

**LA PARIDAD ELECTORAL COMO FINALIDAD
DISOCIADA DE LAS ACCIONES POSITIVAS
EN FAVOR DE UN SEXO**

Enrique Belda Pérez-Pedrero

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

Vocal del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Presentación del tema

El hecho de haber recogido en anteriores anuarios una visión distinta a la habitual entre quienes tratan desde la perspectiva de género, las cuotas electorales, ha llevado a muchos lectores de esta publicación a solicitar que vuelva sobre el asunto. En su día la excusa fue una crítica de varios textos autonómicos, en línea con el Castellano-Manchego de 2002, que anticipaban la problemática jurídica hoy extendida. En esta ocasión vamos a criticar la imposición de una reserva electoral a favor de cualquiera de los dos sexos, de no menos del cuarenta por ciento de las listas electorales. Encantado por el encargo, procedo con toda modestia a dudar de la constitucionalidad de la reforma electoral introducida por la LO 3/2007, de igualdad de mujeres y hombres, en la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General.

La Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, añade un nuevo artículo 44 bis, un nuevo párrafo al apartado 2 del art. 187, un nuevo párrafo al apartado 3 del artículo 201, modifica el apartado 2 de la Disposición Adicional Primera y, por último, inserta una nueva Disposición Transitoria Séptima a la mencionada norma electoral general. La finalidad es establecer la "representación equilibrada" en la mayor parte de elecciones territoriales de España, de manera inmediata o de cara al año 2011, exceptuando de la medida a pequeños municipios e islas. Esta normativa puede que sea contraria a los artículos 23.1 y 2, 14, 6, 68.5, 16.1 y 20.1 a), al vulnerar el derecho a participar en los asuntos públicos a través de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE), el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos territoriales representativos (art. 23.2 CE), por burlar la prohibición de discriminar en razón de sexo a quienes quieran concurrir a unas elecciones (art. 14 CE), por la extralimitación legislativa en la expresión del pluralismo político a cargo de los Partidos Políticos y el libre ejercicio de su actividad (art. 6 CE), por la limitación ilegítima de la capacidad de elegible (art. 68.5 CE), y por la afectación general a la libertad de ideología (art. 16.1 CE) y a la difusión del pensamiento (art. 20.1 a) CE).

La vulneración del art. 23 de la Constitución

La finalidad principal de la reforma electoral introducida por la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad

efectiva de mujeres y hombres, a través de la creación en la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio de un nuevo art. 44 bis, y otras modificaciones conexas en los arts. 187.2, 201.3, Disposición Adicional Primera 2 y Disposición Transitoria Séptima de la norma electoral general; es alterar el sistema electoral español exigiendo a los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones que se presenten a esos procesos de renovación institucional, que incluyan un número de no menos del cuarenta por ciento de mujeres u hombres, en cada tramo de cinco nombres, en las candidaturas constituidas por listas cerradas y bloqueadas, acompañándolas con una serie de ajustes, excepciones y moratorias (para las elecciones al Senado, los municipios de menos de 3001 residentes, las islas con menos de 5001 residentes y los municipios comprendidos entre 3001 y 5000 residentes). Del cumplimiento de este requisito depende la proclamación o rechazo de la candidatura presentada por el partido.

La acción compensatoria a favor de un sexo, basándose generalmente en el art. 9.2 CE y en fuentes internacionales, requiere unos mínimos pilares. La protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni suficiente es tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer, en cuanto tal, pues ello, en esos términos, es evidentemente contrario al art. 14 de la CE (STC 81/1982, FJ 1). Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad.

Las medidas promocionales compensatorias hacia un colectivo (art. 9.2 CE) tienen su ámbito en campos sociales, laborales, culturales, económicos e incluso políticos, con respeto a los derechos e instituciones constitucionales que, por su naturaleza, no son capaces de aceptar en su concepción y funcionamiento la invasión de la acción positiva, por razones de incongruencia o falta de razonabilidad. Desde luego mucho menos si con ellas, como es el caso, se vulnera además un derecho fundamental garantizado completamente por el ordenamiento para el colectivo al que se pretende promocionar, e incluso, por la desproporcionalidad de la medida, se puede llegar a perjudicarle en los casos en los que ya ha conseguido (o superado) una igualación en el punto de partida.

Resulta constitucionalmente prohibido quebrar la igualdad jurídica de los elegibles en nombre de la promoción social de la mujer, del hombre, del anciano, del discapacitado, del joven, del marginado, o de la minoría cultural o religiosa,

por valiosa y deseable que pueda ser la mejora de su condición. La categoría de ciudadano, a efectos de elegibilidad, es indivisible y el legislador carece de base jurídica para crear diferencias internas dentro de esta categoría. Para el legislador electoral, en protección justamente de la igualdad de derechos, sólo puede ser relevante la categoría de ciudadano constitucionalmente acuñada, derivándose su estratificación en atención a razones circunscriptoriales (por ejemplo, en las elecciones autonómicas se permite añadir el requisito de residencia -SSTC 60/1987 FJ 2, 107/1990 FJ único o 25/1992, FJ único-. Residencia es una calidad de adquisición voluntaria, lo que la diferencia de las determinaciones biológicas como el sexo).

