

# LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 12/2008, DE 29 DE ENERO (1)

M.<sup>a</sup> LUZ MARTÍNEZ ALARCÓN  
Universidad de Castilla-La Mancha

I. LA CUOTA ELECTORAL POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES.—II. EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA PREVISIÓN LEGAL DE CUOTAS EN EL ÁMBITO REPRESENTATIVO: MI DISCREPANCIA CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 12/2008, DE 29 DE ENERO: 1. *La justificación objetiva de este tipo de medidas*. 2. *La colisión de la cuota electoral legal con otros bienes constitucionales*: 2.1. Colisión con el principio de la representación política. 2.2. Colisión con el derecho de asociación del partido político.—BIBLIOGRAFÍA.

---

(1) Este texto actualiza la primera parte de mi trabajo *Cuota electoral de Mujeres y Derecho Constitucional*, ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 2007, y profundiza en el análisis de la problemática constitucional de esta cuestión al hilo de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero. Dicha sentencia resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, en relación con el artículo 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y el recurso de inconstitucionalidad núm. 5653-2007, acumulado a la anterior, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, frente a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. Su fallo es favorable a la constitucionalidad de la cuota introducida por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ámbito representativo y viene acompañado por un voto particular en sentido contrario.

## RESUMEN

Este escrito analiza la medida de discriminación inversa que introdujo en el año 2007 la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ámbito representativo y cuestiona su constitucionalidad entendiéndolo que la reserva por ley de cuotas por razón de género en el momento de la composición de las candidaturas electorales puede contravenir el derecho de asociación de los partidos políticos. Desde este punto de vista, por tanto, la conclusión de estas páginas difiere de la opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional.

*Palabras clave:* discriminación inversa, género, elecciones.

## ABSTRACT

This article examines the reverse discrimination introduced by the Organic Law on the Equality of Women and Men in 2007 and discusses its constitutionality, considering that statutory establishment of gender quotas for elections could undermine the right of political association. From this point of view, its conclusions differ from the majority opinion of the Spanish Constitutional Court.

*Key words:* reverse discrimination, gender, elections.

## I. LA CUOTA ELECTORAL POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

Dentro de todo el elenco de medidas que desarrolla la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (2) para luchar contra la desigualdad por razón de género, destaca muy especialmente el respaldo que confiere a la adopción de medidas de acción positiva (*affirmative actions*), que pueden tener tanto un origen público como privado y pueden presentarse como medidas positivas moderadas o mucho más radicales (cuotas). Estas últimas son las denominadas medidas de discriminación positiva o inversa (*reverse discrimination*) (3) y consisten en la pre-

(2) Publicada en el BOE núm. 71, de 23 de marzo, págs. 12611-12645. Sobre la discusión parlamentaria de la norma J. SEVILLA MERINO (2007): 588 y ss.

(3) Mientras en la cuna del concepto (Estados Unidos) se utiliza el término «discriminación inversa», en el ámbito doctrinal y jurisprudencial europeo se utiliza habitualmente el término «discriminación positiva». Sobre la preferencia del uso de la expresión «discriminación positiva» frente a la de «discriminación inversa» véase F. REY MARTÍNEZ (2004): en nota núm. 44, 88. Destacando, en cualquier caso, la utilización tendenciosa de la etiqueta «discriminación inversa».

visión de ciertos porcentajes de acceso o promoción de un determinado colectivo en aquellos ámbitos en los que se encuentra infrarrepresentado. Todas ellas (4), en cualquier caso, buscan garantizar la igualdad material entre los grupos sociales favoreciendo a los miembros de aquellos en desventaja por su pertenencia a ellos, no por sus circunstancias individuales; pretenden, cuando responden a razones de género, acelerar el proceso de igualación entre los sexos una vez que se constata que la equiparación del estatus jurídico del grupo social de las mujeres y del grupo social de los varones no se ha traducido en un remedio rápido y eficaz de la situación histórica de desigualdad de las primeras.

En estos contextos, precisamente, se piensa en el poder público como sujeto obligado a maximizar el ámbito de libertad que protegen las normas de derechos fundamentales. Y es que, en efecto, el poder público no sólo puede, sino que *debe*, utilizar este tipo de medidas con el objeto de corregir las situaciones patentes de desigualdad de hecho que pudieran subsistir, en el caso que nos ocupa, entre el colectivo femenino y el masculino. Así, y con relación a la actuación del poder público legislativo, el Tribunal Constitucional afirmaba, ya en una de sus primeras decisiones, que el acto del legislador es arbitrario cuando revela desigualdad y que dicha desigualdad no sólo puede venir referida a la discriminación del artículo 14 de la Constitución española, sino también a las exigencias que el artículo 9.2 del texto constitucional conlleva «a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que en ocasiones exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la Ley» (5). Por consiguiente, la actuación del legislador puede discriminar no sólo por comisión sino también por omisión; en este último caso cuando se convierte en una instancia que consolida una discriminación de índole socio-estructural al no reconocerla y actuar contra la misma (6).

---

minación» positiva o inversa en el contexto discursivo en el que nos situamos, donde la discriminación presenta connotaciones negativas, véase M.ª A. BARRÈRE UNZUETA (1997): 85-86; M. MARTÍNEZ SOSPEDRA (2000): 110.

(4) Una clasificación de los diferentes tipos de tratamientos normativos diferenciados puede consultarse D. GIMÉNEZ GLUCK (2000): 31; D. GIMÉNEZ GLUCK (1999).

(5) STC 27/1981, de 20 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto).

(6) T. CAMPBELL (1988): 22. En cualquier caso, es preciso tener presente que, según el Tribunal Constitucional español, el artículo 14 CE reconoce un derecho subjetivo a no ser discriminado, pero no reconoce un derecho subjetivo jurisdiccionalmente protegido a recibir un trato diferente y favorable en determinadas circunstancias; A. RUIZ MIGUEL (1995): 76-78; si bien es cierto que no podemos pasar por alto la reciente propuesta de E. COBREROS MENDAZONA (2007): 71-114, consistente en incluir la discriminación por indiferenciación en la esfera de actuación del principio de igualdad del artículo 14, lo que supondría admitir la

Éste es, precisamente, el vicio que pretende eludir el legislador orgánico de la ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres al desarrollar una estrategia global y transversal —que incluye medidas de acción positiva (7)— para luchar contra cualquier forma de discriminación por razón de género y conseguir así una igualdad efectiva entre los sexos. En concreto, la acción positiva prevista por esta norma para el ámbito representativo adopta la forma de un mecanismo de discriminación positiva o inversa que consiste en la reserva de un cierto porcentaje (cuota) por razón de sexo en el momento de la composición de las candidaturas electorales (8). Más precisamente, las claves de este modelo de discriminación positiva por razón de género en el ámbito representativo son las siguientes:

*PRIMERA:* La previsión legal de la cuota electoral se aplica a todos los procesos electorales (9). Esto es, todas las candidaturas, independientemente de que concurren a las elecciones al Congreso, al Senado, al Parlamento europeo, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios o miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, deben respetar la cuota establecida por la norma.

*SEGUNDA:* La norma obliga a los órganos competentes para la elaboración de las candidaturas electorales (partidos políticos, coaliciones, federaciones y agrupaciones de electores) a respetar un determinado porcentaje por razón de sexo en el momento de la composición de las mismas «de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el 40 por 100» (10). Aunque es cierto que esta misma nor-

---

existencia de regulaciones discriminatorias (contrarias a dicho principio) cuando éstas no hubieran tenido en cuenta alguna especificidad.

(7) Véase el artículo 11 («Acciones positivas») de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

(8) Aquí apunto ya mi primera discrepancia con la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero. Sobre ello incidiré más adelante.

(9) Este porcentaje ha pasado a formar parte del «régimen electoral general» al que se refiere el artículo 81.1 CE. En concreto, la disposición adicional primera, apartado segundo, de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, menciona como básico también al nuevo artículo 44 bis.

(10) Durante la discusión parlamentaria de la norma se pretendió —sin éxito— elevar el porcentaje al 50 por 100. Incluso se propuso —aunque tampoco prosperó— una modificación para permitir una composición de mujeres superior al 60 por 100 en las listas («como mínimo de un 40 por 100 de mujeres»). En la actualidad, por tanto, el mínimo del 40 por 100 se garantiza tanto al sexo femenino como al masculino. Por otra parte, la Instrucción 5/2007, de 12 de abril, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de los arts. 44 bis y 187.2 de la LOREG en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de

ma concibe los porcentajes que establece como una regla de mínimos para el caso de las elecciones autonómicas al permitir que sus correspondientes leyes electorales establezcan medidas que favorezcan una presencia todavía mayor de las mujeres en las candidaturas (11). En esta situación se encontrarían, por el momento, las Comunidades Autónomas de las Islas Baleares, Castilla-La Mancha, País Vasco y Andalucía.

Recordemos, antes de pasar a analizar el resto de características del modelo de cuota electoral por el que finalmente ha optado nuestro legislador orgánico, que el tema de la paridad electoral adquiere protagonismo en nuestro país con ocasión de la reforma de dos leyes electorales autonómicas (balear y castellano-manchega) que se produjo a comienzos del siglo XXI. Tras la reforma, sus candidaturas autonómicas debían articularse con candidatos de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa (son las conocidas como cuotas «de cremallera») (12), si bien es cierto que su inicial falta de vigencia —como consecuencia de los recursos de inconstitucionalidad que interpuso en su día el Presidente del Gobierno de la nación contra las mismas (13)— impidió su aplicación en las elecciones autonómicas del año 2003.

La victoria del Partido Socialista Obrero Español en las elecciones generales celebradas el 14 de marzo de 2004 inauguró una nueva etapa política en nuestro país con un Ejecutivo, ahora sí muy favorable a la adopción de este tipo de acciones positivas. Este nuevo contexto institucional: primero, ha dado lugar al desistimiento de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos en su día contra los artículos 16.4 y 23.1.bis de las leyes electorales autonómicas balear y castellano-manchega [que recuperan así su vigencia en el año 2006 (14)]; segundo, ha permitido incluir referencias a la paridad

---

mujeres y hombres (BOE núm. 94, de 19 de abril), señala, con el objeto de facilitar la fiscalización que realizan las Juntas Electorales competentes sobre el cumplimiento de esta regla, que «La lista de candidatos deberá incluir, junto al nombre y apellidos de éstos, la referencia a si es mujer u hombre, mediante la indicación “Doña” o “Don” o sus equivalentes en las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas».

(11) La Instrucción de la Junta Electoral Central 5/2007, de 12 de abril, afirma la primacía de las Leyes autonómicas cuando «establezcan respecto a las elecciones de miembros de su Asamblea Legislativa otras medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas presentadas a dichas elecciones».

(12) Me estoy refiriendo al nuevo artículo 16.4 que introduce la Ley 6/2002, de 21 de junio, de modificación de la Ley electoral 8/1986, de 26 de noviembre, de les Illes Balears, y al nuevo artículo 23.1.bis que introduce la Ley 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha.

