

University of Miami International and Comparative Law Review

Volume 9

Issue 1 *THE FIRST ANNUAL LATCRIT SUMMER COLLOQUIUM: SPAIN, THE AMERICAS AND LATINO/AS: International and Comparative Law in Triangular Perspective*

Article 9

1-1-2001

Género y Derechos Fundamentales en Europa: Evolución Reciente de la Discriminación Positiva en el Ambito Laboral y Electoral

Angel Rodriguez-Vergara Díaz

Follow this and additional works at: <https://repository.law.miami.edu/umiclr>



Part of the [Comparative and Foreign Law Commons](#), and the [International Law Commons](#)

Recommended Citation

Angel Rodriguez-Vergara Díaz, *Género y Derechos Fundamentales en Europa: Evolución Reciente de la Discriminación Positiva en el Ambito Laboral y Electoral*, 9 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 125 (2001)
Available at: <https://repository.law.miami.edu/umiclr/vol9/iss1/9>

This Article is brought to you for free and open access by the Journals at University of Miami School of Law Institutional Repository. It has been accepted for inclusion in University of Miami International and Comparative Law Review by an authorized editor of University of Miami School of Law Institutional Repository. For more information, please contact library@law.miami.edu.

Género y Derechos Fundamentales en Europa: Evolución Reciente de la Discriminación Positiva en el Ámbito Laboral y Electoral

Ángel Rodríguez-Vergara Díaz¹

I. Introducción

Nuestra época es la época de los derechos, y, en consonancia con ello, los derechos han pasado a constituir el tema principal de nuestro Derecho. No hay problema jurídico que no pueda abordarse, en la actualidad, desde esta perspectiva, que eleva a argumento principal la de los derechos subjetivos que puedan o deban generarse en torno a una determinada cuestión. Hace ya algún tiempo que un tratado de derecho ambiental llevaba al mismo título de la obra, a modo de provocación, esta realidad que estamos resaltando, preguntándose: ¿deben los árboles tener derechos?².

No es posible ahora detenerse en los cambios que ha traído consigo esta conversión del discurso jurídico en, casi en exclusiva, un lenguaje de y para los derechos. Pero, junto a postulados (al menos por ahora) exóticos o extravagantes, como la atribución de derechos a los árboles, los animales o los robots, conoceremos también otras consecuencias de mayor trascendencia. Así, hace tiempo que pueden observarse en los ordenamientos normas que reconocen y conceden derechos, a veces con carácter fundamental, no sólo a los individuos en tanto que personas o ciudadanos, sino también a las más variadas categorías. Las Constituciones europeas están pobladas de disposiciones que proclaman solemnemente los derechos de los jóvenes, los trabajadores, las personas con discapacidades, etc. Lo realmente significativo de todo ello es, como a nadie se le escapa, que la protección dispensada por el ordenamiento jurídico se proyecta no sobre un individuo que, como titular universal de derechos subjetivos, puede encontrarse en una determinada situación (ser trabajador, o consumidor, o anciano) sino sobre esas u otras precisas categorías, para las que se establecen derechos específicos. Es en este contexto en el que irrumpe en el Derecho, con vocación de, digámoslo así, categoría protagonista, el género.

La irrupción de una perspectiva de género en el Derecho y, por lo tanto, en los derechos fundamentales, es tributaria, esto es también evidente, de los diversos movimientos feministas que, desde hace más de un siglo, han luchado por el establecimiento de los derechos de la mujer, buscando, primero, su equiparación plena como titulares de derechos atribuidos en exclusiva a los ciudadanos de sexo masculino (sufragio, igualdad de retribución, etc.) y, después, el reconocimiento de derechos específicos para la población de sexo femenino (aborto, pensiones o bajas laborales por maternidad o viudedad, etc.). Es en este contexto en el que se sitúa la denominada discriminación positiva, es decir, el establecimiento de medidas de diversa naturaleza

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga; Profesor visitante, University of Miami School of Law Spain Summer Abroad Study Program 1998, 1999, 2000.

² C.D. STONE, SHOULD TREES HAVE STANDING? TOWARD LEGAL RIGHTS FOR NATURAL OBJECTS, (Kaufmann 1974).

que suponen una preferencia de la mujer sobre el varón encaminadas - he ahí su justificación - a alcanzar derechos o prestaciones, e implican por lo tanto un trato desigual con respecto a aquél para alcanzar un igualdad de resultado³.

Es claro que el movimiento feminista no ha sido, por lo demás, uniforme y que estas reivindicaciones han estado influidas por la existencia de diversas corrientes⁴: éstas pueden clasificarse, de manera simplificada, en las siguientes: la radical, que considera las reivindicaciones de la mujer como una lucha aislada del resto de las luchas sociales⁵; la liberal, que considera que la integración de la mujer en la sociedad es posible a través de las propias condiciones que ofrece la sociedad y el Estado democrático⁶; y la socialista, que liga la reivindicación feminista con la abolición de las estructuras clasistas de poder y la relaciona con las luchas de otros grupos sociales oprimidos⁷.

Con todo, la perspectiva de género no es hoy en día una perspectiva exclusivamente feminista. Por el contrario, partiendo de los postulados antisubordinación del movimiento feminista, la exigencia de que el disfrute de los derechos no venga socavado por el género y que, al mismo tiempo, se establezcan condiciones específicas de disfrute de los mismos para los grupos cuya identidad se determina por el género, ha ensanchado considerablemente esta cuestión con respecto a la aproximación clásica en la que el debate sobre género y Derecho era, sobre todo, el debate sobre el Derecho y la mujer. En la actualidad, por el contrario, la problemática jurídica de los grupos cuya identidad se determina por el género abarca no sólo a la mujer, sino también a los derechos de los/las homosexuales y transexuales⁸.