El legislador electoral debe ser neutral respecto al sexo, raza, edad o religión, teniendo vedada toda discriminación, negativa o positiva, basada en tales circunstancias. Una discriminación positiva o de favor, como es obvio, necesariamente entraña perjuicio para las categorías personales o sociales a quienes se niega el trato favorable. Si es constitucionalmente aceptable que la mitad social femenina se refleje obligatoriamente en las candidaturas, con igual razón podrían exigir ese beneficio otras categorías o segmentos sociales: los ancianos (cada candidatura debería reservar un porcentaje de puestos a candidatos mayores de 65 años), los jóvenes, los discapacitados y así sucesivamente. De acuerdo con la lógica inherente a semejante tendencia distributiva, se primaria la disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o de categoría, más cercanos al corporativismo de regímenes antidemocráticos que a la libertad de la democracia representativa. Todo ello perfilaría un cuerpo representativo sectorializado que impediría mantener el concepto de Cuerpo Electoral. Las normas recurridas se presentan, simplemente con esta primera aproximación, como una revisión de la democracia representativa española, que exigiría una reforma constitucional.

Por ello, es respecto de otros campos de las relaciones políticas, jurídicas, sociales, económicas, culturales y laborales (siendo excepcional precisamente el presente ámbito); donde las acciones de discriminación positiva en aras de la promoción, tienen su auténtico margen de juego, una vez cumplidos los requisitos que la propia igualdad constitucional exige para su concurrencia. Buen ejemplo de ello es en España, el resto del articulado de la Ley 3/2007, o las numerosas normas precedentes, entre las que destacarían la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la Ley valenciana 9/2003, de 2 de abril, de igualdad de mujeres y hombres y la Ley catalana 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y

laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña. O entre los centenares de normas del Derecho Comparado, la Ley italiana de 10 de abril de 1991, núm. 125, sobre acciones positivas para la consecución de la paridad hombre-mujer en el trabajo, y la Ley francesa 2001-397, de 9 de mayo de 2001, relativa a la igualdad profesional entre mujeres y hombres.

Esta línea de interpretación es la correcta, en nuestro modesto parecer, con la Constitución delante. Es singularmente llamativa la similitud de los motivos que aquí se exponen con el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Italia sobre el sistema de cuotas en las listas electorales (Sentencia 422, de 6 de septiembre de 1995). El órgano italiano de garantías constitucionales evaluaba la reserva de cuotas establecida por la Ley de 25 de marzo de 1993, núm. 81, que disponía que ningún sexo superase los dos tercios de las candidaturas (para los municipios de menos de 15000 habitantes). Evaluando la compatibilidad de la mencionada reserva con los artículos 3.1, 49 y 51.1 de su Norma Fundamental (principio de igualdad, libre asociación de partidos para concurrir a la determinación de la voluntad nacional, de la cual la presentación de candidaturas es la principal manifestación -fundamento de derecho 1-, y acceso a funciones públicas y cargos electivos, respectivamente), el Tribunal determina con meridiana claridad (fundamento de derecho cuarto) que la absoluta igualdad de sexos impide que la pertenencia a uno de ellos pueda ser asumida como requisito de elegibilidad. La elegibilidad no es más que la condición necesaria para poder ser elegido, para beneficiarse del derecho del electorado pasivo. El legislador no puede en esta materia configurar una suerte de acción positiva encaminada a favorecer el logro de la igualdad. Las medidas legislativas de discriminación positiva pueden ser adoptadas para eliminar situaciones de inferioridad social o económica, o más en general compensar y remover la desigualdad material entre los individuos (cual presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales), pero no pueden en cambio, incidir directamente en el contenido mismo de los derechos, rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuento a tales (fundamento de derecho sexto). La absoluta igualdad del electorado pasivo supone que toda diferenciación en este ámbito por razón de sexo, resulta discriminatoria, disminuyendo para algunos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental, a favor de otros, pertenecientes a un grupo que se considera en desventaja (fundamento de derecho sexto). La remoción de obstáculos que impiden a un sexo alcanzar determinados objetivos, no se puede solucionar atribuyendo a los mismos directamente los objetivos pretendidos. Así, la dificultad no es removida sino que constituye solamente el motivo que legitima una tutela preferencial en base al sexo (fundamento de derecho sexto).

