

El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación en la Ley Orgánica de 22 de marzo de 2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres



La Lei Orgánica de 22 de marzo de 2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres tiene por objeto la prevención de cualquier forma de discriminación por razón de sexo, tanto en el ámbito público como en el privado. La ley comprende todos los aspectos de las relaciones humanas (señaladamente en las áreas política, civil, laboral, económica, social y cultural), establece principios, reconoce derechos e implanta medidas para la erradicación de cualquier situación de desigualdad. En el presente trabajo se analizan los principales conceptos, categorías y técnicas de Derecho Antidiscriminatorio definidos en el título primero de la ley. Son objeto de especial atención las medidas de acción positiva de promoción de la igualdad, su fundamento constitucional y las aplicaciones concretas contenidas en la ley, que engloban el establecimiento de cuotas de participación femenina en los órganos directivos de la Administración Pública y en las listas electorales.&

& Palabras clave: igualdad de oportunidades, discriminación por razón de sexo, affirmative action, cuotas, democracia paritaria

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOI) tiene su fundamento constitucional en dos preceptos básicos que reconocen y articulan el principio de igualdad en nuestra Constitución: el artículo 14, que proclama la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social, y el artículo 9.2, que contiene un doble mandato dirigido a los poderes públicos: promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Más allá del fundamento constitucional referido, la LOI se enmarca en un contexto jurídico más amplio, el de la Unión Europea, que incluye entre sus misiones esenciales la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres (artículos 2, 3.2, 13 y 141 del Tratado Constitutivo; artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales). Concretamente, la ley opera la transposición de dos directivas comunitarias en materia de igualdad de trato, la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad en el acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CEE, de 13 de diciembre, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato en el acceso a los bienes y servicios, y a su suministro.

La Ley para la Igualdad comienza por fijar en su título preliminar su objeto y los medios articulados para alcanzarlo (artículo 1), lo cual revela su vasto ámbito de proyección, destinado a prevenir cualquier forma de discriminación por razón de sexo, tanto en el ámbito público como privado. Estamos, en tal sentido, ante una ley integral, que comprende todos los aspectos de las relaciones humanas (señaladamente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural), ya que establece principios, reconoce derechos e implanta medidas orientadas a erradicar cualquier situación de desigualdad.

El carácter transversal del principio de igualdad entre mujeres y hombres (sancionado expresamente en el artículo 5) se evidencia en la propia estructura de la ley. Tras un título primero en que se define el principio de igualdad y se articulan los principales medios orientados a su tutela, la norma regula, sucesivamente, las políticas públicas para la igualdad (título II); la igualdad y los medios de comunicación (título III); el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades (título IV); la igualdad en el empleo público (título V); la igualdad en el acceso a los bienes y servicios y su suministro (título VI); la igualdad en la responsabilidad social de las empresas (título VII) y los órganos institucionales que habrán de velar por el cumplimiento de la ley; y la aplicación efectiva del principio de igualdad (título VIII); y se cierra con un larguísimo catálogo de disposiciones adicionales en que se reforman, para imprimir una nueva perspectiva de género, hasta 27 leyes inscritas en diferentes sectores del ordenamiento jurídico.

Ante la imposibilidad de realizar un análisis exegético de la ley, el presente trabajo se centra en su título primero, pues, en la medida en que compendia categorías y técnicas antidiscriminatorias de vocación general —en su mayoría ya conocidas por el derecho comunitario y el derecho propio—, su estudio permitirá traer a colación aplicaciones concretas de unas y de otras, contenidas a lo largo de los restantes títulos de la ley.

1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO: DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

El eje de la ley, el principio de igualdad de trato, aparece definido en el artículo 3 en sentido negativo, como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, en especial, la derivada de la maternidad, de la asunción de las obligaciones familiares y del estado civil. En todo caso, se considerarán discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo —tal y como resultan definidos por el artículo 7 de la ley— y cualquier trato adverso o consecuencia negativa derivados del ejercicio del derecho a no ser discriminado o de la exigencia del cumplimiento efectivo del principio de igualdad (artículo 9).

El contenido legal del principio de igualdad, se encuentra así en otras dos nociones, la discriminación directa e indirecta, a su vez definidas por el artículo 6 de la ley. La primera de ellas se identifica con la situación en que una persona es tratada de manera menos favorable que otra que se encuentra en una situación comparable, por razón de su sexo (artículo 6.1). Estamos ante el supuesto más burdo y flagrante de discriminación, que constituye una agresión a la dignidad y a la integridad moral de la persona, y que puede proceder tanto de los poderes públicos como de los particulares. En concreto, la ley considera discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable relacionado con el embarazo y la maternidad (artículo 8), fórmulas discriminatorias que tienen su campo de desarrollo propio, aunque no exclusivo, en las relaciones laborales.

La discriminación directa ofrece pocas dudas en cuanto a la nulidad de la norma, acto o medida en que se perpetra, pues la diferenciación de trato basada en el sexo se proscribe, no ya en la ley analizada, sino en la Constitución misma (artículo 14). Pero la discriminación adopta a veces formas más sutiles, que justifican la ampliación de la prohibición a la llamada discriminación indirecta o, en los términos de la ley, a la

situación en que unha disposición, criterio ou práctica aparentemente neutros pon a persoas dun sexo en desvantaxe particular con respecto a persoas doutro, agás cando a devandita disposición, criterio ou práctica poidan xustificarse obxectivamente en atención a unha finalidade lexítima, e que os medios para acadar esta finalidade sexan necesarios e adecuados.

El concepto de discriminación indirecta es deudor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en el ámbito de las relaciones laborales va paulatinamente detectando situaciones de discriminación oculta, encubiertas bajo una apariencia de igualdad. Se trata de medidas o conductas formalmente neutras que afectan a una proporción sustancialmente mayor de personas de un mismo sexo, que resultan discriminadas en su conjunto. En la sentencia de 31 de marzo de 1981 (asunto 96/80, Jenkins/Kingsgate), el Tribunal de Justicia declaró que una práctica salarial consistente en fijar una retribución por horas menos elevada para el trabajo a tiempo parcial en relación con el trabajo a tiempo completo constituye una discriminación prohibida por el entonces artículo 119 del Tratado (hoy, 141) cuando es un medio indirecto de reducir el nivel retributivo de los trabajadores a tiempo parcial, en consideración al hecho de que tal grupo se compone, de manera exclusiva o preponderante, de personas de sexo femenino. En este pronunciamiento, el Tribunal parece exigir cierta intencionalidad discriminatoria por parte del empresario, exigencia que desaparecerá en su jurisprudencia posterior, que objetiva el concepto. Ya en la sentencia de 13 de mayo de 1986 (asunto 170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH/Karin Weber von Hartz), el carácter discriminatorio de la política de personal seguida por una sociedad de grandes almacenes, consistente en excluir a los empleados a tiempo parcial de un régimen de pensiones de empre-

sa, se desprende del hecho de que la exclusión afecte a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres. En tales casos, el Tribunal grava a la empresa con la carga de probar que dicha medida está basada en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo¹.

La doctrina del TJCE fue recibida rápidamente por el Tribunal Constitucional español, que ya en la sentencia 145/1991, de 1 de julio, se hace eco de esta cuando declara discriminatoria la diferencia salarial, establecida en convenio colectivo, entre la categoría profesional de limpiadoras y la de peones, cuyo desarrollo exige idéntico esfuerzo, sin requerir cualificación específica².

Con estos precedentes, la incorporación del concepto a un texto legal se producirá con ocasión de la promulgación de la Directiva 97/89/CE del Consejo, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, que define la discriminación indirecta como el criterio o práctica aparentemente neutro que afecta a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, excepto cuando dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario, y pueda justificarse con criterios objetivos no relacionados con el sexo. La definición legal será posteriormente perfilada por la Directiva 2002/73/CE, que modifica la Directiva 76/207/CEE, introduciendo en el artículo 2.2. de esta última una fórmula idéntica a la que hoy recoge el artículo 6.2. de la LOI.

La formulación actual del concepto, tanto comunitaria como estatal, permite excluir el carácter discriminatorio de una conducta o norma cuando resulte objetivamente justificada, tanto por la legitimidad de la finalidad perseguida como por la necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados a tal fin, cuya prueba grava en todo caso al responsable de tal práctica o disposición. Se recoge así una excepción presente ya en las primeras sentencias que forjaron la noción de discriminación indirecta, y de la cual encontramos algunos ejemplos en la propia jurisprudencia del TJCE³. En todo caso, sería deseable que los tribunales mostrasen cierto rigor en la apreciación de la concurrencia de la justificación objetiva de la medida de impacto adverso, y evitando pronunciamientos como el contenido en el reciente auto del Tribunal Constitucional 200/2007, de 27 de marzo, en el que, alejándose de su doctrina anterior, el Tribunal no admite la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 140.2, en relación con el artículo 109.1 de la Ley General de la Seguridad Social, por estimar que el principio de contributividad que informa el sistema de la Seguridad Social justifica que las bases reguladoras —y, por tanto, la cuantía— de las prestaciones se calculen en función de lo efectivamente cotizado, lo que indudablemente determinará una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial.

Con el contenido descrito (ausencia de toda discriminación, directa o indirecta), la igualdad de oportunidades es un derecho subjetivo jurídicamente protegido, pero su valor va más allá, para erigirse en principio informador del ordenamiento jurídico (artículo 4). Desde la primera perspectiva —la igualdad como derecho—, la ley establece las consecuencias jurídicas de su lesión (artículo 10), e instaura mecanismos procesales orientados a reforzar su protección jurisdiccional (artículos 12 y 13). Desde la segunda de las perspectivas apuntadas, el principio de igualdad juega un papel como criterio de interpretación y motor dinamizador de la totalidad del ordenamiento jurídico. Su fuerza transformadora se manifiesta especialmente en la habilitación contenida en la ley para el desarrollo futuro de acciones positivas orientadas a alcanzar la efectividad del derecho constitucional de la igualdad (artículo 11).