En esta ponencia examinaremos cómo el Derecho actual contempla en el continente europeo la prohibición de discriminación por razón de sexo y el establecimiento de medidas de discriminación positiva tanto en el plano laboral como, más recientemente, en el plano político, mediante la introducción de medidas de paridad electoral. Estudiaremos para ello, además del caso español, otros ordenamientos: el comunitario europeo, para las medidas de discriminación positiva en el ámbito laboral, y el de Italia y Francia en el ámbito electoral.

³ Ver una descripción general de las medidas de discriminación positiva y de su diversas modalidades, en REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón del sexo*. Madrid, Mc Graw Hill, 1995.

⁴ Ver VALCÁRCEL, A., *Feminismo y política*, Valencia, Cátedra, 1996.

⁵ Ver FALCÓN, L., *Mujer y sociedad*, Barcelona, Fontanella, 1973.

⁶ Ver OKIN, S.M., "Liberalismo político, justicia y género", en CASTELL, C. (ed) *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, Paidós, 1996.

⁷ Ver WEINBAUM, B., *El curioso noviazgo entre feminismo y socialismo*, Madrid. S. XXI. 1984.

⁸ El ensanchamiento de la perspectiva de género más allá de la estrictamente feminista no ha sido, por otra parte, extraña al movimiento LatCrit en Estados Unidos. Ver el *foreword* y el *afterword* al desarrollo de su IV Conferencia, recogida en *University of Miami Law Review* n° 53, 1999, en IGLESIAS, E. "Foreword: Identity, Democracy, Communicative Power, Inter/National Labor Rights and the Evolution of LatCrit Theory and Community", pp. 575-682, y en VALDÉS, F. "Afterword: Theorizing OutCrit Theories: Coalitional Method and Comparative Jurisprudential Experience", pp. 1266-1322, especialmente el epígrafe "Queer Legal Theory, LatCrit Theory and CRT: Diversifying Outsider Jurisprudence", pp. 1293 y ss.

A. La Discriminación Positiva en el ámbito laboral: España

El art 14 de la Constitución Española (en adelante, CE), en vigor desde el año 1978, establece como un derecho fundamental el derecho a la igualdad ante la ley, prohibiendo la discriminación, entre otros criterios, por razón de sexo⁹. Es cierto que la exclusiva consideración como derecho fundamental del derecho al trato igual, y no del derecho a, en determinadas circunstancias, recibir un trato desigual, impide hablar, en principio, de la consideración de las medidas de discriminación positiva como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico español. No obstante, la interpretación sistemática del art 14 CE junto con otras disposiciones constitucionales ha permitido al Tribunal Constitucional (TC) español establecer la no inconstitucionalidad de estas medidas. Estas otras disposiciones constitucionales son el art 1.1. CE que consagra la igualdad (y no sólo la igualdad ante la ley o igualdad formal) como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico¹⁰ y, sobre todo, el art 9.2 CE que establece un principio constitucional de habilitación de los poderes públicos para adoptar medidas encaminadas a conseguir la igualdad real y efectiva¹¹.

La plural consagración constitucional de la igualdad no sólo permite la constitucionalidad de medidas de discriminación positiva en el ámbito laboral, sino que, además, ha condicionado la interpretación del TC sobre el propio derecho fundamental a la igualdad ante la ley, dando lugar a una serie de sentencias que permiten hablar en la actualidad de una línea jurisprudencial estable.

Esta jurisprudencia ha sufrido una importante evolución desde las primeras resoluciones del TC una vez en vigor la Constitución. Así, en un primer momento, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 81/1982, el TC construyó un concepto meramente formal de igualdad, en cuyo desarrollo no introdujo ningún elemento teleológico que permitiera introducir en el razonamiento la igualdad real permitida por el art 9.2 CE. Es con esta primera línea jurisprudencial que se abordó el problema de la situación laboral de la mujer en los primeros momentos de vigencia de la Constitución. Así, por ejemplo, es en esta concepción axiológicamente neutra de la igualdad ante la ley en la que se apoyó la STC 103/1983 para declarar que la pensión de viudedad que la ley atribuía exclusivamente a las mujeres debía interpretarse extendida también a los viudos para salvar su constitucionalidad.¹¹

Son los votos particulares de esta STC 103/1983, y la aceptación posterior de sus tesis por la mayoría del TC a partir de la STC 128/1987¹², los que señalaron un cambio jurisprudencial sobre la desigualdad compensatoria en el ámbito laboral: en la

⁹ Según el art 14 CE "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

¹⁰ El art 1.1. CE establece que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Por su parte, según el art 9.2 CE, "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"

¹¹ TC 103/1983 de 22 de noviembre.

¹² STC 128/1987 de 16 de julio.

STC 103/1983 la minoría del Tribunal justificó la existencia de una pensión sólo para viudas en la necesidad de equilibrar la situación en la que, históricamente, quedaba la mujer casada con el fallecimiento de su cónyuge; este razonamiento fue adoptado ahora por una mayoría del Tribunal, entendiendo en consecuencia como no discriminatoria la existencia de una ayuda de guardería sólo para las trabajadoras - y no los trabajadores - establecida en un convenio colectivo.

A partir de este momento, se aceptó por la jurisprudencia del TC que la igualdad real constitucionalmente establecida como principio constitucional pudiera llegar a limitar el derecho fundamental a la igualdad formal entre hombres y mujeres. Hasta ese momento el género había estado ausente del razonamiento del TC. A partir de entonces, éste condiciona de forma relevante el razonamiento del Tribunal¹³.

Tras la STC 128/1987, se sucedieron una serie de sentencias contrapuestas, que oscilaban entre la neutralidad axiológica de la primera jurisprudencia o la aceptación de medidas de desigualdad compensatoria. Hasta la STC 315/94 no se estableció un criterio claro para diferenciar unas situaciones de otras, distinguiendo entre la irreversibilidad de conquistas sociales que suponían un trato desigual, pero justificado, para la mujer, y el mantenimiento de privilegios injustificados. Es en estos años más recientes de su jurisprudencia cuando el TC aplica, para llevar a cabo esta distinción, el concepto de discriminación indirecta originado en la jurisprudencia del TJCE¹⁴.