(13) Recursos de inconstitucionalidad núm. 5536-2002 (contra la Ley balear) y núm. 5537-2002 (contra la Ley castellano-manchega).

(14) Véase, al respecto, los AATC 331/2006, de 26 de septiembre (Castilla-La Mancha)

electoral en las diferentes reformas estatutarias aprobadas durante la VIII Legislatura (2004-2008) (15); y tercero, ha animado a otras Comunidades Autónomas —País Vasco y Andalucía— a incorporar la cuota electoral a sus correspondientes normativas electorales autonómicas (16). En concreto, la ausencia de recurso de inconstitucionalidad por parte del Ejecutivo socialista (17) contra la reforma de la Ley electoral vasca permitió la aplicación de

---

y 359/2006, de 10 de octubre (Islas Baleares), en los que el Tribunal Constitucional falla a favor del desistimiento.

(15) Tras las reformas estatutarias, el art. 56.3 del Estatuto de Autonomía catalán señala que «La Ley Electoral de Cataluña debe establecer criterios de paridad entre mujeres y hombres para la elaboración de las listas electorales»; el art. 105.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía prevé que la ley electoral «establecerá criterios de igualdad de género para la elaboración de las listas electorales»; y el art. 11.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León dispone que «La ley promoverá la igualdad efectiva de las mujeres y de los hombres en el acceso a los mandatos representativos».

Frente a ellos, el resto de reformas estatutarias aprobadas se refieren a la igualdad hombre-mujer en términos generales. Véase, al respecto, los arts. 24 del Estatuto de Autonomía de Aragón, 16.3 del Estatuto de Autonomía de les Illes Balears y 11 del Estatuto de Autonomía de Valencia.

Por otro lado, el art. 12 de la Ley Foral de Navarra 33/2002, de 28 de noviembre, dispone: «En materia de participación social y política, el Gobierno de Navarra y los órganos y entidades dependientes del mismo, se plantean como objetivo el fomento y el incremento de la participación de las mujeres en la vida social y política. Para la consecución del objetivo anterior, llevarán a cabo las siguientes medidas: a) Se promocionará la presencia de las mujeres en los órganos de decisión de los partidos políticos, así como las candidaturas con que concurren a las elecciones, y a aquellas fuerzas políticas que aumenten la presencia femenina en las candidaturas». En cualquier caso, la Ley Foral 16/1986, de 17 de noviembre, reguladora de las Elecciones al Parlamento de Navarra se remite a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General en lo relativo a la presentación y proclamación de candidatos.

(16) En ambos casos se establecen porcentajes superiores a la proporción 40 por 100-60 por 100 introducida por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Más precisamente, la disposición final cuarta de la Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Hombres y Mujeres, ha añadido un cuarto párrafo al artículo 50 de la Ley 5/1990, de Elecciones al Parlamento Vasco, que ahora dispone: «Las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de personas estarán integradas por al menos un 50 por 100 de mujeres. Se mantendrá esta proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres. Las juntas electorales del territorio histórico competentes sólo admitirán aquellas candidaturas que cumplan lo señalado en este artículo tanto para las personas candidatas como para las suplentes». Por su parte, el art. 23.1 de la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía (según redacción dada por la Ley 5/2005, de 8 de abril), establece una cuota «de cremallera» al igual que ya hicieran en su día las Comunidades Autónomas balear y castellano-manchega.

(17) Sí que la recurrieron, sin embargo, aunque dicho recurso no llevaba aparejada la suspensión de la norma, 62 diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (recurso de inconstitucionalidad núm. 4057-2005, admitido por providencia del Tribunal Consti-

la cuota electoral por primera vez en España en las últimas elecciones al Parlamento vasco, celebradas el día 17 de abril de 2005. Finalmente, la cuota electoral «de cremallera» balear y castellano-manchega pudo aplicarse en las últimas elecciones autonómicas celebradas en el año 2007 y, un modelo similar, se ha aplicado en las elecciones autonómicas andaluzas del año 2008 (18).

En cualquier caso, y para terminar, no hay que olvidar que la aprobación de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres ha extendido la proporción 40 por 100-60 por 100 a todas aquellas Comunidades Autónomas que no han hecho alguna previsión específica —aumentando dichos porcentajes— al respecto, y que dicha proporción se ha utilizado en los procesos electorales locales y autonómicos (en estos últimos, cuando no había previsión específica en el sentido mencionado) que se han celebrado en España durante el año 2007.

*TERCERA:* En los procesos electorales al Congreso, Parlamento europeo, autonómicos y locales, la proporción mínima del 40 por 100 se mantendrá en cada tramo de cinco puestos, teniendo en cuenta que las mismas reglas son de aplicación a las listas de suplentes (19). Aunque, como señala Sevilla Merino (20), esta regla general, consistente en respetar la cuota en cada tramo de cinco puestos, se excepciona en tres supuestos (para las listas cuyo último tramo sea inferior a cinco, para los casos en que el número de puestos a cubrir por una candidatura sea inferior a cinco y cuando las candidaturas al Senado se agrupen en listas), exigiéndose, en todo caso, que la proporción de mujeres y hombres sea lo más cercana posible al equilibrio numérico.

---

tucional el día 21 de junio de 2005 e interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso). Este recurso está todavía pendiente de resolución. Y recordemos que la normativa vasca sobre esta materia presenta una peculiaridad muy importante ya que, en principio y atendiendo a su redacción, incluso permitiría la existencia de una lista integrada exclusivamente por mujeres (pero no por hombres). Sobre esta cuestión debería pronunciarse el Tribunal Constitucional cuando resuelva el recurso de inconstitucionalidad pendiente contra la Ley vasca; R. CABALLERO SÁNCHEZ (2007): 266, en nota núm. 204.

(18) A pesar del recurso de inconstitucionalidad número 5404-2005, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra el art. 2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/2005, de 8 de abril, por la que se modifica el art. 23.1 de la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía, admitido por providencia del Tribunal Constitucional el día 13 de septiembre de 2005. Este recurso está todavía pendiente de resolución.

(19) La Instrucción 5/2007, de 12 de abril, de la Junta Electoral Central, estableció que «las reglas de composición equilibrada en las candidaturas electorales deben aplicarse de forma independiente a las listas de candidatos y a la lista (eventual, no necesaria) de suplentes».

(20) En J. SEVILLA MERINO (2007): ob. cit., 588.

Esta previsión, que obliga a respetar el porcentaje previsto por tramos de cinco puestos, tiene como finalidad prevenir un posible fracaso en la aplicación de la norma, pues, en efecto, si la norma no dispusiera el lugar que deben ocupar las mujeres en las listas, podría suceder que éstas fueran situadas en los últimos puestos, reduciendo, o más allá, suprimiendo, sus posibilidades de elección (21).

Ahora bien, la previsión que el legislador orgánico ha realizado sobre el orden de colocación de las mujeres en las candidaturas deja cierto margen de actuación (frente a la cuota de «cremallera» que resulta mucho más restrictiva) a la formación política para decidir sobre esta cuestión y, por tanto, combinada con otras variables, puede tener diversos efectos. Por poner un ejemplo, en las elecciones al Congreso esta previsión sobre el orden de colocación de las mujeres en las listas conseguirá o no su objetivo dependiendo del tamaño de las circunscripciones electorales. Y es que, en una circunscripción pequeña (pongamos por caso Albacete que elige sólo a cuatro diputados), lo normal es que los dos principales partidos (PSOE y PP) se repartan dichos escaños correspondiendo a cada uno de ellos dos o a uno tres y a otro uno. La proporción mínima del 40 por 100 por cada tramo de cinco puestos no surtiría el efecto pretendido si éstos partidos decidieran incorporar sus candidatas a partir del cuarto puesto en el primer tramo de cinco candidatas. Aunque hay que reconocer que es realmente difícil que esto suceda hoy, en unos casos porque lo impiden las propias regulaciones estatutarias de ciertos partidos (22) y en otros porque, al menos en los partidos políticos importantes, la designación de mujeres en sus listas y su colocación en las mismas, se considera un elemento fundamental para ampliar su base electoral (y ello aunque no hayan incluido el sistema de cuotas en sus correspondientes regulaciones estatutarias).

---

(21) Los pobres resultados que obtuvo la previsión de la cuota electoral legal por razón de sexo en Bélgica la primera vez que se aplicó (en las elecciones provinciales y municipales celebradas el 9 de octubre de 1994), puso de manifiesto que la reserva de una cuota electoral para el sexo infrarrepresentado es una medida funcionalmente ineficaz si se excluye a las candidatas de los lugares en los que existe posibilidad de elección. Al respecto véase M. VERDUSSEN (1998): 799 y ss. Del mismo modo, podemos encontrar un examen de los efectos de las cuotas en el equilibrio hombres/mujeres en la representación política partiendo del caso belga en M. MATEO DÍAZ (2003) y en J. GARCÍA AÑÓN (2002): 365-366.

(22) Por ejemplo, la normativa del PSOE sobre candidaturas electorales prohíbe que un grupo de sexo tenga una presencia menor al 40 por 100 o mayor al 60 por 100, proporción que será aplicable «tanto en la integridad de la lista, como en el conjunto de puestos sobre los que exista previsión de resultar electos» (art. 10 del Reglamento de Selección de Candidatos y Candidatas a Cargos Públicos, aprobado por el Comité Federal del PSOE el 21 de marzo de 1998).

Parece preciso, también, hacer una breve referencia al caso particular del Senado. El último apartado del nuevo artículo 44 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General establece que cuando sus candidaturas se agrupan en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de la LOREG, tales listas deberán contener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico (23).

Las candidaturas de las elecciones al Senado no suelen incluir más del número de parlamentarios por los que, efectivamente, el elector puede optar. En concreto, y conforme al sistema de «voto limitado», el elector podrá emitir su voto a favor de tres de los cuatros senadores que se eligen en las provincias peninsulares; a favor de dos de los tres senadores que se eligen en las islas mayores (Gran Canaria, Mallorca y Tenerife) o de los dos senadores que se eligen en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla; y a favor de un senador en las islas o agrupaciones de islas en las que se elige un solo representante (Ibiza-Formentera, Mallorca, Fuerteventura, Gomera, El Hierro, Lanzarote y La Palma). De esta forma, lo normal será que las candidaturas de las circunscripciones provinciales peninsulares incluyan una o dos mujeres; que las candidaturas de las islas mayores y de Ceuta y Melilla incluyan una mujer; y que las candidaturas de las islas o agrupaciones de islas mencionadas *supra* incluyan, bien un candidato del sexo femenino, bien un candidato del sexo masculino (pues aquí no hay posibilidad alguna de reparto).

Por otra parte, la posición de los candidatos en las listas al Senado se determina siguiendo el orden alfabético (24). Así pues, la posición que ocupan las mujeres en las listas al Senado es aleatoria, pues depende de la inicial de su primer apellido y no de una decisión de los órganos de componen las listas electorales.

