

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: A PROPÓSITO DE LAS  
DISCRIMINACIONES Y ACCIONES POSITIVAS  
(UNA VISIÓN EUROPEA)

*Ana Gude Fernández*

*Profesora de Derecho Constitucional  
Universidad de Santiago de Compostela*

SUMARIO

1. *De la igualdad formal a la igualdad real*
2. *Acerca de la actual situación de las mujeres: una nota sobre su presencia en la vida política y social*
3. *La Democracia Paritaria*
4. *Las Acciones Positivas*
5. *Las medidas de discriminación inversas: las cuotas*
  - 5.1 *Cuotas creadas por partidos políticos*
  - 5.2 *Cuotas creadas por la legislación nacional*
  - 5.3 *Cuotas creadas a nivel constitucional: El ejemplo francés*
6. *La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*
  - 6.1 *Sentencia de 17 de octubre de 1995: Caso Kalanke*
  - 6.2 *Sentencia de 11 de noviembre de 1997: Caso Marshall*
  - 6.3 *Sentencia de 20 de marzo de 2000: Caso Badeck*
  - 6.4 *Sentencia de 6 de julio de 2000: Caso Abrahamsson*

### *1. De la igualdad formal a la igualdad real*

El principio de igualdad entre sexos aparece regulado no sólo a nivel interno de los Estados sino también en el Derecho Internacional, en textos de carácter general, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y también en textos específicos como el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979. En el ámbito comunitario, el Tratado de Amsterdam, ha modificado, el Tratado de la Comunidad europea en lo que respecta al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. En especial, los artículos 2 y 3 del Tratado, prevén, en su nueva versión, que “la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover la igualdad”. Además, el artículo 6A, que también ha sido introducido por el nuevo Tratado establece que “el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo (...)”.

El valor igualdad que se reconoce en el art. 1.1 CE como uno de los superiores del ordenamiento jurídico tiene dos dimensiones o desarrollos capitales en este mismo texto legal: el artículo 9.2 y el artículo 14<sup>1</sup>. Esto es, la igualdad formal, por un lado y la igualdad material o sustancial, por otro.

La igualdad formal surge como una conquista de la revolución liberal frente al Antiguo Régimen y su primer contenido se vincula a la significación de la Ley como expresión de la voluntad general, caracterizada por la generalidad y la abstracción. Todos los ciudadanos son iguales ante la Ley, iguales en las normas y en su aplicación<sup>2</sup>.

Más tarde y a raíz de la aportaciones marxistas y socialistas se toma conciencia de la insuficiencia del concepto de igualdad, entendido exclusivamente en sentido formal. Es preciso ampliar los alcances del concepto de la igualdad y

1. Salázar Benítez, advierte que el constituyente español no prestó especial atención a la presencia minoritaria de la mujer en los diversos ámbitos, mientras que por el contrario si estimó necesario el apoyo a ciertos sectores como el de la juventud (art. 48), la tercera edad (art. 50), o los disminuidos físicos o síquicos (art. 49). “La presencia de la mujer en los cargos representativos”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 25, Valencia 1998, pág. 101.

2. Suárez Pertierra, G. y Amerigo, F., “Igualdad ante la ley”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil), t. II, págs. 264-265.

aparece con la llegada del Estado social y democrático de Derecho, aparece la igualdad material esencial o sustancial. El Estado ha de intervenir para conseguir la igualdad de todos los ciudadanos. La igualdad material es la última etapa del proceso de evolución de este principio en el constitucionalismo del siglo XX.

El art. 14 de nuestra Constitución, en el que se establece que los españoles son iguales ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación, por alguna de las circunstancias que en el texto se enumeran, no puede limitarse a una mera declaración formal y a la prohibición neutra del tratamiento discriminatorio, porque ello no es garantía de su efectiva consecución, sino que es preciso relacionar este precepto con lo previsto en el art. 9.2 CE<sup>3</sup>. Este último se sitúa en el contexto del Estado social y democrático de derecho que propugna el artículo 1.1 de la CE, y en él se contiene un mandato dirigido a los poderes públicos, a fin promover las condiciones y remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas.

En consecuencia, el constituyente compromete la acción de los poderes públicos a fin de que se alcance una igualdad sustancial entre los ciudadanos y solicita de éstos la adopción de las medidas necesarias para su consecución<sup>4</sup>. Así lo ha entendido e interpretado nuestro Alto Tribunal:

“El artículo 9.2 CE puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material” (STC 98/1985).

Ahora bien eso no significa que exista un derecho subjetivo frente al Estado a un trato igual desde el punto de vista material susceptible de recurso de amparo constitucional<sup>5</sup>. El Tribunal Constitucional mantiene con respecto al artículo

3. Dice López Guerra que a diferencia de lo que sucede con la igualdad formal, prevista en el artículo 14 de la Constitución, en el artículo 9.2 donde se reconoce la igualdad material no se consagra un derecho inmediatamente derivado de la Constitución, sino que trata de un mandato/habilitación al legislador para llevar a cabo una acción igualizante, más allá de la igualdad formal. En “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución”, *Mujer y Constitución en España*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2000, pág 22.

4. Rubio Marín, R., “Mujer e igualdad: El ordenamiento constitucional; Logros y posibilidades”, op. cit., págs. 58-59.

5. Montilla Marcos, J. A., “El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional”, *Estudios de Derecho Público*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid 1997, pág. 457.

9.2 CE que “no puede pretenderse su aplicación para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como límite concreto en la actuación de los poderes públicos” (STC 98/1985).

La idea de igualdad no se entiende como una obligación de que todos los individuos sean tratados de la misma forma porque, como dice Pérez Royo<sup>6</sup>, no es ni puede ser un derecho, sino que sirve para definir, racionalmente y sin arbitrariedades, qué grado de desigualdad jurídica de trato entre dos o más sujetos es admisible<sup>7</sup>. De ahí se deduce que, el principio de igualdad no impide emprender acciones sobre supuestos que objetivamente son desiguales; es más, tal y cómo ha puesto de manifiesto nuestra jurisprudencia constitucional, “en tal caso la diferencia de régimen jurídico no sólo se opone al principio de igualdad sino que aparece exigida por dicho principio y constituye instrumento ineludible para su debida efectividad”. La discriminación sólo existe cuando “la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable”. “No puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida –antes al contrario– la acción de favoritismo siquiera temporal, que aquellos poderes (públicos) emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial” (STC 216/1991).

El Tribunal Constitucional ha sufrido una evolución en el tratamiento del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo; pasando de entender en un primer momento la igualdad como puramente formal, a una igualdad material, cuyo objetivo básico es la adopción de medidas compensatorias destinadas a paliar la discriminación sufrida históricamente por las mujeres. La sentencia 128/87 se ubica dentro del inicio de esta tendencia y en ella el Alto Tribunal admitió que los poderes públicos instrumentasen medidas positivas que rompiesen la desigualdad de hecho que padecen las mujeres en el ámbito laboral. Por eso, tal y como en la propia sentencia se establece, el tratamiento diverso de cuestiones distintas “puede incluso venir exigido, 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 (art. 1) a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (STC 34/1981).

6. Pérez Royo, J., *Manual de Derecho Constitucional*, ed. Marcial Pons, Madrid 2000, pág. 293.

7. Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, ed. Tirant lo blanch, Valencia 1999, pág. 132.

La actuación de los poderes públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características por el sexo, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable” (STC 128/1987).

Matizando aun más su postura en la sentencia 229/1992, el Tribunal establecerá que “la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual igualatorio”, es decir la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas y los hombres para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer...”.

De todo lo expuesto se deduce que la proclamación de la igualdad por razón de sexo<sup>8</sup> a nivel constitucional y legal no es suficiente para alcanzar la igualdad efectiva a la que una sociedad del siglo XXI debe aspirar<sup>9</sup>. Es preciso que los poderes públicos en ejecución del mandato constitucional adopten las medidas dirigidas a alcanzar esa igualdad. El problema consiste, en determinar en qué supuestos la Constitución admite y en cuáles no, la quiebra de la igualdad formal para la obtención de la igualdad real. Esto es, en determinar las medidas que aunque en principio podrían contradecir el principio de igualdad y suponer una desigualdad en el tratamiento, estarán permitidas cuando estén justificadas y sean razonables porque respetan el principio de proporcionalidad.

Y es creemos en este contexto en el que se debe encuadrar el objeto central de nuestro trabajo: la discriminación inversa y las medidas de acción positiva en favor de las mujeres en el ámbito de la representación política. Sin embargo, y antes de analizar algunos de los perfiles de estas acciones dirigidas a alcanzar la igualdad material entre sexos, resulta conveniente analizar cuál es a este respecto la situación de la mujer en la actualidad para constatar nuestro punto de partida: su infrarrepresentación y escasa participación en el ámbito político.

