varones en el proceso de toma de decisiones sociales, entonces no puede desempeñar una función de igualdad y se llega, por el contrario, a una toma de partido unilateral en favor de los hombres y en detrimento de las mujeres. En otras palabras, en el escenario de una situación de desigualdad real y efectiva de las mujeres, la adopción de un Derecho “neutro” no es una decisión “neutral”.

19

Recuérdese que el art. 6 CE exige que la estructura interna y el funcionamiento de los partidos políticos deberán ser democráticos.

20

La Sentencia del Tribunal Constitucional italiano sobre cuotas, a pesar de declararlas contrarias a la igualdad y al acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, estimó que las cuotas libremente adoptadas por los partidos políticos, asociaciones o grupos que participan en las elecciones “pueden ser valoradas positivamente”. Recordando la Resolución número 169 de 1988, del Parlamento Europeo, que invitaba a los partidos a establecer cuotas reservadas a las mujeres, el Tribunal Constitucional italiano afirmará literalmente que “un resultado válido se puede, por tanto, prevenir con una intensa acción cultural que lleve a los partidos y fuerzas políticas a reconocer la necesidad de perseguir la efectiva presencia paritaria de las mujeres en la vida pública y en los cargos representativos en particular”.

ciertas formas de discriminación positiva en el acceso a la administración pública y la contratación privada¹⁶ y también con la de interés y licitud¹⁷ de las acciones positivas en favor de la participación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones (entre ellos, los políticos)¹⁸, de las que habría que subrayar, muy especialmente, las cuotas de mujeres en los puestos directivos y en las listas electorales voluntariamente asumidas por los partidos políticos¹⁹, como sostuvo el TC italiano en la Sentencia citada²⁰ y es la posición actual del Senado francés ante la posible reforma de la Constitución francesa para fomentar la participación femenina en la política.

III. LOS INCONVENIENTES

Situado de este modo el marco del problema, y puestos ya en la tesitura de abordarlo derechamente, es preciso distinguir, aunque no siempre se podrá con una castidad metodológica absoluta, entre consideraciones de conveniencia, oportunidad, eficacia, etc. de las medidas de discriminación positiva y argumentos propiamente jurídicos, de mayor peso específico. A las primeras dedicaremos ahora unas breves líneas. Ciertamente, las sospechas sobre la posible eficacia de las cuotas son de envergadura:

1.^a

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 TC.

2.^a

Las cuotas podrían ser, a la postre, contraproducentes porque, precisamente, sus resultados pueden conducir a lo contrario de lo que pre-



tenden: 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 el art. 14 CE 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 usuarias²¹;

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 sociedad²²;

d

la cuota puede ocasionar un efecto boomerang sobre los miembros del grupo a proteger, etc.: que haya “mujeres de cuota” no parece ser el ideal de la igualdad entre los sexos. Esta idea no contradice, sin embargo, mi afirmación anterior sobre la eficacia, la legitimidad y el interés de las cuotas de los partidos políticos. En este caso, se trata de organizaciones privadas en las que existe un altísimo grado de integración y no, precisamente, escisiones por razón del sexo de sus miembros.

3.^a

Las dos objeciones anteriores, como el avisado lector habrá advertido, son meros juicios de probabilidad (aunque me parece que muy alta) y, por tanto, de valor relativo; el tercer

reproche es, sin embargo, un hecho: sin haber adoptado ninguna medida de discriminación positiva (sino más bien por el impacto benéfico del establecimiento voluntario de cuotas -explícitas o no- en los partidos), la evolución de la participación política femenina va en serio aumento y en la actualidad es indudable que puede calificarse de significativa (en torno al 25% de promedio, bastantes puntos por encima de la media europea). Hay, pues, dudas razonables sobre la necesidad de imponer algún tipo de cuota electoral. Y esto es un dato importante, que reviste también carácter jurídico²³.

IV. POSIBLES MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Son dos: los tratos preferenciales electorales en favor de las mujeres, ya sean “suaves” o “fuertes”²⁴, lesionan los derechos fundamentales (A) a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23 CE) -y el mismo concepto de representación que incorpora nuestra Constitución: arts. 1.2, 6 y 66.1- y también (B) el derecho a no ser discriminado por razón de sexo (art. 14 CE).