B. Derecho Comunitario Europeo

Al igual que en el Derecho español, en el Derecho comunitario europeo no existe un derecho fundamental de las mujeres a la adopción de medidas de discriminación positiva en el ámbito laboral. Sin embargo una de las diferencias más relevantes entre ambos ordenamientos estriba en que, mientras en el derecho español estas medidas deben ponerse en relación con el derecho fundamental constitucional a la igualdad ante la ley, en el derecho comunitario se relacionan, no con un derecho fundamental comunitario, sino con respecto al principio de igualdad de trato como un *principio general*. Ello se debe a que, propiamente, no existe en el derecho comunitario la categoría jurídica de derecho fundamental, cuya ausencia se ha suplido, en la jurisprudencia del TJCE, por la de principio general del derecho comunitario.

En efecto, como es bien conocido, los tratados que componen el derecho comunitario originario no contienen una tabla de derechos fundamentales que pueda actuar como parámetro de validez de la legislación derivada¹⁵. En varias ocasiones se

¹³ REY MARTÍNEZ, F., *op.cit.*, p. 18

¹⁴ STC 145/1991 de 1 de julio.

¹⁵ Los tratados constitutivos son el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EUROATOM), ambos de 1951. y el Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE, 1957) forman, como se sabe, el denominado derecho originario comunitario. Estos tratados han sido a su vez reformados en varias ocasiones, por los tratados mediante los cuales se han ido adherido a la comunidad sus nuevos estados y por el Acta Única Europea (AUE, 1987), el Tratado de la Unión Europea (TUE, 1992) y el Tratado de Amsterdam (TA, 1997). A partir del TUE, el tratado de la Comunidad Económica Europea pasó a denominarse Tratado de la Comunidad Europea (TCE). Todos ellos, junto con el derecho derivado, constituyen el ordenamiento comunitario.

han sucedido reformas formales de los tratados para paliar esta deficiencia: en 1987, el preámbulo del Acta Única incorporó por primera vez una referencia a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)¹⁶. El Tratado de la Unión Europea (1992) introdujo la mención explícita de la CEDH en su artículo F.2; El Tratado de Amsterdam (1998), por último, incorporó la nueva ciudadanía europea (arts 18-21 TCE) y la posibilidad de sancionar a un Estado miembro por una violación "grave y persistente" de los derechos fundamentales (art 7.1 TUE). Sin embargo, hasta el momento presente, no se ha incorporado al derecho originario una Tabla de Derechos Fundamentales comunitario con éste carácter.

Con todo, la prohibición de discriminación por razón de sexo ha formado parte de los derechos protegidos por el derecho comunitario desde el primer momento a través de las denominadas tradicionalmente "libertades comunitarias" es decir, la libre circulación de trabajadores (art 39 TCE), la libertad de establecimiento (art 43 TCE) y la libre circulación de bienes (art 23 TCE), servicios (art 49 TCE) y capitales (art 56 TCE). Las libertades comunitarias son en realidad una serie de normas dispersas a lo largo de los tratados fundacionales que consagran determinados objetivos comunitarios cuya consecución puede implicar, en determinadas circunstancias, el respeto y la promoción de algunos derechos fundamentales. Este es el caso de la libre circulación de trabajadores, para cuya consecución se estableció el derecho a la no discriminación en el trabajo por razón de sexo (art 141 TCE)¹⁷. Es en éste contexto en el que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) ha enjuiciado el establecimiento de medidas de discriminación positiva.

Éstas han sido el objeto reciente de dos SSTJCE de finales de los noventa, *Kalanke y Marschall*. En *Kalanke*¹⁸, el TJCE resolvió que la existencia de normas de los estados miembros que establecieran medidas de discriminación positiva de modo que en el caso de candidatos de distinto sexo igualmente capacitados que concurrieran a una promoción laboral se concediera automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en aquellos sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, era contrario al derecho comunitario. La decisión del Tribunal se produjo como resultado de la cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Federal Alemán del Trabajo ante las dudas que le suscitaba la ley del Lander de Bremen que exigía optar por una mujer cuando varios candidatos de distinto sexo concurrieran con la misma capacitación a un puesto de trabajo en la administración pública en sectores donde las mujeres tuvieran,

¹⁶ Sobre el preámbulo del AUE, ver APARICIO, M.A. Y GONZÁLEZ RUIZ, F., *Acta única y Derechos Fundamentales*, Barcelona, Signo, 1992, pp. 55 y ss.

¹⁷ El art 141 TCE establece que "1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. 2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo (...)"

¹⁸ STJCE 450/1993 *Kalanke* de 17 de octubre de 1995.

en las distintas categorías laborales, una representación menor del cincuenta por ciento. Según el TJCE, la ley de Bremen se oponía al art 2.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, sin que pudiera incluirse bajo la cobertura que a la discriminaciones positivas otorga su art 2.4, que, como excepción al principio de igualdad de trato, debía interpretarse de forma restrictiva¹⁹. *Kalanke* supuso una fuerte restricción a la legalidad comunitaria de las medidas de discriminación positiva, que hasta entonces se habían aplicado con mayor generosidad. Ciertamente, puede verse también como un fortalecimiento del derecho fundamental a no ser discriminado, que se deriva del derecho a la igualdad tal como éste se consagra tanto bajo el derecho comunitario como bajo el derecho constitucional de los Estados miembros, y que limita igualmente las discriminaciones positivas²⁰. Pero la doctrina *Kalanke* se vio también, y sobre todo, como una limitación del derecho a un trato desigual para las condiciones desiguales, como una restricción a las medidas de discriminación positiva que encuentran cobijo en las normas constitucionales sobre igualdad material de un buen número de estados miembros, entre ellos, como hemos visto, España²¹.