La Corte Constitucional de Italia, por tanto, diferencia con claridad, concreción y rotundidad la remoción de obstáculos y la promoción de género, de la manipulación del contenido de los derechos, derivada de invasiones legislativas que adjudiquen y seleccionen a quiénes corresponde ejercerlos en cada momento y lugar, menoscabo por criterios arbitrarios, la posibilidad de titularidad y ejercicio. Para cumplir la voluntad política de los representantes ciudadanos a favor de las cuotas, hubo que proceder a diversas modificaciones constitucionales en el año 2001 y en el año 2003, pero tampoco la misma consagra una limitación del derecho de sufragio y de la libertad de los partidos políticos (como se deduce de la Sentencia de la propia *Corte Costituzionale* de 13 de febrero de 2003, de la magnitud que reúne la introducción en la Ley Orgánica 5/1985, del art. 44.bis). La visión de la libertad de sufragio en Italia, cuyo anterior marco constitucional coincide con el actual español, no es excepcional: por decisión de 18 de noviembre de 1982, del Consejo Constitucional de Francia, ya se declara inconstitucional la prohibición de que en las elecciones municipales, las listas de candidatos incluyeran más de un 75% de personas del mismo sexo; y en la decisión de 14 de enero de 1999, se reiteró también como inconstitucional la paridad de sexos en las candidaturas a consejeros regionales. A consecuencia de estos pronunciamientos fue necesaria la reforma de los arts. 3 y 4 de la Constitución de la República (Ley Constitucional de 8 de julio de 1999). Sólo tras la reforma constitucional el *Conseil Constitutionnel* ha modificado su línea jurisprudencial. En el Reino de Bélgica, su Consejo de Estado pidió la cobertura constitucional de las cuotas electorales por su afectación al derecho de sufragio pasivo, para lo que sugirió que se introdujera directamente en la Constitución el principio de representación equilibrada en las listas electorales (lo que se culmina en la reforma de 21 de febrero de 2002), tras la cual su Corte de Arbitraje solicitaba que tales medidas fueran transitorias y no lesionaran derechos ajenos.

Sin ánimo de formular un repaso exhaustivo de nuestro entorno regional democrático, pero a mayor abundamiento de los anteriores ejemplos, encontramos muchos otros donde, como punto de partida, se actúa coherentemente desligando la promoción del sexo de la intervención directa sobre el derecho de sufragio. En Alemania, la autorregulación de los partidos al efecto ha sido el mecanismo de incorporación de un mayor número de mujeres a las candidaturas electorales, como en Austria, Dinamarca o los Países Bajos, donde el estado además, favorece con subvenciones específicas a los partidos políticos que fomenten la participación femenina.

El Informe del Parlamento Europeo sobre la Mujer en la Política Internacional, que da lugar a la Propuesta de Resolución (2006/2057(INI)), de

17 de octubre de 2006, es de entre todos los documentos que acompañan la promoción de género, el instrumento más avanzado y comprometido hasta la fecha. Consciente de la necesidad de respetar esa barrera de no injerencia en el derecho a la participación, en esta materia, se limita a instar (en el punto 44) a los partidos políticos de Europa para que adopten medidas que garanticen que la representación de ambos sexos se encuentre comprendida entre un mínimo de un cuarenta por ciento y un máximo de un sesenta, en sus listas para órganos políticos colectivos, con objeto de alcanzar la paridad. Es en efecto éste, el sentido que la norma española hubiera tenido que asumir para su congruencia con el resto de medidas de promoción y remoción de obstáculos que la ley de igualdad establece, dejando en manos de los partidos como instrumentos fundamentales y vehículos de la participación, la llamada a la "participación equilibrada". Se confirma una línea sólida sobre la materia cuyo hito de referencia anterior más destacado, se encontraba en la Resolución núm. 169, de 1988, del mismo Parlamento, que invitaba a los partidos a establecer cuotas de representación femenina. No se efectúa la llamada a los Parlamentos sino a los Partidos.

Dentro de los esquemas institucionales y representativos de la Unión Europea, los instrumentos para alcanzar la paridad o la representación equilibrada se utilizan para aquellas parcelas que obviamente la reclaman y en las que el género actúa como factor determinante para el establecimiento de acciones positivas a favor de la igualdad. Ejemplo de ello son la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; o la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Esa es también la línea razonablemente aceptada por la interpretación constitucional realizada en Italia a través de la referida Sentencia 422, de 6 de septiembre de 1995, en cuyo fundamento jurídico séptimo, diferencia la ilegitimidad constitucional de la imposición de cuotas en las candidaturas, de las medidas positivas y aceptables a cargo de los partidos y coaliciones que libremente, a través de sus estatutos, y efectivamente en la presentación de listas electorales, se disciplinan para equilibrar la presencia de sexos.

El derecho de votar y ser votado, además de por anteriores razones, ha de entenderse protegido de las intervenciones legislativas arbitrarias por su intrín-

seca vinculación con la Soberanía. Sin entrar a detallar la posición del Pueblo Soberano tras el acto de creación constitucional, su presencia o letargo; lo cierto es que la participación de los ciudadanos se instrumenta a través de un poder u órgano constituido más, como el Parlamento o el Gobierno. Estamos refiriéndonos al **Cuerpo Electoral**. El Cuerpo Electoral es una institución constitucional que tiene dos funciones principales: una de frecuencia incierta, como es la participación en Referéndum con distintas finalidades (por ejemplo, en el de reforma constitucional con una finalidad garantista, en el suscitado ante una pregunta política del ejecutivo, con una finalidad de acompañamiento); y otra de frecuencia previsible, que es la determinación del rumbo del Estado (o en su caso, de las divisiones territoriales que lo componen) mediante la elección de representantes. Esta es la regla de oro del sistema de democracia representativa, de España y de las naciones de su entorno democrático. En la medida que el legislador penetra en el Cuerpo Electoral para determinar mediante porcentajes una serie de limitaciones para impedir que, en razón del sexo con el que se nace, pueda llegar un ciudadano a no poder disfrutar del derecho de sufragio pasivo (art. 23.2), y por la misma circunstancia, él y los demás encontrar limitado el sufragio activo por tener que elegir a personas que han sido determinadas, entre otros criterios, por su género (art. 23.1); está el Parlamento dinamitando este poder "popular" constituido, a través de una intervención ajena a sus atribuciones constitucionales. Esa injerencia causa conjuntos en la ciudadanía que lo componen atendiendo, por si fuera poco, a criterios derivados de las categorías sospechosas de discriminación. Sólo una reforma constitucional podría cambiar el concepto unitario de Cuerpo Electoral, admitiendo su fragmentación por categorías, apelando a razones como ésta del género, y de esa manera permitir la imposición de cuotas. Las limitaciones a los derechos se encontrarían permitidas, por cualesquiera razones justificadas en la reforma constitucional, y los conceptos barajados en la norma que criticamos tendrían así su razón de ser.

Uno de los extremos que con mayor claridad ponen en evidencia la imposibilidad de fragmentar el cuerpo electoral como poder constituido, distorsionando la libertad de elección, es el referido a la utilización del criterio del sexo para alentar un factor de promoción. La propia LO 3/2007, en su Exposición de Motivos, nos aporta un nuevo caso de contradicción en la técnica de las acciones positivas aplicadas sobre el sufragio pasivo cuando su bloque II *in fine* anuncia que: "*Se contempla, asimismo, una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad*". De llevarse a término en el texto

de la ley, sobre el ámbito material del sufragio pasivo, tan loables propósitos, habría que concluir reservando de la cuota femenina varios puestos en las listas a mujeres discapacitadas, pertenecientes a una confesión religiosa minoritaria, recientemente nacionalizadas españolas, de diversas razas, etc.

Hace más de cincuenta años que la Convención sobre Derechos Políticos de las Mujeres, adoptada en Nueva York el 31 de marzo de 1953, o hace más de treinta que la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación (Nueva York, 18 de diciembre de 1979), prevén a escala mundial como parte del contenido aceptado de los derechos humanos, el derecho de las mujeres a votar y ser elegidas en condiciones de igualdad con los hombres. La confusión legislativa del campo de juego y de aplicación de las medidas de discriminación positiva, a través de la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, las ha colocado ante la imposibilidad de hacerlo en la actualidad, para favorecer hipotéticamente a los hombres, sin base en ninguna justificación objetiva, fundada, o razonable que acredite que los mismos están discriminados en el acceso a los cargos y funciones públicas en nuestro país, o para ser más precisos, en cada uno de los miles de procesos electorales territoriales que la reforma de la ley electoral va a reglamentar.

Ante una afectación del contenido del derecho fundamental consagrado en el art. 23 CE, tan extensa y grave, resulta complicado graduar y calificar en el orden de exposición, cuál de las consecuencias es más perniciosa para el sistema político español. Esta limitación del derecho para cualquiera de los sexos, es sin duda irrefutable: las normas recurridas introducen una distribución obligada y condicionada por razón de género, restringiendo la elegibilidad. Penetran en el contenido de un derecho fundamental regulándolo restrictivamente, imponiendo limitaciones tras hacer un mal uso de las acciones promotoras de igualdad y afectando a ciudadanos concretos cuando quieran presentarse a las elecciones y hayan agotado su "cupo". Para ser elegible, según las normas sospechosas de inconstitucionalidad, ya no basta ser elector español mayor de edad y sin restricciones de capacidad, inscrito en el censo electoral, sino que se debe también pertenecer al sexo al que corresponda el puesto de la candidatura. Si el partido, federación, coalición o agrupación, no encuentra un conjunto de candidatos en que estén "equilibrados" hombres y mujeres, sencillamente no podrá presentarse (salvo que, como expondremos más adelante, se encuentren votando en elecciones locales de municipios de menos de 3001 residentes, en los cuales parece que la importancia de inaplazable promoción de sexo desaparece por completo

para el legislador). En la perspectiva del derecho de sufragio pasivo, que el legislador electoral rechace dejar en libertad a los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, para confeccionar sus listas electorales sin vinculaciones respecto al sexo de los candidatos, e imponiendo la obligación de distribuir igualitariamente por sexos los puestos de las listas, conduce a concluir una restricción capital.

La participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones, establecida en el artículo 14.4 de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad como criterio general de actuación de los poderes públicos, se manifiesta como una regla de oro incuestionable para una sociedad democrática que busca la igualdad efectiva de sexos. Incluso, aunque cuestionable por su natural variabilidad y cambio, puede el legislador con base en la realidad social de un país y tras el apoyo de la doctrina científica en el campo de las Ciencias Políticas y Sociales, establecer unos porcentajes de apreciación orientadores de lo que puede entenderse como composición equilibrada, jugando factores como la proximidad el número de hombres y de mujeres en un territorio y la realidad precedente de postergación de un colectivo en atención al género. Lo que resulta ajeno a la naturaleza de la representación política y del derecho fundamental que la consagra es la imposición de esas estimaciones al cuerpo electoral como poder constituido y al ciudadano como titular del derecho de sufragio activo y pasivo. El espacio de desarrollo de la participación equilibrada es, como establece la propia Ley 3/2007, el de los principios. Y su destinatario ha de ser el propio ciudadano votante y potencial elector, así como las asociaciones surgidas fruto de su iniciativa de participar activamente (los partidos). Si, de principio, pasa a convertirse en mandato invasor de la libre capacidad para determinar quién se presenta y quién puede figurar en listas, la norma esta menoscabando el contenido esencial del derecho a la igualdad en el acceso a cargos representativos, así como la participación política a través de elecciones, de manera directa (arts. 23.2 y 23. 1 CE respectivamente). Y acto seguido generando la vulneración de quien no puede presentarse a unas elecciones en razón de su sexo (art. 14 CE), y la afectación de la libertad de expresión del pluralismo político de los partidos (art. 6 CE), que es manifestación patente de un valor del propio ordenamiento constitucional (art. 1.1 CE). Además de todo ello, repercutirá sobre las concretas previsiones de configuración de los órganos constitucionales por fragmentar y categorizar el concepto de pueblo español (art. 66 CE) y limitar el contenido del derecho de sufragio en sus vertientes activa y pasiva para las elecciones al Congreso y al Senado (arts. 68.1 y 5 y 69.2 respectivamente). Como último eslabón de la cadena de repercusiones generadas por la incidencia

en una institución constitucional básica, la libertad de trasladar el pensamiento subyacente en la motivación de participar en los asuntos públicos (art. 20.1.a CE), quedaría asimismo en entredicho.

De entre todas las relaciones derivadas de una interpretación sistemática de la Constitución, esta lectura conjunta de los artículos 23 y 14 es la de mayor interés: obliga a conseguir una igualdad efectiva entre ciudadanos y grupos, al tiempo que prohíbe cualquier discriminación entre ellos. Por tanto, no nos cabe duda de la adecuación constitucional genérica del principio de composición equilibrada de listas electorales, tan sólo nos obliga a poner de manifiesto que del mismo no se puede deducir que cualquier tipo de medida legislativa que procure tal finalidad (la composición equilibrada) sea permisible, sin atender las exigencias que la jurisprudencia constitucional establece para las diferencias de trato y para la afectación de los derechos fundamentales. Esta percepción, no es otra que la manifestada reiteradamente por el Consejo de Estado (Dictámenes 2909/2002 y 2910/2002, de 12 de diciembre de 2002, y Dictamen del Consejo de Estado núm. 803/2006, de 22 de junio de 2006).

La vulneración del art. 14 CE

Sin necesidad de reiterar la impertinencia de las acciones de discriminación positiva en el ámbito de la representación política, anticipadas en el anterior apartado, es necesario abordar otras consideraciones que presentan la reforma electoral efectuada por la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007 como contraria, también de manera autónoma y además de por su relación con el art. 23 CE, al derecho a la igualdad.

El Tribunal Constitucional mantiene una sólida jurisprudencia en materia de Igualdad, en torno al art. 14 CE, completada por otras resoluciones donde se aborda también la misma como valor y como principio (arts. 1.1 y 9.2 CE, respectivamente). Desde la doctrina general establecida por Sentencia del Tribunal Constitucional 10/1981, recordada y precisada en numerosas resoluciones como las SSTC 28/1992, 3/1993 o 39/2002; la igualdad constitucional exige la igualdad en la ley, derivada de la interdicción de arbitrariedad consagrada por el art. 9.3 CE, complementada con la necesidad de igual trato por los Poderes Públicos en la aplicación de la misma. Dentro del campo constitucional de la igualdad se desarrollan medidas encaminadas a favorecer razonada y justificadamente unos colectivos sociales frente a otros a efectos de lograr una igualdad real, cum-

pliendo con ello el mandato constitucional consagrado en el art. 9.2 de la Carta Magna que encomienda a los Poderes Públicos promover las condiciones para que la referida igualdad sea efectiva respecto de todos los individuos y grupos, removiendo los obstáculos que entorpezcan la plenitud de este derecho y con ello se facilite la participación ciudadana en la vida política, económica, social y cultural de nuestro país.

Estas medidas o acciones positivas ("*affirmative action*") recogen la posibilidad de admitir comportamientos desiguales de los Poderes Públicos, incluso en las normas jurídicas, con la finalidad de lograr o avanzar hacia la igualdad sustancial, favoreciendo así a colectivos relegados por cualesquiera causas. Estas acciones se dirigen a conseguir una igualdad de oportunidades, colocando en un mismo punto de partida a todos aquellos que desean alcanzar una meta política, social, económica o cultural. Es por tanto una injerencia externa ante la pugna de individuos para que la pertenencia de éstos a un colectivo o grupo desfavorecido en general o en particular, no sea obstáculo para conseguir aquello a lo que legítimamente se aspira, singularmente si se trata de un derecho. La intervención, pues, del Poder Público termina en el momento que se realiza esa igualdad en el punto de partida, y deja de tener sentido cuando la ayuda se excede perjudicando a otros individuos en la consecución de sus derechos (pertenecientes a cualesquiera colectivos, estén o no tradicionalmente preteridos).

Las acciones de discriminación positiva tienen por ello un marco casuístico muy particular, que depende de cada circunstancia concreta, y un espacio de desarrollo complejo en tanto quieran ser compatibles con el principio de igualdad ante la ley (a fin de no ser ellas mismas, nacidas de la igualdad, la que terminen menoscabándola). En resumen, la cautela ha de ser la norma general cuando se va a intervenir, excepcionar o matizar un derecho o un deber para salvar, a su vez, el ámbito marcado por los derechos y deberes del resto de individuos o grupos. Recordando la decisión de la Corte Constitucional Italiana sobre las cuotas electorales a la que nos estamos refiriendo, las medidas legislativas de discriminación positiva pueden ser adoptadas para eliminar situaciones de inferioridad social o económica, o más en general compensar y remover la desigualdad material entre los individuos (cual presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales); pero no pueden en cambio, incidir directamente en el contenido mismo de los derechos, rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto a tales (fundamento de derecho sexto, Sentencia 422, de 6 de septiembre de 1995).

Se trata pues, de someter a una prueba de adecuación constitucional, la posibilidad de limitar el acceso de un ciudadano o ciudadana con derecho a votar y ser votado, en atención a su sexo, imponiendo una limitación hasta ese momento inexistente en la legislación electoral. La limitación concreta es: una acción positiva que restringe, con carácter general y en todas las elecciones, los derechos de personas en atención a su género, desconociendo si para cada elección territorial individualizada, la norma que establece esta peculiar suerte de discriminación positiva, tiene algún tipo de fundamento real en la comunidad sobre la que pretende aplicarse.

En resumen, se limita el derecho de sufragio pasivo en razón del sexo, sin que ni siquiera exista la posibilidad de evaluar la concurrencia de una situación de preterición de un colectivo en el ámbito del conjunto de votantes de un territorio, estableciéndose a través de esta Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007, como sustitución, una suerte de presunción legislativa convalidante que supere la concurrencia de las situaciones de postergación de un colectivo en razón de su género, en cada uno de los territorios que van a participar en la consulta.

Ni siquiera a efectos dialécticos es posible aplicar un test constitucional en el que se valore la finalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la norma presuntamente promotora de igualdad, en los términos expresado por las SSTC 114/1987, 123/1987, 209/1988 o 46/1999; o por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia de 12 de enero de 2006, as. *Mizzi*, entre otras muchas. Esta última resolución señala que una diferencia de trato es discriminatoria si carece de una justificación objetiva y razonable, por no perseguir un fin legítimo o por no guardar una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende conseguir. Si la legitimidad del fin puede ser dudosa, ante la ausencia de motivación demostrable en cada territorio con instituciones representativas objeto de elección, la relación razonable de proporcionalidad brilla por su ausencia: se pretende la paridad limitando el derecho fundamental del colectivo al que se aspira a promocionar. El Consejo de Estado es elocuente al respecto: "*(...) el sexo solo puede ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon más estricto, un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad y demostrar el carácter justificado de la diferenciación por ser un medio necesario para el logro del resultado parificador, lo que se conecta con la finalidad de la medida y la proporcionalidad de los sacrificios al logro de una paridad efectiva difícil-*

mente conseguible de otra manera (...). Pero ha de adoptarse una especial cautela cuando la acción positiva pueda lesionar derechos subjetivos, afecte a principios constitucionales o de Derecho comunitario o incide sobre derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y Convenios internacionales. Así habrán de ponderarse con detenimiento las medidas de acción positiva que puedan incidir (...) o las que puedan afectar al derecho fundamental de acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad.(...). Desde esta perspectiva deben primarse las medidas de fomento sobre las coercitivas; no en vano el artículo 9.2 de la Constitución, cimiento del Anteproyecto, habla de "promover condiciones", de "remover obstáculos", de "facilitar la participación". " (Dictamen del Consejo de Estado núm. 803/2006, de 22 de junio de 2006, Consideración Sexta). Es claro que tal crítica converge en la presente regulación, que ha sido desatendida por el Parlamento, muy en particular la exclusión de otros medios de consecución, como la llamada a los partidos políticos para la promoción de sexos preteridos, que por sí sola ya generó con la anterior legislación electoral, y sólo con la voluntad de los partidos, un aumento espectacular y desconocido hasta el momento, de la representación a cargo de mujeres.