Pero es que, incluso, si la Ley Orgánica del Régimen Electoral General no hubiera previsto la ordenación alfabética de los candidatos a senadores, podríamos cuestionarnos la efectividad de prefijar un cierto orden de colocación de los mismos atendiendo a su género. Y ello porque el tipo de listas

---

(23) Evidentemente, la previsión de la cuota sólo puede afectar a los Senadores de elección directa que se agrupan en listas atendiendo a su formación política (que son la mayoría), pero no a los que se eligen de forma indirecta conforme al procedimiento dispuesto en el artículo 69.5 CE y desarrollado en el artículo 165 LOREG, una circunstancia ésta que puede matizar los logros de la cuota en las elecciones al Senado.

(24) Véase el artículo 172.3 LOREG. El sistema que introdujo este precepto se aplicó por primera vez en las elecciones de 1986. En elecciones anteriores los senadores eran elegidos en listas alfabéticas sin agrupación por candidaturas, aunque al lado del nombre de los candidatos aparecía el nombre/logotipo del partido, o bien, su carácter de independiente.

abiertas que se utiliza para la elección del Senado en España deja en manos del elector la elaboración de su propia lista a partir de los candidatos propuestos por las distintas formaciones políticas; o lo que es igual, las listas que se presentan para la elección del Senado no constituyen sino una propuesta para el elector, el cual puede efectuar las combinaciones que considere convenientes eligiendo libremente entre todos los candidatos presentados pudiendo, incluso, votar a candidatos de diferentes formaciones políticas. En definitiva, el voto del elector no tendrá por qué obedecer sólo a motivos ideológicos, sino que también podrá tener en cuenta las aptitudes personales de los candidatos. Por consiguiente, y si el elector goza de dicha libertad, parece que, en principio, tampoco tendría mucho sentido establecer una regla sobre el orden de colocación en las candidaturas (y ello aún cuando las formaciones políticas decidieran incrementar el número habitual de candidatos —tres, dos o uno, en función de la circunscripción electoral de que se trate— que presentan en su lista y faltara previsión alguna sobre su orden de colocación, como el alfabético, actualmente vigente).

Sin embargo, la realidad demuestra que el elector del Senado también vota, en su mayoría, conforme a criterios ideológicos, obviando, por tanto, cualquier decisión basada en las aptitudes personales de los diferentes candidatos que participan en la contienda. Es decir, la inmensa mayoría de los electores no hacen uso de la posibilidad de confeccionar su propia lista y se limitan a emitir un voto de partido eligiendo a los candidatos situados en los primeros lugares de la candidatura propuesta por una concreta formación política (25), una actitud ésta que se ha visto favorecida tanto por el formato de papeleta electoral para las elecciones al Senado que, como sabemos, agrupa a los candidatos por formaciones políticas (26), como por las estrategias de nominación empleadas por los partidos políticos (27). Por tanto, y siempre

---

(25) Véase, al respecto, T. VIDAL MARÍN (2006): 43-44; J. MONTABES PEREIRA y C. ORTEGA VILLODRES (2002): 103-130.

(26) Los «sistemas de papeleta de voto», en los que los candidatos se agrupan por formaciones políticas, desincentivan la división del voto. Los «sistemas de papeleta personal», en los que los candidatos aparecen ordenados alfabéticamente con independencia de su afiliación política, suelen fomentar la división del voto de los votantes entre candidatos de distintas formaciones políticas. En el Senado español, hasta las elecciones de 1982 inclusive, los candidatos aparecían exclusivamente ordenados por el criterio alfabético, y, desde las elecciones de 1986, aparecen ordenados por formaciones políticas, y, ya dentro de dicha formación, alfabéticamente; C. ORTEGA VILLODRES y B. MORATA GARCÍA DE LA PUERTA (2000): 72-73.

(27) La práctica habitual es que los principales partidos presenten tantos candidatos como número de votos tiene el electorado en la correspondiente circunscripción, una práctica ésta que tiene como consecuencia que los electores no se ven obligados a elegir entre los candidatos presentados por una misma formación política en la medida en que disponen de sufi-

que los partidos decidieran componer listas con más candidatos que puestos a elegir por los votantes y que los candidatos no se ordenaran alfabéticamente (cosa que no sucede en la actualidad), la ausencia de previsión sobre el orden de colocación de los candidatos por razón de género en la lista al Senado podría frustrar el objetivo de incrementar la representación de la mujer en dicho órgano representativo si se decidiera situar a las mujeres en los últimos puestos del primer tramo de cinco (algo que no es previsible por las razones apuntadas cuando analizaba el caso del Congreso).

*CUARTA:* El respeto de dichos porcentajes por razón de sexo en el momento de la composición de las candidaturas electorales no será exigible en el supuesto de municipios con un número de residentes igual o inferior a 3.000 habitantes, ni en el caso de las islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes. En concreto, con estas previsiones se trata de paliar las dificultades que puede suponer componer una lista paritaria en los núcleos de población más reducidos. Se trata de solventar así un problema que puede ocasionar una concepción según la cual se da por supuesto que siempre habrá mujeres dispuestas a figurar en las listas electorales cuando ello no siempre es así (especialmente en el caso de las poblaciones pequeñas) (28).

Hay que señalar, en cualquier caso, que el Proyecto de esta Ley Orgánica preveía inicialmente que el respeto de dicho porcentaje por razón de sexo en el momento de la composición de las candidaturas electorales no sería exigible en el supuesto de municipios con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes. Esta cifra resultó controvertida durante el proceso de elaboración de la norma —porque suponía introducir demasiadas excepciones en el ámbito local (29)— y fue finalmente rectificada reduciendo el lími-

---

cientes votos para votar a todos los candidatos presentados por el mismo partido. Aunque, en cualquier caso, cuando se ven obligados a elegir, tienden a votar a los candidatos que aparecen en las primeras posiciones de las listas de su partido de preferencia; C. ORTEGA VILLODRES y B. MORATA GARCÍA DE LA PUERTA (2004): *ob. cit.*, 72-73.

(28) M. MARTÍNEZ SOSPEDRA (2000): *ob. cit.*, pág. 115. Hay que tener en cuenta, con relación a esta cuestión, que la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, en su FJ 8.º, corrobora la constitucionalidad de dichas excepciones, las cuales, en tanto persiguen facilitar o flexibilizar la aplicación de los porcentajes establecidos, constituyen un instrumento apropiado para satisfacer las exigencias de proporcionalidad en la nueva regulación legal.

(29) El propio informe del Consejo Económico y Social al Anteproyecto de la Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres ponía de manifiesto que con el límite de los 5.000 residentes, dicha excepción se podría extender a un número considerablemente alto de municipios y que, por tanto, debería reflexionarse sobre la oportunidad de fijar el límite para la aplicación del principio sobre la composición equilibrada de mujeres y hombres a las candidaturas electorales municipales en ese número de residentes.

te de 5.000 a 3.000 residentes. Ahora bien, para facilitar la aplicación de la medida y ante la inminente celebración de las elecciones locales de 2007, se introdujo un período transitorio señalando que en todas las convocatorias municipales que se produzcan antes de 2011, lo previsto en el artículo 44 bis sólo será aplicable en los municipios con un número de residentes superior a 5.000 habitantes, aplicándose a partir del 1 de enero de ese año la cifra de 3.000 habitantes, que será la definitiva (30).

*QUINTA:* El incumplimiento de la cuota electoral legal provoca el rechazo de la candidatura incumplidora por parte del órgano competente para decidir al respecto e impediría, por consiguiente, la participación en la contienda electoral correspondiente del partido político, coalición, federación o agrupación de electores incumplidor. Es decir, la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres prevé, en cuanto a las consecuencias, la modalidad más radical de cuota electoral y es precisamente esta configuración de la cuota la que, en mi opinión, resulta determinante para alcanzar una determinada conclusión sobre la constitucionalidad o no de la medida.

En efecto, podemos referirnos a varias modalidades de cuota electoral legal, pues no olvidemos que aunque la exclusión de la contienda electoral de aquellas listas que no respetan la cuota que ha sido legalmente establecida es la consecuencia más grave que podría preverse en caso de incumplimiento, existen otras articulaciones legales de las consecuencias del incumplimiento de la cuota electoral en función del género más moderadas. Así, por ejemplo, el incumplimiento del porcentaje legalmente establecido a favor del sexo infrarrepresentado en la composición de las listas electorales podría ocasionar para la asociación política incumplidora consecuencias atinentes a la financiación electoral o a la presencia en los medios de comunicación pública (una financiación privilegiada a través de la bonificación en las subvenciones estatales o un mayor tiempo de exposición en los medios de comunicación social). Sin embargo, y frente a esta última posibilidad, en España, las leyes electorales autonómicas que contienen previsiones sobre esta cuestión (balear, castellano-manchega, vasca y andaluza), y la propia Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, han optado por impedir la participación en la contienda electoral de las listas que no respeten la cuota electoral establecida. Es decir, han optado por la versión más radical de este tipo de normas.

---

(30) Véase, sobre esta cuestión, R. CABALLERO SÁNCHEZ (2007): ob. cit., 264-265, notas a pie de página núms. 200 y 202.

II. EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA PREVISIÓN LEGAL DE CUOTAS EN EL ÁMBITO REPRESENTATIVO: MI DISCREPANCIA CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 12/2008, DE 29 DE ENERO

En principio, la previsión normativa de acciones positivas, cualquiera que sea la modalidad que éstas adopten, resulta admisible a tenor de la interpretación sistemática que puede realizarse de artículo 14 del texto constitucional en conexión con el artículo 9.2 del mismo. Una afirmación ésta que, por otra parte, ha venido a corroborar nuestro Tribunal Constitucional con ocasión del análisis que ha realizado sobre ciertos tratamientos normativos diferenciados (31).

En efecto, la transformación del Estado liberal de Derecho en Estado social y democrático de Derecho, que responde al reconocimiento de la existencia de una sociedad compleja, pone de manifiesto la insuficiencia de la vertiente formal de la igualdad para lograr un tratamiento justo de los consociados (32) y así se comienza a poner el acento en la igualdad material, esto es, en aquella vertiente de la igualdad que no sólo permite al poder público, sino que, más allá, le exige establecer un tratamiento desigual de los supuestos de hecho sustancialmente desiguales que no implica discriminación alguna, sino que constituye una diferenciación justificada que responde a las exigencias propias de unas sociedades no homogéneas en las que la igualdad no constituye un punto de partida, sino un punto de llegada (33). En este sentido, la Constitución española de 1978 no puede contentarse —y no lo hace— con garantizar la igualdad *ante* la ley (artículo 14 CE), sino que, más allá, complementa dicho principio cuando encomienda a los poderes públicos, también al legislador, la tarea de intervenir positivamente en un concreto contexto social para acabar con las desigualdades existentes preservando de

---

(31) Véase, por ejemplo, la STC 229/1992, de 14 de diciembre (FJ 2.º, en el que menciona, a su vez, las SSTC 128/1987, de 16 de julio y 19/1989, de 31 de enero); y la propia sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, 29 de enero (FJ 4.º).

