

Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación

Germán Gómez Orfanel

Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El presente trabajo incluye un análisis del concepto de acciones positivas y de su evolución. De manera sustancial se ocupa del estudio y comentario de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, así como del control constitucional efectuado sobre las cuotas electorales y su compatibilidad con la igualdad formal y los derechos de sufragio.

PALABRAS CLAVE: Igualdad. Acciones positivas. Feminismo. Género. Derechos de sufragio. Estado de bienestar.

ABSTRACT: This work includes a research about the positive actions (affirmative actions) concept and his developments. Mainly it focuses on the study and commentary of spanish legislation, such as the Ley Órgánica 3/2007, of 22 nd. March, *on effective equality between women and men*, and on the constitutional scrutiny about the electoral quotes and their legitimacy in contrast with formal equality and suffrage rights.

KEY WORDS: Equality. Affirmative actions. Feminism. Gender. Suffrage rights. Welfare state

ZUSAMMENFASSUNG: Die Forschungsarbeit befasst sich mit der Analyse des Konzepts der positiven Aktion und ihre Entwicklung. Sie enthält Forschung und Kommentar über die Ley Orgánica 3/2007, vom 22. März, für die Effektivität der Gleichberechtigung von Frauen und Männern, auch über die verfassungsmässige Kontrolle über die Wahlquoten und ihre Vereinbarkeit mit der formellen Gleichberechtigung und die Wahlrechte.

SCHLÜSSELWORTE: Gleichberechtigung. Positive Aktionen. Feminismus. Weibliches Geschlecht. Wahlrechte. Staat des Wohlstandes.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 3/ 2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha incorporado al ordenamiento jurídico español, de modo expreso, las *acciones positivas*, y principios como el de *composición equilibrada* junto con numerosas innovaciones que justifican, aún con carácter limitado, un análisis de los aspectos más significativos de dicho texto legislativo.

Por ello, tras aludir brevemente a la noción de acción positiva y a su evolución, me ocupo de diversas aportaciones doctrinales y de LA jurisprudencia constitucional española (II).

El apartado siguiente está dedicado a la Ley Orgánica 3/2007 (III). Finalmente incorporo un urgente comentario (IV) sobre la sentencia del Tribunal Constitucional español, de 29 de enero de 2008, que ha declarado la constitucionalidad del principio de composición equilibrada en relación con las candidaturas electorales, y que supone uno de los elementos más trascendentales de la mencionada Ley Orgánica.

Se ha considerado que “Acción positiva” sería una traducción de lo que en Estados Unidos se conoce como “acción afirmativa” (*affirmative action*), expresión que tendría su origen en una ley laboral norteamericana de 1935, y que luego se extendería a diversas medidas intervencionistas adoptadas en la década de los sesenta por diversos Presidentes (Kennedy, Johnson), al servicio de la integración social de las minorías raciales, y posteriormente para combatir la discriminación sexual. En 1964 la Ley de Derechos Civiles, y luego la Ley de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de 1972, les darían una cobertura legislativa¹.

¹ En 1977 la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles definió como acción afirmativa “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro”.

Véase, BARRÈRE UNZUETA, M^º Angeles: “La acción positiva: Análisis del concepto y propuestas de revisión”, en *Jornadas sobre Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres*, Vitoria-Gasteiz, 11-13 de diciembre de 2002.

El Derecho Comunitario Europeo acogería ampliamente la categoría de acciones positivas, así la *Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo*, facilitaría que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considerara conforme con el Derecho Comunitario algunas medidas nacionales de acción positiva a favor de las mujeres.

El Tratado de Ámsterdam de 1997, añadió un párrafo 4 al artículo 119 (actual 141) del Tratado de la Comunidad Europea, que supondría un reconocimiento de las acciones positivas: “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

La jurisprudencia del Tribunal tras alguna reticencia (caso *Kalanke* en 1995), aceptaría las acciones positivas (*Marshall* (1997), *Badeck*, *Anderson* (2000), y *Lommers* (2002)).

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 23, tras proclamar que la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, incorpora un significativo segundo párrafo en el que se afirma textualmente que *el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado*.

Tanto este precepto, como el anteriormente citado del Tratado de Ámsterdam, al referirse al sexo menos representado, podrían encuadrarse en la más pura esencia de la

De la misma autora: *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, IVAP/Cívitas, Madrid, 1997.

igualdad, aunque, hoy por hoy, todavía sean las mujeres quienes ocupan una posición menos favorable en los principales sectores productivos y de poder político y económico.

2. LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

2.1. LAS APORTACIONES DOCTRINALES

En mi opinión, el análisis más relevante y sugerente sobre las acciones positivas es el de D. Giménez Gluck, contenido en un texto publicado en 1999², en el que las sitúa dentro del *trato desigual orientado hacia la igualdad material*.

Dentro de los diversos tratos desiguales hacia la igualdad material, las acciones positivas ocupan un espacio esencial, pero conviene diferenciarlas de otras categorías.

Así las *medidas de igualdad positiva* (becas, progresividad en el impuesto sobre la renta) tendrían como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre los ciudadanos *individualmente* considerados, a diferencia de las acciones positivas cuya finalidad es la búsqueda de la igualdad material entre los *colectivos o grupos*.

Precisando aún más se puede afirmar que son acciones positivas los tratos formalmente desiguales que favorecen a determinados colectivos por poseer un rasgo diferenciador en común caracterizado por ser transparente e inmodificable y constituir cláusulas específicas de no discriminación³.

Los rasgos que justifican acciones positivas son criterios de diferenciación que paradójicamente son sospechosos, incluso odiosos⁴, y respecto de los cuales el Estado

² GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

³ *Op. cit.*, pp. 64 y ss.

⁴ Recordemos el artículo 14 de la Constitución española...” sin que pueda prevalecer distinción alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

impone la no discriminación. Lo que se pretende compensar con la acción positiva no es una situación individual de inferioridad sino la minusvaloración por la pertenencia a un grupo que comparte un rasgo históricamente marginado por la sociedad, y contra lo que se combate desde la acción del Estado.

El que los rasgos que puedan dar lugar a acciones positivas sean transparentes e inmodificables, es decir no voluntarios (religión, opinión...), nos lleva a considerar como tales a la raza y al sexo, de modo generalmente reconocido para legitimar acciones positivas, aunque también, y no sin dificultades, la minusvalía física y psíquica va abriéndose camino.

La raza es una cláusula específica de no discriminación en diversos textos constitucionales europeos (art. 3.1 de la Constitución italiana, art. 13 de la Constitución portuguesa, art. 3 de la Ley Fundamental de Bonn...), y para órganos jurisdiccionales como el Tribunal Supremo norteamericano, al permitir justificar constitucionalmente acciones positivas: Caso *Bakke* (1978), caso *Fullilove* (1980), *Wygant* (1986), *Metro Broadcasting* (1990), *Adarand* (1995), *Gratz v. Bollinger* (2003).

Respecto al sexo como rasgo idóneo para iniciativas de acción positiva destaca el caso *Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County, California* (1987), junto con diversas referencias constitucionales europeas, y de manera especial de Derecho Comunitario⁵.

En opinión de A. Montoya, la figura de las acciones positivas, aspiraría a “compensar situaciones históricas de discriminación padecidas por ciertos grupos, mediante el reconocimiento de ventajas o beneficios que operan como alternativas rectificadoras de un criterio mecánico de igualdad”⁶; más en concreto la acción positiva no supone

⁵ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, editorial Bosch, Barcelona, 2004, p. 321 y ss.

⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “Significado de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en MONTOYA, A. (Coord.): *La igualdad sustancial de mujeres y hombres*, Civitas, 2007, pp. 25-78 (p. 74).

Véase además: REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1995. E. SIERRA HERNAIZ: Ac-

discriminación o privilegio, sino una medida antidiscriminatoria para corregir la nula o escasa presencia de la mujer en determinados ámbitos.

Hay quien considera como acciones positivas en sentido estricto a las ventajas o tratamientos preferenciales a favor de los colectivos víctimas de discriminación grupal, con el objetivo de reequilibrar una situación de partida desigual y corrigiendo el “efecto natural” de las pautas discriminatorias socialmente generalizadas⁷.

La cuestión que hay que analizar es la de la constitucionalidad de las acciones positivas. Desde tal perspectiva se han diferenciado dentro de la categoría de las acciones positivas, las denominadas *acciones positivas moderadas* y *la discriminación inversa*.

Las primeras excluirían el empleo de cuotas, no causando perjuicios a terceros. Por el contrario, las medidas de discriminación inversa consistirían en cuotas reservadas a determinados grupos minusvalorados en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos (plazas universitarias, puestos de trabajo, listas electorales...).

La discriminación inversa suele generar reparos e incluso rechazo desde el punto de vista de su legitimidad constitucional. Por ello parte de la doctrina la distingue de las acciones positivas⁸, o rechaza tal denominación por considerar desfavorable la referencia discriminatoria⁹, proponiendo utilizar la denominación *distinción positiva*, que alude a la diferenciación de trato, pero sin las mencionadas connotaciones¹⁰. También se emplea para referirse

ción positiva y empleo de la mujer, Madrid, CES, 1999. MARTÍN VIDA, M. A.: *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2003. ELOSEGUI ITXASO, M.: *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Madrid, CEPC, 2003.