2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD

2.1. Consecuencias jurídicas de la conducta discriminatoria

La existencia de cualquier fórmula directa o indirectamente discriminatoria vicia de nulidad la norma, la actuación administrativa, la medida empresarial o la cláusula negocial donde se perpetre. Así lo señala el artículo 10 de la ley que, a la sanción de nulidad, añade la reparación indemnizatoria, así como cualquier otra medida reparadora real, efectiva y proporcionada al perjuicio sufrido. Más allá de reparaciones individuales, el artículo 10 señala la procedencia, en su caso, «dun sistema eficaz e disuasorio de sanciones que preveñan a realización de condutas discriminatorias».

Llama la atención la excesiva generalidad de la norma, que transpone, simultáneamente, los artículos 6.2 y 8, quinto de la Directiva 2002/73/CEE —en sus mandatos respectivos de reparación y sanción de los comportamientos discriminatorios en el ámbito de las relaciones laborales— y los artículos 8.2 y 14 de la Directiva 2004/113/CE —en sus mandatos respectivos de reparación y sanción en el ámbito de las relaciones de suministro de bienes y servicios. Quizás la ubicación sistemática del artículo 10, que le confiere vocación reguladora de la totalidad de relaciones comprendidas en la ley, no permitiese mayor concreción a la hora de determinar las consecuencias jurídicas de la actuación discriminatoria. Pero sería deseable un mayor cuidado por parte del legislador que evitase la enunciación indiscriminada de tales consecuencias, que no siempre se adaptan a las diversas hipótesis de discriminación posible. Así, la nulidad y la ineficacia serán difícilmente predicables de los comportamientos constitutivos de delito, falta o ilícito civil, que despliegan sus efectos típicos⁴, del mismo modo que la procedencia de indemnización no parece posible cuando la lesión a la igualdad entre hombres y mujeres provenga de una norma contenida en convenio colectivo.

La falta de concreción de la norma la convierte, en definitiva, en un precepto de carácter programático, que no excluye la necesidad de atender a las sanciones específicas establecidas por la legislación sectorial, entre las que se encuentran las introducidas en las propias disposiciones adicionales de la ley⁵.

2.2. Tutela judicial efectiva y carga de la prueba

Conforme al artículo 12.1 de la ley, cualquier persona podrá recabar a los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, e incluso cuando la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación haya terminado. De esta manera, la tutela de la igualdad podrá reclamarse, bien ante los tribunales ordinarios por cualquiera de los procesos especiales para la protección de los derechos fundamentales, bien por medio del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional⁶.

El apartado primero del artículo 12 no introduce novedades reales con respecto a la situación anterior a la ley analizada, en la medida en que la legitimación de la víctima del comportamiento discriminatorio para ejercer las acciones referidas en este estaba fuera de toda discusión. Más innovador resulta sin duda, el apartado segundo de la norma, que introduce la legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa del derecho a la igualdad de las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas por las leyes reguladoras de estos procesos. Una legitimación que el apartado tercero exceptúa en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.

La previsión legal tiene su desarrollo en las disposiciones adicionales quinta y sexta, que reforman respectivamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, lec) —introduciendo un nuevo artículo 11 bis—, y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante, LJCA) —introduciendo una letra *i* al apartado 1 del artículo 19—, al objeto de introducir la legitimación para la incoación de tales procesos, de sindicatos, asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad entre mujeres y hombres, y organismos públicos con competencia en la materia⁷. La legitimación de los entes mencionados no tiene siempre la misma significación y alcance. Por el contrario, las leyes reguladoras del proceso civil y del proceso contencioso administrativo, con redacción prácticamente idéntica, refieren dos supuestos diversos de legitimación, individual la primera, colectiva la segunda.

En primer término, las normas reconocen a sindicatos y asociaciones legitimación para actuar en defensa de sus afiliados y asociados, siempre con la autorización de estos, en los procesos relativos a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Estamos aquí ante un supuesto de representación del trabajador en el proceso que debe ser celebrado, en la medida en que supone para aquel un sensible abaratamiento del coste, económico y emocional de litigar. No obstante, la legitimación analizada se inscribe en el marco de un proceso individual, en que la iniciativa sigue estando en manos de la persona discriminada, y la eficacia de la sentencia, limitada a las relaciones entre esta y el sujeto discriminador. En este sentido, en la lucha judicial contra la discriminación de la mujer logra una mayor importancia la legitimación reconocida a las personas jurídicas recogida en el artículo 12 de la Ley para la Tutela Colectiva del Principio de Igualdad, legitimación desarrollada en los artículos 11 bis.2 de la LEC y 19.1.i.2 de la LJCA.

Según ambos preceptos, cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponde en exclusiva a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal. De esta manera, su legitimación para la defensa de intereses supraindividuales se limita *expressis verbis* al supuesto en que el número de «afectados» por la actuación discriminatoria sea indeterminado, como sucederá siempre que la actuación o comportamiento en cuestión afecte al colectivo de mujeres en su totalidad (v. gr., publicidad sexista, que, en puridad, afecta a toda la sociedad). Paralelamente, se excluye la posibilidad de actuar a las asociaciones, sindicatos y organismos públicos cuando el número de afectados sea determinado o fácilmente determinable, supuesto en que no quedará a las víctimas de la discriminación más camino que la acción individual, bien ejercitada en nombre propio, bien autorizando ad hoc a la asociación o sindicatos a los que pertenezcan. Confesamos no entender la restricción operada por las normas en estudio, que impiden la procedencia de una acción colectiva, por ejemplo, en caso de hipotéticas medidas sexistas aplicadas por una Administración, que afecten a todas las mujeres vinculadas a ella por contrato de naturaleza funcional o administrativa, cuyo número será fácilmente determinable⁸.

Aunque en materia de tutela judicial efectiva, la ley recoge en su artículo 13 un potente instrumento de defensa de la mujer discriminada en el seno del proceso, la conocida como inversión de la carga de la prueba. De acuerdo con el artículo citado, «en tódolos procedimientos en que as alegacións da parte actora se fundamenten en actuacións discriminatorias, corresponderá á persoa demandada probar a ausencia de discriminación nas medidas adop-

tadas, e a súa proporcionalidade». Por imperativo constitucional (artículo 24.2 CE), el apartado segundo excluye la aplicación de la regla a los procesos penales.

La norma recoge y generaliza una regla ya conocida por nuestro ordenamiento, es sensible a las dificultades probatorias del hecho discriminatorio, especialmente acusadas en materia de discriminación indirecta⁹. En estos casos, la vigencia del reparto clásico del *onus probandi* situaría al demandante en la difícil tesitura de demostrar la intencionalidad discriminatoria de una medida aparentemente neutra. Para evitar la indefensión que generaría tal exigencia, la ley traslada al demandado la carga de probar la justificación objetiva y la proporcionalidad de la medida o la actuación cuestionada, si bien, y a pesar del silencio legal, es previsible que los tribunales sigan gravando al demandante con el deber de aportar «indicios racionales» que permitan inducir la existencia de discriminación¹⁰. Con el fin de evitar que la prueba de indicios se convierta en la praxis en un obstáculo para el éxito de la demanda, sería deseable cierta laxitud por parte de los tribunales en la apreciación de su concurrencia¹¹. En particular, y en materia de discriminación indirecta, debiera bastar la constatación de que una medida perjudica de forma mayoritaria a las mujeres, para gravar al demandado con la prueba de su razonabilidad, cuya valoración compete, en último término, al tribunal. En la aportación de los datos indiciarios de la discriminación, el actor podrá solicitar el auxilio del propio tribunal, según se desprende del párrafo primero, apartado segundo de la norma («aos efectos do disposto no parágrafo anterior, o órgano xudicial, a instancia de parte, poderá recadar, se o estimase útil e pertinente, informe o dictame [sic] dos organismos públicos competentes»).

3. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Conforme al artículo 11 de la ley,

co fin de facer efectivo o dereito constitucional de igualdade, os poderes públicos adoptarán medidas específicas en favor das mulleres, para corrixir situacións patentes de desigualdade de feito respecto dos homes. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan estas situacións, haberán de ser razoables e proporcionadas en relación co obxectivo perseguido en cada caso.

Tamén as persoas físicas e xurídicas privadas poderán adoptar este tipo de medidas nos termos establecidos na presente lei.

El precepto contiene una habilitación general, dirigida a los poderes públicos y a los particulares, para adoptar medidas de acción positiva, esto es, fórmulas de trato formalmente desigual orientadas a la consecución de la igualdad material consagrada por el artículo 9.2. CE, que tratan de favorecer a los miembros de un colectivo socialmente discriminado. Tales medidas, que se conciben como coyunturales (serán aplicables mientras subsistan situaciones patentes de desigualdad) se sujetan a la norma por un doble condicionamiento: su razonabilidad y la proporcionalidad en relación con el fin perseguido, que se cifra en hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad¹².

Pese a la alusión genérica a la «acción positiva», lo cierto es que no estamos ante un concepto unívoco, sino ante una categoría dentro de la cual es posible distinguir diversos grupos de medidas, que varían en función de su intensidad. En este sentido, es común en la doctri-

na la distinción entre acciones positivas moderadas o de incentivación y acciones positivas intensas, de discriminación positiva o inversa¹³.