8. La Constitución española de 1931 es la primera de nuestra historia que garantiza la igualdad de trato por razón de sexo. El art. 26 relativo al ámbito de la representación política, establece: “Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes”. Pocos años más tarde este reconocimiento constitucional es anulado por las Leyes Fundamentales del franquismo que relegan a la mujer a un segundo plano dentro de la sociedad.

9. Rubio Marín, R., “Mujer e igualdad: El ordenamiento constitucional; Logros y posibilidades”, *Mujer e igualdad: la norma y su aplicación (Aspectos constitucionales, penales y civiles)*, t. I, ed. Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla 1999, págs. 4-5.

## *2. Acerca de la actual situación de las mujeres: una nota sobre su presencia en la vida política y social*

A pesar de que nuestra Constitución reconoce en su art. 23 que los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, concretando el principio de igualdad previsto en el art. 14, lo cierto es que el porcentaje de funciones y cargos públicos que la mujer ocupa es muy bajo, sobre todo si nos referimos a los puestos públicos de carácter representativo. Y aunque en los últimos años –sobre todo a partir de finales de los 80– se ha incrementado su presencia en la vida política, sigue encontrando graves dificultades para lograr una representación igualitaria.

La participación de las mujeres en la toma de decisiones políticas se inició con la llegada del sufragio universal. En la mayor parte de los países europeos se luchó durante muchos años por el derecho al voto a través de manifestaciones, huelgas de hambre y marchas al Parlamento. Finalmente el derecho de sufragio se alcanzó para las mujeres en Alemania y Gran Bretaña en 1919; en España en 1931 y en Francia en 1945. En algunos países como Suiza y Portugal hubo que esperar hasta después de la segunda guerra mundial<sup>10</sup>. A partir de ese momento se ha venido introduciendo un debate ininterrumpido sobre la función de la mujer en la política. En comparación con hace 75 años, dice Leijenaar<sup>11</sup>, la actitud con respecto a la integración de la mujer en la actividad pública es mucho más positiva y hoy prácticamente nadie cuestiona que las mujeres desempeñan un importante papel en este terreno<sup>12</sup>.

La Comisión de la Unión Europea propuso que el Consejo de Ministros recomendase a los Estados miembros la adopción de un programa estratégico integral y el desarrollo o introducción de medidas legislativas así como de normas de todo tipo e incentivos para alcanzar una presencia equilibrada entre mujeres y hombres, en el momento de la toma de decisiones. Estas acciones debían abar-

10. En Portugal las mujeres no ejercieron de forma plena el derecho al voto hasta 1976, año en que se promulgó su actual Constitución.

11. Leijenaar, *Cómo conseguir una participación igualitaria de mujeres y hombres en la adopción de decisiones políticas*, ed. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 1997, pág. 5.

12. En la década de los 70, los ciudadanos de la Unión europea tenían una mayor confianza en los políticos de sexo masculino: en 1975, el 38% prefería a un hombre y el 8% a una mujer para el puesto político. En la década de los 80, alrededor del 60% afirmaba que no existía ninguna diferencia por el sexo. Leijenaar, *Cómo conseguir una participación igualitaria de mujeres y hombres en la adopción de decisiones políticas*, op. cit, pág. 6

car a todas las esferas de la sociedad y habrían de adoptarse en colaboración con todos los actores sociales afectados, a nivel europeo, regional, nacional y local<sup>13</sup>.

Los países nórdicos siguen siendo los más abiertos a la participación de la mujer en la política. Las estadísticas de octubre de 2001 publicadas por la Unión Interparlamentaria sobre el número de mujeres presentes en los Parlamentos de los 55 países miembros de la Comisión Económica para la Europa de las Naciones Unidas, muestran que Suecia (42,7%), Dinamarca (37,4%), Finlandia (36,5%) y Noruega (35,8%) están siempre a la cabeza de los países donde la igualdad de representantes, hombres y mujeres, en política prácticamente se ha alcanzado<sup>14</sup>. En España la representación femenina en las Cámaras es más baja, en el Congreso, un 28,3% y en el Senado, esta cifra desciende todavía a un 24,3%.

El Parlamento Europeo en comparación con los Parlamentos nacionales posee una representación femenina más elevada llegando en algunas ocasiones a duplicar la cifra obtenida en los Parlamentos nacionales<sup>15</sup>. Suecia, Finlandia y Francia son los países en donde las mujeres tienen una mayor participación: 45,5%, 43,8%, y 42,5% respectivamente. En España la presencia femenina sólo alcanza el 32,8% por debajo de países como Austria, Alemania, Irlanda o Luxemburgo.

Los resultados son todavía más demoledores en otros países europeos como Grecia, Portugal o Italia, en donde el número de diputadas no sobrepasa el 20%. En Italia en concreto el porcentaje de mujeres en el Parlamento Europeo es de un 11%. Hasta la fecha, 7 solamente de los 19 Estados del mundo han tenido una mujer jefe de Estado y 3 jefe de gobierno. Suecia es el único Estado en la actualidad que tiene un Gobierno formado por un número igual de hombres y mujeres.

En consecuencia, la presencia femenina tanto en los Parlamentos nacionales, Gobiernos, como en el Parlamento Europeo se encuentra muy lejos de alcanzar los objetivos fijados en el programa global de acción.

13. Leijenaar, M., *Cómo conseguir una participación igualitaria de mujeres y hombres en la adopción de decisiones políticas*, op. cit., pág. 6.

14. Estos datos han sido extraídos de los cuadros informativos de que dispone la Unión Interparlamentaria que muestra el estado de la situación a 12 de octubre de 2001.

15. Francia es un claro ejemplo de esta afirmación. El porcentaje de mujeres en el Parlamento Europeo es de un 42,5%, y apenas existe diferencia con respecto a Suecia y a Finlandia que se encuentran en la cabeza de lista. Sin embargo en las Cámaras estatales, el porcentaje es muy bajo, 10,9%. Unión Interparlamentaria, a 12 de octubre de 2001.

La Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo publicó en 1997 un documento de trabajo sobre el “Impacto diferencial de los sistemas electorales en la representación política femenina”, en donde se analizaba el papel que desarrollaban los sistemas electorales en la representación política femenina de la Unión Europea. En el documento de trabajo se afirmaba y así se puede comprobar además en los datos estadísticos anteriormente expuestos que aquellos países con un mayor porcentaje de representación femenina en sus órganos parlamentarios, disponen de sistemas electorales proporcionales o mixtos, mientras que los Estados con los niveles más bajos de presencia femenina como son por ejemplo Francia y Grecia<sup>16</sup>, poseen en su mayoría sistemas electorales mayoritarios.

En relación al proceso de selección, es importante señalar que en la mayoría de los países europeos se utiliza el sistema de listas cerradas y bloqueadas, lo que supone que cada partido político selecciona a sus candidatos. El hecho de que sean los dirigentes del partido o las ramas locales o regionales del partido quienes seleccionan a los candidatos tiene repercusión en las probabilidades de que las mujeres obtengan un lugar destacado en las listas. Aranda Álvarez propone un sistema donde los electores pudieran elaborar sus propias listas, incluyendo candidatos de diferentes sectores marginados y decidiendo sus porcentajes<sup>17</sup>.

Pero la situación de la mujer en la vida pública no sólo es desfavorable a nivel político sino también en el mercado laboral. Si bien es cierto que se han hecho progresos muy significativos en los países de la Unión Europea para eliminar las discriminaciones formales, sobre todo las directas, la mujer sigue ocupando dentro de nuestra sociedad un segundo plano a nivel profesional que en ningún caso se corresponde con su nivel de conocimientos y formación. Los salarios que recibe siguen siendo inferiores si se compara con los del hombre. Las profesiones feminizadas siguen estando peor pagadas y, sobre todo, hay una evidente desproporción en el número de mujeres que promocionan o acceden a puestos de responsabilidad, a pesar de que en muchos casos no existan problemas para compatibilizar la vida laboral y la vida familiar.

El problema, según Rodríguez Piñeiro, no se debe a la falta de méritos, de preparación o de disponibilidad de las mujeres, sino a una mano invisible que lleva a

16. En Grecia la presencia femenina en el Parlamento sólo alcanza el 8,7%. Unión Interparlamentaria, a 12 de octubre de 2001.

17. Aranda Álvarez, E., *La noción de representación y la política de cuotas*, ed. Dykinson, Madrid 2001, pág 97.



esa situación real<sup>18</sup>. La infrarrepresentación femenina en puestos de responsabilidad, tanto en el mundo del trabajo y de la empresa como en las Administraciones públicas y el sistema político, es notable. En aquellos ámbitos a los que se accede de acuerdo con el principio de mérito y capacidad, las mujeres consiguen alcanzar niveles similares de presencia o en ocasiones superiores al de los hombres. Pero allí donde la discrecionalidad existe, apunta Biglino, perjudica a la mujer en prácticamente todos los ámbitos sociales y sobre todo en el político, en donde la libertad de selección acaba favoreciendo a los candidatos masculinos<sup>19</sup>.