La línea jurisprudencial que inauguró *Kalanke* no tuvo una existencia muy prolongada. A raíz de la sentencia, la Comisión propuso reformar el art 2.4 de la Directiva 76/207, para que expresamente contemplara la posibilidad de ciertas medidas de discriminación positiva en el campo laboral²². Además, el propio Tribunal encontró pronto una oportunidad para matizar de modo importante el razonamiento que había aplicado en *Kalanke* en la STJCE *Marschal*²³. Sin duda influenciado por la propuesta de reforma de la directiva auspiciada por la Comisión, y a pesar de la propuesta del abogado general de confirmar la línea jurisprudencial de *Kalanke*, en *Marschal* el Tribunal entendió que la normativa sobre discriminación positiva en la administración pública de otro Land alemán, el de Nordrhein-Westfalen, no contradecía el derecho comunitario. La norma en cuestión era muy similar a la del Land de Bremen, con la

¹⁹ Según el art 2.1 de la directiva 76/207/CEE, el principio de igualdad de trato supone "la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente". El art. 2.4, por su parte, establece que la directiva "no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres"

²⁰ Ver, en este sentido, el comentario a la sentencia de REY MARTÍNEZ, F., "La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la STJCE de 17 de octubre de 1995, asunto *Kalanke*)" *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 47, 1996, pp. 309-332.

²¹ Ver, en este sentido, MONTILLA MARTOS, J.A., "Principio de Igualdad y Estado Social. la discriminación positiva en la justicia europea y en la justicia constitucional española" en GARCÍA HERRERA, M.A. (ed), *El Constitucionalismo en la crisis del Estado Social*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1997, pp.87-101.

²² La propuesta de la comisión añadía al art 2.4 lo siguiente: "las medidas proyectadas por esta disposición incluyen las acciones que favorecen la contratación o promoción de un sexo en los casos en que éste esté subrepresentado, a condición de que el empresario siempre tenga la posibilidad de considerar las circunstancias particulares de un caso dado".

²³ STJCE 409/95 *Marschal* de 11 de noviembre de 1997.

salvedad de que la preferencia de la mujer en caso de varios candidatos de distinto sexo para un puesto en el que la mujer estuviera subrepresentada se condicionaban a que no concurrieran en la persona del candidato varón motivos que inclinaran la balanza a su favor. Basándose en esta cláusula el Tribunal admitió de nuevo las medidas de discriminación positiva, que deben considerarse a partir de entonces acordes con el derecho comunitario siempre que dejen abierta la posibilidad de excepcionar, cuando así se aconseje, la preferencia de la mujer²⁴.

Tras *Kalanke*, las reformas de Amsterdam afianzaron aún más las medidas de discriminación positiva de la mujer. El nuevo art 141 TCE (antiguo artículo 119) incluyó un apartado cuarto en el que expresamente permitía a los Estados aprobar medidas de discriminación positiva en el campo laboral²⁵. Además, "la igualdad entre el hombre y la mujer" ha pasado a ser uno de las misiones de la Comunidad (art 2 TCE), que está obligada en todas sus actividades a fijarse como objetivo "eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad" (art 3 TCE).

La inclusión de la discriminación por orientación sexual entre los derechos fundamentales protegidos por el derecho comunitario es otro buen ejemplo de la evolución comunitaria en relación con el género y el Derecho. Ya con ocasión del debate académico sobre la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad suscitado en 1992 en torno al entonces nuevo TUE, se puso de manifiesto las múltiples facetas que la perspectiva de género podía implicar, por encima del enfoque tradicional limitado al establecimiento de medidas de discriminación positiva de la mujer²⁶. No obstante, el TJCE no tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de medidas de discriminación basadas en la orientación sexual hasta la STJCE 249/96 *Grant*²⁷. En *Grant*, el TJCE confirmó su jurisprudencia anterior, en virtud de la cual debían incluirse dentro del concepto de "retribución" beneficios laborales como la reducción en el precio de los transportes a las parejas de los trabajadores acordada mediante convenio colectivo. Pero, resolviendo la cuestión planteada por el Tribunal Industrial de Southampton, estableció que ni el art 141 (antiguo art 119) TCE ni la Directiva 75/117/CEE prohibían que la empresa denegara

²⁴ Ver el comentario a *Marschall* de MARTÍN VIDA, M.A., "Medidas del tratamiento preferente en favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la Sentencia *Marschall*" *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 53, 1998, pp.313-36, quien, no obstante reconocer que la decisión del Tribunal estuvo influenciada por las reacciones críticas suscitadas por *Kalanke*, opina que *Marschall* no supuso una corrección sino una profundización en la línea *Kalanke* (p. 322).

²⁵ El art 141.4 TCE establece que "Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales"

²⁶ CLAPHAM, A., *Human Rights and the European Community: a Critical Overview*, Baden-Baden: Nomos Verlags, 1991, pp. 25 y ss. califica la "gender perspective" como una de las cuatro grandes áreas de los nuevos desafíos del derecho comunitario en materia de derechos fundamentales, junto con los relacionados con la abolición de fronteras y la xenofobia, el cambio tecnológico y los derechos de los menores.