3.1. Acciones positivas moderadas

Las acciones positivas moderadas son aquellas que, sin influir de modo directo en el proceso selectivo, se orientan a remover los obstáculos que impiden a los miembros de los grupos minusvalorados (en el caso, a las mujeres) llegar a tal proceso en igualdad de condiciones¹⁴. Se inscriben aquí medidas tales como los programas de formación específicos para mujeres, o la preferencia en el acceso a cursos de promoción, la inclusión de mujeres en los equipos de selección de personal, la concesión de subvenciones o beneficios fiscales a empresas con políticas de igualdad, la priorización de tales empresas en la contratación pública, la depuración en los currículos de los criterios sexistas... Igualmente, y en la medida en que mejoran la competitividad de las mujeres en el mercado de trabajo, son medidas de acción positiva las orientadas a facilitar la conciliación entre la vida laboral y la familiar, aquellas que incentiven la corresponsabilidad de los hombres en el trabajo doméstico¹⁵.

Las acciones positivas de incentivación han sido declaradas reiteradamente por el Tribunal Constitucional, al amparo del artículo 9.2 CE, como medidas objetivamente aptas para conseguir una finalidad legítima: la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En la STC 128/1987 de 16 de julio, en que se declara la constitucionalidad del régimen de prestaciones de guardería del insalud, exclusivo de las trabajadoras con hijos de menos de seis años, el Tribunal hace un cuidadoso análisis del elemento de diferenciación que justifica el tratamiento especial dado a las trabajadoras. Lejos de radicar exclusivamente en el sexo o en la perversa consideración de que la mujer tenga superiores obligaciones que el hombre respecto a los hijos,

a diferenciación reside en que existe unha innegable e maior dificultade para a muller con fillos de curta idade para incorporarse ao traballo ou para permanecer nel, dificultade que ten orixes moi diversas, pero que coloca a esta categoría social nunha situación de feito claramente desvantaxosa respecto aos homes na mesma situación. En tanto, pois, esta realidade perdure, non poden considerarse discriminatorias as medidas tendentes a favorecer o acceso ao traballo dun grupo en situación de clara desigualdade social, e que traten de evitar, facilitando a utilización de garderías, que unha práctica social discriminatoria se traduza nun alonxamento do traballo da muller con fillos pequenos.

Por tal razón, el tratamiento desigual otorgado al hombre no constituye una discriminación prohibida por el artículo 14 CE,

senón, polo contrario, unha medida destinada a paliar a discriminación sufrida por ese conxunto social e que responde ao mandato constitucional, contido no artigo 9.2 do texto fundamental. Non hai en consecuencia, vulneración del principio de igualdade ao darse tratamentos diferentes a suxeitos en situacións que resultan distintas, de acordo con criterios razoables a xuízo deste Tribunal (fundamento xurídico décimo)¹⁶.

El análisis de la razonabilidad de las causas subyacentes a la diferencia de trato permite al Tribunal establecer en esta sentencia la distinción entre las medidas de acción positiva, conformes y aún impuestas por el principio de igualdad, y las medidas protectoras del trabajo femenino, que recogen, en apariencia, una ventaja para la mujer, pero que, lejos de lograr un objetivo de igualdad, perpetúan y reproducen en la práctica la posición de inferioridad social de la población femenina (fundamento jurídico séptimo). Las medidas o normas protectoras carecen de justificación objetiva y razonable, en tanto responden a una consideración de la mujer como ser inferior y abocado a la vida doméstica, y no guardan adecuación alguna con la finalidad de promoción de la igualdad real y efectiva entre hombre y mujeres.

Piénsese en la regulación que condiciona la pensión de viudedad del varón a un requisito no exigido a las viudas: encontrarse incapacitado para el trabajo y vivir a cargo de la esposa fallecida¹⁷. O en las normas que presuponen la debilidad de la mujer, estableciendo especialidades en materia de trabajo nocturno¹⁸, o impidiendo su acceso a determinadas profesiones¹⁹.

La correcta distinción entre medidas legítimas de diferenciación y medidas falsamente protectoras debe estar presente en el desarrollo del artículo 11 de la LOI, que, como apuntábamos, legítima para la adopción de las primeras a poderes públicos y particulares. Pero, más allá de la habilitación general contenida en el precepto, la ley para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres contiene a lo largo de su articulado un importante número de medidas de incentivación que se proyectan en muy diversas áreas de intervención. Así, en materia de acción administrativa para la igualdad (título II, capítulo II), junto al establecimiento de normas programáticas habilitantes de un futuro desarrollo reglamentario de medidas de promoción de la igualdad en materia de educación (artículos 23 a 25), creación y producción artística e intelectual (artículo 26), salud (artículo 27), sociedad de la información (artículo 28), deportes (artículo 29), desarrollo rural (artículo 30), políticas de ordenación territorial y vivienda (artículo 31) y cooperación para el desarrollo (artículo 32), la ley prevé medidas concretas que se aplican tanto en el ámbito de la contratación de las administraciones públicas —inclusión en las condiciones de ejecución de los contratos de medidas de promoción de la igualdad (artículos 33 y 34.1) y establecimiento de cláusulas de preferencia en la adjudicación de contratos a las empresas que promuevan la igualdad en el trabajo (artículo 34.3)— como de las subvenciones públicas —inclusión en las bases reguladoras de la subvención de la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes (artículo 35).

En materia de igualdad de oportunidades en el trabajo, y al margen de posibles medidas establecidas mediante negociación colectiva (artículo 43), el título iv recoge ejemplos típicos de acción positiva, como conceder prioridad a las mujeres en el acceso a los programas de inserción laboral (artículo 42.2); la previsión de una regulación de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral que fomente la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares (artículo 44)²⁰; la imposición a las empresas del deber de elaboración de planes de igualdad y de la adopción de medidas específicas de prevención del acoso sexista (artículos 45 a 49)²¹, o la concesión de un distintivo empresarial en materia de igualdad, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial y con fines publicitarios (artículo 50)²².

Ya en materia de empleo público, pueden verse medidas de concienciación en el artículo 61 (sobre formación para la igualdad), mientras que la idea de promoción se encuentra en los artículos 53 y 54 (sobre la presencia equilibrada de mujeres en los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado), 56 a 59 y 60.1 (sobre conciliación de la vida laboral y familiar) y 60.2 (sobre reserva de plazas a las empleadas públicas en cursos de formación para la promoción profesional).

3.2. Acciones positivas intensas o de discriminación inversa

Las denominadas, no sin cierto prejuicio, medidas de discriminación inversa o positiva²³ consisten en la reserva de plazas o cuotas a determinados grupos minusvalorados para posibilitarles el acceso a bienes escasos de la sociedad (puestos de trabajo, listas electorales, contratos con la Administración, plazas universitarias...). A diferencia de las medidas de acción positiva moderada, las medidas ahora analizadas suscitan para una parte de la doctrina pro-

blemas de constitucionalidad, basándose en el presupuesto de que se genera un daño directo a miembros concretos e individualizados del grupo no beneficiado, que dejan de obtener el bien ambicionado²⁴.

No creo que el juicio de constitucionalidad de las medidas analizadas deba apartarse de lo establecido con carácter general por el Tribunal Constitucional, en la interpretación conjunta de los artículos 14 y 9.2 de la Constitución. Siempre que se constate la existencia de una igualdad patente que, partiendo de la igualdad entre sexos, no tiene más causa que la discriminación histórica del grupo, medidas como la reserva porcentual de plazas o la preferencia de la mujer en caso de empate deben ser valoradas en términos de adecuación y proporcionalidad. El primero de estos parámetros de constitucionalidad evidenciará la especial potencialidad de estas medidas en la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres²⁵, mientras que el juicio de proporcionalidad exigirá la valoración de la entidad real de la «carga» producida sobre miembros concretos del colectivo dominante, a fin de evitar la producción de un mal mayor de aquel que se trata de corregir²⁶.

A diferencia de las acciones positivas moderadas, no existían en España hasta la aprobación de la LOI medidas de discriminación positiva de la mujer de ámbito estatal²⁷. Más rica es la experiencia previa en el ámbito autonómico. Las Comunidades de Baleares y Castilla-La Mancha introdujeron en el año 2002 la paridad electoral²⁸, mientras que la Ley Gallega de 16 de junio de 2004 para la Igualdad de Mujeres y Hombres estableció medidas de preferencia de la mujer en materia de acceso al empleo público en los cuerpos, escalas, grupos o categorías con una representación femenina inferior a la masculina en veinte puntos porcentuales (artículo 37). El País Vasco, en la Ley de 18 de febrero de 2005 para la Igualdad de Mujeres y Hombres, estableció tanto medidas de preferencia de la mujer en el acceso al empleo público en los cuerpos y categorías con una representación femenina inferior al 40% (artículo 20) como la paridad en materia de participación sociopolítica (artículo 23), con la consiguiente reforma de las leyes vascas de gobierno, de elecciones al Parlamento Vasco y de elecciones a las Juntas Generales de los territorios históricos de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa (disposiciones finales tercera a quinta). El Tribunal Constitucional tendrá la ocasión de pronunciarse sobre esta última ley, en la resolución del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el grupo parlamentario popular en el Congreso, en relación con los artículos 3.7.II, 20.4 b), 5, 6 y 7, la disposición final segunda, apartado dos, y las disposiciones finales cuarta y quinta.

Así las cosas, la ley que ahora analizamos constituye una auténtica revolución, pues, más allá de la habilitación general del artículo 11, introduce, de manera directa, la idea de paridad en las diferentes facetas de las relaciones sociales que regula, señaladamente, en los ámbitos de la actuación administrativa, de las relaciones laborales y de la participación política.

La noción central en la articulación de estas medidas es la de composición, participación o representación equilibrada, definida en la disposición adicional primera de la ley como la presencia de mujeres y hombres de forma tal que, en el conjunto al que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento.

3.2.1. Administración y empleo público

El artículo 14.4 de la ley recoge entre los criterios generales de actuación de los poderes públicos, la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones. El segundo de los mandatos contenidos en el precepto, que centra ahora nuestra atención, se traduce en la implantación de la paridad en los nombramientos

tos realizados por los poderes públicos, idea que se desenvuelve a lo largo de varios preceptos de la ley, tanto de carácter sectorial, en sede de política educativa, sanitaria, artística y cultural²⁹, como de vocación general. Así, en materia de políticas públicas, y según el artículo 16, «los poderes públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que le correspondan». El carácter programático del precepto («procurarán atender») contrasta con la imperatividad de los artículos 52 y 54 de la ley que, en sede de igualdad en el empleo público, compelen al Gobierno y a la Administración General del Estado, respectivamente, a atender al principio de presencia equilibrada en el nombramiento de las personas integrantes de los órganos directivos de la Administración (artículo 52) y en la designación de los representantes de esta en órganos colegiados, comités de expertos y consultivos nacionales e internacionales, y en los nombramientos que le competa realizar en los consejos de administración de las empresas participadas por ella (artículo 54). Parece así que la paridad se impone en los órganos colegiados y se busca en lo que respecta a los cargos unipersonales.

Sea como fuese, debe observarse que el principio de representación equilibrada rige con relación a los cargos y puestos de la Administración a los que se accede por decisión discrecional de los órganos superiores, y no ya mediante la superación de pruebas objetivas. El legislador español opta así por renunciar al establecimiento de medidas de discriminación positiva en el acceso y promoción dentro de la Función Pública, cuando no parece que existan dificultades reales de orden constitucional para introducirlas.

Como ya se ha apuntado, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 269/1994, de 3 de octubre, admitió la constitucionalidad de un sistema de reserva de plazas a favor de personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, en aplicación de los artículos 9.2 y 1.1 CE. Según el Tribunal, el tratamiento preferente de personas que se encuentran en condiciones desfavorables de partida no atenta al principio de igualdad consagrado en el artículo 14, sino que, por el contrario, lo hace posible, sin restringir el derecho de quien oposita a plazas de turno libre, ni eximir a los sujetos favorecidos con la reserva de la obligación de poner de manifiesto su aptitud para el desempeño de las plazas, garantizando así el principio de eficiencia de la Administración en la gestión de los intereses generales (artículo 103.1 CE).

Más rica es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia, que ha evolucionado hacia la aceptación —si bien restringida— de medidas de trato preferente de la mujer en el acceso a puestos de la Administración en ámbitos en que aquella está infrarrepresentada³⁰. En un primer pronunciamiento (sentencia de 17 de octubre de 1995, asunto C-450/93, Kalanke/Freie Hansestadt Bremen) la Corte rechazó la compatibilidad del derecho comunitario (concretamente, del artículo 2, apartados 1 y 4 de la Directiva 76/207) con la normativa nacional que, en caso de idéntica capacitación de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción, concedía automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en que las mujeres estuviesen infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando aquellas no cubran por lo menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trate. Para el tribunal, la norma garante de la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción no constituye una medida de fomento de la igualdad de trato, pues sustituye la igualdad de oportunidades por el resultado, excediendo los límites de la habilitación contenida en el entonces artículo 4.2 de la directiva.

La extraordinaria repercusión mediática y doctrinal, mayoritariamente crítica, que produjo la sentencia Kalanke en Europa³¹ condicionó sin duda la jurisprudencia posterior del Tribunal, que sólo dos años después (sentencia de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95, Marschall/Land Nordrhein-Westfalen) matizará su criterio. En caso de igualdad de capacitación, la Ley del Land Renania del Norte-Westfalia obligaba a conceder preferencia a las candidatas femeninas en la promoción en sectores de actividad de la Administración con menor número de mujeres, «salvo que concurran en la persona del candidato motivos que inclinen la balanza a su favor». En esta «cláusula de apertura» justifica el Tribunal la legitimidad de la norma, pues excluye la preferencia absoluta e incondicional de la mujer, y:

a diferenza do que ocurría coa normativa examinada na sentenza Kalanke (...), garante aos candidatos masculinos con igual capacitación que as candidatas femininas, que as candidaturas serán obxecto dunha apreciación obxectiva que teña en conta todos os criterios relativos á persoa dos candidatos de ambos sexos e ignore a preferencia concedida ás candidatas femininas cando un ou varios deses criterios fagan que a balanza se incline a favor do candidato de sexo masculino. Non obstante, debe lembrarse, a este respecto, que tales criterios non poderán ser discriminatorios en prexuízo das candidatas femininas (cdo. 33).

La doctrina sentada en la sentencia Marschall será retomada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en respuesta dada a la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas en el caso resuelto por la sentencia de 28 de marzo de 2000 (asunto C-158/97, Badeck y otros)³². Para la Corte, el artículo 2, apartados 1 y 4 de la directiva, no se opone a una normativa nacional que, en sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas, y existiendo igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas «siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior»³³. La regla de la prioridad establecida no tiene carácter absoluto e incondicional, en el sentido proscrito por la sentencia Kalanke, de ahí que deba sostenerse su compatibilidad, en la medida en que «garanta que as candidaturas son obxecto dunha apreciación obxectiva que teña en conta situacións particulares de natureza persoal de todos os candidatos» (CDO, 38)³⁴.

3.2.2. Relaciones laborales y responsabilidad social de las empresas

En materia de igualdad de oportunidades en el trabajo, la ley, tan rica en la adopción de medidas de acción positiva moderada, establece una sola medida de discriminación inversa, sin perjuicio de admitir el establecimiento de cualquier tipo de acción por vía de negociación colectiva (artículo 43). La medida contemplada directamente por la ley se recoge en el artículo 75, destinado a las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada, que «procurarán incluir no seu consello de administración un número de mulleres que permita acadar unha presenza equilibrada de mulleres e homes no prazo de oito anos a partir da entrada en vigor desta lei»³⁵.

La expresión utilizada por el legislador, unida a la ausencia de una norma que determine la sanción aplicable a los empresarios que incumplan la regla establecida, conducen a excluir el carácter imperativo de esta³⁶. Quizás se pretenda así conciliar la norma con el principio de libertad de empresa, que implica la libertad de organización por el empresario (artículo 38 CE). Pero tal proceder resulta injustificado. Los artículos 9.2. y 38 no gozan del mismo rango constitucional, y, por el valor simbólico del trabajo, los empresarios son sujetos que pueden colaborar especialmente en la consecución de niveles de igualdad real y en la promoción de

colectivos tradicionalmente marginados³⁷. Como se ha puesto de relieve, las medidas de discriminación inversa no interfieren en la competitividad de la empresa, y corrigen la inercia producida por la exclusiva valoración del mérito, en la consecución de lo cual subyacen muchas veces criterios sexistas³⁸.

3.2.3. La paridad electoral

La disposición adicional segunda de la Ley de Igualdad modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, al objeto de introducir la necesidad de composición equilibrada en las candidaturas que se presenten para las elecciones de los diputados al Congreso, municipales y de miembros de los concejos insulares y de los cabildos insulares canarios, diputados al Parlamento europeo y miembros de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. De acuerdo con el nuevo artículo 44 bis de la ley electoral, tales candidaturas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento, manteniendo tal proporción mínima en cada tramo de cinco puestos. La regla no se cumple en el caso de las candidaturas que se presenten en los municipios con un número de residentes igual o inferior a 5000 habitantes³⁹. En las elecciones al Senado, las candidaturas que se agrupen en listas deberán tener una composición de mujeres y hombres lo más próxima posible al equilibrio numérico.

Las cuotas orientadas a alcanzar la igualdad real en la participación política constituyen quizás el terreno más espinoso en materia de acción positiva. Al margen de los reparos de oportunidad política que algunos le achacan, desde la perspectiva constitucional se vienen oponiendo tres argumentos básicos: la indivisibilidad de la soberanía y la representación política, el derecho individual al sufragio pasivo, y la libertad de actividad de los partidos políticos⁴⁰.

Los detractores de la cuota electoral niegan, en primer término, su compatibilidad con el concepto de representación asumido por el Estado democrático, en que todos los diputados representan a todos los ciudadanos, y no ya a un grupo social en especial. Desde esta perspectiva, la distinción entre candidatos, sea por su sexo, sea por cualquier otra característica, constituye una lesión a la unidad del cuerpo electoral y, en consecuencia, a la indivisibilidad de la soberanía, de la que aquel es titular (artículo 1.2 CE)⁴¹.

El reparo a la paridad electoral representado por la fragmentación de la soberanía y la representación resulta poco convincente, como también parecen serlo las críticas que ha recibido por la mayoría de la doctrina constitucionalista⁴². Las cuotas electorales femeninas no buscan la creación de un nuevo cuerpo electoral que articule una representación diferenciada de las mujeres, dividiendo en dos la titularidad de la soberanía. En la medida en que afectan exclusivamente al sufragio pasivo, operan en el plano de la elección de los representantes, no ya en el del sujeto representado, que sigue siendo único⁴³.

El segundo de los argumentos esgrimidos contra las leyes de la paridad electoral viene dado por el derecho fundamental al sufragio pasivo o derecho a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad, consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución española. En opinión de los detractores de las cuotas electorales, su establecimiento limita, por razón de sexo, el derecho de cualquier ciudadano a presentarse como candidato electoral⁴⁴.

Nuevamente el argumento puede ser rebatido, pues, tal y como prevé la propia norma constitucional, el derecho de sufragio pasivo debe ser ejercido en la forma establecida por las leyes, que legítimamente podrán modalizarlo, estableciendo condiciones o requisitos que no resulten arbitrarios o no razonables⁴⁵. La tensión entre igualdad formal y real late de nuevo

en la interpretación de las «condiciones de igualdad», en que el derecho al sufragio pasivo debe ser ejercido, sin que exista razón alguna para apartarse aquí de la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, en cuanto permite el trato desigual orientado a alcanzar mayores cuotas de igualdad real. Máxime si tenemos en cuenta que el mandato contenido en el artículo 9.2, expresamente postula la consecución de la plena participación de todas las ciudadanas y ciudadanos en la vida política⁴⁶.

En el sentido apuntado, se ha advertido que la reserva en las listas electorales no violenta el contenido esencial (barrera infranqueable del legislador, *ex* artículo 53 CE) del derecho fundamental al sufragio pasivo, pues este no se traduce en el derecho individual de cualquier persona a incorporar una candidatura, en la medida en que la decisión se encuentra en último término en los partidos y grupos que elaboran las listas, cerradas y bloqueadas⁴⁷.

El argumento entronca con la tercera de las críticas recibidas por la paridad electoral impuesta por la ley: la lesión del derecho de los partidos políticos a presentar los candidatos que libremente deseen, con vulneración del derecho de asociación (artículo 22), de ideología (artículo 16.1) y de libertad en el ejercicio de su actividad (artículo 6)⁴⁸. Resulta difícil imaginar en qué puede afectar la paridad electoral a la libertad ideológica de un partido, salvo que nos refiramos a una ideología poco digna de ser defendida. Ya en lo que se refiere a la libertad de actividad, en relación con el derecho fundamental de asociación, debe advertirse que la naturaleza asociativa de los partidos no excluye su sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, derivada del artículo 9.1 de la CE y expresamente sancionada por el artículo 2 de la Ley Orgánica de 22 de marzo de 2002, reguladora del derecho de asociación. Las asociaciones encuentran en los derechos fundamentales y, en particular en la igualdad básica de los ciudadanos —que puede y deber ser la real—, un límite constitucional a su poder de autoorganización⁴⁹. Máxime cuando se trata de asociaciones como los partidos políticos, cuya función esencial en el establecimiento de los órganos constitucionales los dota de una indiscutible relevancia pública, que explica sus características de estructura interna y funcionamiento (necesariamente democráticos) y de financiamiento, principalmente público⁵⁰.

Con los argumentos puestos en juego, el Tribunal Constitucional deberá pronunciarse próximamente sobre la constitucionalidad de las cuotas electorales instauradas por la LOI, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Popular en el Congreso. Entre tanto, debe llamarse la atención sobre la sentencia 127/2007, de 22 de mayo en la que se deniega el recurso de amparo electoral solicitado por el cabeza de lista de la candidatura de Falange Española de las JONS en el municipio de Brunete, integrada por diez mujeres y tres hombres, y no proclamada por la Junta Electoral de zona, por incumplimiento del requisito de composición equilibrada de sexos impuesta por el artículo 44 bis de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. Aunque el recurso se deniega por resultar constatado que el partido incumplió deliberadamente las exigencias de la norma citada, el Tribunal Constitucional apunta, *obiter dictum*, el valor del artículo 44 bis citado como «expresión dunha política de promoción da igualdade efectiva entre homes e mulleres, en principio constitucionalmente admisible», y rechaza expresamente la petición del recurrente de formulación de cuestión interna de inconstitucionalidad de la normativa aplicada, «posto que non nos asaltan, neste concreto procedemento e nos limitados termos nos que debemos enxuzala, dúbidas sobre a adecuación á norma suprema dos preceptos contidos no artigo 44 bis da Lei orgánica de réxime electoral xeral».

Notas

- 1 La doctrina contenida en esta sentencia será aplicada reiteradamente por el TJCE, para proscribir cualquier fórmula de discriminación indirecta, en particular, la derivada de la negación o disminución de derechos a los trabajadores a tiempo parcial, mayoritariamente de sexo femenino. Pueden verse, entre otras, las sentencias de 13 de diciembre de 1989, sobre cálculo del subsidio por incapacidad laboral; de 7 de febrero de 1991 sobre promoción a un nivel retributivo superior, con exigencia del doble del período de servicio a los trabajadores a tiempo parcial; de 7 de marzo de 1996, sobre diferencias de compensación por cargo sindical; de 10 de febrero de 2000, sobre exclusión de una pensión de jubilación complementaria o de 10 de marzo de 2005, sobre exclusión de diversas ventajas sociales.
 - 2 La doctrina de la discriminación indirecta subyacente a las diferencias salariales injustificadas entre categorías profesionales, en perjuicio de las ejercidas mayoritariamente por mujeres, se reitera en las stc 58/1994, de 28 de febrero y 147/1995, de 16 de octubre. Asimismo, en aplicación de la noción de discriminación indirecta, el TC estimará discriminatoria la conducta empresarial consistente en exigir el título de fp-2 para realizar funciones que objetivamente no lo requieren, lo que supuso en el caso, la contratación en un año de 120 hombres y ninguna mujer (stc 41/1999, de 22 de marzo); anulará la resolución por la que se deniega la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos solicitada por una funcionaria interina (stc 240/1999, de 20 de diciembre); declarará la nulidad del artículo 12.4.2 del Estatuto de los Trabajadores, que establecía el cómputo exclusivo de las horas trabajadas a efectos de determinar los períodos de cotización de las prestaciones de la Seguridad Social, en perjuicio de los trabajadores a tiempo parcial, mayoritariamente mujeres (stc 253/2004, de 22 de diciembre), y anulará las resoluciones judiciales que, por idéntica razón y en aplicación de la normativa entonces vigente, deniegan la procedencia de la prestación por invalidez permanente (stc 49/2005, de 14 de marzo) o de la pensión de jubilación (stc 50/2005, de 14 de marzo).
 - 3 Si bien inicialmente el TJCE relegó al juez nacional la apreciación de la justificación objetiva de la medida (vid. la citada sentencia de 13 de mayo de 1986, apartados 35 y 37), en sentencias posteriores entrará a valorar de modo directo su concurrencia. Así, en la sentencia de 14 de diciembre de 1995 (Megner y Scheffel/ Innungskrankenkasse Vorderpfalz), estima que no contradice el principio de igualdad, la normativa alemana que excluye del régimen general de pensiones los empleos de corta duración, a pesar de afectar mayoritariamente a mujeres, por responder a un principio estructural del régimen alemán de Seguridad Social (equivalencia entre cotizaciones y prestaciones). En la sentencia de 9 de septiembre de 2003 (asunto C-25/2002, Katharina Rinde/Ärzttekammer Hamburg), el Tribunal estima justificada (pese a su negativa repercusión sobre las trabajadoras femeninas) la exigencia de formación a tiempo completo en un consultorio de medicina general para la obtención del título de médico general, entendiendo que la medida se adecúa a la finalidad perseguida de garantizar una correcta preparación para el ejercicio de la medicina general, al permitir la adquisición de la práctica necesaria en el seguimiento de la evaluación de las patologías de los pacientes y de acumular más experiencia en las distintas situaciones que se pueden presentar. Ya en la sentencia de 3 de octubre de 2006 (asunto C-17/05, B. F. Cadman/ Health & Safety Executive), el Tribunal descarta incluso la necesidad de justificar la idoneidad del criterio de antigüedad para fijar las retribuciones, aunque de su aplicación pudieran resultar disparidades retributivas entre hombres y mujeres.
 - 4 La responsabilidad penal procedente en caso de delito o falta y la indemnización pecuniaria reparadora de los daños y perjuicios en todos los casos.
 - 5 Vid. Las disposiciones adicionales 13 —que modifica la Ley de Procedimiento Laboral, introduciendo como contenido de la sentencia que pone fin a los procesos de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales la orden de cese inmediato de la conducta y la reparación, incluso económica, de sus consecuencias, que se declara compatible con la indemnización que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo—, 14 —que reforma la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, introduciendo como falta grave el incumplimiento de la realización de los planes de igualdad y como muy grave la realización de conductas discriminatorias—, y 25 —que modifica el artículo 34 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, introduciendo como infracción sancionable la conducta discriminatoria en el acceso a los bienes y a las prestaciones de servicios.
 - 6 Pese a la previsión del artículo 53.2 de la Constitución de un: «procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» ejercitable ante la jurisdicción ordinaria, el desarrollo legal del conocido como «recurso judicial» se ha realizado mediante la regulación de diversos procesos especiales, de acuerdo con la distinta naturaleza de las relaciones sociales en que puede surgir el conflicto que aquellos deben resolver. En este sentido, existen procesos específicos para la protección de los derechos aludidos por el artículo 53.2. en el orden contencioso-administrativo (artículos 114 y 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) y social (artículos 175 a 182 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral), y especialidades procesales en el orden civil (artículo 249.1.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Sobre la materia, puede verse la interesante obra de Carrasco, M. 2002. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*. Madrid.
 - 7 La ley no introduce modificaciones en el artículo 17.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, que reconoce legitimación a los sindicatos de trabajadores para la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios, lo que incluye cualquier proceso en que estén en juego los intereses colectivos o supraindividuales de los trabajadores, señaladamente, el conflicto colectivo (artículo 152 a), la impugnación de convenios colectivos (artículo 163.1) y el proceso de tutela de la libertad sindical y los derechos fundamentales, cuando la lesión alcanza una dimensión colectiva, y afecta grupos genéricos de trabajadores (vid., sts de 25 de enero de 1999, rj 1999, 897). Tampoco se ha modificado el artículo 20, que legitima a los sindicatos para actuar en un proceso en nombre e interés de los trabajadores afiliados a ellos, en defensa de sus derechos individuales, ni el 175.2, que reconoce la legitimación del sindicato para intervenir como coadyuvante en los procesos de tutela de la libertad sindical incoados por el trabajador lesionado.
- Por otro lado, la Ley General de Publicidad regula en su artículo 25 y en la disposición adicional única, la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación de la publicidad ilícita por la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer, que otorga a la delegación especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer, al Instituto de la Mujer y a los órganos autonómicos equivalentes, a las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objeto la defensa de la mujer y a los titulares de un derecho o interés legítimo.

- 8 Debe observarse que la limitación apuntada no opera en el ámbito del proceso laboral, donde la defensa por parte de los sindicatos de los intereses colectivos de los trabajadores, amparada en el artículo 17.2 de la LPL, alcanza tanto los intereses colectivos stricto sensu (esto es, de un grupo de trabajadores determinado o determinable) como los difusos (en que el grupo de afectados resulta indeterminable).
- 9 A partir de la stc 38/1981, de 23 de noviembre, en que se cuestionaba un juicio por despido que el recurrente consideraba discriminatorio y atentatorio contra la libertad sindical, el Tribunal Constitucional inicia una doctrina, seguida sin solución de continuidad, en base a la cual, en materia de relaciones laborales, corresponde al actor aportar indicios acreditativos de la existencia de discriminación, pesando sobre el empresario la prueba del carácter razonable y no discriminatorio de la medida o del despido. La regla cristalizaría en los artículos 96 (sobre discriminación por razón de sexo) y 178.2 (sobre la tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales) de la Ley de Procedimiento Laboral aprobada por Real Decreto Legislativo, de 27 de abril de 1990, cuya redacción se mantiene en los artículos 96 y 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral vigente. A nivel comunitario, y precedida por la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, la regla se sancionará en la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. El artículo 4.1 de la Directiva compelió a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que, cuando la persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad presente hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada probar que no hubo vulneración al principio de igualdad de trato. No obstante, la norma comunitaria tiene carácter de mínimos, permitiendo a los Estados miembros adoptar un régimen probatorio más favorable a la parte demandante (artículo 4.2).
- 10 Baste señalar que la ley no reforma los artículos 96 y 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, que recogen la necesaria acreditación por la parte actora de la existencia de indicios de discriminación.
- 11 Así, por ejemplo, la coincidencia temporal entre el conocimiento por el empresario del estado de embarazo de la trabajadora y la extinción del contrato de trabajo (vid., stc 17/2003, de 30 de enero; stc 175/2005, de 4 de julio) o el cese en el puesto de trabajo de libre designación (stc 98/2003, de 2 de junio). Una severa crítica a la obstrucción a la justicia representada por el rigor con que los tribunales aprecian la prueba de indicios en los procesos por acoso sexual en el trabajo puede verse en Balaguer, M.^a L. 2005. *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. Madrid, pp. 221-227.
- 12 Debe observarse que la norma recoge los supuestos a los que el Tribunal Constitucional viene supeditando, con mayor o menor claridad, la legitimidad de las acciones positivas. En la medida en que constituyen un tratamiento normativo desigual, el Tribunal Constitucional las somete a un test de constitucionalidad, que permite establecer la frontera entre la discriminación prohibida por el artículo 14 CE y la diferenciación admisible, objetiva y razonable. En primer término, la justificación objetiva de la medida requiere la constatación de la existencia de situaciones de desigualdad fáctica, jurídicamente relevantes, que reclaman un tratamiento diverso. En segundo término, la razonabilidad de la medida exige su adecuación y proporcionalidad a la finalidad perseguida, la promoción de la igualdad real y efectiva del individuo y de los grupos (artículo 9.2). En el sentido apuntado pueden verse, entre otras las sstc 216/1991, de 14 de noviembre (fundamento jurídico quinto); 28/1992, de 9 de marzo (fundamento jurídico tercero); 229/1992, de 14 de diciembre (fundamentos jurídicos segundo y tercero), donde se defiende la existencia de un «derecho desigual igualatorio». En la doctrina, vid. Montilla, J. A., 1997. «El mandato constitucional. Su integración con el principio de igualdad», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, 1. Tecnos, pp. 437-463.
- 13 Al margen de la clasificación quedarían las medidas de concienciación, que pretenden crear un estado de opinión o una sensibilización de cara al problema (recogida y actualización de datos para conocer el nivel de respeto a la igualdad en diferentes ámbitos; acciones de sensibilización dirigidas a los agentes sociales o a las personas que definen en las empresas la política de personal y recursos humanos...). Vid., García, J. 1999. «El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2, pp. 6-7, donde propone una clasificación más detallada de las acciones afirmativas, entre las que distingue las medidas de incentivar, las medidas de discriminación inversa o positiva (baremación específica para mujeres, cuotas o reserva de plazas) y las medidas de trato preferencial de la mujer, ante situaciones de partida semejantes.
- 14 La definición está tomada de Giménez, D. 1999. *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Tiran lo Blanch, p. 76.
- 15 Las medidas de acción positiva moderada cuentan ya con una importante tradición en España. Normativamente, pueden encontrarse interesantes ejemplos en las leyes autonómicas de igualdad, anteriores a la propia ley estatal. Así, ciñéndonos a la Ley 7/2004 de 16 de julio gallega para la igualdad de mujeres y hombres, pueden verse medidas como las relatadas en los artículos 22 (sobre plan de empleo femenino), 23 (sobre el apoyo institucional a las empresas con planes de igualdad, consistente en el otorgamiento de subvenciones directas y en la concesión de un distintivo de excelencia), 35 (sobre el control del impacto de género de los requisitos exigidos en las ofertas de empleo público), 36 (sobre composición paritaria de los tribunales examinadores), 37 y 45 (de promoción del ejercicio de los derechos de conciliación, mediante la valoración específica de la utilización de licencias y permisos vinculados a la maternidad y a la paternidad, tanto en las pruebas de promoción interna como en el acceso preferente a cursos formativos organizados por la Administración Pública gallega) o los artículos 41, 42, 43, 44 y 46 (sobre conciliación de la vida laboral y familiar en la Administración).
- 16 La doctrina expuesta se retoma en las sstc 109/1993, de 25 de marzo y 187/1993, de 14 de junio, que declaran la constitucionalidad del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores (en su redacción anterior a la Ley 39/1999), en que se limitaba a las madres trabajadoras la reducción de la jornada por lactancia. Para el Tribunal, la justificación de que el permiso cuestionado se otorgase a la madre trabajadora sin mencionar al padre encuentra un fundamento objetivo y razonable en la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquella tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, revelada por datos estadísticos (tales como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esa circunstancia, a diferencia de los varones). A partir de tal premisa, el precepto cuestionado no vulnera el derecho del hombre a la igualdad en las condiciones de trabajo respecto de la mujer, ni debe considerarse discriminatorio por razón de sexo (fundamento jurídico sexto de la stc 109/1993). Pese al contenido del fallo, el propio Tribunal advierte del riesgo de que las medidas destinadas a remover obstáculos que impiden la igualdad real en el trabajo puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares (fundamento jurídico quinto). Tanto el caso como la solución dada por el TC guardan gran similitud con lo resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia de 19 de marzo de 2002 (asunto C-476/99, Lommers/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij), en la que el Tribunal estima conforme a la igualdad de trato, el

programa del ministerio holandés de agricultura que ponía a disposición del personal femenino un número determinado de plazas de guardería, en la medida en que tiende, de forma razonable y proporcional, a mejorar la competitividad de las mujeres en el mercado de trabajo.

- 17 Vid. La stc 103/1983, de 22 de noviembre, que declara la nulidad del entonces artículo 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social. Para el Tribunal, las exigencias adicionales del derecho de pensión de los viudos constituyen una discriminación por razón de sexo, con vulneración del artículo 14 CE, pues suponen dar un trato diferente a situaciones iguales, entre las que no existe más factor diferencial que el sexo de la persona. Como señala en el fundamento jurídico quinto, «deben considerarse iguales os supostos de feito cando a introdución nun deles dun elemento ou factor que permita diferencialo doutro deba considerarse falta dun fundamento racional e —sexa por ende arbitraria— por non ser tal factor diferencial necesario para a protección dos bens e dereitos buscada polo lexislador. Desta sorte, dúas situacións consideradas como supostos de feito normativos son iguais se o elemento diferenciador debe considerarse carente da suficiente relevancia e fundamento racional».
- 18 En la stc 81/1982, de 12 de diciembre, el Tribunal sostiene la nulidad del artículo 50.2 de la ordenanza reguladora del trabajo de los ayudantes técnicos sanitarios de la Seguridad Social, que valora como extraordinarias las horas trabajadas el domingo por el personal femenino, mientras se le computan en el cupo de las 42 horas semanales al personal masculino. En sentido análogo, la stc 28/1992, de 9 de marzo, anula la norma del convenio colectivo de la CTNE, que otorgaba a las mujeres un plus de peligrosidad para el transporte nocturno, estimando que se trata de una medida protectora del trabajo femenino que puede suponer un obstáculo para el acceso al trabajo en condiciones de igualdad con los varones. La norma parte de una noción diferenciadora de la mujer constitucionalmente ilegítima, al suponerla sujeta a unos riesgos que nunca amenazan al varón (fundamento jurídico tercero).
- 19 Puede verse la interesante stc 216/1991, de 14 de noviembre, en la que se estima el derecho negado por el Ministerio de Defensa a una mujer para realizar las pruebas de acceso a la carrera militar. Tras reconocer que no todo trato diferenciador resulta desde la perspectiva del artículo 14 CE, discriminatorio, el Tribunal exige su establecimiento «consonte a criterios fundados e razoables, de acordo con xuízos de valor xeralmente admitidos», entre los que nos se encuentran las diferencias de orden fisiológico y de permanente disponibilidad para el servicio de las mujeres, ni las especialidades de las actividades operativas y de combate, ni la necesidad de adaptación previa de la infraestructura de los ejércitos, invocados por el abogado del Estado. La idea de la exclusión de la presunta inferioridad femenina como causa de diferenciador vuelve a aparecer en la stc 229/1992, sobre la prohibición del trabajo femenino en las minas «O mandato de non discriminación por sexo do artigo 14 CE, conseqüente co principio de igualdade de dereitos entre homes e mulleres, esixe dende logo eliminar aquelas normas xurídicas que (coa salvedade do embarazo e a maternidade) aínda que historicamente respondesen a unha finalidade de protección da muller como suxeito fisiolóxicamente máis débil, supoñen refrendar ou reforzar unha división sexista de traballos e funcións mediante a imposición ás mulleres de límites aparentemente vantaxosos pero que lles supoñen unha traba para o seu acceso ao mercado de traballo» (fundamento jurídico cuarto).
- 20 Se reconocen, a tal fin, el derecho a un permiso y a una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de la Seguridad Social (artículo 44 y disposición adicional 11).
- 21 La elaboración y aplicación de los planes de igualdad será obligatoria en las empresas con más de 250 trabajadores, cuando así se establezca en convenio colectivo y cuando así lo imponga la autoridad laboral en un procedimiento sancionador seguido contra la empresa (artículo 45). En los demás supuestos, está prevista la adopción por parte del Gobierno de medidas de fomento para la consolidación de los planes, incluido el apoyo técnico necesario (artículo 49).
- 22 Como criterios para la concesión del distintivo se establecen: la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías, la adopción de planes de igualdad y otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de sus productos.
- 23 Una severa crítica a la denominación puede verse en Barrère, M. A. 2003. «La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión», Jornadas sobre Políticas Locales para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, Vitoria, del 11 al 13 de diciembre de 2002. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 9.
- 24 Especialmente receloso de su constitucionalidad se muestra F. Rey Martínez, en «El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», *La Ley*, 2000, pp. 1719 a 1733, esp. 1723 a 1726. De forma matizada, D. Giménez Gluck defiende la constitucionalidad de lo que denomina «discriminación inversa racionalizada», legitimada por la finalidad constitucionalmente deseable de redistribuir los bienes socialmente ambicionados en favor de grupos actualmente minusvalorados y por la proporcionalidad de la acción, que exige que la diferencia entre el sujeto seleccionado y el excluido sea mínima, y que los objetivos porcentuales reflejen la auténtica capacidad de los colectivos afectados de conseguir los bienes en disputa, de no mediar la discriminación que se pretende compensar (op. cit., pp. 153 a 205, 213 y 214). En sentido análogo, y postulando el cálculo de la cuota o del objetivo numérico en función de la proporción de mujeres no en el conjunto de la población, sino entre las personas que reúnen la cualificación exigida en el ámbito de que se trate, vid. Martín, M.ª A. 2002. *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Civitas, pp.109-189, en donde la autora hace un interesante análisis de las críticas de corte político y de los límites jurídicos de las medidas analizadas. Abiertamente a favor de la discriminación positiva se muestran Fernández, F. 1996. «El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento constitucional español», *Dereito*, 1 (5), pp. 85-129; M.ª L. Balaguer, *Mujer y Constitución...op. cit.*, pp. 128 a 138 y 255; J. Sevilla Merino, «Paridad y Constitución», en Género, Constitución y Estatutos de Autonomía, congreso internacional celebrado en Madrid, los días 4 y 5 de abril de 2005, pp. 19 a 32. Con relación a la constitucionalidad de las medidas que imponen la presencia equilibrada de ambos sexos en los puestos y órganos de toma de decisión, puede verse el informe sobre el anteproyecto de Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres, aprobado por el Consejo General del Poder Judicial el 26 de abril de 2006, pp. 41-47.
- 25 Podría contestarse que la cuota, lejos de procurar la igualdad de oportunidades, impone de manera directa un resultado: la atribución a la mujer beneficiada de un puesto en la estructura de poder. Pero no debe olvidarse la sutileza de las fronteras entre igualdad de oportunidades y de resultados, y la necesidad, en muchos casos, de que tal resultado individual se imponga como medio para avanzar en la consolidación de la igualdad de oportunidades para el conjunto del colectivo discriminado. Así, y tomando como ejemplo la cuota electoral femenina, la participación de la mujer en la vida política no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para conseguir mayores

- cuotas de igualdad real en todos los ámbitos de la vida social (vid. en este sentido, D. Giménez Gluck, op. cit. pp. 46-47; M.^a A. Martín Vida, op. cit., pp. 217 y 218).
- 26 Como señala M. A. Martín Vida, el desplazamiento del varón individual carece de tintes discriminatorios, por no constituir ataque alguno a su dignidad como ser humano, y perseguir una finalidad constitucionalmente legítima: la protección del derecho fundamental de las mujeres a no ser discriminadas por razón de sexo, y el logro de un objetivo fundamental de las mujeres a no ser discriminadas por razón de sexo, y el logro de un objetivo de igualdad beneficioso para el conjunto de la sociedad (vid., op. cit., pp. 162 y 163).
- 27 La técnica de reserva porcentual de plazas en ofertas de empleo solamente fue (y sigue siendo) utilizada por las diferentes Administraciones Públicas en favor de disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Reserva que el Tribunal Constitucional ha declarado conforme a la Constitución en la sentencia 269/1994, de 3 de octubre.
- 28 Ley 6/2002, de 21 de junio, de modificación de la Ley Electoral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; Ley 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la Ley Electoral de Castilla-La Mancha. Recurridas ambas de inconstitucionalidad por el Gobierno de José María Aznar, los recursos fueron retirados con posterioridad por el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero.
- 29 Según el artículo 24.d), corresponde a las administraciones educativas promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de control y de gobierno de los centros docentes. En los términos del artículo 26, las autoridades de gestión cultural deberán respetar y garantizar la representación equilibrada en los órganos consultivos, científicos y de decisión en el ámbito artístico y cultural. Ya en el artículo 27.d) se prevé la presencia equilibrada en los puestos directivos y de responsabilidad del conjunto del Sistema Nacional de Salud.
- 30 Una crítica al reduccionismo con que el Tribunal de Justicia de las Comunidades viene interpretando el alcance de las acciones positivas puede verse en Lirola, I. y Rodríguez, I. 2002. «La integración de la perspectiva de género en la Unión Europea», *Anuario de Derecho Europeo*, 2, pp. 268-273.
- 31 La propia Comisión Europea elaborará de forma inmediata una comunicación dirigida al Parlamento y al Consejo, sobre la correcta interpretación de la sentencia, con arreglo a la cual el Tribunal excluye únicamente la que la Comisión denomina «cuota rígida», que establece una prioridad inmediata, absoluta e incondicional de la mujer, con quiebra del principio de proporcionalidad (vid., Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93, Kalanke vs. Freie Hansestadt Bremen, com/96/0088 final. 27/03/1996).
- 32 Se trata de una interesantísima sentencia, en la que el Tribunal se pronuncia, además sobre la compatibilidad con el derecho comunitario de la fijación de objetivos numéricos en los planes de promoción de la mujer, de la reserva de plazas a las mujeres en los cursos de formación, de la preferencia en el acceso a entrevistas de selección y de la designación equilibrada de mujeres en órganos de representación, gestión y control.
- 33 La sentencia Badeck de un paso más respecto de la doctrina sentada en la sentencia Marschall, como se desprende del carácter tasado que en el caso presentan las causas «de rango jurídico superior» que justifican que se descarte la regla de la promoción de la mujer, y que se traducen en la preferencia de antiguos miembros del personal de la Administración que hayan cesado o desarrollado actividades a tiempo parcial por razones de trabajo familiar, de antiguos militares de empleo, de personas con minusvalía grave o de desempleados de larga duración.
- 34 En la línea establecida por la jurisprudencia precedente, el Tribunal declarará en la sentencia de 6 de julio de 2000 (asunto C-407/98, Abrahamsson y Anderson/Fogelqvist) la incompatibilidad con el derecho comunitario de la normativa sueca controvertida en el litigio principal, según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para este empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato de sexo opuesto que, en caso contrario, sería designado, cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de puestos. Para el Tribunal, la falta de determinación precisa del alcance de este último requisito evidencia que la selección de un candidato, entre aquellos que tengan la capacitación suficiente, se basa en el mero hecho de la pertenencia al sexo infrarrepresentado, sin valorar las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos. Un método de selección que no puede estar legitimado por el artículo 2, apartado cuarto de la Directiva.
- 35 Según el artículo 190 de la Ley de Sociedades Anónimas, podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, en la fecha de cierre de cada uno de ellos, por lo menos dos de las circunstancias siguientes: que el total de las partidas en activo no supere los mil quinientos ochenta millones de pesetas; que el importe neto de la cifra anual de negocios no supere los tres mil ciento sesenta millones de pesetas; que el número medio de trabajadores empleados no sea superior a doscientos cincuenta.
- 36 La conclusión se refuerza con la lectura de la exposición de motivos iv de la LOI, en que se apunta que, en el marco de la responsabilidad social corporativa, «se incluye el fomento de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles...». La voluntariedad de las acciones de responsabilidad social de las empresas, incluida la analizada, es patente en la Ley 2/2007, de 8 de marzo, del Trabajo en Igualdad de las Mujeres de Galicia, artículos 13-15.
- 37 Vid., D. Giménez Gluck, op. cit., pp. 143-145. La compatibilidad con el derecho comunitario de las medidas que imponen obligaciones «de principio» para que los empresarios contraten y promuevan preferentemente a las personas de sexo infrarrepresentado es defendida en la ya citada comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia Kalanke. No obstante, puede verse la decisión del Consejo Constitucional francés núm. 2006-533 DC, de 16 de marzo de 2006, que declara inconstitucionales, por contravención del principio de igualdad ante la ley, diversos artículos de la ley relativa a la igualdad salarial entre mujeres y hombres, que imponían una representación equilibrada entre sexos en los consejos de administración y vigilancia de las sociedades privadas y empresas del sector público.
- 38 Vid., M. A. Martín Vida, op. cit., pp. 178-179.
- 39 Transitoriamente, y hasta el 1 de enero de 2011, lo previsto en el artículo 44 bis sólo será aplicable a los municipios con un número de residentes superior a 5000 habitantes.

- 40 Tales argumentos pueden verse en Rey, F. 1999. «Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución», *Aequalitas*, 1, pp. 52-59.
- 41 El argumento de la indivisibilidad de la soberanía nacional, que ningún sector se puede arrogar, fue utilizado por el Consejo Constitucional francés para declarar, el 18 de noviembre de 1982, la inconstitucionalidad del primero de los proyectos de ley que intentaron regular la paridad electoral en Francia, previniendo una presencia mínima de un 25% de personas de cada sexo en las elecciones municipales en los concejos de más de 3500 habitantes. La posición del Consejo determinará la promulgación de la Ley Constitucional n.º 99-569, de 8 de julio de 1999, por la que se da nueva redacción a los artículos 3 y 4 de la Constitución. Según el nuevo párrafo cuarto del artículo 3: «La ley favorecerá la igualdad entre mujeres y hombres para acceder a los mandatos electorales y cargos electivos», previsión que se completa con el nuevo párrafo segundo del artículo 4, según el cual: «Estas entidades (partidos y agrupaciones políticas) contribuirán a la aplicación del principio enunciado en el último apartado del artículo 3, de acuerdo con lo dispuesto por la ley». Tras la reforma constitucional, el 6 de junio de 2000 se aprueba la ley tendente a favorecer el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas, que introduce la paridad electoral en las elecciones regionales, municipales (en municipios de más de 3500 habitantes), senatoriales y europeas, e impone sanciones de tipo económico a los partidos o agrupaciones que no respeten la paridad en la designación de candidatos a las elecciones legislativas.
- 42 Vid. Ruiz, A. 1999. «Paridad electoral y cuotas femeninas», *Aequalitas*, 1, pp. 45-51; J. Sevilla Merino, loc., cit., pp. 14-17; M. A. Martín Vida, op. cit., pp. 219-221.
- 43 Sobre el valor de las cuotas femeninas en el incremento del componente simbólico de la representación política, vid., M. A. Martín Vida, op. cit., pp. 220-221.
- 44 Vid., F. Rey Martínez, loc. cit., p. 56. Suele citarse, en apoyo de este argumento, la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 6 de septiembre de 1995, que declaró inconstitucionales las leyes electorales de 1993 que introdujeron la cuota femenina en Italia, por contravención de los artículos 3 («Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales o sociales») y 51 de la Constitución que, en la redacción entonces vigente, sancionaba el derecho de todos los ciudadanos de uno u otro sexo a acceder a funciones públicas y cargos electivos en condiciones de igualdad, conforme a los requisitos establecidos en la ley. Para la Corte, la igualdad sancionada en el artículo 51 no podía tener otro significado que la irrelevancia jurídica del sexo a los fines considerados, resultando objetivamente discriminatoria cualquier diferenciación por razón del sexo impuesta legalmente en el ejercicio de los derechos reconocidos. Hoy, la compatibilidad entre el acceso a cargos representativos en condiciones de igualdad y las cuotas electorales encuentra expreso apoyo constitucional en el propio artículo 51, reformado por la ley de 23 de febrero de 2003, que introduce un inciso final en su párrafo primero, en base al cual «*A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini*». Sobre la reforma constitucional italiana, puede verse Guadagnini, A. M. «Riforme costituzionali e rappresentanza delle donne in Italia», en *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía...cit.*
- 45 En la interpretación del artículo 23.2 CE, el Tribunal Constitucional ha defendido la naturaleza del derecho a acceder a cargos públicos como un «derecho de configuración legal», que confiere una amplia libertad al legislador para regular su ejercicio. En palabras del Tribunal: «O significativo, en todo caso, desde una perspectiva do art. 23.2 CE, posto en relación co art. 14, é que aquelas condicións legais se apliquen a todos os candidatos por igual, sen que conste a existencia de obstáculos para que todos eles concorran nunhas mesmas eleccións e nuns mesmos distritos ou circunscricións nas mesmas condicións legais e sen que conste, tampouco, a existencia de diferenzas inxustificadas ou irrazoables na aplicación desas condicións legais» (STC 185/1999, de 11 de octubre, fundamento jurídico cuarto).
- 46 En la ya citada sentencia de 6 de septiembre de 1995, la Corte Constitucional italiana niega que la normativa electoral impugnada encuentre su legitimidad en el artículo 3.2 de la Constitución («Constitúe unha obriga da República suprimir os obstáculos de orde económica e social que, limitando de feito a liberdade e a igualdade dos cidadáns, impiden o pleno desenvolvemento da persoa humana e a participación efectiva de todos os traballadores na organización política, económica e social do país»), pues no constituye una acción positiva encaminada a remover la desigualdad material entre individuos como presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales, sino que entra en el contenido mismo del derecho de elegibilidad, disminuyéndolo para unos ciudadanos en favor de otros, y creando discriminaciones actuales como remedio a las discriminaciones pasadas. Debe advertirse de la diferente redacción de los artículos 3.2 de la Constitución italiana y 9.2 de la Constitución española que, pese a estar inspirados en aquel, no limita el mandato dirigido a los poderes públicos a la remoción de obstáculos, sino que lo extiende a la promoción de las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva. En este sentido, vid. J. Sevilla Merino, «Género y Constitución española», en *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía...cit.*, pp. 32 y 33.
- 47 Vid., A. Ruiz Miguel, «Paridad electoral y cuotas femeninas», loc. cit., p. 49. Como señala el autor, la propia exigencia de que las candidaturas sean presentadas por partidos, coaliciones o agrupaciones de electores evidencia que no existe una facultad de inmediato e ilimitado ejercicio individual del derecho de sufragio pasivo, en la medida en que se establece una distinción entre ciudadanos adeptos a partidos o agrupaciones políticas y los no adeptos, favoreciendo únicamente la posibilidad de participación de los primeros (ibídem). En la misma línea, M. L. Balaguer Callejón pone de relieve las limitaciones al derecho fundamental de sufragio pasivo establecidas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, que excluye de modo razonable el derecho de determinadas personas de concurrir a un puesto político electo (vid., «Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico-constitucional español», artículo 14. *Una perspectiva de género*, 4, 2000, pp. 3-5).
- 48 Vid., F. Rey Martínez, loc. cit., p. 57.
- 49 En el Auto 254/2001, de 20 de septiembre, por el que se rechaza el recurso de amparo interpuesto por la Comunidad de Pescadores de El Palmar contra la sentencia del Tribunal Supremo que le impuso la admisión de cinco nuevas socias (no admitidas por la comunidad por razón de su sexo), el Tribunal Constitucional afirma que «o dereito a asociarse conleva [sic] sen dúbida a potestade autoorganizatoria das asociacións privadas, libre en principio de inxerencia do poder público, pero debendo precisamente precisarse que o exercicio de tal potestade non pode supoñer en ningún caso a lesión de dereitos fundamentais de terceiros».
- 50 Por otra parte, y tal y como se ha puesto de relieve, la libertad de los partidos en la confección de las listas electorales no es absoluta, como lo demuestra el hecho de que se impida incluir a los condenados a inhabilitación para el sufragio pasivo. En este contexto, las cuotas impuestas legalmente constituyen una limitación legítima de dicha libertad, orientada a satisfacer el valor constitucional de la igualdad, al que los partidos políticos están sujetos (vid. A. Ruiz Miguel, loc. cit., p. 49; M.ª A. Martín Vida, op. cit., pp.218 e 219).

BIBLIOGRAFÍA

- Balaguer Callejón, M.ª L. 2000. «Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico-constitucional español», *Artículo 14, una Perspectiva de Género: Boletín de información y análisis jurídico*, 4, pp. 3-5.
- Balaguer, M.ª L. 2005. *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- Barrère, M.ª A. 2003. «La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 9.
<http://www.uv.es/CEFD/9/barrere2.pdf>, 04-09-2007.
- Carrasco, M. 2002. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fernández, F. 1996. «El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento constitucional español», *Dereito*, 5 (1), pp. 85-129.
- García, J. 1999. «El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2.
<http://www.uv.es/CEFD/2/garcia.html>, 04-09-2007.
- Giménez, D. 1999. *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guadagnini, A. M. 2005. «Riforme costituzionali e rappresentanza delle donne in Italia», en *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*.
<http://www.inap.map.es/NR/rdonlyres/86AA3B3E-EC1E-46BA-90A6-B2BA321F8736/0/jsevilla.pdf>, 04-09-2007.
- Lirola, I. y Rodríguez, I. 2002. «La integración de la perspectiva de género en la Unión Europea». *Anuario de Derecho Europeo*, 2, pp. 259-280.
- Martín, M.ª A. 2002. *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Madrid: Civitas.
- Montilla, J. A. 1997. «El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad», en *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. T. I*. Madrid: Tecnos.
- Rey, F. 1999. «Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución», *Aequalitas*, 1, pp 52-59.
- 2000, «El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», *Revista Jurídica Española - La Ley*, 1, pp.1719-1733.
- Ruiz, A. 1999. «Paridad electoral y cuotas femeninas», *Aequalitas*, 1, pp. 45-51.
- Sevilla, J. 2005. «Paridad y Constitución», en *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*.
<http://www.inap.map.es/NR/rdonlyres/86AA3B3E-EC1E-46BA-90A6-B2BA321F8736/0/jsevilla.pdf>, 04-09-2007.
- Sevilla Merino, J. 2005. «Igualdad en democracia es paridad. La reforma de las leyes electorales», *Artículo 14, una Perspectiva de Género: Boletín de Información y Análisis Jurídico*, 20, pp. 4-15.