En resumen, todos los argumentos jurídicos aportados demuestran que las cuotas aplicadas al derecho de sufragio generan, hacia quienes pretendan formar parte de las candidaturas, y no puedan hacerlo por sobrepasar los optantes de su género un número mayor al legalmente establecido, una vulneración de su derecho a la igualdad (provocado en razón de su sexo), que se suma a la ya argumentada violación de su derecho de acceso a los cargos públicos representativos (arts. 14 y 23.2 respectivamente), sin que la desigualdad evidente contenida en las normas, pueda ser, a su vez, exculpada como medida de discriminación positiva en los términos expresados por el propio Tribunal en resoluciones como las SSTC 28/1992, 3/1993, 216/1991 y 16/1995, entre otras.

Aunque se aceptara, que no es el caso, la posibilidad de este tipo de medidas de promoción, en el ámbito del derecho de igualdad de acceso a los cargos públicos y con ello la disgregación del Cuerpo Electoral, tampoco sería posible admitir la constitucionalidad de esta reforma electoral contenida en la Ley Orgánica 3/2007, que renuncia a justificar solidamente las razones de su aplicación general, o mucho menos a cada tipo de consulta electoral, que sería el espacio donde ganase virtualidad alegar la existencia de un colectivo desfavorecido. La necesidad de la excepción constituida por una medida de discriminación positiva debe motivarse suficientemente, lo que no ocurre en la Exposición de Motivos (ni siquiera de manera referencial hacia la tramitación parlamentaria o hacia el expediente que

fundamentó en su día la proposición de ley, o al estilo de la Ley de Castilla-La Mancha 11/2002, que modifica el régimen electoral para introducir la alternancia en puestos de hombres y mujeres, y que apela a la existencia de una desproporción entre el peso demográfico de un género en el territorio afectado y su presencia en el seno de las instituciones representativas del mismo). Por ejemplo, en el ámbito de las medidas dirigidas a la igualdad salarial, ha quedado demostrado en el proceso de elaboración que los salarios femeninos están un quince por ciento debajo del de los hombres. Admitiendo, que no es el caso, a efectos dialécticos, la inexistencia de motivos adicionales impeditivos de una acción positiva en este terreno del sufragio, la pretendida acción positiva carece de la motivación que la valida como excepción al tratamiento igual. Que la mayoría del Parlamento haya omitido el principio general de motivación, sólo puede explicarse por la precipitación del comportamiento institucional desde la fase de iniciativa legislativa, como resalta el Dictamen del Consejo de Estado núm. 803/2006, de 22 de junio de 2006, en su Consideración Primera, sobre el Anteproyecto de esta Ley: "*(...) la importancia y entidad del tema que se trata regular hubiera merecido una elaboración más sosegada y con mayor participación de todos los sectores sociales afectados*".

La consagración del despropósito respecto de la igualdad de la mujer en la presencia electoral, llega de la mano de la nueva redacción dada por la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 3/2007 a los artículos 187.2 y 201.3, que excepcionan la aplicación de la reserva sexual de puestos en las candidaturas para los municipios menores de 3001 residentes y para las islas con menos de 5001 residentes. Es en ambos espacios territoriales donde precisamente, mejor pudiera expresarse la tradicional escasa participación de la mujer. Además de inoportuna, la utilización selectiva del art. 14 CE en atención a la remoción de obstáculos (art. 9.2), brilla en esta regulación y niega la premisa mayor justificativa de la norma en la que se encuentra el precepto impugnado: las mujeres y hombres en estos núcleos carecen de la posibilidad de estar representados equilibradamente. Respecto de estos preceptos, la vulneración directa del art. 14 CE sería además un hecho autónomo a las cuotas, incluso en el caso que se aceptaran en el campo del sufragio.

La reforma y sus repercusiones sobre otros preceptos constitucionales

Procede para completar la presente crítica, apelar también otra serie de preceptos a los que la sistemática constitucional relaciona con los derechos que han sido vulnerados, a partir de los arts. 23 y 14 CE.