Los partidos mayoritarios ofrecen en muchas ocasiones un discurso en el que ponen de manifiesto la necesidad de que la mujer participe en la vida política, pero después sin embargo en las listas muy pocas mujeres se sitúan en lugares destacados. Las fuerzas políticas minoritarias, en cambio, demandan una mayor presencia de la mujer en las candidaturas, para intentar básicamente conseguir los votos de aquéllos que consideran fundamental la presencia de las mujeres en la vida parlamentaria<sup>20</sup>.

Así pues, parece claro que además de la eliminación de cualquier regulación incompatible con el principio de igualdad, es necesario tomar medidas que provoquen un incremento de la presencia femenina en aquellos sectores que éstas se encuentren infrarrepresentadas. Elvira Perales propone para alcanzar la igualdad con el hombre incidir en la educación y la igualdad de oportunidades laborales, factores que a su juicio ayudarían a potenciar la participación política de la mujer<sup>21</sup>.

### ***3. La Democracia Paritaria***

“El concepto de democracia solamente asumirá un significado verdadero y dinámico cuando tanto las medidas políticas como la legislación nacional sea responsabilidad conjunta de hombres y mujeres que proyectan una mirada equitativa sobre los intereses y aptitudes de ambas mitades de la población”<sup>22</sup>.

18. Rodríguez Piñeiro, M., “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1996, pág. 8.

19. Biglino, P., “Las mujeres en los partidos políticos”, op. cit., pág. 427.

20. Salazar Benítez, O., “La presencia de la mujer en los cargos públicos representativos”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furiol Ceriol*, pág. 110.

21. Elvira Perales, A., “Representación y sexo”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 9, 2000, pág. 139.

22. Texto extraído del documento de trabajo, “Impacto diferencial de los sistemas electorales en la representación política femenina”, publicado por la Dirección General de Estudios de la Unión Interparlamentaria 1997:21.

El término democracia paritaria ha sido acuñado en el ámbito europeo con motivo de la cumbre europea de mujeres en el poder que tuvo lugar en Atenas, en 1992. Allí se manifestó que teniendo en cuenta que la igualdad formal e informal entre mujeres y hombres es un derecho fundamental del ser humano y que las mujeres representan más de la mitad de la población, la democracia exige la paridad en la representación y en el Gobierno de las naciones.

El Consejo de Europa, consciente de la situación, denunció ya en una resolución de 27 de marzo de 1995 que las mujeres sólo disfrutarán de manera plena de su ciudadanía cuando estén igualmente representadas en los puestos de decisión política. La participación de cada sexo en los órganos de decisión debe efectuarse sobre una base paritaria tan próxima como sea posible al 50%, pues en otro caso estaríamos ante un grave déficit democrático.

A lo largo de ese mismo año en la cuarta conferencia mundial de la ONU celebrada en Pekín, los Gobiernos se comprometieron a “establecer el objetivo de una participación equilibrada de mujeres y hombres en los órganos y comités gubernamentales, así como en las entidades de administración pública, y en el sistema judicial, incluidos entre otros, el establecimiento de objetivos específicos y la aplicación de medidas para incrementar sustancialmente el número de mujeres a fin de lograr una representación paritaria de hombres y mujeres”, así como “tomar medidas, incluso, en su caso, en relación a los sistemas electorales, que alienten a los partidos políticos a incorporar a las mujeres a los puestos públicos electivos y no electivos en la misma proporción y en los mismos niveles que los hombres”.

Las ministras de los Estados miembros de la Unión Europea, reunidas en Roma en mayo de 1996, proclamaron la necesidad de efectuar un reparto equilibrado del poder y de las responsabilidades entre hombres y mujeres para mejorar la calidad de vida del conjunto de la población, y contribuir así al buen fun-

23. Los intelectuales que combaten en Francia la paridad invocan los grandes principios de la República para demostrar que si bien el objetivo es loable, el método propuesto es inadmisibile. Afirman que reconocer la paridad en el derecho supondría un atentado a la libertad de los electores y daría entrada a reivindicaciones de tipo comunitario. Gaspard, ex-diputada europea y nacional, rechaza ambos argumentos y afirma que el elector no es libre desde el momento que puede únicamente escoger entre aquellos candidatos que son presentados por las formaciones y grupos políticos. Con relación a la amenaza del comunitarismo y frente al argumento empleado por los opositores a la paridad de que sería contrario al universalismo tomar medidas para las eventuales demandas de comunidades que se considerase estuviesen no suficientemente representadas Gaspard responde manifestando que mezclar el debate sobre el comunitarismo y la reivindicación paritaria es una muestra de confusión comparando aquello que no es en ningún caso comparable. En “La parité, pourquoi pas?”, *Pouvoirs* n° 82, 1997, págs. 121-122.

cionamiento y reforzamiento de la democracia<sup>23</sup>. En una sociedad como la actual debe incrementarse la presencia de las mujeres en las Asambleas representativas de los diversos Estados porque sino, señala Ballestrero estos órganos legislativos no pueden manifestar las exigencias, las necesidades, las demandas, las preferencias, las experiencias y los valores de las mujeres<sup>24</sup>. Ni además tampoco podrán ofrecer nuevos puntos de vista sobre cuestiones políticas generales<sup>25</sup>.

Sin embargo ni las declaraciones de principios ni los planes de acción diseñados por los organismos internacionales parecen ser suficientes para alcanzar la paridad en los órganos de representación política. La efectiva realización del derecho de sufragio pasivo por parte de las mujeres no ha sido hasta fechas recientes objeto de excesiva preocupación por parte de los Estados<sup>26</sup>. Aunque el número de mujeres en las listas electorales se ha multiplicado en pocos años, todavía se encuentra muy lejos de igualar al de los hombres, tanto en la cantidad como en cuanto al puesto que éstas ocupan en las listas para ser elegidas. Ni en España ni tampoco en los países de nuestro entorno, el legislador ha adoptado un completo catálogo de medidas dirigidas a alcanzar la democracia paritaria<sup>27</sup>.

La pregunta no es, por tanto, en este momento del debate actual, si debe verse incrementada la participación activa de la mujer en la política de los Estados, que prácticamente ya nadie discute, sino cómo ha de llevarse a cabo<sup>28</sup>, es decir, qué medidas es posible adoptar para alcanzar este objetivo de la participación igualitaria.

Las acciones positivas –las medidas de discriminación inversa, en especial– el establecimiento de cuotas y la introducción de modificaciones constitucionales son alguno de los recursos a los que se puede acudir, como así ha sucedido ya en algunos países, para que se produzca un cambio sustancial en la situación actual.

24. Leijenaar, M., *Cómo conseguir una participación igualitaria de mujeres y hombres en la adopción de decisiones políticas*, op. cit., pág. 5.

25. Álvarez Conde, E., “Las mujeres en el Gobierno y en los altos cargos”, en *Mujer y Constitución en España*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2001, pág. 240.

26. Gaspard cita una frase de la jurista Vogel-Polsky en la que afirma: “el ideal de igualdad de hombres y mujeres no ha sido jamás reconocido como un principio fundamental, de orden filosófico o jurídico, consagrado por el sistema político, sino al contrario como una cuestión de carácter subsidiario”, “La parité, pourquoi pas?”, op. cit., pág. 122.

27. Trujillo, M. A., “La paridad política”, en *Mujer y Constitución en España*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pág., 374.

28. Leijenaar, M., *Cómo conseguir una participación igualitaria de mujeres y hombres en la adopción de decisiones políticas*, op. cit., pág 5.

#### ***4. Acciones positivas***

El término *affirmative action* fue utilizado inicialmente por la legislación antidiscriminatoria norteamericana de 1964 para referirse a acciones específicas de apoyo en favor de las minorías.

Según Rey Martínez bajo este término nos encontramos con un gran número y diversidad de medidas que nos impide su individualización. A su juicio tales medidas podrían clasificarse en tres diferentes grupos:

- 1) Las discriminaciones inversas.
- 2) Las medidas que tienden a integrar y a remediar cualquier aspecto discriminatorio que caracterice la presencia o la ausencia femenina en el mercado de trabajo.
- 3) Finalmente, aquellas medidas orientadas a alcanzar un reparto de responsabilidades familiares y profesionales entre los dos sexos<sup>29</sup>.

Este mismo autor las ha definido como, “todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho”<sup>30</sup>.