(32) Como señaló en su día LEIBHOLZ, el principio de igualdad formal constituye un postulado básico del Estado liberal de Derecho y significa reconocer la identidad de estatuto jurídico de todos los ciudadanos; G. LEIBHOLZ (1925): 16. En cualquier caso, me gustaría apuntar que los logros de la declaración liberal de la igualdad, aunque meramente formal, no deben menospreciarse. Tal y como se ha señalado, «Para aquellos que entienden escasa y pobre esa consideración del principio de igualdad, siempre es bueno recordarles que la Europa de finales del siglo XVIII era todavía la de las castas y los órdenes. Una sociedad donde los “ciudadanos” estaban divididos en categorías jurídicas con distintas obligaciones y privilegios»; E. ARANDA ÁLVAREZ (2001): 20. En parecido sentido, M. ROSENFELD (2000): 79.

(33) F. RUBIO LLORENTE (1991): 31.

esta forma también la igualdad *en* la ley (artículo 9.2 CE), tanto de los individuos, como de los grupos en los que estos individuos se integran.

Es decir, resulta posible favorecer a los individuos por su pertenencia a determinados colectivos que se encuentran en situación de desventaja social y que, como consecuencia de ello, tienen mucho más difícil acceder al disfrute pleno de ciertos derechos, aunque, en cualquier caso, la utilización de una acción positiva no es absolutamente libre pues precisa superar el juicio de razonabilidad para ser considerada constitucional (34). Este juicio de razonabilidad, por otra parte, vincula la actuación del poder público cualquiera que sea la modalidad de la acción positiva planteada. Eso sí, su escrutinio deberá ser mucho más severo cuando se proyecte sobre la modalidad más radical que puede asumir la acción positiva, esto es, cuando se discute la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva o inversa. No olvidemos que estas últimas provocan un daño directo entre los miembros no beneficiados por la medida (por ejemplo, el establecimiento legal de una cuota electoral en función del género genera una lesión inmediata en los intereses de terceros —los varones— en el proceso de selección política). Además, severidad del escrutinio se incrementa cuando la medida de discriminación positiva o inversa se produce en atención a uno de los rasgos que menciona el artículo 14 del texto constitucional español (entre ellos, el sexo). En cualquier caso, no existen medidas de acción positiva, ni siquiera las de discriminación inversa, que puedan ser consideradas inconstitucionales *per se*. Pero, naturalmente, su legitimidad constitucional dependerá de que la medida tenga una justificación objetiva y persiga un fin razonable.

### 1. *La justificación objetiva de este tipo de medidas*

En primer lugar, la licitud constitucional de este tipo de norma depende de la existencia de una situación fáctica de desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho a la que se pretende dar respuesta (35). Su aprobación

---

(34) Recordemos al respecto que el artículo 11 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres establece que las medidas de acción positiva que puedan ser adoptadas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres, deben ser aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, debiendo ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

(35) En este sentido, el artículo 11 de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres habla de «corregir las situaciones *patentes* de desigualdad de hecho respecto de los hombres». La cursiva es añadida. Me gustaría señalar que la dificultad, en este momento, radicará en decidir sobre la relevancia o no de aquella desigualdad que será, por tanto, susceptible o no de dar lugar a este tipo de medidas.

requiere, por tanto, que el legislador argumente aportando la *justificación objetiva* de la misma. A su vez, dicha justificación sólo puede resultar evaluable en función de «la prueba empírica de los hechos sociales o económicos que se alegan como motivación de [la] ley singular» (36), que son, precisamente, los que pusieron de manifiesto la existencia de una desigualdad sustancial en la representación por razón de género cuando se aprobó la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En ese momento, en efecto, la tónica general (37), relativa a una menor presencia de la mujer en el ámbito representativo europeo, nacional, autonómico y local —mucho menos grave, eso es cierto, que la existente en épocas precedentes— no era consecuencia, en una situación de igualdad en el acceso a la educación y formación como la existente, ni de una falta de capacidad de la mujer, ni —en términos generales— de una decisión libremente adoptada al respecto, sino que respondía, antes bien, a su *menor probabilidad* para alcanzar ciertos puestos (38). Las cargas vinculadas de forma directa al embarazo y al nacimiento, pero, fundamentalmente, la falta de una redistribución equitativa entre mujeres y hombres del trabajo doméstico y de la atención a las situaciones de dependencia (hijos, mayores), han sido las que han colocado a ambos colectivos en distintas situaciones de partida reduciendo, todavía hoy, las oportunidades de la mujer en su vida laboral y, más allá, en su vida política. Es más, la infrarrepresentación del sexo femenino en la esfera pública resulta especialmente sospechosa en un momento en el que las mujeres venimos formándonos —en una proporción considerablemente mayor que la de los hombres— en los estudios que tradicionalmente han estado relacionados con el desempeño de funciones políticas, tales como Derecho, Ciencias Políticas..., y obtenemos porcentajes de presencia similares a los de los hombres, cuando no superiores, en los procesos transparentes de selección (oposiciones), basados en los principios de mérito y capacidad (39). Resulta también un tanto curioso que quienes entienden que el es-

---

(36) G. ARIÑO ORTIZ (1989): 73.

(37) Para analizar la evolución de la mujer española en el ámbito representativo pueden consultarse los datos estadísticos que aparecen en la página web del Instituto de la Mujer del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: <http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/poder/index.htm>.

(38) En este sentido véase F. AGUIAR (2001): 29.

(39) Aunque, como ya he puesto de manifiesto en un trabajo anterior sobre este tema, el recurso exclusivo al argumento del mérito y la capacidad en un ámbito como el político ofrece ciertas quebras, pues, en efecto, la selección de las personas llamadas a ocupar los cargos en los puestos de representación política responde a unos elementos de legitimación diferentes a los que se aplican cuando se trata de seleccionar, por ejemplo, a los trabajadores de la

tablecimiento de un sistema de cuotas femeninas supone la selección de las mujeres exclusivamente por su sexo, sin tener en cuenta su capacidad, no se cuestionan, sin embargo, a qué razones responde la selección de los varones en los procesos electorales (40).

La sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, ha corroborado, por otro lado, la justificación objetiva de la medida, esto es, la existencia de una situación de desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho que habría justificado, *a priori* y a falta del análisis de otras cuestiones, la misma. Nada dice, sin embargo, nuestro Alto Tribunal sobre su posible vigencia provisional, probablemente como consecuencia de la naturaleza jurídica que atribuye a estos porcentajes, a los que se refiere como «una fórmula de equilibrio de sexos, que tampoco es estrictamente paritaria» y no como un mecanismo de discriminación inversa o compensatoria (41). El Tribunal podría avalar, con esta definición de la medida, su permanencia indefinida en el tiempo (aunque esto es ciertamente una conjetura, ya que el Tribunal Constitucional no desarrolla, como a mi juicio debería haber hecho, cuáles son las consecuencias que se desprenden del calificativo que otorga a los porcentajes establecidos por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ámbito representativo). En mi opinión, sin embargo, la formulación aparentemente neutra (abstracta) de la medida no puede ocultar que su verdadera intención no es otra que compensar la situación real de desigualdad en el acceso al cargo público de la mujer frente al varón (buena prueba de ello, por otra parte, es el objetivo del marco normativo en el que la misma se inserta y la propia alusión que el intérprete supremo de la Constitución hace al artículo 9.2 del texto constitucional en esta misma resolución). Por consiguiente, esta medida va a provocar la limitación en la disposición de un bien social escaso —el cargo representativo— para todos

---

Administración pública (en cuyos procesos de selección el criterio de mérito y capacidad es protagonista); en M.ª L. MARTÍNEZ ALARCÓN (2007): ob. cit., 136-137. Véase, en el mismo sentido F. AGUIAR (2001): ob. cit., 34; A. RUIZ MIGUEL (1999): 52; M.ª A. BARRÈRE UNZUETA (1997): ob. cit., 102-103; U. MAIDOWSKI (1989): 222.

(40) M. GURRERA (2003-2004): 274; E. MARTÍNEZ SEMPÈRE (2000): 144; F. AGUIAR (2001): ob. cit., 33-34; M.ª T. GALLEGO MEDINA (1999): 58.

(41) El Tribunal Constitucional apoya esta afirmación en la configuración *bidireccional* de la medida, conforme a la cual se asegura que los porcentajes mínimos y máximos establecidos resultan aplicables por igual a uno y otro sexo sin introducir, en su opinión, un trato peyorativo para ninguno de ellos; es decir, sin favorecer a un sexo sobre el otro (véase los FF.JJ. 3.º, 5.º y 9.º de la STC 12/2008, de 29 de enero). Sosteniendo, igualmente, que una formulación neutra de este tipo de medidas supera los problemas planteados en torno a las cuotas, véase C. ZOCO ZABALA (2008): 112; M.ª A. CASTRO ARGÜELLES y D. ÁLVAREZ ALONSO (2007): 102-103; O. SÁNCHEZ MUÑOZ (2007): 152-153; P. BIGLINO CAMPOS (2004): 363 y ss.

aquellos que no forman parte del grupo infrarrepresentado en el poder —el masculino— (42). Precisamente por ello, la justificación objetiva de su existencia sólo se podrá mantener mientras se mantenga la diferencia sustancial de hecho que permitió en su día su existencia. Así pues, y en principio, parece que podemos imaginar una situación en la que, por ejemplo, un órgano judicial (43) plantee el mismo problema ante el Tribunal Constitucional cuando haya discurrido un plazo de tiempo considerable desde la aprobación de dicha norma, alegando que se ha producido un cambio sustancial en las relaciones hombre-mujer en España (gracias, sobre todo, a una redistribución equitativa de las cargas propias del trabajo doméstico y de las derivadas por la atención a las situaciones de dependencia —hijos, mayores— que habría permitido situar a ambos en la misma posición de partida para conseguir objetivos profesionales y más precisamente políticos). Aunque tampoco en este contexto parece probable que el Tribunal Constitucional concluya —habida cuenta la consideración que hace de la medida— que la Ley fue constitucional en el momento de su aprobación y durante cierto tiempo pero que la desigualdad sustancial de hecho que justificó en su día su existencia ha desaparecido y que, por tanto, su permanencia ya no resulta justificada (44).

## 2. *La colisión de la cuota electoral legal con otros bienes constitucionales*

Para que la Ley que impone la cuota al partido político, federación, coalición o agrupación de electores en el momento de la configuración de sus listas electorales supere el juicio de la constitucionalidad no es suficiente con la existencia de una desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho (justificación objetiva). Es preciso, además, que su finalidad —consistente en garantizar el principio de igualdad sustancial por razón de sexo en el acceso al cargo representativo y garantizar así una mayor presencia de mujeres

---

(42) Sobre todo ello véase, con mucho más detalle, M.ª L. MARTÍNEZ ALARCÓN: ob. cit., 116 y ss.

(43) Pienso, sobre todo, en futuras cuestiones de inconstitucionalidad que podrían plantear los órganos judiciales durante el desarrollo de futuros procesos electorales por considerar que la situación que justificó en su día la existencia de la medida ya ha sido superada.