En primer término, la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, vulnera el art. 6 CE en relación con el art. 22.1 CE. El contenido esencial del derecho fundamental de asociación, alma del partido político, es arrasado por el legislador en tanto se suprime la esfera de autodeterminación asociativa (libertad de organización y funcionamiento interno). En este sentido, reiteradas resoluciones del Tribunal informan sobre el espacio inalterable de este derecho político (SSTC 218/1988, FJ 2, 173/1998, FJ 8, o 104/1999, FJ 3, entre otras). Las funciones constitucionales de canalización de voto, encomendadas a los partidos, condicionan los caracteres asociativos de los mismos, pero no los alienan hasta hacer irreconocible el poso asociativo. La STC 56/1995, FJ 3, referida a un partido político, declara que el legislador deberá respetar, además del contenido esencial del derecho de participación, el contenido de otros derechos con los que éste guarda íntima relación como son el derecho de libre creación y, muy especialmente, el derecho de autoorganización del partido. Un derecho este último que preserva la existencia de un ámbito libre de interferencias de los Poderes Públicos en la organización y funcionamiento interno de estos. Esta resolución respalda una línea anterior, que ejemplifica la STC 85/1986, FJ 2: La creación de los partidos políticos no está sometida constitucionalmente a límites más estrictos que los de las demás asociaciones en "(...) *la Constitución existe un cierto reforzamiento de garantías de los partidos, respecto a demás asociaciones, en cuanto que el artículo 6 señala y garantiza el ámbito de funciones institucionales que a aquellos corresponden*". La Constitución, en su deseo de asegurar el máximo de libertad e independencia de los partidos, los somete al régimen privado de las asociaciones "(...) que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos (...)". La libre actividad de los partidos políticos está proclamada, en cualquier caso, directamente en el art. 6 CE (la creación y el ejercicio de su actividad son libres), y este reconocimiento se ha reiterado en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio. Formar libremente las candidaturas electorales es un acto capital de ejercicio de la función constitucional que la CE asigna a los partidos: servir de cauce a la participación política (STC 10/1983 FJ 3: "*En razón de la función constitucionalmente atribuida de servir de cauce fundamental para la participación política, la legislación electoral (...) otorga a los partidos la facultad de presentar candidaturas*").

De lo anterior se deduce que el precepto referido supone una restricción de la libre actividad de los partidos políticos en la formación de candidaturas para las elecciones afectadas en su ámbito. El despropósito de la restricción se muestra claro, además, cuando se piensa que la presente Ley Orgánica impide que un

partido feminista reivindicativo (que base su actuación política, por ejemplo, en la máxima de que sólo las mujeres saben verdaderamente defender los intereses de las mujeres) presente una lista formada exclusivamente por candidatas. Esta hipótesis, que no es de laboratorio ni propia de ninguna minoría, ya que los partidos mayoritarios lo harán de cara a las elecciones locales de mayo de 2007, conduce derechamente a evidenciar el ataque frontal contra el pluralismo político (art. 1.1 CE) de la concepción encerrada tras este tipo de normas electorales, perfilando candidatos y relegando al partido en sus opciones de selección. La intervención de los Poderes Públicos hasta estos límites termina con la línea de control cauto e imprescindible que hasta el momento se ha mantenido respecto de los partidos, fruto de una correcta interpretación constitucional, ejemplificada, entre otras, por la STC 85/1986, a la que se acaba de hacer alusión.

En segundo término se produce una vulneración del art. 68.5 CE, cuando este último recoge una regla de elegibilidad para el Congreso de los Diputados ("*Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos (...)*")., que perfila una valoración del constituyente opuesta a la distinción interna de categorías personales entre los elegibles. La unidad de la Constitución a efectos interpretativos (SSTC 173/1998, FJ 7, y 292/2000, FJ 11, entre otras) invita a mirar la valoración constitucional implícita en el art. 68.5 CE a la hora de examinar la compatibilidad del precepto impugnado con los arts. 14 y 23.2 CE. De nuevo hay que subrayar que la introducción de categorías de género alterando el derecho fundamental de acceso a cargos públicos representativos (art. 23.2 CE), no cabe sin reforma de la Constitución. Así se deduce de la valoración constitucional implícita en la configuración del derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Congreso de los Diputados plasmado en el primer párrafo del art. 68.5 CE en relación con el art. 66.1 CE ("*Las Cortes Generales representan al pueblo español (...)*").

Por último, como otro incontrolado efecto añadido, la norma que impone las cuotas quiebra, incluso, la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y de difusión del propio pensamiento por parte de personas o partidos (art. 20.1 a) CE). Se aprueba una ley que impide la existencia de candidaturas de partidos compuestas sólo por hombres, o por mujeres, para defender ante la sociedad lo que estimen pertinente, por razón de los intereses de género que consideren oportunos, o, más sencillamente, porque quieren hacer libre uso del derecho constitucional a asociarse y a concurrir a las elecciones en compañía de los afines que compartan ideario.

Conclusión

La suma de sospechas frente a la regulación criticada, ha llevado a anunciar a alguno de los sujetos legitimados, en las fechas en las cuales este trabajo se entrega a la revista, un recurso de inconstitucionalidad. Será buena ocasión para que el Tribunal Constitucional se pronuncie también sobre la aplicación de cuotas contenida en la legislación vasca, andaluza, balear y castellano-manchega, si bien sólo está pendiente el conocimiento de las dos primeras al haberse retirado en 2004 el recurso de inconstitucionalidad sobre las dos segundas. En estos días, el Tribunal ha descartado entrar en el fondo del asunto con ocasión de la admisión a trámite una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. uno de Tenerife, que dudó de la constitucionalidad de la norma que tratamos, a instancias de la candidatura del Partido Popular en el municipio de Garachico, compuesta íntegramente por mujeres, y también negando a trámite el recurso de amparo presentado por estos hechos desde ese partido, al no haberse agotado la vía judicial previa en tanto está viva la cuestión de inconstitucionalidad.