En todo caso, el rasgo común, característico de estas medidas es el de su transitoriedad. En el momento en que el colectivo marcado por uno de estos rasgos supera la situación de inferioridad social a la que se ve sometido, las acciones positivas deben ser eliminadas porque a partir de ese momento se convierten en inconstitucionales. Su objetivo es igualador, pues mediante ventajas o preferencias producen en su resultado un reequilibrio que asegura una mayor igualdad efectiva. Esto es, su finalidad es superar la desigual situación en la que se encuentran ciertos sectores: en este caso concreto se trata de las mujeres. Las características individuales de la persona beneficiaria de la acción no son relevantes sino únicamente su pertenencia a un determinado colectivo que se encuentra discriminado y cuyas circunstancias se intenta mejorar<sup>31</sup>. En ningún caso, escribe Ruiz Miguel, “comportan los rasgos nega-

29. Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 91.

30. Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, op. cit., pág. 85.

31. López Guerra, distingue las acciones positivas de las prestaciones diferenciadas, características del Estado social de Derecho. Dice este autor que las prestaciones diferenciadas tienen en cuenta a las

tivos de minusvaloración, menosprecio, o estigmatización de los excluidos que sí conllevan las injustas discriminaciones tradicionales<sup>32</sup>.

Su objetivo no es, en suma, la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados como sucede con las medidas de igualación positiva sino la búsqueda de la igualdad material entre los colectivos<sup>33</sup>: en este caso concreto se trataría de alcanzar la igualdad del colectivo mujeres en el ámbito de la representación política.

El Tribunal Constitucional se ha referido a estas medidas de acción positiva en alguna de sus sentencias<sup>34</sup>: “No puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación<sup>35</sup>”.

En el ámbito comunitario, el Tratado de Amsterdam recoge el concepto de acción positiva, que ya había sido reconocido a nivel internacional en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979. En términos similares se pronuncia 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 del empleo, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo. El apartado 4 del artículo de este texto dispone: “La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre los hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1<sup>o</sup>”.

Nos referiremos seguidamente en este estudio a aquellas acciones positivas más polémicas y cuya constitucionalidad ha sido y sigue siendo puesta en duda

personas de forma individual y no al grupo al que pertenecen. En “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución”, op cit., págs. 34-35.

32. Ruiz Miguel, “Discriminación inversa e igualdad”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 19, 1996, pág. 87.

33. Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, op. cit., pág. 59.

34. STC 128/87, de 16 de julio.

35. STC 19/1989, de 30 de enero.

por numerosos sectores de la doctrina española y extranjera: las medidas de discriminación inversa, más específicamente, las cuotas y su implantación en el ámbito de la representación política.

### *5. Las medidas de discriminación positivas: las cuotas*

La discriminación positiva<sup>36</sup>, se incluye dentro de la categoría de las acciones positivas, y se trata de una medida más incisiva y eficaz que se manifiesta a través de las cuotas y de tratos preferentes<sup>37</sup>.

Las cuotas consisten en la reserva de ciertos porcentajes en los procesos de selección en favor de los miembros de determinados grupos, perjudicando en consecuencia de manera indirecta a terceros no pertenecientes a estos sectores. En realidad, como dice Rey Martínez, son discriminaciones directas porque imponen un trato diferente y perjudicial por razón de determinadas circunstancias<sup>38</sup>.

En todo caso estas medidas han sido establecidas de manera restrictiva, únicamente para supuestos particulares de discriminación sexual, racial, y derivada de una minusvalía física o psíquica y tienen como rasgo común el ser invariables para la personas que las padecen<sup>39</sup>, característica que en ningún caso impide, a nuestro juicio, su transitoriedad<sup>40</sup>.

36. Gonzalo González, propone sustituir la fórmula discriminación positiva por la de discriminación inversa, "porque es menos propicia a intervenciones sectarias". A juicio del autor, "la fórmula no suscita dudas mayores acerca de la equidad de la figura a la que se refiere. Por el contrario, resalta su propósito de imparcialidad: da por supuesta la existencia de hecho de otra u otras discriminaciones que deben ser neutralizadas". "El principio de igualdad y la excepción de la discriminación inversa", *Relaciones Laborales*, t. I, 1996, pág. 630. Ruiz Miguel considera que el problema de la fórmula "discriminación positiva" reside fundamentalmente en el término discriminación y no en el adjetivo que lo califica. "La discriminación inversa y el caso Kalanke", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 19, 1996, pág. 133.

37. Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, op. cit., pág. 91.

38. Rey Martínez, F., "El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", *La Ley*, nº 4984, pág. 3.

39. Para Atienza, la utilización de una medida de discriminación inversa sólo está justificada si cumple los siguientes requisitos:

a) Resulta razonablemente eficaz y eficiente para alcanzar el objetivo perseguido.

b) Se trata de un objetivo socialmente importante.

c) No existe otra medida para lograr ese objetivo. Distingue este autor entre el derecho a obtener un determinado puesto de trabajo y el de ostentar un determinado cargo público o a ser nombrado juez en un Tribunal como el de Luxemburgo. Según Atienza en estos últimos dos supuestos, una política de cuotas no lleva consigo el sacrificio del derecho de un individuo pero sí sin embargo cuando de lo que se trata es de obtener un determinado puesto de trabajo o de alcanzar un ascenso. En "Un Comentario al Caso Kalanke", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 19, 1996, págs. 119-120.

40. Favoreu, opina que en materia de representación política, las cotas aparecen como medidas de

Las cuotas pueden ser de distintos tipos, e incidir de forma más o menos eficaz sobre la equiparación real de mujeres y hombres. Las rígidas, suponen la reserva de un número fijo de plazas de nueva adjudicación para mujeres; otras cuotas, en cambio, se asocian a una calificación mínima obtenida en el correspondiente concurso u oposición, dando preferencia a aquellas candidaturas que alcanzan esta puntuación.

En la Conferencia de Pekín y también en el Informe específico que el Comité de Expertos de la OIT ha dedicado al Convenio 111 sobre discriminación, se puso de manifiesto la conveniencia e incluso la necesidad de la adopción de este tipo de medidas. El principio de igualdad no basta por sí sólo para constituir una política nacional tendente a promover la igualdad de oportunidades y de trato como exige el art. 2 del Convenio 111, por lo que es indispensable además emprender acciones nacionales que favorezcan la aparición de condiciones esenciales para que todos los trabajadores puedan gozar efectivamente del derecho a la igualdad en el empleo y la ocupación; no sólo programas, sino también medidas adecuadas para su puesta en práctica. Para el organismo internacional, no basta una igualdad en los derechos, incluso garantizada con rigor, sino que el objetivo es lograr una igualdad sustancial que suponga o facilite la eliminación de efectivas discriminaciones y que requiere algo más: favorecer la igualdad de oportunidades mediante acciones o medidas de acción positiva. Siguiendo a Rodríguez Piñeiro, no sólo se ha de influir en cuanto a la oportunidad, como posibilidad de acceso, sino también en la oportunidad como probabilidad, provocando el incremento de ésta. Y es que, como sostiene este autor, en las situaciones discriminatorias los obstáculos no aparecen siempre en las situaciones de partida. En la mayoría de los casos se trata más que de un problema de oportunidades de un problema de probabilidades<sup>41</sup>.

Los sectores contrarios a las cuotas sostienen que son discriminatorias, fomentan la inclusión de mujeres a título meramente simbólico y vulneran el principio de igualdad. Sus argumentos son que “es un insulto para un comité de selección incluir una mujer a título meramente simbólico en un consejo, como candidata a la elección, o en un organismo público. Las mujeres quieren ser juzgadas en función de sus méritos y no por llevar faldas”. Insisten en que las muje-

carácter definitivo, que tienen en consideración caracteres y, en consecuencia diferenciaciones permanentes. “Principio de igualdad y representación política de las mujeres”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 50, 1997, pág. 21.

41. Rodríguez Piñeiro, M., “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados”, op. cit., pág. 8.

res deberían de tener éxito por sí mismas, en elecciones donde el talento, la cualificación y la experiencia fueran los únicos méritos a tener en cuenta. Las cuotas, a juicio de ciertos sectores, tienen una connotación de regulación, proteccionismo e intervención innecesaria<sup>42</sup>. Dentro del ámbito de la representación política el argumento que se emplea para luchar contra su implantación es el del principio de la indivisibilidad del cuerpo electoral<sup>43</sup>.

El Estado ha de intervenir, opina Biglino, exigiendo que los poderes públicos actúen como árbitros de relaciones jurídicas en las que los sujetos se encuentran en una posición de desigualdad. Y las normas han de ser las encargadas de favorecer a aquéllos que se hallan en una situación de desventaja siguiendo el mandato contitucional del artículo 9.2 de la Constitución<sup>44</sup>.