(44) CABALLERO SÁNCHEZ señala que «Una vez que el cambio de reglas del sistema consiga asentar la presencia más o menos paritaria de mujeres y hombres en los puestos de representación política se debería renunciar a esas muletas y confiar en la madurez de la sociedad para articular procedimientos de elección política, convirtiendo el sexo en un aspecto irrelevante de los candidatos»; R. CABALLERO SÁNCHEZ (2007): ob. cit., 266-276.

en los órganos de representación política, cualquiera que sea el ámbito territorial de los mismos (45)— resulte constitucionalmente admisible por no contrariar otros bienes constitucionales; que, en definitiva, persiga un fin razonable. Concretamente, la constitucionalidad de la cuota electoral legal por razón de género ha sido discutida por estimarla contraria al principio de la representación política y/o al derecho de asociación de los partidos políticos (46).

---

(45) Aunque, como señala el dictamen que en su día realizó el Consejo de Estado al Anteproyecto de la norma (803/2006), la medida no sólo puede ser considerada «como una reivindicación de género, sino, también, como un objetivo vinculado con una participación democrática más efectiva, debiendo recordarse que el artículo 9.2 CE encomienda a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política». En cualquier caso, y aún no encontrando el Consejo de Estado reparos constitucionales que oponer a los objetivos que el Anteproyecto propone, sí que encuentra problemas constitucionales en la reserva legal de cuotas electorales por razón de género. En concreto, el Consejo de Estado considera que la cuota electoral que se pretende aprobar resulta difícilmente compatible con el derecho de sufragio del artículo 23 del texto constitucional. El dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica para la Igualdad entre Mujeres y Hombres remite a otros dos dictámenes del mismo órgano (2909/2002 y 2910/2002, ambos de 12 de diciembre de 2002), realizados con ocasión de los dos recursos de inconstitucionalidad que planteó en su día el Gobierno de la nación contra las leyes autonómicas electorales de las Islas Baleares y de Castilla-La Mancha que introdujeron la denominada «cuota de cremallera». Es precisamente en estos dos dictámenes donde se desarrolla la opinión del Consejo de Estado sobre la constitucionalidad material de las cuotas electorales legales y donde se concluye, finalmente, que hay motivos suficientes, sobre todo por lo que hace a la posible vulneración del derecho de sufragio, para mantener los recursos de inconstitucionalidad.

(46) Entiendo que es más difícil discutir la cuota tomando como referencia, como hace el Consejo de Estado, el derecho de sufragio pasivo, pues, en efecto, la cuota es una medida que se utiliza en el momento de la confección de las listas de los candidatos, una actividad preparatoria precisa para la obtención de la condición de candidato pero que tiene lugar con anterioridad a su proclamación y cuando, por consiguiente, y según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, todavía no se puede hablar de la titularidad del derecho fundamental del sufragio pasivo (SSSTC 78/1987, de 26 de mayo; 36/1990, de 1 de marzo; 30/1993, de 25 de enero). Según dicha jurisprudencia, el ciudadano que aspira a ser incluido en las listas electorales no es titular del derecho del sufragio pasivo antes de ser proclamado candidato, sino que sólo es portador de meras expectativas de ser incluido en dichas listas. Sobre esta cuestión véase, en el mismo sentido, B. RUIZ RODRÍGUEZ y R. RUBIO MARÍN (2007): 132-133; O. SALAZAR BENÍTEZ (1999): 103-104; A. RUIZ MIGUEL (1999): ob. cit., 51. Esta opinión ha sido corroborada, por otro lado, por los FF.JJ. 3.º y 9.º de la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, 29 de enero. Por su parte, el FJ 9.º de la misma resolución niega que los porcentajes introducidos por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ámbito representativo afecten al derecho de sufragio activo.

## 2.1. *Colisión con el principio de la representación política*

En mi opinión, el argumento esgrimido contra las reservas legales de cuotas electorales por razón de sexo, por estimarlas contrarias al principio de la representación política que acuña nuestro texto constitucional en tanto en cuanto que conducentes a un sistema de democracia corporativa propio de otros tiempos, se puede rebatir de una manera relativamente sencilla.

Y es, en efecto, este tipo de medidas no provocan, ni una división del pueblo en dos mitades (el pueblo-hombres y el pueblo-mujeres), ni una escisión del cuerpo electoral en categorías, de tal forma que la mujer y el varón se conviertan en compartimentos estancos que voten sólo a representantes de su mismo sexo que, a su vez, aparezcan destinados a defender los intereses de su grupo olvidándose de esta forma de la defensa del interés general referido a todos los ciudadanos. Con el reequilibrio de la presencia de los sexos en los órganos de representación política no se trata de que las mujeres se hagan portadoras de los intereses de las mujeres en cuanto tales, sino de resolver el déficit de legitimidad democrática que en este punto pudiera estar afectando al funcionamiento de los partidos en particular y a la política en general (47).

Las mujeres que acceden a los puestos de representación política gracias a la aplicación de la cuota electoral legal no se eligen sólo por mujeres, y además se eligen para participar en el proceso de construcción del interés general. La función representativa continúa correspondiendo a los ciudadanos individualmente considerados, y estos ciudadanos, aunque su elección se haya producido gracias a la imposición normativa de una cuota electoral, siguen debatiendo y decidiendo en el Parlamento para concretar ese interés general. En definitiva, el representante elegido gracias al establecimiento de la cuota lo sigue siendo de toda la nación y concurre con el resto de representantes en el proceso de discusión y decisión sobre el interés general. Ésta ha sido, por otro lado, la opinión sostenida por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico décimo de la sentencia de 12/2008, de 29 de enero.

Por otra parte, el argumento de la lógica de la inclusión de intereses que han desarrollado las profesoras Rodríguez Ruiz y Rubio Marín para justificar la imposición del sistema de cuotas electorales por razón de sexo (48) es

---

(47) En parecidos términos véase B. RUIZ RODRÍGUEZ y R. RUBIO MARÍN (2007): ob. cit., 136; J. SEVILLA MERINO (2004): 48-49; M. GURRERA (2003): ob. cit., 274; F. AGUIAR (2001): ob. cit., 30-31; P. BIGLINO CAMPOS (2000): 414; E. MARTÍNEZ SEMPERE (2000): ob. cit., 145-148; A. RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ (1999): 4; A. RUIZ MIGUEL (1999): ob. cit., 53.

(48) RODRÍGUEZ RUIZ, B. y RUBIO MARÍN, R. (2007): ob. cit. Aunque valoran las cuotas como una solución aceptable (mejor que nada), se muestran, sin embargo, partidarias de la

muy sugerente. En concreto, estas autoras afirman que la realidad biológica, pero sobre todo social de las mujeres, permite afirmar que algunos intereses tienen género (mencionan la reproducción biológica, la crianza de los hijos, el cuidado de necesitados y dependientes y otros relacionados con experiencias de marginalidad, discriminación y opresión como la discriminación salarial, la violencia doméstica o la violencia sexual), y que por tanto ciertas decisiones no se pueden tomar sin contar con el voto y la participación de las mujeres. En su opinión, no es posible que, sin una participación mínima de las mujeres en los órganos representativos, el proceso de síntesis de los intereses particulares que conduce a la búsqueda del interés general preste atención suficiente a las cuestiones que afectan de forma diferencial a las mujeres (y ello tanto como consecuencia de limitaciones epistémicas como por los límites de empatía y altruismo del ser humano). Además, una presencia mínima de las mismas permitiría superar la invisibilidad de la mujer en la vida pública y repercutiría favorablemente en el proceso de cambio de unos hábitos sociales que son todavía consecuencia del entendimiento asimétrico de las relaciones en función del sexo que acuñó el contrato social del Estado liberal (49).

Dejando aparte algo que me parece evidente, esto es, que la presencia de la mujer en los órganos representativos produce consecuencias positivas para el conjunto de una población que, a fuerza de ver a las mujeres fuera del espacio que tradicionalmente ha venido reservado a las mismas, interiorizará

---

paridad electoral (mitad mujeres-mitad hombres en los órganos de representación política) como elemento consustancial al Estado democrático (si bien califican la proporción 40 por 100-60 por 100 como un sistema de paridad flexible). En su opinión, las cuotas, frente a la paridad, presentan las siguientes desventajas (y no resultan así adecuadas para desarticular el contrato sexual del Estado liberal): 1.º Pueden generar efectos perversos (resentimiento de los hombres que lo interpretan como un privilegio injustificado o rechazo de las mujeres que no quieren ser vistas como «mujeres cuota»). 2.º Pueden llevar a las «mujeres cuota» a sentir que tienen la labor de defender los intereses del colectivo de mujeres, provocando que la tradicional división sexuada de labores se vea también reproducida dentro de los órganos de representación política. 3.º Pueden dar lugar a la selección de las mujeres más parecidas a los hombres y menos representativas del género preterido. En definitiva, sostienen que las cuotas pueden cambiar los jugadores del juego de la política, pero que difícilmente contribuirán a modificar las reglas mismas del juego. Frente a ellas, la paridad redefiniría esas reglas otorgando la misma relevancia a la independencia que a la gestión de la dependencia; *ibidem*, págs. 154-155. No tengo claro, sin embargo, que las pretendidas ventajas de la paridad pura frente a las cuotas sean ciertas. En mi opinión, parece evidente que ambos sistemas presentan los peligros que mencionan, y ello porque la paridad no puede dejar de ser interpretada como una cuota del 50 por 100 en los contextos de desigualdad en los que surge.

(49) Todo ello en B. RUIZ RODRÍGUEZ y R. RUBIO MARÍN (2007): ob. cit., 137-139.

como normal una situación que debiera haberlo sido desde el principio (50), creo que este argumento de la lógica de la inclusión de intereses merece algún comentario. Y es que una cosa es afirmar que algunos intereses tienen género (en el sentido de que las decisiones que se tomen sobre ciertas cuestiones afectan especialmente a las mujeres, y ello aunque sólo sea como consecuencia de la realidad biológica, pero sobre todo social de las mismas), y otra bien distinta es afirmar que los hombres no resultan intercambiables con las mujeres durante el proceso de representación porque no van a prestar la suficiente atención a problemas que, de momento, pero cada vez menos, afectan más al colectivo femenino.