²⁷ STJCE 249/96 *Grant* de 17 de febrero de 1998.

esa bonificación a la pareja de una de sus trabajadoras, con la que ésta mantenía una relación estable aunque sin vínculo matrimonial, sólo por el hecho de que ambas personas fueran del mismo sexo y a pesar de que la misma bonificación se concedía tanto a las parejas matrimoniales como a las de hecho siempre que tuvieran carácter heterosexual²⁸. Para el tribunal, la exigencia empresarial para obtener este beneficio de que la pareja fuera heterosexual no era una discriminación "basada directamente en el sexo", puesto que se aplicaba indistintamente a parejas homosexuales tanto de hombres como de mujeres (par. 27) y, además, no podía incluirse, siquiera de forma indirecta, en las discriminaciones por razón de sexo prohibidas por el art 141 (antiguo art 119) TCE. Para llegar a esta última conclusión el Tribunal tuvo que matizar una línea jurisprudencial anterior, inaugurada con la STJCE 13/94, en la que había establecido que la directiva 76/207 prohibía el despido de un trabajador basado únicamente en que éste se había sometido a una operación quirúrgica para cambiar de sexo, puesto que tales discriminaciones se basaban fundamentalmente, si no exclusivamente, en el sexo²⁹. En *Grant*, sin embargo, el Tribunal llegó a la conclusión de que este razonamiento llevaba sólo a considerar que las discriminaciones por cambio de sexo debían prohibirse por la misma razón que las discriminaciones basadas en la pertenencia de una persona a un sexo determinado, puesto que estaban estrechamente relacionadas con ellas, pero no debía aplicarse a las diferencias de trato basadas en la orientación sexual de una persona (par. 42). La argumentación del Tribunal se completa con su examen de la cuestión de si el derecho comunitario exigía que las relaciones estables homosexuales fueran equiparadas a las relaciones entre personas casadas o estables de carácter heterosexual. Aquí el Tribunal llegó también a una conclusión negativa, basándose en que, ni del Derecho de los Estados miembros ni de la doctrina de la Comisión o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podía deducirse esta equiparación, que muchos Estados reconocían sólo en determinados ámbitos o no reconocían en absoluto: el derecho comunitario no obligaba, por tanto, a que un empresario llevara a cabo esta equiparación en la distribución de beneficios laborales a sus trabajadores (par. 35).

De modo similar a lo ocurrido con las sentencias *Kalanke* y *Marschall*, la sentencia *Grant* debe insertarse en el contexto de la actuación de las demás instituciones comunitarias. Como el propio Tribunal hacía notar expresamente (y esto acaso influyó también el sentido del fallo), el Tratado de Amsterdam, firmado un año antes y que entraría en vigor a los pocos días de pronunciada la sentencia, contemplaba en el nuevo art 13 TCE la posibilidad de que el Consejo, por unanimidad, a propuesta

²⁸ El fallo del STJCE decía literalmente que "La denegación, por parte de un empresario, de una reducción en el precio de los transportes en favor de la persona, del mismo sexo, con la que un trabajador mantiene una relación estable, cuando tal reducción se concede en favor del cónyuge del trabajador o de la persona, de distinto sexo, con la que éste mantiene una relación estable sin vínculo matrimonial, no constituye una discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado CE o por la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos".

²⁹ STJCE 13/94 P./S. de 30 de abril de 1996.

de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptara medidas para luchar contra la discriminación por motivos de orientación sexual³⁰. De modo que, al igual que lo ocurrido con la discriminación positiva, puede afirmarse que el resultado final ha sido ampliar el ámbito de la protección comunitaria contra la discriminación por razón de sexo, en la que ahora debe considerarse incluida, con las particularidades que se desprenden del art 13 TCE, la causada por la orientación sexual.

C. La Discriminación Positiva en el ámbito electoral

Se entiende por paridad electoral la adopción de medidas legislativas, particularmente mediante la modificación de las normas electorales, que favorezcan la elección de mujeres para cargos públicos representativos. La finalidad última de estas medidas, cuyo ejemplo más claro viene dado por la reserva de cuotas femeninas en las listas electorales, consiste en fomentar la presencia de mujeres en las asambleas representativas nacionales, regionales y locales, y ello como medio para alcanzar, o al menos acercarse, a los postulados de la democracia paritaria, cuyo ideario establece que, del mismo modo que el electorado se compone, aproximadamente, de un porcentaje igual de hombres y mujeres, las asambleas de representantes deberían reflejar, también aproximadamente, la misma distribución por sexos.

La introducción de medidas tendentes a favorecer la paridad electoral ha pasado recientemente a formar parte de la agenda de los movimientos feministas en diversos países europeos. En algunos de ellos se han introducido modificaciones en la legislación electoral encaminadas a su consecución. A continuación, analizaremos dos de los casos europeos en los que estas medidas se han puesto en práctica, Italia y Francia, si bien con un resultado diferente en cada caso. Finalizaremos describiendo el estado de la cuestión en el Derecho español.

D. Italia y Francia.

Los mecanismos de paridad electoral se introdujeron en Italia mediante la modificación del régimen electoral llevado a cabo por la ley n.81 de 25 de marzo de 1993, que introdujo una nueva reglamentación en el procedimiento electoral local. Según el art 5 de esta ley, los partidos políticos que presentaran candidaturas a las elecciones locales en las poblaciones con más de 15.000 habitantes estaban obligados a mantener un equilibrio entre los integrantes de las candidaturas, de modo que no más de dos tercios de los incluidos en la misma pertenecieran al mismo sexo. Sobre esta disposición fue planteada una cuestión prejudicial ante la *Corte Costituzionale* italiana, que se pronunció mediante sentencia 422/95³¹. Para la Corte, la introducción de estas

³⁰ Según el art 13 TCE, "Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual".

³¹ Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana 422/95 de 6 de septiembre. Puede consultarse una traducción al castellano de los fundamentos jurídicos y un comentario a la misma de NAVAS SÁNCHEZ, M:M., en *Artículo 14, Una Perspectiva de Género*, n? 3, 1999, pp. 28 y ss.

medidas de paridad electoral suponen una vulneración del derecho a la igualdad constitucionalizado en el art 3 de la Constitución Italiana (CI)³².