### **5.1. Cuotas creadas por partidos políticos.**

Desde un punto de vista jurídico, el establecimiento de cuotas por parte de los partidos políticos no parece plantear problemas. Los partidos como asociaciones privadas que son pueden actuar sobre la base del principio de autonomía de la voluntad y reservar en sus estatutos un determinado porcentaje de participación a las mujeres.

Esta medida ha sido la más aceptada desde el punto de vista doctrinal y constitucional. En este sentido Biglino opina que se trata de la decisión más adecuada desde la óptica constitucional<sup>45</sup>. En términos similares se ha pronunciado Aranda Álvarez, para quien esta medida respeta el derecho de acceso de los ciudadanos en condiciones de igualdad a todos los cargos públicos que constitucionalmente se establece<sup>46</sup>. Sin embargo la adopción de esta medida presentaría el inconveniente de que el eventual acceso a la vía judicial para exigir a los partidos el respeto de las cuotas en el momento de la elaboración de las candidaturas

42. Leijenaar, M., *Cómo conseguir una participación igualitaria de mujeres y hombres en la adopción de decisiones políticas*, op. cit., pág. 45.

43. Favoreu, L., "Principio de igualdad y representación política de las mujeres, op. cit., pág. 24.

44. Biglino, P., "Las mujeres en los partidos políticos", op. cit., pág. 422.

45. Esta medida fue aconsejada por el Parlamento Europeo a través de una de sus resoluciones. Doc A 2-169/88, 10.10.88 en la que se solicita de los partidos políticos el establecimiento de listas de candidatos según un sistema de cuotas definido y controlable, para así alcanzar en un plazo breve de tiempo una igualdad numérica de hombres y mujeres en todos los órganos de la representación política.

Biglino apunta que la imposición de porcentajes en razón del sexo en las listas de los partidos que compiten en las elecciones podría vulnerar el ámbito de autodeterminación que les corresponde. Vid. Biglino Campos, P., "Las mujeres en los partidos políticos", op. cit., pág. 416.

46. Aranda Álvarez, E., *Cuotas de mujeres y régimen electoral*, ed. Dykinson, Madrid 2001, pág. 97.



sería un nuevo motivo añadido de judicialización de la vida política. Cuestión diferente sería que por Ley se obligase a los partidos políticos a adoptar estas medidas<sup>47</sup>. En este supuesto, existirían dos alternativas posibles: por un lado, la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y el establecimiento de cuotas obligatorias en las listas electorales, y por otro, la reforma constitucional<sup>48</sup>. Pero en cualquiera de los dos casos estaríamos ante supuestos distintos que no se encuadran dentro de este apartado.

En el ámbito comparado, los países nórdicos han sido los primeros que han introducido cuotas en los estatutos de sus partidos con éxito y durante un período de tiempo más largo que cualquier otro Estado. El Partido Socialista Popular danés incluyó las cuotas en sus estatutos ya en la década de 1970, especificando que cada uno de los sexos tenía que verse representado con al menos un 40% de los candidatos electorales. En 1979, el 64% de los parlamentarios de ese partido eran mujeres. En 1984, se utilizaron cuotas en la selección de candidatos para el Parlamento Europeo y en 1988 el partido fijó cuotas en las elecciones locales. Se abolieron las cuotas en 1990, pero todavía se siguen respetando por los partidos en la práctica.

En Alemania, el Partido Socialdemócrata, fue otro de los que acordó la utilización de cuotas tanto para las candidaturas electorales (33%) como para la estructura interna del partido (40%), lo que motivó un incremento de mujeres en los niveles altos de la jerarquía del partido.

En otros países europeos las cuotas aplicadas por los partidos no tuvieron tanto éxito y se vieron descalificadas por los tribunales de justicia. En el Reino Unido, por ejemplo, la introducción de listas compuestas exclusivamente por mujeres en el Partido Laborista para un 50% de los escaños vacantes fue declarada ilegal por un tribunal laboral en enero de 1996, que se pronunció a favor de los candidatos varones rechazados, alegando que esa política iba en contra de la “Ley de Discriminación sexual”, de 1975.

47. Trujillo, M. A., “La paridad política”, en *Mujer y Constitución en España*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2000, pág. 379.

48. Con respecto a una posible reforma constitucional como medio de integrar la política de cuotas, Elvira Perales manifiesta: supone “matar moscas a cañonazos”; es una medida demasiado grave, y con importantes consecuencias, para el fin que se quiere conseguir, desde el punto de vista de interpretación constitucional, considero que se trata de una medida improcedente por no existir equivalencia entre el fin y los medios empleados”. “Representación y sexo”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 9, 2000, pág. 136.

En lugar de utilizar un sistema de cuotas estricto con un porcentaje fijo de candidatas femeninas (o un número mínimo de candidatos por sexo) algunos partidos están creando, mediante costumbre o reglas no oficiales, métodos de selección de candidatos que son prácticamente idénticos a la aplicación de una cuota. El ejemplo más claro en este sentido es Noruega, en donde todos los partidos políticos tienden a incluir un 50% de mujeres en su listas de partido, incluso aquéllos que no han fijado formalmente un sistema de cuotas; o Suecia, en donde se ha instaurado por muchos partidos el sistema cremallera.

Con carácter general, los partidos de la izquierda parecen estar más abiertos a fijar cuotas que los partidos de la derecha, que tienden más a apoyar la no intervención en el proceso de selección de candidatos. Así, por ejemplo, el SPD alemán dispone en sus estatutos la obligatoriedad de incluir un 40% de mujeres en todos los puestos de responsabilidad; el PSOE reserva el 25% de sus puestos en órganos dirigentes y de sus listas electorales a las mujeres; el Partido Socialista de Austria tiene una cuota del 38% para las listas electorales y 25% para órganos dirigentes; el partido Socialdemócrata de Dinamarca reserva un 40% de sus listas electorales y de los puestos en sus órganos de dirección a las mujeres; en Holanda para la lista de candidatos, el Partido Laborista reserva una cuota del 33% y el Partido Verde de la Izquierda un 40%. Sólo en los países escandinavos la política de cuotas no conoce de diferencias ideológicas: prácticamente todos los partidos importantes la han adoptado, excepto en Suecia donde el partido conservador se opone a esta política, pese a lo cual la mitad de sus representantes son mujeres.

En España existen cuotas voluntarias en varios partidos, cuotas que afectan a sus órganos dirigentes y a las listas de candidatos a cargos electivos. Así el art. 9k) de los Estatutos federales del PSOE señala: “El Partido se pronuncia por la democracia paritaria entre hombres y mujeres y, en consecuencia, adopta el sistema de representación en virtud del cual ningún sexo tenga menos del 40% ni más del 60% de representación en órganos de dirección, control o ejecutivo del Partido. Esta proporción será aplicable a las candidaturas electorales, tanto en la integridad de la lista como en el conjunto de puestos sobre los que exista previsión de resultar electos. Se invalidarán o no se ratificarán por los órganos correspondientes aquellas listas que no cumplan lo establecido en este apartado. Cualquier excepción a esta norma deberá ser autorizada por el órgano competente, previo informe motivado”. Izquierda Unida establece en sus estatutos tanto en las candidaturas como en los órganos de dirección que ninguno de los sexos ha de superar el 65%. El partido popular, por el contrario no es partidario del sistema de cuotas.

Pero ¿qué sucede cuando estas cuotas previstas en los estatutos de los partidos no se cumplen?. En la mayoría de las normativas no se incluye ninguna sanción, y únicamente de vez en cuando se publican los nombres de las secciones locales o regionales del partido que no las han respetado.

La impresión general es que las cuotas tienen un efecto positivo en la selección de candidatas: los partidos que han establecido cuotas tienen más mujeres en los puestos de representación política que los partidos sin cuotas e incluso ha aumentado en éstos el número de afiliadas. Además la implantación de estas medidas provoca un efecto de concienciación en las personas encargadas de seleccionar a los candidatos que se esforzarán más en buscar a candidatas potenciales y a su vez repercute en otros partidos que aun cuando se muestren contrarios al establecimiento de estas medidas intentarán incrementar por otras vías la presencia de las mujeres<sup>49</sup>.

## **5.2 Cuotas creadas por la legislación nacional.**

Como es sabido, los partidos políticos son, por un lado, manifestaciones del libre ejercicio del derecho de asociación dentro del respeto a la Constitución y a la Ley y por otro, cauces de participación de los ciudadanos en la vida del Estado.

Y es esta concepción de los partidos como instrumentos de participación en la actividad política lo que podría habilitar al Estado a intervenir, a actuar para que el principio democrático sea efectivo a través del establecimiento de cuotas a nivel legislativo para los partidos políticos que concurren a las elecciones.

Mediante la implantación de cuotas a nivel legislativo se garantiza que todos los partidos políticos sin excepción concurren a las elecciones con un porcentaje determinado de candidatas en sus listas, en otras palabras, que ninguno de los dos sexos exceda de cierto nivel en las listas electorales. Tienen como objetivo influir en el resultado de una elección, es decir, garantizar que las mujeres ocupen cierto número o porcentaje de escaños. Sin embargo su establecimiento por parte de la legislación de los Estados ha sido dentro del panorama europeo una de las medidas que más conflictos constitucionales ha generado.

Muchos han sido los países que han rechazado el empleo de cuotas a nivel legislativo alegando que este sistema es esencialmente contrario al principio de

49. Leijenaar, M., *Cómo conseguir una participación igualitaria de mujeres y hombres en la adopción de decisiones políticas*, op. cit., pág. 47.

igualdad entre ambos sexos, consagrado en sus constituciones o en la legislación nacional. Las cuotas han sido declaradas inconstitucionales en algunos de los países donde se han intentado establecer.

Por ejemplo, en Francia, una ley electoral que disponía que una lista electoral no pudiera tener más del 75% de candidatos del mismo sexo fue declarada inconstitucional por el Consejo Constitucional, el 18 de noviembre de 1982. En la Decisión se afirmaba que la soberanía nacional pertenece al pueblo y que todos los representantes son iguales ante la Ley sin que quepa más distinción que su virtud o talento.

Unos años más tarde, en 1995, el Tribunal Constitucional italiano dictó con fecha de 12 de septiembre una sentencia por la que se abolía la obligatoria cuota proporcional de mujeres en las elecciones generales para la Cámara de Diputados. En 1994, se habían aprobado dos leyes electorales en donde se establecía que en las listas de partido ninguno de los dos sexos podía estar representado por más del 75% de los candidatos y donde se determinaba que los candidatos varones y hembras deberían aparecer de forma alternativa en dichas listas. La *Corte Costituzionali*, en la sentencia de 12 de septiembre de 1995<sup>50</sup>, consideró que estas leyes eran contrarias a la Constitución porque violaban el principio de igualdad ante la Ley.

El Tribunal afirmaba que toda diferenciación por razón de sexo es objetivamente discriminatoria, puesto que reduce para ciertos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental en beneficio de otros ciudadanos que pertenecen a un grupo que se estima perjudicado. A su juicio, las disposiciones cuestionadas, establecían cuotas rígidas, en lugar remover los obstáculos para que las mujeres alcanzasen sus fines, intentando de este modo conseguir la igualdad directamente en los resultados, y violando así el principio de igualdad y el derecho de acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, reconocidos en la Constitución.

Como réplica a lo manifestado por el Tribunal italiano, una parte de la doctrina italiana capitaneada por Ballestrero, sostuvo —a nuestro juicio acertadamente— que asegurar el acceso a las listas electorales no supone más que promover iguales oportunidades de acceso a los cargos electivos sin violar en ningún caso el derecho de acceder en condiciones de igualdad. De lo que se trataba

50. *Giurisprudenzia Costituzionale* 1995, pág. 3255.

únicamente era de situar a las mujeres en condiciones de gozar plenamente del derecho de elección pasiva, para lo que era necesario retirar los obstáculos que impedían su ejercicio<sup>51</sup>.

Actualmente, Bélgica posee una ley nacional para alcanzar un reparto equilibrado de ambos sexos en las candidaturas electorales. Fue aprobada el 24 de mayo de 1994<sup>52</sup>, y en ella se prevé un porcentaje máximo de candidatos del mismo sexo. No se trata de una ley en la que se establezca una cuota sino que únicamente prohíbe que el número de candidatos del mismo sexo supere dos tercios del total que representa, la suma del número de escaños a cubrir a través de la elección en esa circunscripción y el número máximo de candidatos suplentes para esa misma circunscripción. En principio este porcentaje máximo podría ser aplicable a ambos sexos pero de la exposición de motivos se deduce que se trata de una ley dirigida a favorecer la presencia de las mujeres en las listas electorales, debido a su escasez en los órganos decisorios de los diferentes niveles del poder<sup>53</sup>. Esta ley ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina belga. Así Verdussen, cree que esta ley presenta dos lagunas. En primer lugar, la cuota de los dos tercios es calculada teniendo en cuenta el número máximo de candidatos y no el número real de candidatos que se presentan efectivamente sobre la lista. Y, en segundo lugar, no contiene ningún precepto en cuanto al orden que han de ocupar los hombres y mujeres en las listas<sup>54</sup>.

En España no ha habido ningún intento de implantación de cuotas a nivel legislativo en el ámbito de la representación política y en consecuencia ningún pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en este sentido. Por el contrario, sí lo ha hecho en el ámbito de la función pública. En la sentencia 269/1994, el Tribunal manifiesta su conformidad a una cuota para minusválidos prevista en una convocatoria de plazas del cuerpo superior de administradores de la comunidad autónoma de Canarias:

51. Ballestrero, M. V., "Acciones positivas. Punto y aparte", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 8, 1996, pág. 105. Dice esta autora que la regla que reserva a los candidatos de cada sexo de una cuota mínima de 1/4 o 1/3 en las listas electorales no garantiza a ninguno de los dos sexos una cuota en los puestos sino que sólo "los pone en condiciones de participar en la competición electoral, recuperando una desventaja en los puntos de partida".

52. Verdussen, realiza un análisis de lo ocurrido en Bélgica con motivo de la aprobación y tramitación de esta ley. "La participation des femmes aux élections en Belgique", *Revue française de Droit constitutionnel*, nº 36, 1999, págs. 799-809.

53. Trujillo, M. A., "La paridad política", en *Mujer y Constitución en España*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2000, págs. 367-369.

54. Verdussen, "La participation des femmes aux élections en Belgique", op. cit., pág. 808.

...”es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, no vulnera el art. 14 CE; y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado reconocido en el art. 1.1 CE”. Éste es el único pronunciamiento de nuestro alto Tribunal en relación al tema de las cuotas. La situación sin embargo de los colectivos, mujeres y minusválidos síquicos, sensoriales o físicos no es en ningún caso equiparable con la posición de las mujeres, y la justificación del establecimiento de cuotas favorables a las mujeres en el ámbito de la función pública no puede ser por tanto la misma que habilita los medios de integración de los minusválidos en la función pública.

Dentro de nuestra doctrina la implantación de cuotas a nivel legislativo ha sido suscrita por un sector minoritario. Trujillo, que se ha situado dentro de esta línea de pensamiento con la que nos sentimos identificados, invocaba para la defensa de su argumentación lo previsto en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución. Estos dos preceptos representan a su juicio base legal suficiente para el establecimiento de las acciones positivas en materia electoral y asimismo lo previsto en el artículo 6 del mismo texto sobre la base del cual el legislador podía intervenir en la organización interna de los partidos políticos, en concreto, en la elaboración de las listas electorales para la imposición de criterios de paridad<sup>55</sup>.

### **5.3 Cuotas establecidas a nivel constitucional: el ejemplo francés.**

Tras varios intentos frustrados de establecimiento de cuotas en las elecciones municipales por parte del legislador francés<sup>56</sup>, el 18 de junio de 1998, el Presidente del Gobierno presentó un proyecto de reforma de la Constitución a la Asamblea Nacional que tenía como finalidad la modificación de los artículos 3 y 4 del texto constitucional. Meses más tarde, el 16 de diciembre de 1998, la Asamblea francesa aprobó, por unanimidad, el proyecto de revisión constitucional que fue impulsado por los socialistas y destinado a fijar en la Constitución la igualdad en el proceso entre hombres y mujeres en el acceso a la función política<sup>57</sup>. Con una sola abstención, la Cámara aprobó un texto que completa el artí-

55. Trujillo, M. A., “La paridad política”, en *Mujer y Constitución en España*, op cit., pág. 379.

56. En 1979 se realizó en Francia el primer intento de introducir una cuota electoral. En la propuesta presentada por Monique Peletier, las candidaturas para las elecciones municipales en las ciudades de más de 2.500 habitantes deberían contener un mínimo de 20% de mujeres. Cuota de mujeres y régimen electoral, ed. Dykinson, Madrid 2001, pág. 81.

57. La Ordenanza de abril de 1944 es la primera norma de la historia francesa que establece que las mujeres son electoras y elegibles en las mismas condiciones que los hombres. Un año más tarde, en 1945 votan por primera vez en unas elecciones municipales.

culo tercero de la Constitución francesa reformulándolo en los términos siguientes: “La ley favorece el igual acceso de hombres y mujeres a los mandatos electorales y a las funciones electivas”. Esta inclusión permitirá adoptar leyes que regulen las condiciones de representación igualitaria, especialmente en las listas electorales<sup>58</sup>. Asimismo en el artículo 4 del mismo texto legal referido a la formación y el papel de los partidos políticos se añade: “Contribuyen a la aplicación del principio enunciado en la última línea del artículo 3 en las condiciones previstas por la ley”.