Las limitaciones de naturaleza epistemológica o falta de conocimiento del problema que las autoras predicán del colectivo masculino para llegar a esta conclusión no son tan evidentes. El debate sobre la igualación de los sexos ha irrumpido con fuerza en los últimos tiempos (no digo yo que la incorporación de la mujer al mundo laboral y político no haya resultado decisiva en este sentido) y ya no hay marcha atrás. En este contexto, nuestros políticos-hombres han tomado conciencia de la existencia de un problema, lo conocen y trabajan en el diseño de propuestas encaminadas a buscar soluciones (aunque sólo sea porque políticas en este sentido pueden ampliar considerablemente su base electoral). Tampoco las limitaciones derivadas de la falta de empatía y altruismo del ser humano permiten afirmar que los representantes masculinos dejarán en un segundo plano una problemática, la relativa a la gestión de las situaciones de dependencia, que no se puede afirmar que no les afecte. En efecto, los hombres, cada vez más, participan de las responsabilidades derivadas de las situaciones de dependencia y son también muchos los hombres que se implican en la educación y el bienestar de sus hijas y que, precisamente por ello, son plenamente conscientes de la necesidad de avanzar en la igualdad por razón de género y se pronuncian contra lacras como la discriminación salarial, la violencia doméstica o la violencia sexual. Todas estas razones permiten afirmar que la cuestión de la igualdad por razón de género preocupa a mujeres y a hombres, quienes, además, discuten en nuestros órganos representativos sosteniendo tesis que no son identificables tanto en función de su sexo cuanto en función de sus convicciones políticas o ideológicas, incluso religiosas (51).

---

(50) En el mismo sentido, M.ª L. BALAGUER CALLEJÓN (2000): 294; R. RUBIO CASTRO (1990): 192.

(51) «... propugnar un concepto conservador o progresista de las relaciones familiares, no son opciones que dependan de la raza o de cualesquiera otras categorías que se consideran elementos específicos de discriminación (nacimiento, sexo, religión...) ...»; F. CAAMAÑO (2004): 21. En este sentido merecen una crítica los estudios que, apoyándose en los principios

El contexto actual de las relaciones hombre-mujer en España parece muy diferente al existente en otros períodos de su historia (por cierto, no tan lejanos). En estos momentos, por tanto, las cuotas no están pensadas tanto para dar la oportunidad a las mujeres de luchar por la consecución de unas aspiraciones específicas (que por lo demás son heterogéneas, como heterogéneo es el colectivo femenino) que únicamente ellas —no los hombres— pueden expresar válidamente. Las cuotas están pensadas para compensar la menor probabilidad de acceso de la mujer al cargo representativo como consecuencia de la persistencia de un contexto social de desigualdad por razón de género. Es más, defender la presencia de mujeres en los órganos representativos desde la existencia de intereses diversos en función del género —sin dejar muy claro que esos intereses diversos sólo son consecuencia de una situación social coyuntural— parece un tanto arriesgado porque puede conducir, primero, a pensar en la existencia de una diferencia «por naturaleza» entre el colectivo femenino y el masculino, y segundo, y consecuentemente, a pretender la sustitución del soporte individualista de la representación política actual por un soporte de naturaleza corporativa que no se adecua al texto constitucional español (52) y que, en su caso, precisaría reforma constitucional (53).

Por otra parte, estas mismas autoras defienden la paridad electoral (50 por 100-50 por 100) como elemento consustancial a la definición del Estado democrático. Sostienen, en consecuencia, que para desarticular el contrato sexual del Estado liberal resulta absolutamente necesario sustraerse de los parámetros de la acción positiva imponiendo la paridad en todo caso. Dos tipos de razones, consideran, avalan su propuesta. Una razón de índole simbólico-cultural, al considerar que un Parlamento compuesto por igual número

---

propios de la «representación descriptiva», examinan las características de los legisladores tomadas al azar, sin mostrar su relevancia para la acción. Algunos de estos estudios dan por supuesto con demasiada frecuencia que un cierto elemento de la población está inadecuadamente representado simplemente porque muchos de sus legisladores no son de ese elemento o grupo; sobre todo ello véase H. F. PITKIN (1985): 97-98.

(52) Sobre este riesgo véase F. CAAMAÑO (2004): ob. cit., 14 y ss. En muchas ocasiones, sin embargo, el discurso feminista se apoya en que mujeres y hombres no son, en ningún caso, intercambiables. Véase, al respecto, I. M. YOUNG en (1996) o en (1998). Con menor contundencia A. PHILLIPS (1996); W. KYMLICKA (1996).

(53) Ahora bien, una reforma constitucional de la teoría de la representación política con la que se pretendiera abandonar el soporte individualista actual sustituyéndolo por un soporte de naturaleza corporativa tampoco me parece particularmente atrayente por la atomización de la sociedad que introduciría prestando así un flaco favor al individuo al reducirlo a la sola condición de sujeto interesado por lo suyo. En el mismo sentido, receloso ante las nuevas versiones de neocorporativismo, véase A. GARRORENA MORALES (1991): 86.

de mujeres que de hombres va a funcionar como un instrumento pedagógico de transformación cultural. Y una razón de carácter funcional, en tanto en cuanto consideran que no es probable —algo discutible en contextos, como el español, en los que el debate de la igualdad por razón de género ha asumido un gran protagonismo— que un Parlamento compuesto mayoritariamente por hombres logre dar a la gestión de la dependencia el lugar que le corresponde en el espacio público.

Desde luego no voy a ser yo quien niegue que un Estado democrático paritario (en el sentido de que cuente con una presencia similar de mujeres y hombres en las diferentes esferas del poder público, habida cuenta la composición de la población por razón de sexo) es un Estado democrático más desarrollado, más completo y que cuenta, por tanto, con mayor grado de legitimidad. Y ello porque un Estado así compuesto pondría de manifiesto, tanto la existencia de una misma probabilidad para acceder a los cargos públicos por razón de género, como el interés en los asuntos públicos por una parte similar de ciudadanos de un sexo y del otro. Pero el reconocimiento de esta finalidad (conseguir un Estado paritario) no nos puede desviar de la necesidad de analizar la constitucionalidad de las medidas con las que se pretende conseguir dicho objetivo. La paridad, deseable, no se puede justificar a cualquier precio, sobre todo cuando se discute si la imposición de dichos porcentajes puede poner en cuestión la naturaleza jurídico-constitucional de los partidos políticos y, por ende, el valor del pluralismo político (por cierto, consustancial al Estado democrático). Hay que buscar la paridad, pero hay muy diferentes formas de proceder a su búsqueda y no todas ellas son igualmente eficaces ni igualmente válidas desde el punto de vista jurídico-constitucional. En concreto, echo en falta en las tesis de Ruiz Rodríguez y Rubio Marín una necesaria ponderación entre las razones que justifican una decisión del legislador en este sentido (aunque éstas sí se desarrollan a lo largo del texto y se articulan, fundamentalmente, en torno a la existencia de intereses de género) y aquellas que se pueden oponer a su decisión [aquí se obvia el análisis sobre la principal objeción que se puede realizar a la imposición de cuotas (54); la relativa a si el legislador puede transformar o reorganizar el derecho de partidos a través de una medida como la introducida por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (55)].

---

(54) El propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 12/2008, de 29 de enero, afirma que el problema constitucional de fondo se plantea sobre todo en el ámbito de los artículos 6 y 9.2 de la Constitución española, con conexiones inmediatas con los artículos 22 y 16 del mismo texto normativo.

(55) Sobre esta cuestión se publicaron los puntos de vista divergentes de F. REY MARTÍNEZ (objetando contra la cuota electoral legal) y de A. RUIZ MIGUEL (a favor de la cuota

## 2.2. Colisión con el derecho de asociación del partido político

A mi juicio, el intérprete supremo de la Constitución acierta cuando reconoce la existencia de una finalidad legítima en la medida dispuesta por el nuevo artículo 44 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (la consecución de la igualdad efectiva o material por razón de sexo en el acceso al cargo representativo). Difiero, sin embargo, de la opinión sostenida sobre la razonabilidad de su instrumentación.

Según la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, FJ 5.º, la medida aparece razonablemente instrumentada o ha sido configurada de forma proporcional, entre otras razones, porque no resulta lesiva para el ejercicio de los derechos fundamentales (56): ni para el derecho de asociación de los partidos políticos (pues la medida no afecta al contenido de dicho derecho sino, antes bien, a la libertad de actuación externa de los partidos políticos), ni para sus libertades ideológica y de expresión (ya que en ningún caso impide a las formaciones políticas defender y expresar libremente sus diferentes tesis sobre este tipo de tratamientos normativos —ni en la contienda electoral, ni una vez terminada ésta en los órganos en los que hubieran obtenido representación—).

Llama la atención, en dicha resolución, la débil y escasa justificación que utiliza para negar que la medida discutida incida en el derecho de asociación del artículo 22 de la Constitución española, cuyo contenido se articula en torno a cuatro dimensiones (57): libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas, libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas, y, como dimensión *inter privados*, garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse. La reserva de por-

---

electoral legal) (1999). Otros autores que consideran que la imposición legal de cuotas por razón de sexo puede incidir de forma inconstitucional en el derecho de partidos son J.L. GARCÍA GUERRERO (2007): 189; D. BAUTISTA PLAZA (2006): págs. 118-119; y A. ELVIRA PERALES (2005): 444.

(56) Otras dos razones que arguye el Tribunal Constitucional en este mismo fundamento jurídico para defender la proporcionalidad de la medida son: que el legislador se ha limitado a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100 sin imposición de orden alguno (aunque ya hemos visto, sin embargo y frente a esta contundente afirmación, que la norma hace alguna referencia a la colocación de los candidatos); y que la norma contempla excepciones para las poblaciones de menos de 3.000 habitantes y una dilación en su efectividad hasta 2011 para la inferiores a 5.000 habitantes.

(57) STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5.º; siguiendo, a su vez, lo dispuesto en las STC 13/2006, de 27 de abril, FJ 3.º

centajes por razón de sexo en el momento de la composición de las candidaturas electorales no incidiría, siguiendo al Tribunal, en ninguna de estas cuatro dimensiones. Ni siquiera en la faceta relativa a su libertad de organización y funcionamiento internos.

La consecuencia de la negación del conflicto entre el principio de igualdad en el acceso a cargo representativo y el derecho de asociación política en su vertiente organizativa interna se desprende inmediatamente: el Tribunal no tiene necesidad de abordar la cuestión relativa a su ponderación ni, por consiguiente, de aplicar el parámetro argumentativo que proporciona el juicio, proporcionalidad en sentido amplio.

En mi opinión, sin embargo, resulta altamente discutible sostener que la elaboración de las candidaturas electorales no constituye una manifestación de la libertad de organización y funcionamiento interno de los partidos políticos. Antes bien, la decisión sobre la composición de las listas electorales es una decisión propia de la organización y funcionamiento interno de los partidos y, por consiguiente, la reserva de porcentajes por razón de sexo en este ámbito afecta al derecho de asociación política (58). Otra cosa es que dicha incidencia o afectación incurra o no en inconstitucionalidad, una cuestión esta última que sólo se puede resolver aplicando el principio de proporcionalidad en sentido amplio que exige comprobar, además de la idoneidad y necesidad de la medida (59), si ésta genera más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Se trata, en concreto, de aplicar el test de la proporcionalidad en sentido estricto y, en definitiva, de confrontar las razones que se oponen a la restricción del derecho fundamental con aquéllas que aduce el legislador a favor de su intervención para decidir si la medida normativa supone, de forma manifiesta (patente, evidente), un sacrificio excesivo.

Los beneficios que procuraría una medida como la introducida por la Ley orgánica para la igualdad de mujeres y hombres son fundamentalmente dos: la garantía de la igualdad material por razón de sexo en el acceso al cargo representativo y su contribución a la paulatina modificación del contrato

---

(58) En este sentido véase, igualmente, O. SÁNCHEZ MUÑOZ (2007): ob. cit., 153-154.

(59) Ya he señalado, en otro trabajo, que la reserva legal de porcentajes por razón de sexo en el momento de la composición de las candidaturas electorales supera las exigencias de idoneidad y necesidad del juicio de proporcionalidad en sentido amplio ya que, por una parte, la medida contribuye o resulta adecuada para hacer realidad, en mayor o menor grado, la igualdad real y efectiva en el acceso al cargo representativo por razón de sexo y, por otra, tampoco salta a la vista, de forma evidente y manifiesta, que exista una alternativa menos restrictiva o más moderada y que sea capaz de conseguir el objetivo pretendido con el mismo grado de eficacia; M.ª L. MARTÍNEZ ALARCÓN (2007): ob. cit., 204-211.

social propio del Estado liberal [pues una presencia mínima de mujeres en los órganos representativos permitiría superar su invisibilidad en la vida pública y repercutiría favorablemente en el proceso de cambio de las relaciones entre los sexos (60)]. Estos beneficios son ciertamente muy importantes, tanto para el colectivo de mujeres como, más allá, para el conjunto de la sociedad en general. Sin embargo, las afectaciones que impone la medida en el derecho fundamental de asociación política y, a su través, en el valor del pluralismo político, son tan relevantes que, en mi opinión, permiten concluir con la desproporción y consiguiente inconstitucionalidad de la medida [al menos, tal y como se describe en la disposición adicional segunda de la norma recurrida (61)].

Comenzaré recordando que el contenido del artículo 6 del texto constitucional español, sobre partidos políticos, presenta una doble dimensión: la objetiva, relativa a la garantía institucional del pluralismo político, cuando señala que «Los partidos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política», y la subjetiva, consistente en el derecho a la libre creación de partidos políticos dentro de la Constitución y la ley (que, como vemos, recoge una remisión al legislador para que éste concrete el régimen jurídico de los partidos políticos) (62). Téngase en cuenta, por otro lado, que este mismo artículo, cuando exige que los partidos políticos tengan una estructura interna y un funcionamiento democráticos, se está refiriendo a su organización (aquí no se establece una apelación a una forma de democracia militante que no está presente en una Constitución como la nuestra que admite su íntegra reformabilidad) (63).

---

(60) Sobre este efecto colectivo de la medida véase, entre otras, B. RUIZ RODRÍGUEZ Y R. RUBIO MARÍN (2007): ob. cit., 137-139; M.ª L. BALAGUER CALLEJÓN (2000): ob. cit., 394.

(61) Frente a ella, las leyes electorales que introducen cuotas electorales por razón de sexo de incentivos no plantean tantos problemas de índole constitucional habida cuenta la autonomía que dejan a las formaciones políticas para, asumiendo las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento (por ejemplo en materia de subvenciones estatales o de cuota de pantalla en los medios de comunicación social), optar por asumirla o no en el momento de la composición de sus candidaturas. En cualquier caso, también esta modalidad legal —más moderada— de cuota electoral por razón de género, precisa respetar ciertos niveles de proporcionalidad, pues, en efecto, una previsión legal en estos ámbitos demasiado restrictiva podría afectar al *status de igualdad* de oportunidades que también define la naturaleza jurídica de estas formaciones políticas, y que adquiere especial relevancia durante el desarrollo de los procesos electorales.

(62) Sobre esta doble dimensión del contenido del artículo 6 CE véase J. JIMÉNEZ CAMPO (1988): 15.

(63) Por poner sólo algunos ejemplos, J. L. GARCÍA GUERRERO (2007): 38; R. L. BLANCO

Pues bien, las dimensiones objetiva y subjetiva de este precepto están estrechamente relacionadas. En efecto, su dimensión objetiva condiciona la subjetiva, esto es, condiciona la capacidad del legislador para disciplinar el derecho de partidos de dos formas: primero, porque lo habilita para diseñar un marco jurídico que permita el desarrollo del importantísimo cometido que se encomienda a los partidos políticos, y segundo, y por lo que a nosotros interesa, porque lo somete límites (ya que cualquier regulación sobre partidos políticos debe respetar su configuración como instrumentos básicos para hacer realidad el valor de pluralismo político) (64). Esto es, el legislador no puede desarrollar el derecho de partidos de forma que los haga irreconocibles en cuanto a los objetivos a cuya satisfacción los destinó el legislador constituyente y, en todo caso, su capacidad para intervenir en el ámbito de la libertad programática de los partidos políticos, esto es, en su libertad para concretar —en el momento de su constitución, aunque también posteriormente— sus fines u objetivos (*Programmfreiheit*) y para organizarse de forma coherente con los mismos, debe ser entendida en términos sumamente restrictivos (65).

El reconocimiento de un Estado democrático, plural desde el punto de vista político, implica una renuncia a todo dirigismo procedente del Estado con el que se pretendiera imponer una opinión dominante que pudiera poner

---

VALDÉS (1990): 124-131 y 136-140; I. DE OTTO PARDO (1985): 19 y ss.; J. JIMÉNEZ CAMPO (1981): 175.

(64) J. JIMÉNEZ CAMPO (1988): ob. cit., 15. En el mismo sentido, R. L. BLANCO VALDÉS (1990): ob. cit., 132-134. Recientemente se ha hablado del «principio de constitucionalización» y del «principio de constitucionalidad», que se identificarían, respectivamente, con las dos dimensiones, objetiva y subjetiva, que distinguió en su día el profesor JIMÉNEZ CAMPO en el contenido del artículo 6 CE; D. BAUTISTA PLAZA (2006): 14.

(65) Sobre la restricción en las posibilidades de intervención en los partidos políticos véase J. J. MARCO MARCO (2004): 257, el cual cita el Dictamen del Consejo de Estado 911/2002, de 18 de abril, sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, apartado VI, cuando señala que «el pluralismo de fines, valores e ideas que configura a los partidos políticos es un principio constitucional del sistema constitucional, del que deriva también una tolerancia frente a opiniones políticas diversas. Los partidos políticos, como cauce de expresión de la voluntad soberana del pueblo, son un elemento central del principio y del sistema democrático, y esa función constitucional determina, por un lado, una garantía institucional del propio sistema de partidos y, por otro, el reconocimiento de la libertad de creación y pertenencia a los partidos políticos, así como el ejercicio de la actividad que les es propia (...) y no debe quedar oscurecida ni desvirtuada por la —también necesaria— regulación de los límites que al respecto se establezcan». Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003, de 12 de marzo, FJ 5.º, establece que «es evidente que la apertura del ordenamiento a cuantas opciones políticas puedan y quieran nacer y articularse en la realidad social constituye un valor que sólo cabe proteger y propiciar».

en cuestión la libertad ideológica —por definición plural— del cuerpo electoral, que incluso pudiera llegar a sustraer, o al menos limitar, su posibilidad de pronunciarse electoralmente sobre las distintas tesis que sobre cuestiones concretas hubieran presentado los partidos políticos enfrentados en una contienda electoral.

Y aunque es cierto, como dice el Tribunal Constitucional, que los porcentajes establecidos por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no parecen impedir a los sujetos legitimados para presentar candidaturas defender libremente sus tesis sobre paridad electoral o sobre cualquier otra cuestión (en la contienda electoral, o una vez terminada ésta en los órganos en los que obtienen representación), también lo es que la imposición de dichos porcentajes, sin margen de decisión alguna (pues la formación política incumplidora queda excluida del proceso electoral), obliga a determinados partidos políticos a organizarse de forma incongruente con su identidad programática y que, incluso, puede llegar a perjudicar gravemente a ciertas asociaciones políticas que defienden una ideología absolutamente contraria al establecimiento de cuotas a favor de la mujer en el ámbito representativo.

Primero, porque el respeto necesario de la cuota, si quieren participar o tener la oportunidad de participar en el proceso de discusión y decisión política, les acarrea serias dificultades para hacer llegar su discurso a la calle y convencer al ciudadano, y a los propios afiliados, a los que resulta difícil explicar cómo un partido político con unos concretos fines y objetivos compone determinadas listas electorales, aunque sean consecuencia de la imposición de un acto del poder público (me estoy refiriendo a partidos políticos que, por ejemplo, pretendiendo mantener el concepto de familia propio de la tradición judeocristiana, consideran que no resulta negativo continuar manteniendo el reparto de roles tradicionalmente existente en la sociedad entre el hombre —esfera de lo público— y la mujer —esfera de lo privado—; o a partidos con una ideología feminista o machista). Además, una imposición de estas características estaría obviando la libertad ideológica —por definición plural— del cuerpo electoral que, al menos durante el proceso electoral y sobre cierta cuestión, no se sentiría realmente representado por ninguna opción política. Y segundo, porque defender este tipo de ideologías, muy alejadas de lo que parece ser la opinión dominante al respecto en España, puede impedir que dichas formaciones políticas compongan una lista paritaria como la que ahora exige nuestro legislador orgánico perdiendo así la oportunidad de participar en la contienda electoral (con lo que, lógicamente, los electores no podrán pronunciarse sobre sus propuestas) (66).

---

(66) En las elecciones de 27 de mayo de 2007, Falange Española de la JONS presentó,

Es decir, una medida articulada en estos términos afecta a la naturaleza constitucional de los partidos políticos como asociaciones cualificadas que expresan el pluralismo político durante los procesos de constitución del poder constituido legislativo; pone en cuestión la función social del derecho de asociación política privándolo de su significación constitutiva para el orden constitucional.

Precisamente por ello, considero que esta modalidad de leyes de paridad electoral, radical en cuanto a sus consecuencias, resulta excesiva (no proporcional). En mi opinión, cuando se obliga a un partido a adoptar decisiones incompatibles con su identidad programática o cuando puede quedar excluido del proceso electoral como consecuencia de la imposibilidad de respetar unas cuotas, y cuando un conjunto (por pequeño que sea) del cuerpo electoral no se siente representado por ninguna opción política como consecuencia

---

en el municipio de Brunete (Madrid), una candidatura que no respetaba los porcentajes establecidos por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (10 mujeres y 3 varones) y llegó a interponer el recurso de amparo electoral número 4039-2007, que resolvió la sentencia del Tribunal Constitucional 108/2007, de 10 de mayo. El recurrente alegaba: primero, que la cuota electoral establecida por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres no se había cumplido por imposibilidad física (al no haberse encontrado candidatos masculinos suficientes que quisieran figurar en la candidatura), y, segundo, *que la cuota electoral no se había cumplido porque democráticamente se configuró la candidatura con una composición de diez mujeres y tres varones*. El Tribunal Constitucional decidió retrotraer las actuaciones (como hizo en todos los recursos de amparo electoral que resolvió en sus sentencias 96 a 115, de 10 de mayo) con el objeto de que se diera a las candidaturas afectadas un plazo para subsanar la falta de cumplimiento del requisito de la cuota electoral. Finalmente, nuestro Alto Tribunal tuvo que resolver el amparo constitucional (en la sentencia 127/2007, de 22 de mayo, que viene acompañada de un voto particular) que se interpuso frente a la sentencia núm. 33/2007, de 16 de mayo de 2007, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 28 de Madrid, que desestimó el recurso interpuesto contra el Acuerdo de no proclamación de dicha candidatura que había adoptado la Junta Electoral de Zona de Navalcarnero debido a la falta de cumplimiento de los porcentajes establecidos por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres por parte de Falange Española de las JONS (que no había modificado su candidatura tras el plazo para su subsanación). En este momento, el Tribunal Constitucional no entra en el fondo del asunto y se limita a inadmitir el recurso tras comprobar que no fue imposible, para la candidatura afectada, haber compuesto una candidatura respetuosa con las cuotas electorales exigidas normativamente y que su finalidad, al presentar el amparo, había consistido, antes bien, en provocar un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que presenta cauces más adecuados. Sobre esta cuestión se ha afirmado que, aunque el Tribunal no lo diga, había entonces otras razones que lo disuadieron de entrar en el fondo del asunto. A saber: los recursos de inconstitucionalidad que tenía pendientes en aquel momento (algunos todavía pendientes como los planteados contra las Leyes electorales vasca y andaluza) y la deficiente argumentación jurídica empleada por el recurrente; J. L. GARCÍA GUERRERO (2007): ob. cit., 190.

de una imposición legislativa, se produce un sacrificio desproporcionado. Máxime en un contexto como el español en el que el sistema de partidos no es especialmente sospechoso —si nos fijamos en lo que venía acaeciendo en fechas anteriores a la introducción por Ley de las cuotas electorales— de olvidar el tema de la promoción de la mujer en el ámbito político representativo. En España, como en otros países, importantes partidos políticos están comprometidos con medidas como la cuota electoral (cualquiera que sean las razones que están detrás de esa decisión, en mi opinión, fundamentalmente, pensar que así se puede incrementar considerablemente la base electoral). Precisamente, ha sido la incorporación voluntaria de una cuota electoral por parte de algunos partidos políticos a sus disposiciones estatutarias lo que ha generado un efecto «bola de nieve» en el resto de partidos, que han tomado conciencia —estén o no a favor del sistema de cuotas— de que la selección o designación de mujeres acarrea réditos electorales considerables (67).

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, F. (2001): «A favor de las cuotas femeninas», *Claves de Razón Práctica*, núm. 116, págs. 28-35.
- ARANDA ÁLVAREZ, E. (2001): *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Cuadernos «Bartolomé de las Casas», Madrid, Dykinson.
- ARIÑO ORTIZ, G. (1989): «Leyes singulares, leyes de caso único», *Revista de Administración Pública*, núm. 118, págs. 57-102.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (2000): «Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico español. Situaciones comparadas», *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC.
- BARRÈRE UNZUETA, M.ª A. (1997): *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas.
- BAUTISTA PLAZA, D. (2006): *La función constitucional de los partidos políticos*, ed. Comares y Facultad de Derecho de Granada.
- BIGLINO CAMPOS, P. (2004): «Acercas de la constitucionalidad de las leyes electorales paritarias», en M.ª L. BALAGUER CALLEJÓN (ed.), *XXV Aniversario de la Constitución española: propuestas de reforma*, Diputación Provincial de Málaga.
- (2000): «Las mujeres en los partidos políticos», *Mujer y Constitución en España*, coord. TERESA FREIXES SANJUÁN, Madrid, CEC.
- BLANCO VALDÉS, R. L. (1990): *Los partidos políticos*, Madrid, Tecnos.
- CAAMAÑO, F. (2004): «Representación o participación de las minorías: sobre la determinación de algunos espacios constitucionales útiles a las políticas de reconoci-

---

(67) Véase, en este sentido, P. BIGLINO CAMPOS (2000): pág. 427.

- miento», *FUNDAMENTOS. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional. La representación política*, versión electrónica, núm. 3.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R. (2007): «La integración del principio de igualdad en las distintas políticas públicas sectoriales», *Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Pamplona, Thomson-Civitas.
- CAMPBELL, T. (1988): «Sex Discrimination: Mistaking the Relevance of Gender», *The Legal Relevance of Gender*, SHEILA MACLEAN y NOREEN BURROWS (eds.), Londres, Macmillan Press.
- CASTRO ARGÜELLES, M.ª A. y D. ÁLVAREZ ALONSO (2007): *La igualdad efectiva de mujeres y hombres. A partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Madrid, ed. Thomson-Aranzadi.
- COBREROS MENDANOZA, E. (2007): «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, págs. 71-114.
- DE OTTO Y PARDO, I. (1985): *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, CEC.
- ELVIRA PERALES, A. (2005): «La participación política de la mujer», *El tratamiento de género en el ordenamiento español*, coord. ALBERTO PALOMAR OLMEDA, Valencia, Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1996): «El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento constitucional español», *Dereito. Revista Xurídica da Universida de Santiago de Compostela*, vol. 5, págs. 85-129.
- GALLEGO MEDINA, M.ª T. (1999): «Democracia paritaria: recorrido histórico y planteamiento actual», *Hacia una democracia paritaria. Análisis y revisión de las Leyes Electorales vigentes*, Toledo.
- GARCÍA ANÓN, J. (2002): «Representación política de las mujeres y cuotas», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 11.
- GARCÍA GUERRERO, J. L. (2007): *Escritos sobre Partidos Políticos. (Cómo mejorar la democracia)*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GARRORENA MORALES, A. (1991): *Representación política y Constitución democrática. (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Madrid, Civitas.
- GIMÉNEZ GLUCK, D. (2000): «El control de constitucionalidad de las cuotas basadas en la clase social», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió i Ceriol*, núms. 30-31, págs. 29-48.
- (1999): *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GURRERA, M. (2003-2004): «Veinticinco años de paridad política hombre-mujer», *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, págs. 269-276.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1981): «La intervención estatal del pluralismo. (Notas a una sentencia del Tribunal Constitucional)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, págs. 161-183.

- (1988): «Sobre el régimen jurídico constitucional de los partidos políticos», *Revista de Derecho Político*, núm. 26, págs. 9-26.
- KYMLICKA, W. (1996): *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós Estado y Sociedad.
- LEIBHOLZ, G. (1925): *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1.ª edición, Múnich-Berlín, C. H. Beck.
- MAIDOWSKI, U. (1989): *Umgekehrte Discriminierung. Quotenregelungen zur Frauenförderung im öffentlichen Dienst und in den politischen Parteien*, Berlín, Duncker&Humblot.
- MARCO MARCO, J. J. (2004): «El pluralismo político y sus límites: la ley de partidos políticos», *Pluralismo. Perspectivas políticas y desarrollos normativos*, AA.VV., Valencia, Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.ª L. (2007), *Cuota electoral de mujeres y Derecho Constitucional*, Madrid, Congreso de los Diputados.
- MARTÍNEZ SEMPERE, E. (2000): «La legitimidad de la democracia paritaria», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 107, págs. 133-149.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. (2000): «La sombra de Agamenón. Sobre la constitucionalidad del establecimiento de cuotas por razón de sexo en las listas electorales», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 30/31, págs. 109-136.
- MATEO DÍAZ, M. (2003): «Les quotas sont-ils utiles?: l'efficacité imparfaite des mesures de discrimination positive dans les lois electorales Belges», *Revue Française de Science Politique*, núm. 5, págs. 791-815.
- MONTABES PEREIRA, J. y C. ORTEGA VILLODRES (2002): «El voto limitado en las elecciones al Senado español: estrategias de nominación y rendimientos partidistas en las elecciones de marzo de 2007», *Revista Española de Ciencia Política*, 7, págs. 103-130.
- ORTEGA VILLODRES, C. y B. MORATA GARCÍA DE LA PUERTA (2004): «Votantes y candidaturas femeninas. Un estudio de las elecciones al Senado de marzo de 2000», *Psicología Política*, núm. 28, págs. 69-84.
- PITKIN, H. F. (1985), *El concepto de representación*, traducción de Ricardo Montoro Romero, Madrid, CEC.
- PHILLIPS, A. (1996): «¿Deben las feministas abandonar la democracia liberal?», AA.VV., *Perspectivas feministas en teoría política*, comp. Carmen Castells, Barcelona.
- REY MARTÍNEZ, F. (1999): «Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución», *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 1, págs. 52-59.
- (2004): «El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», *Cuadernos de Derecho Judicial* III, págs. 23-108.
- RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A. (1999): «Reflexiones constitucionales sobre la paridad electoral. Artículo 14», *Boletín de Información y análisis jurídico*, Instituto Andaluz de la Mujer, núm. 2, págs. 3-6.

- ROSENFELD, M. (2000): «Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos», *Mujer y Constitución en España*, coord. TERESA FREIXES SANJUÁN, Madrid, CEC.
- RUBIO CASTRO, A. (1990): «El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 70, págs. 185-207.
- RUBIO LLORENTE, F. (1991): «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, págs. 9-36.
- RUIZ MIGUEL, A. (1999): «Paridad electoral y cuotas femeninas», *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 1, págs. 44-51.
- (1995): «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional»: *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, págs. 39-86.
- RUIZ RODRÍGUEZ, B. y R. RUBIO MARÍN (2007): «De paridad, igualdad y representación en el Estado democrático», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, págs. 115-159.
- SALAZAR BENÍTEZ, O. (1999): *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*, Granada, Comares.
- SÁNCHEZ MUÑOZ (2007): *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, Madrid, CEPC.
- SEVILLA MERINO, J. (2007): «Comentario a la Disposición adicional 2.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, por la que se modifica la Ley Orgánica del Régimen Electoral General», *Comentarios a la Ley de Igualdad*, director José Ignacio García Ninet, coordinadora Amparo Garrigues Giménez, Valencia, CISS.
- (2004): *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, Universitat de València.
- VERDUSSEN, M. (1998): «La participation des femmes aux élections en Belgique», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 36, págs. 799-809.
- VIDAL MARÍN, T. (2006): *Sistemas electorales y Estado autonómico. Especial consideración al sistema electoral de Castilla-La Mancha*, Toledo, ed. parlamentarias de Castilla-La Mancha.
- YOUNG, I. M. (1998): «Imparcialidad y lo cívico-público. Algunas implicaciones de las críticas feministas a la teoría moral y política», *Teoría feminista y teoría crítica. Ensayos sobre la política de género en las sociedades de capitalismo tardío*, recogidos en la obra *La Democracia en sus textos*, III, R. DEL ÁGUILA, F. VALLESPÍN y otros, Madrid, Alianza editorial.
- (1996): «Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal», AA.VV., *Perspectivas feministas en teoría política*, comp. Carmen Castells, Barcelona.
- ZOCO ZABALA, C. (2008): *Prohibición de distinciones por razón de sexo. Derecho comunitario, nacional y autonómico*, Pamplona, ed. Thomson-Aranzadi.