⁷ RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M.: “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados”, *RL*, núm. 13, 1996, p. 2.

⁸ RUIZ MIGUEL, A.: “Discriminación inversa e igualdad”, en A. VALCÁRCEL (Comp.): *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

⁹ BARRÈRE UNZUETA, M. A.: *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, op. cit., pp. 85 y ss.

¹⁰ ÁLVAREZ ALONSO, D. y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y eficacia de la tutela antidiscriminatoria”, *REDT*, núm. 132, 2006, p. 1032.

a los supuestos de acciones positivas mal planteadas, que, al superar los límites, rebasan el objetivo de reequilibrar las posiciones de partida y producen un desequilibrio en sentido inverso al que pretendían paliar.

Dentro de la discriminación inversa, Giménez Gluck diferencia entre la *racionalizada* o de cuota flexible, en la que la consideración de la pertenencia al grupo minusvalorado es un factor más en el proceso de selección, en vez del único factor a tener en cuenta, y la *discriminación inversa en estado puro* o de cuota rígida, en la que se establecen cuotas para grupos sin tener suficientemente en cuenta otros factores. Suele ser calificada como desproporcionada e inconstitucional, a diferencia de la anterior que ha sido aceptada en numerosos ordenamientos constitucionales, aunque subsistan reparos por considerar al sexo o la raza como criterios, aunque no únicos, de selección¹¹.

No quisiera dejar de mencionar las denominadas *acciones protectoras* (o falsamente protectoras) *de la mujer*, que guardan ciertas semejanzas con las acciones positivas en cuanto ofrecen ventajas a las mujeres, pero que en el fondo son expresión de valores que consideran a la mujer como ser inferior y necesitado de tutela.

Estas aportaciones doctrinales han tenido su reflejo en las decisiones de los tribunales españoles, y de modo especial del Tribunal Constitucional.

2.2. LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Las acciones positivas se han considerado como medidas igualatorias asociadas a los objetivos del Estado social de Derecho.

La observancia del principio de igualdad formal no supone que toda diferenciación sea constitucionalmente ilegítima, sino las que no respondan a una justificación objetiva, razonable, no arbitraria o caprichosa.

¹¹ GIMÉNEZ GLUCK: *Una manifestación polémica...*, op. cit., pp. 83-84.

El artículo 14 se interpreta desde la perspectiva contenida en el 9.2 de la Constitución¹², de modo que la actuación a favor de ciertos grupos o colectivos “puede incluso venir exigida en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (artículo 1), a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” (STC 34/1981, FJ 3º)¹³.

La primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre las acciones positivas, fue en el denominado caso *Guarderías infantiles*, resuelto con la sentencia 128/1987.

Un acuerdo del Instituto Nacional de Previsión de 26 de noviembre de 1974, aplicado por el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) reconocía un complemento retributivo de 4000 pesetas mensuales en concepto de guardería a las mujeres trabajadoras que tuviesen hijos menores de seis años, mientras que a los varones sólo se les reconocía si tenían la condición de viudos. Un trabajador impugnó en amparo tal diferenciación, alegando vulneración del artículo 14 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso, legitimando “las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que están sometidas a condiciones especial-

¹² “La referencia al sexo en el artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo en la perspectiva del artículo 9.2 de la Constitución, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer” (STC 2/1993, FJ 3.º).

¹³ Para una síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, véase: BUSTOS BOTTAL, R.: “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: Reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 6, julio 2007, pp. 127-147.

Del mismo autor: “Hacia la igualdad sustancial: Reflexiones a raíz de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, en FIGUERUELO BURRIEZA, A., IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M. L. y MERINO HERNÁNDEZ, R. M. (Editoras): *Igualdad ¿Para qué? (A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, U. de Salamanca, Granada, 2007, pp. 71-105.

mente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él... y que no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes” (STC 128/1987, FJ 8).

Las SSTC 109/1993 y 187/1993, se pronunciaron sobre un supuesto semejante.

El artículo 37.4 de la Ley 8/80, del Estatuto de los Trabajadores establecía que el derecho a tener una franja horaria durante la jornada laboral para dar lactancia, natural o artificial, correspondía sólo a las madres. Un trabajador inició un proceso para que se le reconociese tal derecho a lactancia artificial. En una sentencia, que estimo discutible, el TC consideró que el citado precepto no era discriminatorio, basándose en la realidad biológica y en la necesidad de tomar medidas a favor de un grupo desaventajado como lo son las mujeres en el ámbito laboral (STC 109/1993, FFJJ 4 y 6).