Para dar cumplimiento a este mandato constitucional el Parlamento francés promulgó el 6 de junio de 2000 una ley relativa al igual acceso de mujeres y hombres a los cargos electorales y a las funciones electivas. Su objetivo es garantizar la igualdad en el acceso de hombres y mujeres a los mandatos electorales y a las funciones electivas.

La ley de 6 de junio de 2000 afecta a las elecciones municipales en las comunidades de más de 3.500 habitantes, a las celebradas en la Asamblea de Córcega, a las senatoriales proporcionales y a las europeas. No es aplicable sin embargo a las elecciones municipales en las comunidades de menos de 3.500 habitantes, a las elecciones cantonales ni tampoco a las elecciones de senadores de escrutinio uninominal.

En este tipo de elecciones en la lista del escrutinio la ley impone un 50% de los candidatos de cada uno de los sexos. Para las elecciones de senadores y europeas la alternancia de un hombre/una mujer o una mujer/hombre es obligatoria desde el principio hasta el final de la lista. Para las elecciones municipales, regionales y a la Asamblea de Córcega, la paridad deberá ser respetada por grupos de seis candidatos.

En caso de no cumplimiento de lo dispuesto en la ley, ésta prevé penalizar financieramente los partidos y grupos políticos que no hayan presentado 50% de candidatos de cada uno de los sexos.

58. La primera redacción que se hizo del artículo establecía que “la ley garantiza el igual acceso de hombres y mujeres a los mandatos y funciones políticas”. Los diputados conservadores entendieron que el “garantizar” era demasiado comprometido al igual que sucedió con el verbo “determinar”, introducido en una reforma posterior. Finalmente optaron por el verbo “favorecer”. Vid. Rousseau, D., “Los derechos de la mujer y la Constitución francesa”, *Mujer y Constitución en España*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pág. 110.

Esta ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad por considerar que era contraria al artículo 3 de la Constitución<sup>59</sup> y al artículo 6 de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano<sup>60</sup>. El Tribunal desestimó el recurso alegando que el artículo 33 del texto constitucional permite al legislador la adopción de las disposiciones previstas en la ley y asimismo afirmó que la disminución de financiación que puede producirse en los partidos en el caso de que éstos no respetasen la paridad en las candidaturas electorales no se trataba en ningún caso de una sanción sino de una modulación de la ayuda. En este sentido Rousseau aunque apunta que el establecimiento de sanciones financieras para respetar la paridad podía ser calificado como moralmente detestable, reconoce también que en un contexto regido por la dominación masculina, el combate de las mujeres para alcanzar la paridad exige pagar ese precio<sup>61</sup>.

## ***6. La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas***

El Tribunal de justicia de las Comunidades se ha ocupado del tema de la discriminación positiva en favor de las mujeres únicamente en el ámbito de la Administración pública. En las sentencias que a continuación examinamos se puede comprobar cuál ha sido la evolución de su doctrina con relación a las normas que otorgan preferencia a las mujeres a través de medidas de discriminación positiva. Si bien el objeto de este trabajo, como ya sabemos, es el análisis de las cuotas en el ámbito de la representación política nos pareció que los argumentos empleados por el Tribunal para justificar el establecimiento de estas medidas en ámbito de la Administración podrían ser trasladables al ámbito de la representación política.

### **6.1 Sentencia de 17 de octubre de 1995: Caso Kalanke.**

La primera de las sentencias fue dictada en 1995<sup>62</sup>. El Sr. Kalanke y la Sra.

59. Art. 3. de la Constitución francesa: ... “La ley favorecerá la igualdad entre mujeres y hombres para acceder a los mandatos electorales y cargos electivos”

60. Art. 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano: ...”La Ley debe ser igual para todos, tanto para proteger como para castigar. Puesto que todos son iguales ante la Ley, cada cual puede aspirar a todas las dignidades, puestos y cargos políticos, según su capacidad sin mas distinción que la de sus virtudes o talentos”.

61. Rousseau, D., “Los derechos de la mujer y la Constitución francesa”, op. cit., pág. 111.

62. La sentencia Kalanke ha sido objeto de numerosos comentarios por la doctrina española y extranjera. Vid. Ruiz Miguel, “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 19, págs. 123-140. Atienza, M., “Un Comentario al Caso Kalanke”, en *Cuadernos de Filosofía del derecho*, nº 19, 1996, págs. 111-122. Charpentier, L., *L’arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l’egalité*”, *Revue trimestrelle du droit européen*, nº 2, 1996.



Glissmann, con los mismos méritos, aspiraban a un puesto vacante de jefe de Departamento en el Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen. La Ley de la Función Pública de este Estado establecía la preferencia de las mujeres frente a los candidatos masculinos con igual capacitación en aquellos sectores en que éstas se encontrasen infrarrepresentadas. La Comisión de Conciliación decidió en aplicación de esta ley conceder el puesto a la candidata femenina.

Esto llevó al Sr. Kalanke a interponer los correspondientes recursos por discriminación sexual, recursos que llegaron al Tribunal Federal de Trabajo, el cual, ante la duda acerca de la compatibilidad de la citada ley alemana con el art. 2 de la Directiva 76/207 planteó la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia: si el art. 2.4 de la Directiva 76/207, que excepciona de la igualdad formal proclamada en el art. 2.1 a las medidas destinadas a corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres, estaba contemplando una regulación nacional como la del caso. Dice este artículo en sus apartados 1 y 4:

“1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

4. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1”<sup>63</sup>.

El Tribunal resolvió señalando que el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 207/76, en cuanto excepción del derecho individual al trato formalmente iguali-

63. Con referencia específica al artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE, el Consejo recomendó a los Estados miembros:

“1. Que adopten una política de acción positiva, destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto mujeres en la vida profesional, así como promover la participación de ambos sexos en el empleo, y que incluya medidas generales y específicas apropiadas, en el marco de las políticas y prácticas nacionales que respeten plenamente las competencias de las partes sociales, al objeto, de:

a) eliminar o compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres que trabajan o que buscan un empleo, de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de una distribución tradicional de funciones entre hombres y mujeres, en la sociedad;

b) estimular la participación de la mujer en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en los que actualmente se encuentren infrarrepresentadas, en particular, los sectores de futuro, y en los niveles superiores de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos”.

tario ha de interpretarse restrictivamente. La norma alemana, sin embargo, garantiza una preferencia absoluta e incondicional de las mujeres, sustituyendo en consecuencia la promoción de la igualdad de oportunidades por la igualdad de resultados<sup>64</sup>.

Giussepe Tesauro, abogado del Estado, en las argumentaciones que acompañan a la sentencia distingue los sistemas de cuotas del resto de las acciones positivas. Mientras éstas, dice, buscan la igualdad en el punto de partida, es decir la igualdad de oportunidades, aquéllos tienden a conseguir una igualdad de resultados, lo cual está fuera de la razón de ser del art. 2.4 de la Directiva. Por lo tanto, sólo las acciones positivas que no constituyan cuotas (tanto las que intervienen en la orientación y formación profesional como las destinadas a equilibrar las tareas familiares y profesionales) y no vulneran el principio de igualdad de oportunidades son conformes a la Directiva.

El Tribunal consideró que la utilización de cuotas en empleos que otorgan con cualificaciones iguales, una preferencia automática, estableciendo una prioridad absoluta e incondicional<sup>65</sup> a las mujeres en relación con los hombres en materia de contratación o promoción, era incompatible con la Directiva europea de 1976. La automaticidad de la medida al otorgar a las mujeres un derecho absoluto e incondicional de contratación y promoción la convertía en ilegal<sup>66</sup>.

Sin embargo como sostiene Ruiz Miguel, en contra de lo argumentado por el Tribunal, la ley no aplica la preferencia por las mujeres de forma automática. Resulta erróneo calificar la medida prevista por esta ley como incondicional o absoluta porque si bien es cierto que la ley establece un trato preferente para las mujeres, su puesta en práctica únicamente se realiza cuando concurren dos circunstancias: por un lado, la menor presencia femenina y por otro, la semejante cualificación de los candidatos de ambos sexos<sup>67</sup>.

64. Ballestrero sostiene que “la paridad en los puntos de partida, no garantiza por si misma iguales resultados”. En “Acciones positivas. Punto y aparte”, op. cit., pág. 101.

65. Barrere Unzueta, m. a., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997, pág. 115.

66. En idéntico sentido se pronuncia Rivera Ortega para quien el empleo de una cuota rígida, sin ningún mínimo de calificación, sería contraria a los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública del art. 33.2 de la Constitución alemana. “Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 90, 1996, pág. 326.