La Corte no descartó la posibilidad constitucional de medidas de desigualdad compensatoria, cuya legitimidad constitucional viene fundamentada en el propio art 3 CI, cuyo segundo párrafo incluye una cláusula de igualdad material similar a la ya vista del art 9.2 CE³³. Estas medidas pueden ir encaminadas a favorecer la igualdad material en caso de colectivos o grupos en situación de inferioridad social o económica, pero no pueden en ningún caso limitar el ejercicio del derecho fundamental a la igualdad, que se concibe como un derecho que no puede tener un significado distinto de aquel de la indiferencia del sexo a los fines considerados (fundamento de derecho 3?). De modo que el contenido discriminatorio, y por ello, inconstitucional de la introducción de las medidas de paridad electoral radicaba en la introducción de las medidas de desigualdad compensatoria precisamente en el ejercicio de un derecho fundamental. Con todo, la propia Sentencia admitió que la introducción de medidas de paridad electoral en las candidaturas, no impuestas por la ley, sino por los propios partidos políticos, podría no ir en contra de la Constitución (fundamento de derecho 7?).

Cabe concluir que, en el estado actual de la cuestión, la introducción de medidas de paridad electoral en Italia exigiría la previa reforma constitucional. Esto es precisamente lo que ha ocurrido en Francia, pues, en efecto, la Constitución Francesa (CF) de 1958 ha sido reformada recientemente para permitir la introducción de medidas de paridad electoral³⁴.

La reforma constitucional ha sido consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad por el *Conseil Constitutionnel* francés de un primer intento de introducir medidas de paridad electoral mediante ley, tanto en las elecciones locales (Decisión del *Conseil Constitutionnel* 82/146) como regionales (Decisión del *Conseil Constitutionnel* 98/407)³⁵.

La reforma constitucional de julio de 1999 ha modificado ahora parcialmente dos artículos de la Constitución: en primer lugar, el art 3 CF, que establece el principio de soberanía nacional y el sufragio universal, al que se le ha añadido un inciso que habilita al legislador para introducir medidas que favorezcan la igualdad de hombres y mujeres en el acceso a mandatos electorales y funciones electivas³⁶. En segundo lugar,

³² Según el art 3 de la Constitución Italiana, "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 y sociales (...)".

³³ El segundo párrafo del art 3 CI fue, de hecho, la fuente en la que se inspiró el art 9.2 CE. Según éste "Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

³⁴ Mediante Ley constitucional 99-569, de 8 de julio. Sobre la reforma, ver SÁNCHEZ NAVARRO, A., "Actualidad constitucional francesa" *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 3, pp. 225-268, 1999, en pp. 242 ss.

³⁵ Decisión 82/146, de 18 de noviembre de 1982, y Decisión 98/407, de 14 de enero de 1999.

³⁶ El nuevo inciso del art 3 establece que "La ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas".

el art 4 CF, que reconoce la concurrencia de los partidos políticos a las funciones electorales, que, con la reforma, serán los encargados de llevar a cabo las medidas de paridad electoral que introduzca el legislador³⁷.

Gracias a esa reforma, el legislador ha adoptado³⁸ diversos tipos de medidas, a aplicar gradualmente según regula la propia ley en sus disposiciones de derecho transitorio, y según el tipo de régimen electoral aplicable. En aquellos casos en los que el régimen electoral está basado en modalidades de escrutinio proporcional con circunscripciones plurinominales, y en los que, por lo tanto, los partidos presentan listas con varios candidatos para concurrir a la adjudicaciones de más de un escaño o puesto de representación, la ley obliga que estas candidaturas respeten un principio estricto de paridad por sexos, permitiendo tan sólo que, en aquellos casos en los que corresponda a una circunscripción un número impar de escaños, la diferencia entre candidatos de un sexo y los de otro sea de uno. Esta regla se aplica a todas las elecciones con circunscripciones plurinominales, entre ellas las de los ayuntamiento de más de 3.500 habitantes, los consejos regionales y de algunas áreas metropolitanas, el Parlamento Europeo, algunas elecciones senatoriales y las asambleas de territorios de ultramar³⁹.

En el caso de las elecciones generales, sin embargo, el régimen electoral para la elección de la Asamblea Nacional ha impedido la introducción del sistema de cuotas, pues al ser un sistema mayoritario en el que los candidatos concurren en elecciones uninominales, no hay listas de candidatos sobre la que exigir una representación paritaria por sexos. A pesar de esta dificultad, los objetivos de la reforma constitucional se habrían vistos considerablemente mermados si no se hubieran introducido medidas paritarias en el régimen aplicable a la Asamblea Nacional, no sólo por tratarse del proceso electoral más relevante, sino también por ser precisamente la existencia de un sistema mayoritario la causa principal de la infrarrepresentación de la mujer en funciones y cargos electivos⁴⁰.

Para este supuesto, la ley ha previsto la introducción de medidas incentivadoras de la paridad entre representantes de uno y otro sexo, modificando en este sentido la Ley que regula la financiación pública de los partidos políticos en función de los resultados electorales⁴¹.

Así, junto con disposiciones especiales para las elecciones en territorios de ultramar, prevé disminuir las ayudas públicas a aquellos partidos o grupos que en las elecciones a la Asamblea Nacional presenten una diferencia entre candidatos de uno y otro sexo que sea mayor al 2%, dejándose por tanto sin penalizar sólo las candidaturas

³⁷ El art 4 CF establecía que "Los partidos y grupos políticos concurrirán a la expresión del sufragio y se constituirán y ejercerán su actividad libremente, si bien deberán respetar los principios de la soberanía nacional y de la democracia". Se ha añadido ahora que "Contribuyen a la puesta en práctica del principio enunciado en el último inciso del artículo 3, en las condiciones determinadas por la ley".

³⁸ Ley n. 478 de 30 de marzo de 2000.

³⁹ Los arts 1 al 11 de la ley modifican, en este sentido, diversas disposiciones de la normativa electoral vigente.