El TC procura diferenciar las acciones positivas de lo que hemos calificado como acciones falsamente protectoras. La STC 28/1992, caso *Compañía Telefónica*, se pronunció sobre un plus de transporte nocturno concedido exclusivamente a las trabajadoras, distinguiendo expresamente entre las “medidas de acción positiva o similares... tendentes a compensar una desigualdad de partida y que tratan de lograr una igualdad efectiva”, de “las medidas protectoras que responden a una concepción no igual de la mujer como trabajadora”, siendo estas últimas discriminatorias y por tanto inconstitucionales¹⁴.

En la STC 317/1994, el Tribunal desestimó un recurso de amparo de una trabajadora por la no aplicación de una disposición que le reconocía el derecho a una indemnización por ruptura del contrato de trabajo por contraer matrimonio. Según el Tribunal la norma correspondiente a la etapa preconstitucional respondía a la orientación de “liberar a la mujer casada del trabajo”, facilitando la vuelta

¹⁴ En tal línea, STC 207/1987 (caso *Auxiliares de vuelo*), STC 68/1991 (caso *Pensión de orfandad del Ayuntamiento de Pamplona*), STC 317/1994 (caso *Indemnización a trabajadoras por matrimonio*).

al hogar, desincentivando la permanencia en el trabajo cuando contraía matrimonio. Tal norma, que en su momento pudo considerarse aparentemente protectora, debe, de acuerdo con los valores constitucionales, ser calificada como discriminatoria (FJ 3).

En una posición semejante se situó el Tribunal Constitucional en la STC 38/1986 al declarar inconstitucional una norma sobre el descanso nocturno de las mujeres trabajadoras, por considerarla fundada “en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva” (FJ 3).

Respecto a la discriminación inversa, basada en la asignación de cuotas, el Tribunal Constitucional español tuvo ocasión de pronunciarse en la STC 269/1994 en el caso que podríamos denominar *cuota para discapacitados en la Administración de Canarias*.

Se trataba de un recurso de amparo contra la reserva de plazas para personas minusválidas, presentado por una mujer que no había podido obtener plaza de funcionaria, al resultar perjudicada por tal reserva. El TC desestimó su recurso afirmando que las medidas destinadas a promocionar la inserción profesional de personas con dificultades de acceso al empleo no eran contrarias a la igualdad, sino que la hacen posible y efectiva mediante el mecanismo de la reserva de plazas.

Por otro lado, la discapacidad, se convierte en un factor diferencial que, a través de la cláusula abierta del art. 14 CE, pasaría a considerarse constitucionalmente como una causa real de discriminación. La lucha contra la discriminación de los discapacitados sería una finalidad constitucional capaz de justificar un trato desigual, en virtud además del mandato contenido en el art. 9.2 CE (remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la igualdad), y lo dispuesto como principio rector de la política social en el artículo 49 CE (integración de los disminuidos físicos y psíquicos).

Como veremos más adelante, la LOI (Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) ha intro-

ducido las cuotas electorales a favor del sexo menos representado, y el Tribunal Constitucional español acaba de pronunciarse sobre su legitimidad constitucional.

En un texto recientemente publicado, sus autores¹⁵ afirman que la doctrina del Tribunal Constitucional es clara respecto a la aceptación de la acción positiva aunque no tanto respecto a sus límites, señalando, en primer lugar, que las medidas supuestamente protectoras de la mujer, fundadas en una asignación diferenciada de roles sociales que dificultan la incorporación o permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo, no pueden ser consideradas acción positiva, debiendo ser eliminadas por discriminatorias¹⁶.

Además se debe constatar efectivamente la presencia de una situación de discriminación social en perjuicio del grupo al que se pretende favorecer (SSTC 128/1987 y 269/1994), las medidas de acción positiva tendrán un carácter temporal (STC 128/1987) y dado que la acción positiva puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales, deberán superar un escrutinio acerca de su razonabilidad y proporcionalidad (idóneas, necesarias y generadoras de un beneficio mayor que los sacrificios que el trato de favor pueda haber producido) (SSTC 229/1992 y 269/1994).

3. LA LEY ORGÁNICA 3/2007, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

El 23 de marzo de 2007 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la mencionada Ley Orgánica (LOI), cuya “fina-

¹⁵ ANTONIA CASTRO ARGÜELLES, M^a y ÁLVAREZ ALONSO, D.: *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/ 2007, de 22 de marzo*, Ed. Aranzadi (Thomson-Civitas), 2007, pp. 97 y ss.