67. Ruiz Miguel, A., “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, op. cit., pág. 135.

## **6.2 Sentencia de 11 de noviembre de 1997: Caso Marschall.**

La segunda sentencia en esta materia se dictó en el marco de un litigio entre el Sr. Marschall y el Land Nordrhein-Westfalen en relación a la candidatura del primero a un puesto de promoción en el centro escolar de Schwerte (Alemania).

El apartado 5 del art. 25 de la Ley de la Función Pública del Land Nordrhein-Westfalen establecía lo siguiente: “Cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que en la persona de un candidato concurren motivos que inclinen la balanza a su favor”.

Según las observaciones del Land, la norma introduce un criterio de promoción suplementario, el de condición de mujer, destinado a neutralizar la situación de desigualdad en la que se encuentran las candidatas femeninas en relación con los candidatos masculinos. Lo que viene sucediendo por norma general es que en aquellos supuestos de igual capacitación, el empresario tiende a promover a un hombre antes que a una mujer, debido a la aplicación de determinados criterios tradicionales de promoción que perjudican en la práctica a las mujeres, tales como la edad, la antigüedad y el hecho de que el candidato sea el cabeza de familia que asegura la única fuente de ingresos del hogar. En todo caso, al establecerse que debe darse preferencia en las promociones a las mujeres, “salvo que concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor”, deja a la Administración un margen de libertad permitiéndole tener en cuenta todas las condiciones que puedan concurrir en la persona de los candidatos, posibilitando de ese modo que la Administración siempre pueda optar por el candidato de sexo masculino, basándose en los criterios, tradicionales o no, de promoción.

El Land, los Gobiernos austríaco, español, finlandés, noruego y sueco y la Comisión consideraron que una norma nacional como la disposición controvertida constituye una medida destinada a promover la igualdad de oportunidades entre los hombres y mujeres que está comprendida en el ámbito de aplicación del apartado 4 del art. 2 de la Directiva 76/207.

El Tribunal declaró que la norma cuestionada no se opone a los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva mencionada siempre que dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos igual capacitación que a las candidatas femeninas, y que las candidaturas serán objeto de una apreciación

objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y que tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas.

La sentencia respeta el espíritu del caso Kalanke porque reitera la ilegalidad de las medidas de discriminación positiva en favor de la mujer cuando se aplican de forma absoluta e incondicional. Únicamente admite que esa discriminación se haga de forma automática siempre y cuando los demandantes de un empleo o de una promoción tengan la misma capacidad y haya más hombres que mujeres en el sector económico afectado. Esa prioridad en favor de las mujeres no se aplicará cuando existan ciertos criterios que motiven la elección del candidato masculino.

La presente resolución constituye un claro paso adelante en el reconocimiento de las acciones positivas en favor de las mujeres admitiendo la legalidad de estas acciones siempre y cuando concurren determinadas circunstancias.

### **6.3 Sentencia de 28 de marzo de 2000: Caso Badeck.**

Cuarenta y ocho diputados del Parlamento de Hesse se dirigieron al Tribunal de justicia para que se pronunciase acerca de la legalidad de una norma del Land que tenía por objeto la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración pública. En concreto si determinados preceptos de la Ley del Land de Hesse sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración pública (HGIG)<sup>68</sup> eran incompatibles con la Constitución de este mismo Land.

Los demandantes en el procedimiento estimaban que la mencionada Ley contradecía, por una parte, el principio constitucional de selección de los más capacitados, porque suponía la preferencia de los candidatos no en función de sus méritos, sino de su sexo, y, por otra parte, al principio de igualdad de trato que no sólo prohíbe otorgar privilegios a un grupo específico sino que también garantiza a los ciudadanos la igualdad de oportunidades.

68. Estas iniciales responden a la *Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und zum Abbau von Diskriminierung von Frauen in der öffentlichen Verwaltung* (Ley del Land de Hesse sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de las mujeres en la Administración pública).

El Tribunal Supremo del Land de Hesse decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de justicia como cuestión prejudicial la compatibilidad de las distintas medidas de acción positiva tomadas por el legislador del Land de Hesse en favor de la mujer con el artículo 2, apartados 1 y 4 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo.

El Tribunal de Justicia afirmó que el art. 2, apartados 1 y 4 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo no era contraria a una normativa nacional que en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas<sup>69</sup>, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción de la mujer<sup>70</sup> definidos en la propia ley. Tampoco rechaza una normativa donde se establece que los objetivos del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal pertenecientes al sector científico o para los auxiliares científicos serán vinculantes y que deben de prever un porcentaje mínimo de personal femenino. Asimismo y para el supuesto de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, garantiza que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas.

Al igual que sucedía en la sentencia Marschall, el Tribunal de Luxemburgo otorga preferencia a las candidatas femeninas en aquellos sectores en que éstas tienen menor presencia y para aquellos supuestos que concurren en igualdad de condiciones con los candidatos masculinos. En todo caso y aún en estos supuestos donde se otorga una cierta preferencia a las mujeres la normativa tiene que garantizar que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de cada uno de los aspirantes.

#### **6.4 Sentencia de 6 de julio de 2000: Caso Abrahamsson.**

El 3 de junio de 1996, la Universidad de Göteborg publicó la convocatoria de una plaza para proveer el puesto de profesor de Ciencias de la Hidrosfera. La

69. El art. 3 de la HGIG entiende que las mujeres están infrarrepresentadas cuando dentro de la aplicación de un plan de promoción de la mujer, en un determinado grupo salarial, remuneratorio o retributivo dentro de la carrera administrativa haya menos puestos ocupados por mujeres que por hombres.

70. El art. 5 de la ley establece con respecto al contenido del plan de promoción de la mujer que en él se fijarán una serie de objetivos definidos con carácter vinculante referidos a la proporción de las mujeres en las contrataciones y promociones con el fin de aumentar la proporción de las mujeres en aquellos sectores en que estén infrarrepresentadas.

oferta de empleo señalaba que el nombramiento en dicho puesto debía contribuir a la promoción de la igualdad de sexos en la vida profesional y que, con arreglo al Reglamento 1995:936 CEE, podría aplicarse la discriminación positiva.

Se presentaron ocho candidatos, entre los que se encontraban las Sras; Abrahamsson, Destouni, Fogelqvist y el Sr. Anderson.

La Comisión de Nombramientos de la Facultad de Ciencias, efectuó dos votaciones. En la primera en la que se tenían en cuenta únicamente la capacitación de los candidatos resultó vencedor el Sr. Anderson. En la segunda votación en la que se tenían en cuenta tanto los méritos científicos como el Reglamento 1995:936, la Sra Destouni fue clasificada primera por delante del Sr. Anderson. El tribunal calificador propuso al Rector de la Universidad de Göteborg nombrar a la Sra. Destouni indicando expresamente que el nombramiento de esta candidata, en lugar del Sr. Anderson, no vulneraba la exigencia de objetividad. El Sr Anderson se clasificó en segundo lugar y la Sra. Fogelqvist en el tercero.

Posteriormente renunció a su candidatura la Sra Destouni. Entonces el Rector de la Universidad decidió convocar nuevamente al tribunal calificador con el fin de que se pronunciase sobre las demás candidaturas. El tribunal declaró que no podía examinar nuevamente la cuestión y el Rector nombró a la Sra. Fogelqvist en dicho puesto, haciendo referencia en su resolución al reglamento 1995:936 y al plan de igualdad de hombres y mujeres de la Universidad.

El Sr Anderson y la Sra Abrahamsson apelaron ante la Comisión de Recursos de los establecimientos de la Enseñanza Superior. El Sr. Anderson alegó que el nombramiento era contrario a las disposiciones del artículo 3 del Reglamento 1995:936 y a la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1985, Kalanke. La Sra Abrahamsson sostuvo que la apreciación de las candidaturas por parte del tribunal calificador no había sido equitativa y que su producción científica era mejor que la Sra. Fogelqvist.

La Comisión de Nombramientos de la Facultad de Ciencias decidió suspender el procedimiento y acudir al Tribunal de justicia. Este último afirmó que el artículo 2 apartados 1 y 4 de la Directiva 76/207 CEE no se opone a una normativa nacional según la cual un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría

sido nombrado, siempre y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no vulnerase la exigencia de la objetividad en la provisión de puestos.

Tampoco se opone la mencionada normativa a una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado pueda concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, cuando los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

Del análisis de las cinco sentencias que aquí hemos examinado, podemos concluir que el Tribunal de Justicia reconoce la legalidad de las normas nacionales que establecen medidas de discriminación positiva para favorecer la presencia de las mujeres en sectores que éstas se encuentran infrarrepresentadas, siempre, eso sí, que estas medidas no se apliquen de manera automática e incondicional sino en atención a las particularidades del caso concreto.