A

Cuotas electorales y representación política

Parece claro que el establecimiento de una cuota electoral limita, en atención al sexo, el derecho de cualquier ciudadano a presentarse como candidato electoral (mucho más en un sistema como el nuestro de listas cerradas y bloqueadas para la elección del Congreso, de los Parlamentos territoriales, del Parlamento europeo y de los Ayuntamientos). Es cierto que el derecho de sufragio pasivo se somete a ciertos requisitos, de edad, nacionalidad, no desempeño de ciertas funciones, etc., pero tales requisitos buscan preservar la libertad del elector o la independencia del elegido, lo que no puede predicarse de un rasgo como el sexo (que es un cuerpo extraño respecto de la regulación actual). Además, se trata de requisitos no permanentes (la mayoría de edad se alcanza, se puede adquirir la nacionalidad por residencia, etc.), mientras que



21

En caso de que se pensara seriamente en introducir alguna cuota, ¿por qué no convocar el referéndum consultivo del art. 92 CE? ¿alguien se acuerda de que existe esta (única) modalidad de democracia directa? ¿Por qué España es el único Estado democrático donde la élite política sospecha más del cuerpo electoral que éste de aquélla? ¿Hasta cuándo durará el “síndrome OTAN” y el “síndrome referéndum autonómico andaluz”?

22

Soy de la opinión de que el camino de la igualdad “real y efectiva” de cualquier grupo social en desventaja pasa necesariamente por el consenso (hasta cierto punto) del grupo que goza de primacía y del que no lo está; si se desean resultados duraderos, no se puede “imponer” la igualdad buscando atajos. A veces, se pretende del Derecho que imponga ahora coactivamente resultados que deberán lograrse después, más sólidamente, a través de la educación y la progresiva sensibilización sobre ciertos valores.

23

Porque, aunque se admitiera la legitimidad constitucional de las discriminaciones positivas, habría que hacerlo, en mi opinión, de un modo restrictivo como límite del derecho de igualdad (pues se trata de discriminaciones directas) y, por tanto, sujetas a las exigencias del juicio de proporcionalidad: temporalidad de la medida, legalidad, etc. y también el principio de intervención mínima (es decir, sólo podrían imponerse cuando no hubiera otro medio menos gravoso de lograr el objetivo constitucional perseguido), que no concurre en este caso.

24

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



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, etc. (las entidades que contempla el art. 44.1 LOREG) a presentar los candidatos que libremente deseen. Se comprometen la libertad de asociación (art. 22 CE), de ideología (art. 16.1 CE) y la libertad de ejercicio (art. 6 CE) de los partidos, así como la propia idea de una democracia pluralista (los partidos expresan este pluralismo social: art. 6 CE). 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 tiene, con la denegación del voto, la sanción más eficaz contra tan trasnochada e injusta decisión.

A mayor abundamiento, parece muy sólido el argumento central de la STC 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 desventaja) 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 como el nuestro es, todavía, más profunda²⁵. Todos los diputados representan a todos los ciudadanos españoles, 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 (art. 1.2

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.

CE) es indivisible. En palabras de Jean Boulouis²⁶: “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, etc.) lesiona gravemente el dogma de la unidad y la homogeneidad del cuerpo electoral dueño de la soberanía²⁷. 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 discapacitados, etc.? 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. Estoy de acuerdo con Favoreu²⁸: “paridad no es igualdad²⁹: 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, hay que, por lo menos, poner 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 vice-

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.

25

Como ha puesto de manifiesto recientemente L. Favoreu: “Principio de igualdad y representación política de las mujeres”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 50, 1997, pp. 21 ss.

26

Citado por Favoreu, p. 25.

27

Esto no obsta a que en todos los Estados multinacionales, como el nuestro, la Constitución y la legislación electoral establezcan algunos mecanismos de representación preferente de tipo territorial a fin de lograr cierto equilibrio entre los diversos componentes del Estado. En este sentido, por ejemplo, los partidos nacionalistas o regionalistas gozan de una cierta sobrerrepresentación en las instituciones estatales.

28

Cit., p. 22.

29

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”.



versa. Está por demostrar que las mujeres políticas tengan un estilo de hacer política substancialmente distinto al de los hombres políticos y, por el contrario, está demostrado, por lo menos en relación con las instituciones políticas vascas hasta el año 1994³⁰, que no existe relación alguna entre ser mujer y la actividad política desarrollada. Las diferencias de actuación derivan del partido político a que se pertenezca y en ninguna ocasión (relevante) las mujeres políticas de los distintos grupos se han unido para llevar adelante alguna iniciativa. En el (mal llamado) Estado de partidos que padecemos (por lo menos en su estadio actual), la cuestión de las cuotas electorales femeninas es en la práctica irrelevante. Más impacto en relación con el objetivo de la igualdad de género tendría que las mujeres llegasen a los cargos directivos de los partidos, auténtico príncipe de la política moderna.

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 fundamental a no ser discriminado por razón de sexo (art. 14 CE). La Sentencia del TC 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 en base al sexo”³¹. 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 ya estableciera (aún de forma bastante críptica) el Tribunal de Justicia de la Comunidad, con apoyo en las Conclusiones del Abogado General G. Tesauró, una cosa es la legítima igualdad de oportunidades (que vehiculan 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**³², 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 determinado 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, etc.), el establecimiento de una cuota electoral es una medida paternalista que viola, por ello, el derecho del art. 14 CE según el criterio que utiliza el TC (STC 128/1987 y ss.: test de la medida de acción positiva o compensadora -legítima- versus paternalista o falsamente protectora -ilegítima-). 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)³³, y retomada por John H. Ely³⁴, milita en contra de las discriminaciones positivas electorales en favor de mujeres (no así de otros grupos, como los gitanos, 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

MÁS IMPACTO EN RELACIÓN CON EL OBJETIVO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO TENDRÍA QUE LAS MUJERES LLEGASEN A LOS CARGOS DIRECTIVOS DE LOS PARTIDOS, AUTÉNTICO PRÍNCIPE DE LA POLÍTICA MODERNA.

30

Arantxa Elizondo y Eva Martínez: “Presencia de mujeres y políticas para la igualdad entre los sexos: el caso de las instituciones políticas vascas (1980-1994)”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 89, 1995, p. 366

31

Acepto que este argumento no rige para lo que antes denominé discriminación positiva electoral “blanda”, pues, a mi juicio, se trata más (aunque es dudoso) de una fórmula de igualdad de oportunidades que de resultados.

32

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 yunque) 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, etc. individuales de cada corredor. En la igualdad de resultados, siempre existe la sospecha de que algunos corredores han ganado sin sudar demasiado la camiseta.

33

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).



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 raros³⁴, 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”.

V. CONCLUSIÓN: ENTERRAR DEFINITIVAMENTE A KANT Y A HEGEL PERO NO A LA IGUALDAD EN NOMBRE DE LA IGUALDAD

El objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres es “el intercambio potencial de papeles” entre ellos³⁵, la “igualdad perfecta” de la que escribiera J.S.Mill. Ello requiere que las mujeres accedan a los cargos representativos y a los órganos de toma de decisiones en idénticas condiciones que los varones; hay que enterrar definitivamente, y bajo siete llaves, toda la tradición patriarcal, magníficamente expresada por Kant³⁷ y Hegel³⁸ en este punto, que ha confinado a las mujeres al ámbito de lo privado y lo doméstico. Ahora bien, sobre cómo dar esta (democrática) sepultura hay acuerdo sobre el fin, el “qué”, pero no sobre el “cómo”. He intentado justificar por qué entiendo que las discriminaciones positivas electorales plantean más problemas de los que resuelven. A mi juicio, que se somete gustosamente a opinión mejor fundada, se trata de medidas innecesarias, paternalistas, contraproducentes, e incluso potencialmente lesivas de derechos fundamentales; en particular, ¡cuántas negaciones de la igualdad pueden cometerse invocando precisamente su nombre!

34

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

35

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”.

36

V. Slupick: Die Entscheidung des Grundgesetzes für Pärität im Geschlechterhältnis, Duncer und Humblot, Berlin, 1988, p. 135.

37

Kant distinguía (Los Principios Metafísicos de la doctrina del Derecho, 1797) dentro de los ciudadanos pasivos, a los no-propietarios, que carecían de la cualidad social para ser ciudadanos activos, es decir, autosuficientes y desarrollar alguna función en el Estado, de las mujeres y los niños, que estarían desprovistos de la cualidad natural para serlo.

38

En los párrafos 165 y 166 de sus Fundamentos de Filosofía del Derecho, Hegel escribirá: “Estado en el que gobiernen las mujeres... Estado echado a perder”. Las mujeres no podrían acceder a la política porque, a diferencia de los hombres, que encarnan “la universalidad y objetividad de la razón”, ellas representan “el sentimiento y tienen una naturaleza infantil, inconsecuente, caprichosa y contingente”.