¹⁶ SSTC 128/1887, 216/1991, 28/1992, 317 /1994 y 16/1995. Pese a la claridad teórica del planteamiento, los citados autores critican que las soluciones prácticas adoptadas por el TC en algunos casos acaban reproduciendo los estereotipos tradicionales que dificultan la igualdad real (SSTC 128/1987, 203/2000 y 3/2007).

lidad principal es la introducción *transversal* de la igualdad entre hombres y mujeres en las distintas políticas públicas y el otorgamiento de cobertura a las medidas de fomento y de discriminación positiva, que vayan permitiendo la efectiva promoción del papel de la mujer en nuestra sociedad”¹⁷.

Para algunos se trataría, más que de una *ley de igualdad*, de una *ley de desigualdad* o de promoción de acciones, medidas y políticas positivas a favor de la mujer y al servicio de su equiparación real de trato¹⁸.

Esta ley cuenta con una serie de *precedentes legislativos*, como la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida laboral y familiar, o la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género; la Ley 30/2003, de 13 de octubre, que establecía la evaluación del “impacto de género” en los procedimientos para elaborar normas estatales. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, incorporaba una serie de actuaciones para la observancia del principio de igualdad de trato, así como acciones positivas y medidas para combatir la discriminación directa e indirecta y el acoso.

La Orden PRE/525/2005 publicó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005 (continuado por los de 3 de marzo de 2006 y 2 de marzo de 2007), adoptando diversas medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, aprobando el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado, favoreciendo la

¹⁷ MONTOTOY MELGAR, A.: *op. cit.*, p. 28.

¹⁸ “El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral, y familiar, muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella ‘perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros’, en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos”. (*Exposición de Motivos*, BOE, num. 71 (2007), p. 12611.

promoción profesional de las empleadas públicas, para conciliar la vida personal, familiar y laboral.

Además hay que tener en cuenta diferentes disposiciones legales aprobadas por las Comunidades Autónomas sobre igualdad de oportunidades o promoción de la igualdad.

La Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad (LOI), *incorpora al ordenamiento español varias Directivas comunitarias*, como la Directiva 2002/73, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113, del Consejo, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y la Directiva 97/80 relativa a la carga de la prueba¹⁹ en los casos de discriminación por razón de sexo. (Disposición final cuarta).

Aunque la disposición que comento recibe la *denominación de Ley Orgánica*, tal carácter solo afectaría a una parte mínima de su contenido, en concreto a tres disposiciones adicionales de gran calado, la que determina el concepto de presencia o composición equilibrada²⁰ y las que se refieren a la modificación de la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General, estableciendo cuotas por razón del sexo en las candidaturas electorales, y de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (Disposiciones adicionales segunda y tercera).

Al ser España, conforme a su Constitución, un Estado compuesto con distribución de competencias entre el Estado (entendido como Poder Central) y las Comunidades Autónomas, se afirma en la LOI que el *fundamento consti-*

¹⁹ No se hace referencia en la Ley orgánica a la Directiva 2006/54 que ha refundido las Directivas 2002/73 y 76/207, ni a la Directiva 75/117/CEE sobre igualdad en materia de retribución.

²⁰ "A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento" (Disposición adicional primera).

tucional de los preceptos que contiene se halla por una parte en el artículo 149.1, 1ª CE, que reconoce al Estado “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, y por otra en las competencias de legislación básica atribuidas al Estado en materias como las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, (art. 149.1.16ª), la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17ª), o en suponer legislación de aplicación directa en todo el Estado (art. 149.1.6ª, 7ª y 8ª).

3.1. LA TRANSVERSALIDAD DE LA LOI

Uno de los aspectos más significativos de la LOI es que pretende obtener la igualdad efectiva mediante una política integral que afecte a los²¹ más diversos ámbitos de la vida social. La dimensión de *transversalidad* (mainstreaming) de la igualdad, seña del moderno Derecho antidiscriminatorio, es uno de los principios fundamentales del texto legislativo, que “se ocupa en su articulado de la proyección general del principio en los diferentes ámbitos normativos, y concreta en sus disposiciones adicionales la correspondiente modificación de las muy diversas leyes que resultan afectadas. *De este modo, la Ley nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres*” (Exposición de Motivos III).

La transversalidad se recoge de modo expreso en el artículo 15 de la Ley:

“El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públi-

²¹ BUSTOS BOTTAI, R.: “Hacia la igualdad sustancial: Reflexiones...”, *op. cit.*, p. 99.

cas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades”.

La transversalidad afecta por tanto a todas las políticas públicas, tanto a las estatales como a las autonómicas y locales, y tanto al sector público como al privado²². Al regularse en el citado artículo 15 la transversalidad del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la actuación de los poderes públicos, se adopta por el legislador una concreción del modelo de Estado Social, conectado además con la convergencia del artículo 14 CE con el 9.2, lo que puede tener un efecto transformador del ordenamiento jurídico²³.

La LOI afecta a más de veinte disposiciones de gran relevancia como: la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General; Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial; Ley 50/1981, del Estatuto del Ministerio Fiscal; Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil; Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; Ley 14/1986, General de Sanidad; Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; Ley 17/1999, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas; Ley 26/1984, de Defensa de consumidores y de usuarios; RDLg 1564/1989, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; Ley 57/1984, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado; Ley 16/1983, de creación del Instituto de la Mujer...

Por otra parte la LOI ha modificado la mayoría de las principales leyes de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: RDLg 1/1995, por el que se aprobó el Estatuto de los Trabajadores, RDLg 2/1995, por el que se aprobó la Ley de Procedimiento Laboral; Ley 31/1995, de Prevención

²² Art. 1.2: “A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los poderes públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir, en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo”.

²³ BALAGUER CALLEJÓN, M^a L.: “El derecho a la igualdad de género: La LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad entre mujeres y hombres”, en FIGUERUELO, A. y otros: *op. cit.*, pp. 51-69 (p. 59).

de Riesgos Laborales; RDLg 5/2000, que aprobó el Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; Ley 12/2001, de Medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo; Ley 56/2003, de Empleo; RDLg 1/1994, por el que se aprobó la Ley General de la Seguridad Social...

En opinión de A. Montoya²⁴, la LOI cumpliría con una triple función normativa, en primer lugar incluiría una regulación troncal del derecho a la igualdad de mujeres y hombres, y que se concreta en la fijación y objeto de la Ley (Título Preliminar), así como en el diseño del principio de igualdad (Título I), y de los principios generales de las políticas públicas para la igualdad (Capítulo I del Título II).

En segundo lugar, unas nuevas disposiciones sectoriales referidas a la aplicación del principio de igualdad en distintos ámbitos administrativos: educación, salud, sociedad de la información, deporte, desarrollo rural... (Capítulo II del Título II), en los medios de comunicación públicos y privados (Título III), en materia laboral (Título IV), empleo público (Título V), acceso a bienes y servicios (Título VI) y responsabilidad social de las empresas (Título VII).

Finalmente las normas que modifican los preceptos de leyes existentes, y que se contienen en las 31 disposiciones adicionales, salvo en la primera sobre el concepto de “composición equilibrada”, que tiene carácter troncal, y del que nos ocuparemos más adelante.

Todo ello contribuye a que la LOI sea extremadamente compleja, e incluya en su contenido elementos normativos directos, definatorios, interpretativos, programáticos y anunciadores de modificaciones²⁵.

También se han suscitado reparos sobre su Técnica normativa, que posibilita la presencia de disposiciones meramente programáticas o principalistas, al lado de

²⁴ MONTOYA MELGAR, A.: “El significado de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva”, *op. cit.*, pp. 48 y ss.

²⁵ MONTOYA, A.: *op. cit.*, p. 51.

otras directamente modificadoras del ordenamiento jurídico preexistente²⁶.

3.2. LA IGUALDAD Y LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA LOI

Especial trascendencia tiene el Título I de la LOI (*El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación*), en el que se califica en el artículo 3 al principio de igualdad de trato, como el caracterizado por la ausencia de toda discriminación directa o indirecta, definiéndose a continuación ambas figuras (art. 6), y elevándole a la categoría de principio informador del ordenamiento jurídico, determinante para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4).

Pero lo más significativo es que de modo expreso se recogen en la LOI las acciones positivas:

Artículo 11. *Acciones positivas*

1. “Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los poderes Públicos adoptarán *medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres*. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”.

La LOI ofrece por primera vez un marco general claramente legitimatorio de las acciones positivas, si bien adaptándose a los límites trazados por la jurisprudencia constitucional.

Sin embargo el art. 11.1 alude explícita y unidireccionalmente a las mujeres como grupo a favorecer, apartándose del tono neutral y ambivalente del resto del articulado.

Por otra parte las personas físicas y jurídicas *privadas* pueden adoptar medidas de acción positiva (art. 11.2).

²⁶ Dictamen del Consejo de Estado 803/2006, de 22 de junio, sobre el Anteproyecto de la LOI:

La LOI fomenta el desarrollo de acciones positivas en el ámbito del trabajo y del empleo, pero también en áreas como la creación y producción artística e intelectual, las políticas de salud, medios de comunicación, programas de deportes, Fuerzas armadas... además el Gobierno deberá elaborar periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (arts. 17-19 de la LOI).

Se pretende también combatir las llamadas acciones positivas falsamente protectoras de la mujer, fomentando el principio de corresponsabilidad parental o familiar en el cuidado de los hijos²⁷.

En el mencionado Título I, se incluyen asimismo importantes garantías protectoras como la tutela judicial efectiva del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres (art. 12), la inversión de la carga de la prueba a cargo del demandado en los procesos basados en actuaciones discriminatorias por razón de sexo (art. 13), la indemnidad frente a posibles represalias (art. 9) y las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias (art. 10).

Otro de los principios más significativos de la LOI es el de la *presencia o composición equilibrada*:

“A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento” (Disposición adicional primera).

De esta manera la cláusula del 60-40% se aleja de la paridad absoluta y de los problemas que plantean las cuotas, al estar concebida de modo neutral, es decir referida indistintamente a uno y otro sexo, a diferencia, como he indicado anteriormente, de la regulación de las acciones positivas contenida en el artículo 11 de la LOI.

La representación equilibrada es obligatoria en los órganos directivos de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de

²⁷ El permiso de ausentarse por una hora por lactancia de un hijo, “podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajaren” (Disposición adicional décimo primera, punto cinco).

ella (art. 51), en sus tribunales y órganos de selección del personal, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas (art. 53), en la nueva Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial (D.A. 3ª cuatro), y de modo destacado en las listas de candidaturas para diversos procesos electorales conforme a la modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (D.A. 2ª).

Con carácter menos exigente, los poderes públicos velarán por ella o la promoverán en la configuración de los “órganos consultivos, científicos y de decisión existentes en el organigrama artístico y cultural” (art. 27.2.d), en los puestos directivos y de responsabilidad en el Sistema Nacional de Salud (art. 27.3.c)... y, en general, en relación con cualquier nombramiento y designaciones de cualquier poder público (art. 16).

A modo de recomendación se alude a que las sociedades mercantiles privadas procuren “incluir en su Consejo de Administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley” (art. 75).

4. LAS CUOTAS ELECTORALES Y SU LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

La Disposición Adicional segunda de la LOI ha modificado la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, introduciendo un nuevo artículo, el 44 bis:

1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales..., diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una *composición equilibrada de mujeres y de 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 de 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 al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto al conjunto de la lista...²⁸.

Este precepto fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, y además de un recurso de inconstitucionalidad acumulado e interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados.

El mencionado Juzgado planteó la cuestión en relación con la denegación de la proclamación de la candidatura del Partido Popular para el municipio de Garachico, integrada exclusivamente por mujeres, alegando vulneración del art. 23 en relación con los artículos 6 y 14, todos de la Constitución²⁹.

²⁸ Además se establecía una regulación semejante en relación con el Senado, adaptándose a sus características electorales, y se establecía que la composición equilibrada entre sexos no sería exigible en los municipios con un número de residentes igual o inferior a 3.000 habitantes.

²⁹ En el escrito de planteamiento de la cuestión, el titular del órgano judicial afirmaba lo siguiente:

“El límite máximo del 60 por ciento a la libre concurrencia de mujeres y hombres produce un efecto contraproducente y hay que explicarles a las mujeres recurrentes que tendrían que sacrificar su libertad política en mérito de la igualdad general de todas las mujeres, que se podrían beneficiar del equilibrio electoral, pero que no puede haber una lista electoral completa de mujeres por el hecho de serlo...”.

En el recurso de los parlamentarios se alega además la vulneración de los artículos 16.1, 20.1.a, y 68.5 CE³⁰.

La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 29 de enero de 2008, ha desestimado la cuestión y el recurso de inconstitucionalidad, con el voto particular de un Magistrado.

Teniendo en cuenta las limitaciones de estas páginas, no puedo extenderme en el contenido de las alegaciones presentadas, y me limitaré a recoger una breve síntesis de la argumentación jurídica de dicha sentencia³¹.

El Tribunal Constitucional afirma que la principal cuestión a resolver es la de la legitimidad constitucional de la imposición a los partidos políticos de la obligación de presentar candidaturas con “una composición equilibrada de mujeres y hombres” en porcentajes que aseguren un mínimo del 40 por ciento para cada sexo.

La respuesta, según el propio Tribunal, se halla tanto en el mandato de sustantivación de la igualdad formal, contenido en el artículo 9.2, como en el de la configuración constitucional de los partidos políticos (art. 6 CE).

En relación con el primer aspecto el Tribunal reitera que la igualdad, “no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el 9.2... ya que dicho precepto encomienda al legislador la tarea de actualizar y materializar la efectividad de la igualdad que se proyecta, entre otras realidades, en el ámbito de la representación” (FJ 4), para facilitar la participación de todos los ciudadanos, removiendo, cuando sea preciso, los obstácu-

³⁰ Art. 23 (Derecho a participar en los asuntos públicos. Sufragio activo y pasivo). Art. 14 (Igualdad ante la ley y derecho a no ser discriminado). Art. 6 (Partidos políticos). Art. 16.1 (Libertad ideológica). Art. 20.1.a (Libertad de expresión). Art. 68.5 (Condición de electores y elegibles).

³¹ Sobre este tema es de utilidad la consulta de SEVILLA MERINO, J.: “Paridad y leyes electorales”, en FIGUERUELO BURRIEZA, A. e IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M. L.: *Igualdad...*, op. cit. pp. 472-511. SEVILLA MERINO, J., VENTURA FRANCH, A. y GARCÍA CAMPA, S.: “La igualdad efectiva desde la Teoría Constitucional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 67, 2007.

los, tanto normativos como fácticos, que la impidan o dificulten.

Por otro lado la Constitución considera a los partidos como instrumento para la participación política (art. 6 CE), y por ello es constitucionalmente lícito servirse de ellos para, mediante una integración de sus candidaturas que permita la integración de ambos sexos, con ello hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2.

El Tribunal Constitucional es consciente de que la legislación que se impugna supone un límite a la libertad de selección de candidatos por los partidos o agrupaciones de electores, pero lo considera constitucionalmente legítimo, razonable y no lesivo para el ejercicio de derechos fundamentales, gozando además el legislador de una amplia, aunque no absoluta, libertad de configuración.

“La validez constitucional de estas medidas 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 instrumentalizado 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... 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” (FJ 5).

Una vez dicho esto, el Tribunal tiene que pronunciarse sobre si la Ley impugnada lesiona derechos fundamentales, en concreto los contenidos en los artículos 14 y 23, cuyos titulares sean los ciudadanos. La respuesta también será negativa.

La igualdad de los ciudadanos no resulta vulnerada, ya que las modificaciones de la LOREG que se impugnan “no incorporan fórmulas compensatorias a favor de las mujeres, en su calidad de grupo históricamente desfavorecido (sin perjuicio de la singularidad que reviste la habilitación

a la legislación electoral autonómica contenida en el segundo párrafo del art. 44 bis LOREG, sobre la que ya nos hemos pronunciado en el FJ 8)³², sino que plasman un criterio que se refiere indistintamente a los candidatos de uno y otro sexo” (FJ 9).

Indudablemente, el que la composición equilibrada de las listas electorales opere sin distinción de sexos facilita el que el Tribunal Constitucional declare su legitimidad constitucional. ¿Pero qué sucederá cuando se impugnen acciones positivas dirigidas a favorecer a las mujeres?, ¿se pondrán entonces reparos a su constitucionalidad? o más bien, ¿les seguirá dando cobertura el art. 9.2, tal como parece indicarse en el aludido Fundamento Jurídico 8?

Tampoco quedarían lesionados ni el derecho de sufragio pasivo, ni el activo (art. 23 CE), ya que en opinión del Tribunal, el principio de composición equilibrada es un instrumento al servicio de la igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, pues informa la elaboración de las candidaturas, mientras que “del art. 23.1 no puede derivarse un derecho subjetivo de los ciudadanos a una concreta composición de las listas electorales. El derecho de sufragio activo... se ejerce por los ciudadanos a través de la elección... entre las opciones presentadas para su consideración por las formaciones políticas habilitadas al efecto por la legislación electoral, sin que forme parte de ese derecho la facultad de otorgar la condición de candidato a quien no fue propuesto como tal por los partidos políticos...” (FJ 9).

En el voto particular, aparte de otras consideraciones, se afirma que resulta lesionado el derecho de sufragio pasivo de los candidatos propuestos que queden excluidos de participar en el proceso electoral como consecuencia de la aplicación de la norma cuestionada, que además vulnera

³² “Al segundo párrafo del nuevo art. 44 bis 1 LOREG se le reprocha que da cobertura al establecimiento de normas que eleven la cuota de representación de la mujer hasta acercarla al 50 por 100 en la composición de las listas de candidatos a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. En todo caso esta habilitación en sí misma, y así entendida, encuentra cobertura constitucional en el art. 9.2 CE” (FJ 8).

la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos (arts. 6 y 22 CE), concluyendo que la introducción de cuotas o paridades requeriría una reforma constitucional.

Como puede observarse son afirmaciones del Tribunal Constitucional, que en su momento serán sometidas a debate y a la crítica de los analistas de esta importante sentencia.