⁴⁰ Ver los datos recogidos en EUROPEAN PARLIAMENT (1997), *Differential Impact of The Electoral Systems on Female Political Representation*, Working Paper, Women's Rights Series 10.

⁴¹ Ley 88-227, de 11 de marzo de 1988, de transparencia financiera de la vida política.

en las que un sexo obtenga una representación máxima del 51%. A partir de esa diferencia se prevé una disminución gradual de la financiación pública, que puede ir del 5% cuando la distancia en la representación entre un sexo y otro es del 10%, un 30% en los casos en los que la distancia sea del 60%, y como máximo, la reducción de la financiación en 50% para los casos de candidaturas en los que sólo un sexo esté representado⁴².

E. España

En España, a diferencia de lo ocurrido en Italia o en Francia, el debate sobre la paridad electoral no ha traído consigo, por ahora, ni reformas constitucionales ni modificaciones legislativas. Sin embargo, desde hace algunos años, las medidas de representación paritaria por sexos en puestos de representación o en la composición de órganos colegiados se han llevado a la práctica, de manera más o menos formal, por algunos partidos políticos⁴³. Cabe señalar, igualmente, que, por primera vez en la historia de España, en la VII legislatura que se inició en abril del 2000, las dos Cámaras de las Cortes Generales, el Congreso y el Senado, se encontraban presididas por mujeres⁴⁴. Estos y otros datos hacen previsible que a lo largo de la legislatura pueda presentarse alguna iniciativa legislativa tendente a introducir medidas de paridad electoral⁴⁵.

Si comparamos el caso español con el de otros países europeos, cabe, en primer lugar, descartar, casi con toda seguridad, una reforma constitucional como la que ha sucedido en Francia. La excepcionalidad de los procedimientos de reforma constitucional en España⁴⁶ y la extrema rigidez que garantiza un procedimiento

⁴² Según el art 12 de la ley, el art 9.2 de la ley 88-227 se modifica del siguiente modo: "El montante de la primera fracción de las ayudas atribuidas a un partido o grupo político en aplicación de las disposiciones de los arts. 8 y 9 serán objeto de disminución cuando la diferencia entre el número de candidatos de cada sexo, que en la renovación de la próxima Asamblea Nacional, tenga atribuidos este partido o agrupación política conforme a la segunda línea del art. 9 supere el 2 por ciento del número total de esos candidatos. En este caso, el montante previamente se disminuye en un porcentaje igual al 50 por ciento de la diferencia entre el número de candidatos de cada sexo en relación al número total de estos candidatos. Esta disminución no es aplicable a los partidos o grupos políticos que hayan presentado candidatos exclusivamente en ultramar mientras que la diferencia entre el número de candidatos de cada sexo que se relacionen no sea superior a uno. Los créditos resultantes de esta disminución reciben una nueva afectación en la ley de finanzas." Citamos por la traducción de BALAGUER, M.L., "Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico-constitucional español. Situaciones comparadas" en FREIXES SANJUÁN, T., *Mujer y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

⁴³ Ver PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL (PSOE), *Estatutos Federales*, art 9.1.k)

⁴⁴ El 5 de abril de 2000 Doña Luisa Fernanda Rudi fue elegida Presidenta del Congreso de los Diputados, y Doña Esperanza Aguirre reelegida como Presidenta del Senado, cargo que ya había desempeñado durante parte de la legislatura anterior.

⁴⁵ La introducción de medidas de paridad electoral mediante la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) se encontraba entre las principales propuestas del programa electoral con el que el principal partido de la oposición, el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) concurrió a las elecciones generales del 12 de marzo de 2000.

⁴⁶ Hasta el momento, y desde la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, ha tenido lugar sólo una reforma constitucional, la de 27 de agosto de 1992, modificando el art

especialmente gravoso cuando la reforma afecta a derechos fundamentales⁴⁷, hacen muy poco probable la reforma de la Constitución para introducir medidas de este tipo. De modo que el debate jurídico constitucional sobre la paridad electoral debe situarse en el nivel infraconstitucional.

A estos efectos, conviene precisar⁴⁸ que tanto la CE como la Ley Orgánica del Régimen Electoral general (LOREG) consagran como derecho fundamental el derecho a ser elegido y a permanecer en el cargo representativo, con los requisitos que señalen las leyes, "en condiciones de igualdad"⁴⁹. Estas condiciones de igualdad no impiden que las leyes electorales impongan requisitos a las candidaturas, requisitos que pueden ser clasificados en dos grandes grupos: los que afectan al derecho fundamental al sufragio pasivo, como las inelegibilidades (arts 6-7 LOREG) y las incompatibilidades (arts 155-159, 178, 203 y 211 LOREG), que, respectivamente, impiden a determinadas personas concurrir a elecciones o si consiguen un escaño, desempeñarlo sin renunciar a un cargo o trabajo incompatible. Y otros que se vierten en el ordenamiento como requisitos técnicos que deben cumplir las candidaturas, sin afectar en realidad al derecho fundamental al sufragio pasivo. Entre estos últimos se encontrarían, por ejemplo, la necesidad de avales para presentar las candidaturas (exigidos por el art 220.3 LOREG para todas las candidaturas al Parlamento Europeo y por los arts 169.3 y 187.3 LOREG para las candidaturas que presenten las agrupaciones de electores a las elecciones generales y municipales), la exigencia de que las candidaturas cuenten con suplentes o que se presenten dentro del plazo y mediante los procedimientos establecidos (arts 44 y ss LOREG), etc.

Es muy probable que, bajo el Derecho español, la exigencia de una cuota de representación por sexos ni siquiera afecte al derecho fundamental al sufragio pasivo, es decir, que pueda entenderse como una exigencia que se proyecta no sobre los candidatos, sino sobre las candidaturas. En todo caso, aún entendiéndolo como una limitación del derecho a ser elegido, lo cierto es que el art 23 CE faculta al legislador a establecer los requisitos que considere oportunos para poder acceder a los cargos y funciones públicas. La única exigencia constitucional es que dichos requisitos respeten las condiciones de igualdad. Lo que nos lleva a concluir que es el contraste con la consideración constitucional de la igualdad el que decidirá qué medidas de paridad

13.2 de la Constitución para permitir el sufragio pasivo de los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones municipales.

⁴⁷ Según el art 168 CE, " 1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación".

⁴⁸ Ver, sobre los argumentos que siguen, RODRÍGUEZ, A., "Reflexiones constitucionales sobre la paridad electoral? *Artículo 14. Una perspectiva de Género*, n.º 2, 1999, pp.2 y ss.

⁴⁹ Según el art 23.2 CE, los ciudadanos "(...) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes".

electoral serían o no admisibles.

Ahora bien, cuando el art 23 CE habilita al legislador a exigir los requisitos que considere oportunos para poder ser elegido siempre que los mismos se lleven a cabo ¿en condiciones de igualdad? está haciendo referencia a las diferentes manifestaciones que de la igualdad hace la CE: como ya se ha visto, la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art 1.1); la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley (art 14); y la igualdad material efectiva (art. 9.2). La interpretación sistemática de estas tres disposiciones sobre la igualdad llevada a cabo por el Tribunal Constitucional no arroja dudas sobre la posibilidad de que, en aras de la igualdad material, se limite el derecho fundamental a la igualdad de trato, es decir, se introduzcan medidas de discriminación positiva. Esta línea interpretativa del TC se aleja decididamente de la seguida por la *Corte Costituzionale* al decretar la inconstitucionalidad de la ley electoral que incorporaba las cuotas de mujeres en las candidaturas: para éste, la adopción de medidas de discriminación positiva no puede admitirse cuando incide directamente en el contenido mismo de los derechos fundamentales. En el sistema constitucional español, sin embargo, el ejercicio de los derechos fundamentales es uno de los campos típicos de proyección de las medidas de discriminación positiva. Con todo, la afirmación de la *Corte Costituzionale* encierra un punto de partida aplicable también al sistema constitucional español, a saber, la especificidad que presenta el ejercicio de los derechos fundamentales para llevar a cabo medidas de discriminación positiva. Ello tiene algunas consecuencias importantes para el análisis, como por ejemplo, abandonar la perspectiva laboral a la hora de estudiar las cuotas electorales, pues es cierto que, en el caso de la participación política, nos encontramos, al contrario de lo que ocurre con el derecho al trabajo (art 35.1 CE) con un derecho constitucionalmente calificado como "fundamental". Sin embargo, especificidad no quiere decir, en este caso, imposibilidad: el TC ha reconocido de modo expreso que la igualdad material del art 9.2 modula la igualdad ante la ley del art 14 CE. Como se ha visto, las "condiciones de igualdad" del art 23 CE se interpretan por la jurisprudencia constitucional como una referencia al propio art. 14 CE. De ello se sigue, necesariamente, que el derecho de acceso a los cargos públicos del art 23.2 CE no debería quedar vedado (pues el art. 14 no lo está) a medidas de discriminación positiva favorecedoras de la igualdad material.

A todo ello debe añadirse que, a pesar de que no suele recordarse, el art 9.2 CE consagra igualmente, junto con la igualdad efectiva, el principio de fomento de la participación efectiva, ordenando a los poderes públicos a "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política (...)". No parece, por lo tanto, discutible que el derecho de participación debe ser también, al igual que otros, un campo abierto a las medidas de discriminación positiva.

Desde el punto de vista constitucional, la cuestión central no consiste, pues, en la posibilidad de tomar medidas de este tipo. Más bien reside, como en el resto de los casos de discriminación positiva, en definir los contornos dentro de los cuales las medidas adoptadas respetarán el principio de proporcionalidad. De forma clara, el TC

ha afirmado en reiteradas ocasiones que toda medida limitadora de derechos - y las de discriminación positiva pueden llegar a serlo - debe respetar el contenido esencial del derecho limitado, superando para ello el correspondiente test de proporcionalidad. Lógicamente, nada se puede decir de esta exigencia sin analizar la forma concreta en la que se regularían las medidas de paridad electoral, pero parece claro, en principio, que las cuotas de mujeres en las candidaturas no deberían nunca adoptarse en términos absolutos, para cuya adopción la ley electoral francesa ha tenido que ir precedida de una reforma constitucional.

Sin embargo, las experiencias italiana y francesa denotan que existen varias vías que podrían evitar este exceso: una de ellas podría ser la adopción de cuotas obligatorias pero sólo en determinadas circunstancias (por ejemplo, la ley italiana distinguía, para las elecciones locales, entre poblaciones de más de 15.000 habitantes y el resto) o adoptadas sólo temporalmente, mediante la inclusión en la propia ley de medidas de revisión periódica de la cuota exigible en función del incremento paulatino de participación de la mujer en política. Otra vía para respetar el principio de proporcionalidad vendría dada por la adopción de medidas sólo incentivadoras de la presencia de cuotas femeninas: las candidaturas que las incluyeran gozarían de diversos incentivos electorales en cuanto a tramitación de las mismas, que podrían ir relacionadas con la financiación electoral, el acceso a los medios de comunicación para la campaña electoral, etc. Este tipo de incentivos están ya contemplados en la LOREG española para facilitar la presencia de las candidaturas presentadas por partidos políticos sobre las presentadas por otros colectivos. Reiteradamente el TC ha establecido que se encuentran justificadas por la relevancia que la Constitución concede a los partidos en el art 6 CE⁵⁰. La misma legitimidad podría concedérsele para modular la concurrencia de candidaturas a la igualdad y la participación material del art 9.2. CE.

⁵⁰ Según el art 6 CE, "Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos".