

LA PARIDAD A LA LUZ DE LA EQUIDAD

PROPUESTA PARA UNA NUEVA LECTURA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

**Tesis que, para la colación del grado de Doctor en Derecho por la
Universitat de València, presenta el Ldo. D.**

Frédéric Mertens de Wilmars

Bajo la dirección de la Profesora Dra.

D^a. M^a Josefa Ridaura Martínez

**En el marco del Programa de Doctorado
Derecho Constitucional (H 055)**



**VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA**

2014

A ti, Laura que no toleras las injusticias.

L'admission des femmes à l'égalité parfaite serait la marque la plus sûre de la civilisation, et elle doublerait les forces intellectuelles du genre humain.

Stendhal (1783-1842)

La première égalité, c'est l'équité.

Victor Hugo (1802-1885)

La sociedad no puede en justicia prohibir el ejercicio honrado de sus facultades a la mitad del género humano.

Concepción Arenal (1820-1893)

ÍNDICE

Introducción

1.1. Crisis de un principio “sin aliento”	p. 2
1.2. Crisis de la representatividad y de la ciudadanía	p. 4
1.3. La ausencia de las mujeres en la gobernanza	p. 4
1.4. Las medidas positivas para la participación de las mujeres en la vida política	p. 5
1.5. La paridad o la caja de Pandora	p. 6
1.6. La paridad o la medida equitativa	p. 7
1.7. La equidad, un principio complementario	p. 8
1.8. Una nueva lectura del principio de igualdad	p. 8
1.9. La estructura del estudio	p. 9
1.10. Agradecimientos	p. 9

PARTE I. LA PARIDAD AL AMPARO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

TITULO I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SUS LÍMITES

Capítulo 1. Los avances del principio de igualdad

Sección 1. De la igualdad formal a la igualdad substancial

1.1. El concepto y el alcance de la igualdad formal	p. 21
1.2. La igualdad substancial – igualdad de oportunidades vs. Resultados	p. 28

Sección 2. Acciones, discriminaciones positivas y otras medidas correctoras: experimentación y derogación

2.1. La experimentación y las derogaciones jurídicas	p. 37
2.2. Las acciones (o discriminaciones) positivas	p. 39
2.2.1. Origen y definición de las acciones positivas	p. 41
2.2.2. Condiciones de aplicación de las acciones positivas	p. 47

Capítulo 2. Los límites del principio de igualdad

Sección 1. Los límites de aplicación del principio de igualdad

1.1. Dificultades entre igualdad formal y substancial	p. 53
1.2. Sutilidades entre las medidas correctoras	p. 55
1.3. Problemas de aplicación de la igualdad	p. 56

Sección 2. Las nuevas discriminaciones fundadas sobre el principio de igualdad

2.1. Los efectos perversos de las acciones positivas	p. 58
2.1.1. La cuestión de la eficacia	p. 59
2.1.2. Otras incompatibilidades	p. 60

2.2. Consecuencias de la desviación del principio de igualdad	p. 61
2.2.1. Consecuencias teóricas	p. 62
2.2.2. Consecuencias en la representación política	p. 62

TITULO II. REPRESENTACIÓN EFECTIVA DE LAS MUJERES EN LA VIDA POLÍTICA. DE LAS CUOTAS A LA PARIDAD

Capítulo I. Las cuotas electorales y los obstáculos a la representación y a la participación política

Sección 1. Una solución provisional para una representación mínima

1.1. Naturaleza y tipología de las cuotas electorales	p. 68
1.2. Argumentos en torno a las cuotas	p. 71
1.3. Las cuotas electorales en el Derecho Internacional y los Derechos nacionales	p. 73
1.3.1. Las cuotas en Derecho Internacional	p. 73
1.3.2. Las cuotas en Derecho comparado	p. 76
1.3.2.1. Las cuotas en Francia	p. 77
1.3.2.2. Las cuotas en Bélgica	p. 79
1.3.2.3. Las cuotas voluntarias en España	p. 81

Sección 2. Los obstáculos a las cuotas electorales

2.1. Las contradicciones entre las cuotas y los principios jurídicos	p. 85
2.1.1.El “ataque” al principio de igualdad y de no discriminación	p. 85
2.1.2.La soberanía nacional: el fracaso de las cuotas en Francia	p. 88
2.2. Bélgica: una ley con efectos con éxito a medias	p. 90

Capítulo 2. La paridad en nombre de una igualdad política efectiva

Sección 1. Génesis del concepto paritarista

1.1 Introducción de la paridad en Francia, Bélgica y España	p. 95
1.1.1.Francia: del rechazo de las cuotas a la instauración de la paridad	p. 96
1.1.2.Bélgica: de las cuotas a la paridad	p. 106
1.1.3.España: base ya presente en la Constitución	p. 113
1.2.Los argumentos a favor y en contra de la paridad	p. 125
1.2.1.Coincidencias entre los sistemas comparados	p. 125
1.2.1.1. Universalismo vs. Diferencialismo	p. 126
1.2.1.2. Igualdad vs. Libertad	p. 130
1.2.1.3. Igualdad de oportunidades	p. 133
1.2.1.4. Representación espejo	p. 135
1.2.1.5. Dualidad de los sexos	p. 139
1.2.1.6. Eficacia de la paridad	p. 142

1.2.1.7. Paridad sin nombre	p. 146
1.2.2. Los argumentos distintos según los sistemas comparados	p. 147
1.2.2.1. La cuestión de la soberanía y de la indivisibilidad del pueblo	p. 148
1.2.2.2. La cuestión de la prevalencia del derecho internacional (Bélgica)	p. 150
1.2.2.3. Un nuevo catálogo constitucional (Bélgica)	p. 152
1.2.2.4. Las obligaciones constitucionales (España)	p. 153
Sección 2. Naturaleza jurídica de la paridad y sus límites frente a la igualdad	
2.1. Naturaleza jurídica de la paridad: ¿principio o instrumento estratégico?	p. 156
2.1.1. ¿Es o no una cuota?	p. 160
2.1.2. Se trata de una discriminación positiva	p. 163
2.1.3. ¿Se trata de una aplicación de la igualdad de oportunidades o de la igualdad de resultados?	p. 171
2.1.3.1. Paridad como instrumento de igualdad substancial	p. 171
2.1.3.2. Paridad como instrumento de la igualdad de oportunidades	p. 175
2.1.4. Conclusión sobre la naturaleza jurídica de la paridad	p. 179
2.2. Los límites de la paridad	p. 179
2.2.1. Límites de campo de aplicación de la paridad	p. 180
2.2.1.1. Los destinatarios de la paridad	p. 180
2.2.1.2. Las circunstancias de aplicación	p. 182
2.2.1.3. La intensidad de aplicación	p. 187
2.2.2. Dificultades con la cuestión de la proporcionalidad y su control	p. 190
2.2.2.1. Del carácter razonable y la proporcionalidad de la paridad en debate	p. 191
2.2.2.2. El control de proporcionalidad de las medidas paritarias	p. 193
2.2.2.3. Los inconvenientes del control de proporcionalidad a geometría variable	p. 198
2.2.2.3.1. Variación de niveles de intensidad del control de Proporcionalidad	p. 199
2.2.2.3.2. Ámbitos y circunstancias de aplicación	p. 202
2.2.2.3.3. Subjetividad del juez en el control de proporcionalidad	p. 206

PARTE II. LA PARIDAD AL AMPARO DE LA EQUIDAD

TITULO I. LA EQUIDAD, TAN CERCA Y TAN DIFERENTE DE LA IGUALDAD

Capítulo 1. El concepto de la equidad

Sección 1. Los orígenes de la equidad

1.1. De un concepto filosófico a una obligación jurídica	p. 213
--	--------

1.1.1. El descubrimiento de la equidad	p. 214
1.1.2. La negación y la ocultación de la equidad	p. 215
1.1.3. De la negación a la condena europea de la equidad	p. 217
1.1.4. El “redescubrimiento” de la equidad	p. 219

1.2. Los factores de integración de la equidad en el Derecho	p. 220
--	--------

1.2.1. Factor ideológico	p. 220
1.2.2. Factor económico y social	p. 222
1.2.3. Factor ético-jurídico	p. 223

Sección 2. Semejanzas y diferencias entre igualdad y equidad

2.1. Las semejanzas entre igualdad y equidad	p. 224
2.2. Las distinciones	p. 226

Capítulo 2. Hacia la consagración de un principio jurídico

Sección 1. La naturaleza jurídica de la equidad

1.1. ¿Instrumento o Principio?	p. 229
1.2. Los límites de aplicación de la equidad en el Derecho	p. 232

Sección 2. Desarrollo de la equidad en el Derecho internacional y comparado

2.1. Equidad en Derecho internacional	p. 234
---------------------------------------	--------

2.1.1. Convenios internacionales	p. 236
2.1.2. En el Derecho del CEDH	p. 238
2.1.3. En Derecho de la UE	p. 239

2.2. En el Derecho comparado	p. 242
------------------------------	--------

2.2.1. En Derecho anglosajón (breve incursión)	p. 243
2.2.2. En Derecho belga	p. 246
2.2.3. En Derecho español	p. 248
2.2.4. En Derecho francés	p. 251

TITULO II. LA PARIDAD Y UNA NUEVA LECTURA DEL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD

Capítulo 1. La paridad y sus límites con el principio de igualdad

Sección 1. La paridad más allá de las pretensiones del principio de igualdad

1.1. Un punto de partida común: el examen de comparación	p. 256
1.2. La igualdad o la pretensión de la identidad	p. 258
1.3. La paridad o la pretensión a la equivalencia	p. 260

1.3.1. La identidad como criterio diferencial	p. 260
1.3.2. La equivalencia	p. 261
1.3.3. El equilibrio	p. 263
1.3.4. La justicia	p. 265

Sección 2. Incoherencias y confusiones entre paridad e igualdad

- 2.1. Incoherencias entre el principio y la medida p. 267
 - 2.1.1. Incoherencia de naturaleza entre el principio y la medida p. 267
 - 2.1.2. Incoherencia de alcance: oportunidad vs. Inmutabilidad p. 269
- 2.2. Confusión terminológica p. 270

Capítulo 2. Le paridad al servicio de la complementariedad entre la igualdad y la equidad

Sección 1. El desarrollo de una doble base jurídica: igualdad y equidad

- 1.1. La doble base normativa p. 273
 - 1.1.1. En Derecho internacional p. 274
 - 1.1.1.1. La doble base “onusiana” (ONU) p. 274
 - 1.1.1.2. La doble base en los Derechos humanos del Consejo de Europa p. 278
 - 1.1.1.3. La doble base en el Derecho de la UE p. 279
 - 1.1.2. En Derecho comparado p. 280
- 1.2. La doble base jurisprudencial p. 282
 - 1.2.1. En Derecho internacional p. 283
 - 1.2.2. En Derecho comparado p. 284
 - 1.2.2.1. La jurisprudencia constitucional española p. 284
 - 1.2.2.2. La jurisprudencia constitucional belga p. 285
 - 1.2.2.3. La jurisprudencia constitucional francesa p. 286

Sección 2. La paridad, creadora de un “equilibrio” jurídico para una sociedad más justa

- 2.1. El equilibrio de la paridad p. 289
 - 2.1.1. El equilibrio o la conjugación de los diversos intereses p. 289
 - 2.1.2. El equilibrio paritario y la igualdad p. 291
 - 2.1.3. La paridad entre la igualdad y la justicia p. 292
- 2.2. Una nueva lectura del principio de igualdad p. 292
 - 2.2.1. El binomio “igualdad-equidad” en el marco normativo p. 293
 - 2.2.2. La ponderación jurisdiccional entre ambos principios p. 296
 - 2.2.2.1. La ponderación conceptual jurisdiccional p. 296
 - 2.2.2.2. La relevancia de la equidad con apoyo de otros principios de derecho p. 298
 - 2.2.2.3. El control jurisdiccional del binomio igualdad-equidad p. 299
 - 2.2.3. Más allá de la paridad: una nueva lectura del principio de igualdad p. 301

CONCLUSIONES GENERALES
BIBLIOGRAFÍA
ABREVIATURAS

p. 303
p. 307
p. 355

INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad, fundamento bautismal del Estado moderno, fue el origen de innumerables avances en el acervo y en el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales. Desde la *Déclaration universelle des droits de l'homme et du Citoyen* de 1793 hasta hoy en día con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la igualdad se ha universalizado por lo menos en teoría.

De algún modo, a título comparativo, el principio de igualdad es el “Big Bang” de un universo en extensión con numerosas “constelaciones” de derechos cuyas muchas de ellas ya tienen una larga existencia y otras menos o acaban de nacer. Ahora bien, como en el caso del universo físico, la expansión del universo de los derechos no es infinita. La contracción del universo que los científicos anuncian, ya está demostrada y observada por los juristas en cuanto al principio de igualdad.

Más allá de la metáfora, se constata en efecto que los derechos y libertades fundamentales, si continúan desarrollándose, lo hacen de manera diluida por estar basados en un principio que ha perdido su fuerza, su vitalidad. Sin aliento, el principio de igualdad está en crisis. En crisis porque, por una parte, no responde más a las desigualdades y a las injusticias que afectan a los sujetos de derecho (1.1) y por otra, las instituciones y el Estado de derecho mismo, ya no inspiran confianza a los ciudadanos y han generado, en consecuencia, la crisis de la representatividad y de la ciudadanía (1.2). Esta última se manifiesta en el marco de la participación a la gobernanza política – y económica – y por la subrepresentación, véase exclusión, de un grupo de individuos que compone cualquier comunidad organizada: las mujeres (1.3).

Por tanto, con el apoyo del Derecho internacional, los gobernantes han adoptado medidas de todo tipo para responder al déficit democrático por la casi ausencia de más de la mitad de la humanidad en los recintos políticos. La paridad, entre esas medidas, constituye la más emblemática de las medidas de acción y de discriminación positiva (1.4.).

No obstante, aunque su radicalidad seduce – ¡no a todo el mundo! – en términos políticos, desde el punto de vista del Derecho, la paridad se ha convertido en una “caja de Pandora” al replantear todo lo que han sido hasta ahora las bases fundamentales del Estado de derecho democrático: la libertad y, sobre todo, la igualdad. Es más, a través de la naturaleza de la medida paritaria, sus contradicciones - internas y con el principio igualitario – lo han hecho tambalear en su razón de ser o por lo menos, en su interpretación “clásica” (1.5).

Un concepto conocido de los jueces puede servir de base jurídica para la paridad, así como para todas las medidas de acción y de discriminación positiva: la equidad. En efecto, aunque tiene rasgos comunes o muy cercanos a los de la igualdad, se distingue

de ella porque su referencia es la justicia. En otros términos, la paridad se inscribe como medida equitativa con el fin de establecer un equilibrio de representatividad de ambos sexos en el ejercicio de los mandatos y funciones electivas (1.6).

Finalmente, la equidad, elevada al rango de principio de derecho, al “igual” que el propio principio de igualdad, debería contribuir a renovar la dinámica de este último. De hecho, al asociar ambos principios en una complementariedad – y no una sustitución – el conjunto de las normas y de las políticas públicas que tienden a corregir desigualdades sería cubierto, sin que haya un replanteamiento de la actuación pública ni de los principios en los cuales se inscriben. En definitiva, la paridad nos ofrece una nueva manera de interpretar y de aplicar el principio de igualdad con la ayuda del principio de equidad (1.7).

La combinación de los principios de igualdad y de equidad se defiende y se promueve a partir de lo tangible que existe en el ordenamiento jurídico internacional y en los sistemas nacionales. Tratados, leyes - véase constituciones - y jurisprudencias, son las bases de dicha combinación. Por ello, además de las referencias al Derecho internacional y especialmente a los Derechos Humanos del Consejo de Europa, así como al Derecho de la Unión Europea, el Derecho comparado ha sido, a lo largo del estudio, el marco interpretativo limitándose a los Derechos belga, español y francés – aunque, puntual y brevemente haya referencias al Derecho anglosajón (1.8). La estructura del presente estudio refleja la metodología ampliamente inspirada en ellos (1.9) y ha sido posible con la ayuda y los apoyos de numerosas personas (1.10).

1.1. Crisis de un principio “sin aliento”

Con el impulso de las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII, las ideas filosóficas y políticas desarrollaron el principio de igualdad como fundador del Estado moderno que, junto al principio de libertad, se convirtió más tarde en un Estado de derecho democrático.

En el Viejo Continente, bajo el llamado principio de legalidad, la *igualdad de todos ante la ley*, se concibió para poner fin a la arbitrariedad¹. Pero fue sólo a partir del siglo XX, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el derecho a la igualdad comenzó a definirse también como un derecho ante el legislador de manera que, desde entonces, está anclada la idea, por una parte, de un *derecho a la igualdad ante la ley* (es decir, en la aplicación de la ley) y por otra, de un *derecho a la igualdad en la ley* (es decir, derecho frente al autor normativo).

¹ V. RUBIO LLORENTE, Fco., “La igualdad en la aplicación de la ley”, en García San Miguel, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 47-58.

Con el apogeo del Estado de Bienestar en la inmediata posguerra, la idea de igualdad se ha extendido también al conjunto de los derechos de ámbito económico y social con la generosa pretensión de ofrecer una *igualdad de oportunidades* a todos los ciudadanos, titulares de los derechos civiles y políticos pero también de los económicos, sociales y culturales.

Ahora bien, las crisis económicas recurrentes, iniciadas en los años setenta, han marcado los límites de la generosidad del Estado de Bienestar² y han dado pie, entre otros, a numerosas críticas. Algunas afirman que éste ha “fabricado” ciudadanos pasivos o asistidos, mientras que otras, denuncian el intervencionismo a ultranza del Estado de Bienestar a favor de los derechos sociales llamados “derechos de igualdad” que restringen las libertades encarnadas por los derechos civiles³.

Con el tiempo, han aparecido nuevas desigualdades pero el Estado de bienestar, por medio de la acción pública, no consigue rescatar a los individuos de éstas. Su marco institucional mismo, en el cual el principio de igualdad se ha forjado, es cuestionado, por lo menos desde tres puntos de vista.

Primero, el Estado está criticado por no haber impedido el desarrollo de dichas nuevas desigualdades cuando el “Bienestar” se ha fundado en el principio de igualdad. Por ello, al interrogarse sobre el alcance de una igualdad concebida como una igualdad de derechos, el Derecho o más bien la Justicia busca *otra igualdad* que proponga una respuesta *equitativa* a las desigualdades.

Segundo, el ordenamiento jurídico y las instituciones políticas que lo fomentan, experimentan un replanteamiento de su eficacia por mantener una batería de instrumentos que ya no sirven para luchar adecuadamente contra las desigualdades ni contra las situaciones injustas. El principio de igualdad debe admitir la compatibilidad con la experimentación de nuevas normas para erradicar aquellas.

Tercero, la ciudadanía, como colectivo homogéneo y abstracto, se fragmenta por las demandas acuciantes de reconocimiento de identidades específicas o comunitarias que, al ser ignoradas, pueden alejar, en definitiva, algunos individuos o grupos de la legalidad y de la igualdad. El principio de igualdad debe adaptarse a estas realidades a menudo históricamente escondidas por aquella ciudadanía abstracta que no “tenía sexo, color, raza, etc.”

² V. MERTENS de WILMARS, F., “El rescate del Estado de Bienestar en Europa: un modelo social europeo”, en *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, nº 62, Belo Horizonte, Brasil, 2013, pp. 231-245.

³ V. CORTINA, A., “Prólogo” a *Igualdad y Justicia* de Gustavo Pereira, Nau Llibres, València, 2001, p. 5.

1.2. Crisis de la representatividad y de la ciudadanía

Dicha fragmentación de la ciudadanía ha ido acentuándose en el marco de la representatividad política. El electorado - y los ciudadanos en general - se reconoce siempre menos en sus representantes porque éstos sirven a instituciones que ya no pueden hacer efectivos los derechos garantizados por el Estado de Bienestar.

De hecho, debido a las carencias institucionales, se ha generado una dualización política, con dos grupos diferenciados en nuestra sociedad. Por una parte, están los individuos que gozan de una ciudadanía plena y entera, basada en su capacidad de sustentar sus propios derechos – económicos y sociales. Por otra, los llamados “ciudadanos de segunda categoría” son los que sufren trabas en el ejercicio de esos mismos derechos por no tener los recursos propios para ello.

Esta “*summa divisio*” de la sociedad ha generado así una segregación oculta en la participación y la representación política de los ciudadanos. Los de la primera categoría, al tener un estatuto socioeconómico, participan y tienen voz en los recintos políticos y en la vida pública. Los de la segunda, como mucho, pueden participar pasivamente en las elecciones en las cuales están subrepresentados.

1.3. La ausencia de las mujeres en la gobernanza

Uno de los síntomas de esta crisis de representatividad y de la ciudadanía, radica en la participación desigual entre mujeres y hombres en la gobernanza política – y también económica - desigualdad que se traduce por la escasez de oportunidades para las mujeres de participar en el ejercicio de los mandatos y funciones electivas.

La subrepresentación de las mujeres en la política se debe a un reconocimiento tardío de su derecho de voto, debido por lo esencial, a la concepción tradicional del papel de la mujer en las sociedades occidentales que ha hecho que, prácticamente hasta la segunda mitad del siglo XX, su actividad se limitara a la esfera privada y a las tareas domésticas, mientras que la esfera política era de la incumbencia casi exclusiva del hombre.

Ahora bien, la apuesta de la redefinición de la ciudadanía consiste especialmente en la articulación de las dimensiones social y política de la misma, en el marco del Estado de Bienestar⁴. En la cuestión de la participación de las mujeres en la política, se trata de dar cuenta de la capacidad de éstas para imponer una definición de la ciudadanía

⁴ DEL RÉ, A. et HEINEN, J. (eds.), *Quelle citoyenneté pour les femmes? La crise des Etats-providence et de la représentation politique en Europe*, L'Harmattan, París, 1996.

que integre una dimensión social⁵. Las mujeres, entonces, llegan a ser sujetos políticos cuando consideran los derechos sociales como terreno de luchas y de negociaciones. Tienen capacidad para tener peso en el espacio público y político por su participación en las instancias de la democracia participativa.

Por lo tanto, la ciudadanía femenina tiene que tomar un carácter participativo y no pasivo. En otros términos, las mujeres deben poder representar a la sociedad civil en su conjunto y no sólo contentarse con expresar sus votos cuando se les solicitan con ocasión de algún referéndum, de elecciones legislativas y locales. Se trata, para ellas, de reivindicar una presencia efectiva en los recintos políticos.

Por ello, entre la evolución de las mentalidades y la necesidad de renovación de la clase política, el conjunto de partidos políticos – sea cual sea su tendencia – y los gobiernos buscan las medidas para asegurar la representatividad efectiva de la ciudadanía.

1.4. Las medidas positivas para la participación de las mujeres en la vida política

Conscientes de esta necesidad de renovación política - y de la ciudadanía en definitiva – a favor de las mujeres, los gobernantes han adoptado normas y medidas para facilitarles el acceso a los mandatos y funciones electivas. Inspirados del Derecho internacional y de la experiencia norteamericana, varios ordenamientos jurídicos han introducido las llamadas medidas de acción o de discriminación positiva en el sistema de representación política – y también socioeconómica.

Genéricamente, las medidas (de acción y de discriminación) positivas se definen como que tienden a (r)establecer una igualdad a favor de una persona discriminada por el hecho de su pertenencia a un grupo minoritario, desaventajado o desfavorecido. Tienen por objetivo alcanzar, en un plazo determinado, una igualdad entre este grupo y los otros que no están discriminados. Las características⁶ y las diversas formas de las

⁵ MARQUES-PEREIRA, B. (ed.), *Citoyenneté*, numéro spécial de Sextant, n° 7, 1997; SCOTT, J., *La citoyenneté paradoxale*, Albin Michel, París, 1998.

⁶ Cuatro elementos caracterizan las medidas positivas, que sean de acción o de discriminación positiva. El primero concierne a un grupo de personas que tiene una(s) característica(s) comun(es) que funda(n) su pertenencia en el grupo: la etnia, la raza, la condición socio-económica, la cultura, la religión, la filosofía...y el género. El segundo reside en la existencia real de una situación discriminatoria. El tercer elemento se singulariza por la inscripción de la medida positiva en un programa de acciones realizadas en favor de las personas desaventajadas, programas que establecen objetivos, medios y el tiempo de su aplicación. El último elemento consiste, en principio, en su carácter temporal; lo contrario podría constituir una discriminación que no se justificaría a la luz de los criterios de proporcionalidad y de eficacia. En otros términos, las medidas de acción y de discriminación positiva constituyen sólo unos medios y no unos fines en sí mismos. Respecto a su naturaleza y sus aplicaciones, v. *infra* Parte, Título I, Capítulo 1, Sección 2.

medidas positivas hacen de éstas unas derogaciones experimentales respecto al principio de igualdad.

De hecho, la introducción de estas medidas positivas se ha convertido así en una “revolución” en la concepción del principio de igualdad; revolución que ha generado resistencia en las jurisdicciones constitucionales guardianas del respeto de este principio fundamental del Estado de derecho democrático.

Las medidas positivas se materializan de distintas maneras, pero en el caso de la representación y participación política de las mujeres, las más emblemáticas, por ser entre otras muy radicales, son las cuotas por una parte y la paridad por otra⁷. Así pues, las primeras aplicadas a favor de las mujeres como grupo históricamente desaventajado corresponderían a la discriminación positiva (porque afectan a los hombres que se presentan en las listas electorales) mientras que la segunda se asimilaría más bien a la acción positiva porque no afectaría directamente al derecho de participación activa en la política.

1.5. La paridad o la caja de Pandora

A pesar de que, al igual que todas las medidas positivas, las cuotas y la paridad han encontrado su legitimidad en el carácter proporcional, provisional y justificado en función del objetivo perseguido - una representación equilibrada - pocos ordenamientos jurídicos han instaurado estas medidas positivas.

Aunque las cuotas electorales fueron las primeras en ser adoptadas, ha sido la paridad que, más allá de un objetivo cifrado (30, 40 o 60%) enfocado en una participación equilibrada de ambos sexos en los órganos de toma de decisión, tiene como base la idea de que la sociedad está “igualmente” compuesta de ciudadanos y ciudadanas, y debe estar representada por lo tanto igualmente en los puestos de decisión política. La polémica que la paridad genera está a la medida del radicalismo de ella.

En el terreno político, constituye una obligación positiva impuesta a los actores del juego político y en particular a los partidos. Sin embargo, se trata de un tipo de intervención jurídica muy difícil de manejar por muchas razones⁸. Así pues, entre otras, la paridad es una obligación positiva que supone una colaboración efectiva de los destinatarios que generalmente se muestran reacios - se entiende porque son mayoritariamente hombres. Otra razón radica en la idea de que este tipo de

⁷ V. *infra* 1.5.

⁸ Sobre las dificultades de la paridad con el principio de igualdad, v. *infra* Parte I, Título II, Capítulo 2.

obligación proviene de la estrategia de la acción o discriminación positiva, o sea, no se trata ya de una simple “igualdad-protección” sino de la “igualdad-promoción”⁹.

Pero la mayor dificultad consiste en la incompatibilidad entre la paridad y el principio de igualdad, tanto desde el punto de vista de sus naturalezas respectivas, como desde el punto de vista de sus alcances u objetivos respectivos. Dicha dificultad se refleja en los debates parlamentarios previos a la adopción legal de la medida paritaria, así como en la jurisprudencia de las jurisdicciones constitucionales de los ordenamientos que han integrado la “democracia paritaria”.

Dicha “democracia paritaria” interpela sobre el principio de igualdad poniendo en cuestión la lectura clásica de éste, porque al pretender crear un equilibrio de representatividad entre hombres y mujeres en la vida política, constituye un cambio radical en la percepción tradicional del principio de igualdad y de no discriminación, conduciendo a la consagración de una igualdad de género concreta; lo que en su configuración clásica, lleva a una distinción que desnaturalizaría el principio de igualdad.

1.6. La paridad o la medida equitativa

En realidad, la paridad no trata de compensar provisionalmente una desigualdad pasada sino de establecer definitivamente una representación equilibrada entre hombres y mujeres. Es en este sentido en lo que se distingue de la igualdad.

En efecto, la democracia paritaria ya no es el acto de ciudadanos intercambiables sino de hombres y mujeres paritariamente representados. Entonces, la paridad no puede analizarse como una inflexión provisional del principio de igualdad que es el referente de la ciudadanía abstracta. Otro concepto, otro principio jurídico, puede servir de base más adaptada a la naturaleza y al desarrollo de la medida paritaria: la equidad.

Muy cercana al principio de igualdad, por lo menos en las apariencias, la equidad ha sido redescubierta con la Teoría de la justicia de John Rawls. Al contrario de la igualdad, la equidad pretende el equilibrio con el fin de establecer la justicia; lo que admiten plenamente las medidas positivas, incluyendo la paridad, si éstas se inscriben en la proporcionalidad, el equilibrio entre los intereses particulares y el interés general.

⁹ DEMICHEL, Fr., «A parts égales: contribution au débat sur la parité», *Chronique, Recueil Dalloz-Sirey*, 1996, p. 95.

1.7. La equidad, un principio complementario

En este sentido la equidad no se opone a la igualdad, sino que supone por el contrario criterios más exigentes. Esta conceptualización de la equidad conduce a distinguir la forma procedimental de la igualdad, que concierne a la igualdad de derechos, de la forma equitativa de la igualdad, que se refiere a la igualdad de oportunidades, por lo que renueva una reflexión que, en las tradiciones jurídicas europeas, oponía igualdad formal a igualdad substancial.

Entendida así, la equidad como principio jurídico, permitiría la adhesión al conjunto de medidas positivas y puede contribuir de este modo a una renovación dinámica del principio de igualdad. Lejos de sustituirlo, el principio de equidad tendría una función complementaria respecto al de igualdad.

En definitiva, la paridad se inscribiría en el marco del principio equitativo, teniendo como referencia – es verdad, indirecta – el principio de igualdad. Ha constituido la clave de conexión entre la igualdad y la equidad que son complementarias y no antinómicas.

1.8. Una nueva lectura del principio de igualdad

La combinación de los principios de igualdad y de equidad acompaña entonces todas las medidas positivas, y más allá, todas las actuaciones del legislador y de la Administración pública al amparo de la igualdad y de la justicia. Esta combinación ofrece una nueva lectura del principio de igualdad, dinámica y segura desde el punto de vista jurídico. Así, las referencias al Derecho de la ONU, del CEDH y de la UE así como al Derecho comparado constituyen un apoyo innegable para hacer de la asociación de los principios algo tangible en términos jurídicos.

Respecto a los ordenamientos jurídicos considerados en nuestro estudio, nos hemos centrados en los Derechos belga, español y francés, por dos motivos. El primero, porque ya fueron objeto de un anterior estudio comparativo en cuanto a las cuotas y a la paridad electoral¹⁰. Nos ha parecido ahora natural profundizar en algunos aspectos en el mismo marco referencial desde la perspectiva del Derecho comparado.

El segundo, reside en que los tres Derechos ilustran tres puntos de vista que han evolucionado en cuanto a la adopción de las medidas positivas en el ámbito político en particular y en el conjunto del sistema jurídico, en general. En efecto, en Francia, después de un rechazo constitucional de las cuotas electorales, las medidas positivas

¹⁰ MERTENS de WILMARS, F., *Cuotas y paridad: medidas a favor de una mejor representación política de las mujeres. Tres experiencias nacionales*, Trabajo de investigación del Tercer Ciclo dirigido por Pr. Dra. M. J. Ridaura Martínez, Universitat de Valencia, Valencia, 2002.

han sido consagradas por la inscripción, con medias palabras, de la paridad en las leyes. En cambio, el Derecho belga, pronto permitió la adopción de las medidas de acción y de discriminación positiva en el ámbito político como en otros, pero la efectividad de éstas fue discutible. Finalmente, el Derecho español, con sus disposiciones constitucionales 9.2 y 14 CE, ofrece la base jurídica más propicia a la elaboración y al desarrollo de normas y medidas destinadas a restaurar la igualdad.

1.9. La estructura del estudio

La estructura del estudio se basa en dos partes relativas a la paridad que constituye en sí el nexo de la investigación.

La primera trata de la paridad al amparo del principio de igualdad (Parte I). Éste, como principio fundador del Estado de derecho, se ha definido tanto por sus avances como por sus límites (Título I). Avances por acercar dicho principio a la realidad, con la adopción de medidas de acción y de discriminación positiva (Capítulo 1). Límites en cuanto a las dificultades de compatibilidad de éstas con el principio de igualdad y a las carencias de éste mismo (Capítulo 2). Por su parte, inscribiéndose en la representación efectiva de las mujeres en la vida política (Título II), las medidas positivas han sido materializadas por la adopción legal de las cuotas de género en materia electoral (Capítulo 1) y a continuación de la paridad (Capítulo 2).

La segunda parte de la investigación enfoca la paridad desde la perspectiva de la equidad (Parte II). Ésta, pese a sus rasgos muy cercanos a los de la igualdad (Título I), se distingue de aquella desde el punto de vista conceptual (Capítulo 1). Desarrollada en el ordenamiento jurídico internacional, la equidad sirve de referencia – a menudo bajo otros vocablos – para los jueces, en Derecho comparado, a la hora de pronunciar decisiones justas (Capítulo 2). Así pues, la paridad nos propone una nueva lectura del principio de igualdad (Título II) al resaltar las dificultades de su adecuación con éste (Capítulo 1). En efecto, la medida paritaria ha contribuido al establecimiento de la complementariedad entre los principios de igualdad y de equidad (Capítulo 2).

1.10. Agradecimientos

Lejos de constituir un desenlace de varios años de investigaciones y de publicaciones sobre la cuestión de la igualdad entre mujeres y hombres, esta tesis viene a ser un punto de inflexión en el conjunto de nuestras reflexiones basadas en la efectividad de una verdadera justicia entre todos los seres humanos.

Recibida de la educación de nuestros padres, esta idea de igualdad y de justicia fue desarrollada en el aula de la Facultad de Derecho de la *Université catholique de Louvain* (UCL), en particular en el marco de las asignaturas de la “Teoría de la función de juzgar” del Prof. Jacques Van Compernelle y de la Filosofía del Derecho del Prof. Olivier De Schutter de quien aprendimos el concepto de la discriminación positiva.

Ahora bien, el DEA del Derecho comunitario en la Universidad de Aix-Marseille III fue la ocasión para iniciar la materialización de nuestras investigaciones con el apoyo de la profesora Dominique Nazet-Allouche. Gracias a ella, descubrimos los enfoques multisectoriales e internacionales de la concepción de la igualdad en la perspectiva del género¹¹. Lo mismo ocurrió en el marco de nuestros trabajos llevados en el *Institut d'études européennes* de la UCL con el Prof. Michel Dumoulin, así como en la Facultad de Derecho de la UCL con el Prof. Marc Verdussen quien nos permitió compartir los mismos intereses relativos a la condición política de las mujeres y a la introducción de la paridad electoral en el ordenamiento jurídico belga.

Pero, es en el seno del Departamento de Derecho constitucional, Ciencias políticas y de la Administración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia donde hemos profundizado y ampliado la investigación doctoral sobre las cuotas y la paridad electorales¹², bajo la dirección de la Prof. Dra. María Josefa Ridaura Martínez quien, a continuación, nos ha “custodiado” en la realización de esta tesis, lo que le agradecemos por su paciencia y por los acertados consejos que nos ha prodigado para llegar a este resultado.

Jalonado de largos momentos de soledad - la del autor frente a la “pantalla blanca” - este trabajo, no obstante, ha sido enriquecido por los intercambios de puntos de vista e informaciones de numerosas personas que hemos tenido la suerte de encontrar durante los años de investigaciones. Les estamos muy agradecidos por sus aportaciones y por haber dejado, de algún modo su “huella” en nuestras reflexiones.

Además, no hubiera sido posible comunicar nuestras ideas en este trabajo sin la ayuda de José Ferrús Soler quien, pacientemente, supo enseñarnos a combinar los idiomas de Voltaire y de Cervantes, recorriendo estas páginas que, a veces, han sido objeto de algunos debates terminológicos dignos de expertos en las filologías francesa e hispánica. Le estoy reconocido infinitamente. Esta tesis es también la suya.

En fin, agradecemos a todos nuestros seres queridos que nos han inspirado, apoyado y facilitado la realización de este trabajo. Como no queremos olvidar a nadie, les damos nuestra gratitud a través de nuestros hijos Sofía y Guillermo, los compañeros más preciosos de nuestra vida.

Valencia, 25 de abril de 2014.

¹¹ “Discriminations positives et droit communautaire. Prospectives à l’aune de l’expérience américaine”, *mémoire de DEA du droit communautaire*, (sous dir.) de D. NAZET-ALLOUCHE, Université Aix-Marseille III, Aix-en-Provence, 1998.

¹² “Cuotas y paridad: medidas a favor de una mejor representación política de las mujeres. Tres experiencias nacionales”, *Trabajo de investigación del Tercer Ciclo*, (b.dir.) de M^a. J. RIDAURA MARTÍNEZ, Universitat de Valencia, Valencia, 2002.

PARTE I

EL CONCEPTO DE LA PARIDAD

AL AMPARO DE LA IGUALDAD

La representación insuficiente de las mujeres en las asambleas políticas ha generado con el tiempo y la evolución de las mentalidades un cambio de actitud política. Conscientes de la importancia de su participación en la gobernanza política y económica, los partidos políticos y los legisladores han adoptado normas y medidas con el fin de dar mayor presencia o incluso de tratar de igualar la participación de los géneros en la vida pública.

Las medidas que han desatado más controversias y polémicas, tanto por su fundamento teórico y jurídico como por su aplicación, son las cuotas electorales y la paridad. Otras actuaciones menos radicales comparten en su ejecución el mismo objetivo que éstas últimas: acabar por fin con la ilusión de una igualdad teórica que constituye sin embargo el cimiento de un estado de derecho democrático.

Al introducir tales medidas en el campo normativo, sus promotores y el legislador se enfrentan a unas dificultades jurídicas (y filosóficas), importantes todas ellas en relación con el principio de igualdad que exige tanto de las leyes como de sus garantes, tratar a todos los ciudadanos como *iguales ante la ley*.

Traducido desde la perspectiva de los sistemas jurídicos influidos por el Derecho francés, el principio de igualdad exige igual tratamiento “abstracto” de los individuos como de las situaciones. En nuestro caso, hombres y mujeres, son considerados como ciudadanos “sin género”, del mismo modo que no tienen color de piel, ni raza, ni etnia, ni religión, ni clase, etc. O más bien, tienen características propias que, bajo ningún concepto, pueden ser objeto de criterios diferenciales de tratamiento. Las leyes y los jueces tienen que ignorarlas pero, esta ignorancia puede conllevar debilidades o limitaciones al principio de igualdad al no encontrar su aplicación efectiva en la realidad pública (Título I).

A pesar de estar ya suprimidos los obstáculos legales a su participación, las mujeres han sido apartadas o marginadas por los partidos políticos hasta hace dos o tres décadas. La concienciación de la sociedad del déficit democrático por su ausencia en el poder, ha contribuido al cambio progresivo de la clase política y ha acelerado el proceso de integración de las mujeres por medio de medidas voluntaristas. Y a veces vinculantes.

Las cuotas y la paridad son aquellas medidas correctoras por excelencia en cuanto al reajuste del equilibrio de representación política entre hombres y mujeres. No sólo replantean las condiciones de aplicación sino también cuestionan el principio mismo

de la igualdad en el ámbito político, teniendo en cuenta que las mujeres han tardado en poder ser elegidas y ejercer su mandato (Título II).

TÍTULO I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SUS LÍMITES

La igualdad, como base fundamental del estado de derecho, pronto se erigió en principio constitucional desde las revoluciones americana y francesa del siglo XVIII en la mayoría de los ordenamientos jurídicos democráticos. Por su parte, desde la Segunda Guerra Mundial, los tratados y convenios internacionales consagran la igualdad como fundamento de la paz y de los derechos humanos, la dignidad humana, etc. La igualdad tiene entonces un carácter supraconstitucional o supranacional porque forma parte integrante del Derecho internacional, lo que supone en términos de medidas de promoción y de protección más allá de lo que pueden garantizar los Estados.

La igualdad está formada de tres componentes: igualdad de derechos, igualdad de oportunidades e igualdad socioeconómica. Si la igualdad, en su dimensión global, tiene una cierta fuerza en la afirmación de sus principios igualitarios, aparece como siendo afectada por unos límites susceptibles de descalificarla por la incapacidad para satisfacer en la práctica las ambiciones proclamadas¹³. Con los cambios inherentes a las condiciones socioeconómicas y a las mentalidades del fin del siglo XX, han aparecido contradicciones propias del principio de igualdad tal como está entendida en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental

En la tipología jurídica de la igualdad, podemos encontrar cinco tipos de distinciones que nos ayudarán a delimitar los conceptos y su interacción a la hora de analizar las relaciones entre la igualdad, la equidad y la paridad.

Una primera distinción se concreta en función del campo de aplicación y del grado de fuerza vinculante de los instrumentos que consagran el principio de igualdad. Entre éstos, hay que distinguir, según el marco geográfico de su consagración y según el nivel de juridicidad de su consagración¹⁴.

El segundo tipo, distingue la igualdad como regla de encuadramiento neutro, de la igualdad como regla que impone un objetivo a alcanzar. Es decir, que tanto a nivel internacional como a nivel constitucional nacional, la regla de igualdad puede limitarse a proporcionar un “marco neutro” a la acción de los poderes públicos; la regla de igualdad no tiene vocación de ampararse en la promoción de intereses de un grupo

¹³ WHUL, S., *L'égalité. Nouveaux débats, Rawls, Walzer: Les principes face aux pratiques*, Col. Sociologie d'aujourd'hui, ed. PUF, París, 2002, pp. 53-62.

¹⁴ De un punto de vista geográfico, hay textos internacionales universales – como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 2, 3 y 36) o el Convenio sobre la eliminación de discriminaciones contra las mujeres (1979) – e instrumentos internacionales regionales. En el Consejo de Europa: CEDH, art.14, art.5 del Protocolo nº7 y el Protocolo adicional nº12 (además de las recomendaciones no vinculantes). En la Unión Europea, los art. 45 TFUE, 157 TFUE y 19 TFUE así como las directivas 2000/78 CE del 27 noviembre 2000 (*D.O.C.E.*, nº L 303 del 2 diciembre 2000); Directiva 2004/113 CE del 13 diciembre 2004 (*D.O.C.E* L 373 del 21 diciembre 2004) y la Carta de los Derechos fundamentales de la UE (art. 20 a 23) anexada al Tratado de Lisboa.

particular¹⁵. Por otra parte, figuran los instrumentos que promueven un objetivo determinado, como la promoción de un grupo específico más débil y que incluyen, a veces implícitamente, la regla de igualdad¹⁶.

El interés de distinguir ambas reglas de igualdad se sitúa a nivel de las directivas de interpretación a adoptar. Las reglas “con intención de promoción” deben su adopción a la voluntad de sus “padres fundadores” de corregir, por esta vía, una desigualdad de hecho debidamente contrastada y considerada como problemática. Para su interpretación, es inevitable una referencia a este objetivo, lo que podría justificar una interpretación más constructiva y valiente que para una simple regla de igualdad constitutiva de un “marco neutro”. Así, en esta interpretación, se observa una mayor propensión a deducir de estas reglas reales “obligaciones positivas” al cargo de los poderes públicos (acciones o discriminaciones positivas) o una mayor propensión a admitir que los Estados recurran a la técnica de las acciones o discriminaciones positivas para obtener la igualdad deseada¹⁷.

La tercera distinción a observar – también en derecho internacional - reside entre las reglas de igualdad autónomas y las reglas de igualdad desprovistas de autonomía. Las primeras tienen un campo de aplicación ilimitado: consagran la igualdad en cualquier ámbito y respecto a cualquier ventaja o derecho reconocido en el sistema jurídico considerado¹⁸. Las segundas tienen un campo más limitado porque tratan de la igualdad en el goce de ciertos derechos y libertades predeterminados¹⁹.

Una cuarta distinción, próxima a la segunda, está entre las reglas de igualdad que contienen una prohibición de uso de cualquier criterio de diferenciación a priori prohibido y las reglas de igualdad que prohíben sólo el uso de ciertos criterios de diferenciación a priori prohibidos. Ciertas reglas, prohíben sólo una o varias formas de diferencia de trato limitativamente enumeradas²⁰. Es en relación con éstas que se desarrolla el concepto de la “discriminación indirecta”. Otras reglas, por contra,

¹⁵ Veremos más adelante la relación entre esta idea de neutralidad y la equidad (Parte II, Título I, Capítulo 2).

¹⁶ V. por ejemplo el Convenio de eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres (1979).

¹⁷ A veces, la inserción de una regla de igualdad en un instrumento elaborado para proteger un grupo determinado puede provocar unas dudas en cuanto a la identidad de sus beneficiarios. Así pues, ¿las reglas del Convenio de eliminación de discriminación contra las mujeres (CEDAW) pueden ser reivindicadas por un hombre a su favor? Si nos referimos al contexto de elaboración y el objetivo de dicho convenio, la respuesta es negativa. Sin embargo, si se procede a un examen estricto de la redacción de las disposiciones como el art.15, apdo.1 y 4, no se puede descartar en absoluto una respuesta positiva.

¹⁸ Art. 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP) y Observación general nº18 sobre la no discriminación.

¹⁹ El art.14 CEDH es el ejemplo de estas reglas. Según la jurisprudencia constante de Estrasburgo, esta disposición no tiene “existencia independiente” (V. por ejemplo, TEDH, 16 de septiembre de 1996, *Gaygusuz c. Austria*, Rec. 1996, § 36). Sin embargo, el Protocolo adicional nº12 inserta una regla de igualdad general con existencia independiente que completa el art. 14 (V. por ejemplo, TEDH, 22 de enero de 2008, *E.B. c. Francia*, Rec. 2008).

²⁰ Ver por ejemplo el art. 157 TFUE que trata sólo de la discriminación entre hombres y mujeres.

prohíben toda forma de discriminación fundada en cualquier criterio de diferenciación²¹.

La quinta distinción, clásica en la teoría de las libertades públicas en derecho interno, trata de la igualdad ante la ley y de la igualdad en la ley. Esta diferencia se opera en función del nivel al cual se impone la aplicación de la regla de igualdad. La igualdad ante la ley impone la regla de igualdad, no a la norma misma (su contenido no importa) sino sólo a su aplicación por el ejecutivo y el judicial. Aunque discriminante, la ley se aplica a todos. Por contra, la igualdad en la ley impone al legislador el respeto de la igualdad a la norma misma y ésta no puede hacer distinciones que no sean objetivas y razonables²².

En esta parte de nuestro estudio, destacaremos en un primer capítulo los avances de éste en cuanto a la dinámica de su aplicación e interpretación en el marco de la participación de las mujeres en la vida política, mientras que, en un segundo capítulo, estudiaremos los defectos o las dificultades vinculadas con el principio de igualdad.

²¹ Véanse en este sentido el carácter no limitativo de los art.14 CEDH y art.1º del Protocolo adicional nº12, así como la sentencia del TEDH, 21 de diciembre de 2009, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, Rec. 2009. Sin embargo, la exhaustividad de aquellas disposiciones no es ilimitada. Son atacables las distinciones de trato que se fundamentan en una “característica personal” de las supuestas víctimas (Ver TEDH, 13 de julio de 2010, *Clift c. Reino Unido*, Rec., 2010).

²² Sobre este aspecto, v. e.o. RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., “La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en RIDAURA MARTINEZ, Mª. J (coord.) y AZNAR GÓMEZ, M. J. (coord.), *Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 213-264.

Capítulo 1

Los avances del principio de igualdad

La reflexión sobre la igualdad incorporada desde el siglo de las Luces por el filósofo, el constituyente, el legislador, el gobernante y el juez, ha formado el principio que fundamenta aún el Estado de derecho. Pero la construcción jurídica de la igualdad genera dificultades, como las de aplicar el mismo principio al hombre no sólo en su cualidad de “ser universal”, sujeto de derecho natural, sino también en su cualidad de ciudadano, sujeto de derecho político, y en su cualidad de “*homo economicus*”, sujeto de derecho económico y social. Se trata de saber cómo usar el mismo concepto en configuraciones tan distintas.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 consagra esa problemática en sus artículos 1º y 13º. En la primera disposición, se considera los hombres en su naturaleza esencial para afirmar su igualdad en derechos, mientras que en la segunda, se refiere a su situación concreta para indicar que cada uno debe participar en la financiación de los gastos de la colectividad en función de sus facultades. Por un lado, se encuentra el *hombre abstracto* al cual se aplica sin distinción el principio de igualdad; por otro lado, está el *hombre concreto* cuya situación socioeconómica puede justificar un tratamiento diferenciado.

En la segunda mitad del siglo XX, la igualdad se integró entre los principios constitucionales inquebrantables y definitivos de los Estados y organizaciones internacionales regionales y mundiales. Aquellos principios han prolongado las primicias de esta distinción para precisar las modalidades de aplicación del principio de igualdad. Entre otros, han definido las diferencias de tratamiento que deben ser prohibidos en cualquier circunstancia, las que son aceptables respecto a las diferencias de situación concretas y las que se justifican por motivos de interés general.

La ley, siendo la expresión de la voluntad general, sólo puede expresar una voluntad general de igualdad, y la igualdad produce necesariamente la libertad en nombre de la universalidad de la ley. Desde J.J. Rousseau, voluntad general (la ley), igualdad y libertad están estrechamente vinculadas en el contrato social. Esta concepción unificada del Estado de derecho, se distingue de otras concepciones liberales fundamentadas sobre el derecho natural en contestar al poder del Estado (J. Locke) o sobre la división del poder (Montesquieu).

En Francia, la inscripción en el derecho del principio de igualdad fue obra tardía del Consejo Constitucional. La Constitución, después de haber evocado en su preámbulo los principios de la Declaración de 1789, proclama por su artículo 1º la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, sin distinción de origen, de raza o religión. La Constitución consagra la institución encargada de velar que las normas legislativas, las

normas reglamentarias y las decisiones administrativas individuales respeten el principio de igualdad. El Consejo Constitucional reconoce un valor constitucional al principio de igualdad, lo que permite a los jueces franceses reprimir las discriminaciones legislativas o reglamentarias relativas a la igualdad de sufragio, la igualdad ante la ley y el acceso a los empleos públicos. Así, el juez constitucional francés ha reafirmado la igualdad ante los cargos públicos o la igualdad de tratamiento en el desarrollo de la carrera de los agentes públicos.

En Bélgica, la Constitución, de inspiración liberal en su origen, prevé en su art.10 que los belgas son iguales ante la ley. Los jueces del Tribunal de casación y del Consejo de Estado han ampliado el campo de aplicación de la disposición precitada y han hecho de ella la base del principio constitucional de igualdad. La significación de éste se precisó en 1988 con el antiguo *Cour d'arbitrage*, ahora llamado Tribunal Constitucional (*Cour constitutionnelle*) quien, al velar por la no discriminación por parte de los legisladores federados y el federal, somete al legislador al principio de igualdad convertido en un principio de legalidad. Así, la igualdad pasa de ser una igualdad ante la ley a ser una igualdad en la ley. En 2002, una revisión constitucional completó el art.10 con un tercer apartado, precisando con él que se garantiza la igualdad de las mujeres y los hombres. Esta disposición indica que los derechos de las mujeres deben ser una prioridad tanto para el legislador y el gobierno como para el juez.

En el primer apartado del art.11 de la Constitución se consagra la no discriminación. Su inscripción se justifica por la voluntad de confirmar la validez de las interpretaciones que los jueces habían dado del principio de igualdad formulado en el art.10. Convenía proclamar solemnemente que las distinciones no susceptibles de justificación objetiva y razonable quedaban prohibidas. Disposición ésta que sirvió para ampliar el campo de control del Tribunal constitucional en nombre de la igualdad. Considerando que la regla constitucional de no discriminación se aplica a todos los derechos y a todas las libertades reconocidos a los belgas, el Tribunal, deduce que cualquier ataque discriminatorio a los derechos fundamentales reconocidos debe ser sancionado, y en consecuencia se considera competente para intervenir²³. La revisión constitucional insertó también un art.11bis en la prolongación del art.10 con el fin de otorgar un fundamento constitucional a las acciones positivas llevadas a favor de las mujeres. En efecto, el legislador federal o federado tiene que garantizar a hombres y mujeres el igual ejercicio de sus derechos y libertades, siendo puesto el acento en la participación a la decisión política²⁴.

²³ VERDUSSEN, M. (dir.), *La Constitution belge, Lignes et entrelignes*, ed. le Cri, Bruselas, 2004, p. 51.

²⁴ Concretamente, el art.11bis impone a los legisladores competentes la obligación de favorecer por medidas positivas el igual acceso a los órganos públicos, al menos de los que se constituyen de miembros nombrados o elegidos. La misma disposición, en una primera fase, impone la amalgama en el Consejo de los ministros como en los gobiernos federados. En una segunda fase, encarga a las leyes federal y las leyes federadas de organizar concretamente la presencia de personas de sexo diferente en

En España, la Constitución se distingue por tres acepciones de la igualdad que integra: la igualdad como valor; la igualdad como principio y la igualdad como derecho²⁵. En efecto, el art.1.1, de la CE la consagra como *valor superior del Estado social y democrático de Derecho*. Es un valor prioritario, orientador y fundador de la vida colectiva que sirve de apoyo a las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico español; en este sentido, la igualdad es el axioma o el criterio básico de interpretación de éste. Como *principio*, la Constitución no menciona la igualdad como tal entre los principios incluidos en el art.9.3, CE. El Tribunal constitucional y la doctrina, sí la ubican entre los principios constitucionales a pesar del nivel de indeterminación conceptual del principio en sí mismo. Entendido así, se traduce por la obligación de todos los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) de fundamentar las diferenciaciones de trato que introduzcan en sus actos y decisiones. La tercera acepción (la igualdad como derecho), está en el art.14, CE que establece el principio general de igualdad de trato ante ley y la prohibición de discriminación, que el Tribunal constitucional entiende como derecho subjetivo contra los eventuales privilegios y desigualdades arbitrarias. Su carácter general fundamenta la vertiente *formal* del principio de igualdad²⁶ en que “*expresa [...] la construcción de las normas jurídicas como dirigidas a un abstracto homo iuridicus*”²⁷. Por otra parte, más allá de su reconocimiento ante la ley, la igualdad recibe una vertiente material por medio del art.9.2, CE que obliga a los poderes públicos a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”. Para resolver el antagonismo aparente entre ambas vertientes, el Tribunal constitucional ha señalado que “el art. 9.2, CE puede actuar como principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art.14, CE, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material”²⁸.

Sin embargo, poco después del reconocimiento del principio de igualdad, aparece que la ley, sola, es insuficiente para que por ese reconocimiento constituya una protección contra las discriminaciones y la arbitrariedad porque su aplicación no ha podido impedir la persistencia de desigualdades reales ocultas por una igualdad de derechos puramente formales (Sección 1).

sus ejecutivos. Sin embargo no concierne el sufragio universal. Sólo afecta a los órganos constituidos por elección directa. También el art.11bis puede interpretarse de manera minimalista y conllevar la presencia de una sola mujer (o un solo hombre) en estos órganos de decisión.

²⁵ Sobre un análisis crítica de las acepciones de la igualdad en la constitución española, v. SANCHEZ GONZALEZ, S. (coord.), *Entorno a la igualdad y a la desigualdad*, ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp. 18-23; PEREZ LUÑO, A.E., *Dimensiones de la igualdad*, col. Bartolomé de las Casas, ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 141.

²⁶ Sobre la igualdad formal, v. *infra* Sección 1.

²⁷ V. PECES BARBA, G, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, ed. BOE, Madrid, 1995, p. 243.

²⁸ STC 99/85 de 30 de septiembre de 1985. También el Tribunal Constitucional considera que “en la perspectiva del art.9.2.CE de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer” (STC 3/93 de 14 de enero de 1993). V. también RIDAURA MARTINEZ, M.J., *op.cit.*

Por ello, los avances más recientes del principio de igualdad han sido la introducción de la idea de la igualdad de oportunidades y sus medidas de aplicación, entre otras, las discriminaciones positivas (Sección 2).

Sección 1. De la igualdad formal a la igualdad substancial

La historia del principio de igualdad ilustra cómo la discriminación es sinónima de arbitrario. Cuando la Constitución prohíbe que se distingan a los individuos en función de raza o sexo, establece una protección contra lo arbitrario. Cuando la jurisprudencia se asegura que una diferencia de tratamiento está justificada por una diferencia de situación apreciable, vela a que lo arbitrario no se ha instalado en la acción diaria de la Administración.

A lo largo de la construcción y del desarrollo del principio de igualdad como principio de no discriminación, el Estado de derecho se ha enfrentado a dos nuevos tipos de problemas. El primero trata del principio de igualdad como garante de la igualdad de derechos. La convergencia entre la igualdad de derechos y la unidad de la colectividad es innegable. Ahora bien, crecen las reivindicaciones de la diversidad como consecuencias del desarrollo económico, social y cultural de la sociedad contemporánea. La tensión entre la igualdad de derechos y la diversidad de la sociedad ha generado nuevos planteamientos, como la experimentación de innovaciones jurídicas, las acciones positivas y la paridad, siendo unos ejemplos. El marco clásico de la igualdad de derechos debe adaptarse a un contexto humano que se renueva permanentemente.

El segundo tipo de problema consiste en la aparición y el desarrollo de nuevas desigualdades o desigualdades que la sociedad ya no quiere asumir. El principio de igualdad está amenazado si la sociedad cuyo orden jurídico fundado en él admite la agravación de estas desigualdades que afectan a los vínculos entre dicha sociedad y los individuos. Si esos vínculos desaparecen, la igualdad de derechos queda en una ilusión teórica. Por ello, la igualdad de oportunidades responde a la necesidad de una igualdad real que se manifiesta como a través de la equidad y de la paridad que indican que la rehabilitación de la igualdad de oportunidades es ahora el objetivo imprescindible en el Estado de derecho para la preservación del principio de igualdad.

Simplificando la(s) teoría(s) de igualdad, podemos distinguir dos grandes modelos de igualdad y de protección jurídica de la igualdad²⁹. Por un lado, existe una

²⁹ V., entre otros, BARRET, G., «Re-examining the Concept and Principle of Equality in EC Law», en EECKHOUT, P., y TRIDIMAS, T. (ed.), en *Yearbook of European Law 2003*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 117-153; BELL, M., WADDINGTON, L., «Reflecting on inequalities in European equality law», en *European Law Review*, n° 28, 2003, pp. 349-369; FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1-26.

aproximación formal, liberal o simétrica que se fundamenta sobre la justicia individual y el principio del mérito. Este modelo se centra en la igualdad para las personas, la neutralidad formal y la justicia procesal (1.1).

Por otro lado, encontramos la dimensión sustancial, asimétrica o de justicia de grupo. Según varios niveles, este modelo se centra en las características y las (des)ventajas del grupo, el impacto del grupo, los resultados concretos, la igualdad sustancial y las realizaciones deseadas (1.2).

Veremos más adelante que para reforzar aquellos modelos complementarios, el principio de igualdad y de no discriminación se ha construido en ordenamientos jurídicos internacionales - como el del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH) o de la Unión Europea (UE) - así como en los derechos constitucionales de sus Estados miembros - entre otros, en España, Francia y Bélgica.

De hecho, el primer principio favorece de *manera formal* la igualdad de tratamiento en situaciones comparables, sea la que sea la resultante. El segundo principio se opone a la aplicación de reglas iguales a grupos distintos y tiene una aproximación más *sustancial* que integra las consecuencias de la aplicación de reglas para un grupo o colectivo desfavorecido.

A la cuestión de saber si el principio de igualdad prevalece sobre las otras normas constitucionales, no hay respuesta unánime entre los distintos ordenamientos jurídicos que lo contemplan. Las posiciones son muy diversas y a menudo no zanjadas. Así, en Bélgica, aunque el principio de igualdad ocupa una posición preponderante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no tiene aún un valor “supraconstitucional”³⁰. En Francia, el Consejo Constitucional nunca ha cualificado explícitamente el principio de igualdad de “derecho fundamental”. Quizás, lo considera como un “derecho-tutor” que apoya, si es necesario, unos derechos o libertades reconocidos, pero no le reconoce una prevalencia sobre otras normas constitucionales³¹. En cuanto a España, la Constitución consagra la igualdad como un valor superior del ordenamiento constitucional y como un principio que fundamenta el Estado social³².

³⁰ PAQUES, M., SCHOLSEM, J.-CL. (dir.), *L'égalité: nouvelle(s) clé(s) du droit?*, Larcier- De Boeck, Bruselas, 2004; MARIQUE, S., “Entre équilibre et égalité”, en *J.L.M.B.*, 1994, p. 74 y ss.

³¹ CONSEIL D'ETAT, *Sur le principe d'égalité. Extrait du rapport public 1996*, La Documentation française, París, 1998; BORGETTO, M., «Égalité, différenciation et discrimination: ce que dit le droit», en *Informations sociales*, n° 148, 2008, pp. 8-17; FAVOREU, L. y PHILIP, L., *Principe d'égalité, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, París, 2009, pp. 213-242.

³² Sobre el valor constitucional de la igualdad, v. e.o. BALLAGUER CALLEJON, M^a L., *Igualdad y Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2010; GARRIDO GÓMEZ, M^a I., *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, ed. Dykinson, Madrid, 2009; SANCHEZ GONZALEZ (coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2009.

1.1. El concepto y el alcance de la igualdad formal

El principio de igualdad se ha forjado en el formalismo, con el fin de ignorar las diferencias que puedan generar discriminaciones o la arbitrariedad entre los ciudadanos. Esa ignorancia ha creado una ciudadanía teórica, abstracta, que borra cualquier característica o elemento que pueda distinguirlos: no tienen ni color de piel, ni religión, ni etnia, ...ni sexo.

La idea, según la cual el respeto sólo de la igualdad formal puede revelar y confirmar las desigualdades reales, no es nueva por su carácter interpretativo clásico. Pero, hoy toma importancia porque, mientras que el Estado Providencia está en dificultad, las situaciones de desigualdad se diversifican y se multiplican.

El principio de igualdad que es válido para todas las circunstancias, en tanto supuestamente sean las mismas (“ne joue que toutes choses par ailleurs”) no impone que a cualquier diferencia de situaciones corresponda una diferencia de derechos. La diferencia entre situaciones debe ser suficientemente neta, objetiva y racional. La diferencia de tratamiento debe ser vinculada con el objeto de la ley y ser, en la medida de lo posible, proporcionada con la diferencia de situaciones.

Dicho esto, ciertas diferenciaciones o discriminaciones son claramente prohibidas, esto es, las que se fundamentan sobre la raza, la religión, el origen o la creencia. En Francia, los poderes ejecutivo y legislativo velan por ello, y los jueces no intervinieron mucho sobre esta problemática. Sin embargo, en numerosos casos, además de la invocación del interés general, la adaptación necesaria del principio de igualdad a la realidad conllevó, a una aplicación muy pragmática que ha generado algunas polémicas relativas a los límites de este principio.

En España, la igualdad formal obliga al legislador a que en las normas aprobadas por él se dé un trato igual a los que están en igual situación, o un trato diferente siempre que no sea arbitrario, siempre que esté justificado. Como cabe suponer, la incorporación del trato justificado ha resultado determinante en la construcción dogmática del principio de igualdad. Para el Tribunal Constitucional, “el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE”³³.

La combinación de los art. 9.2, 14 y 1.1 CE ha reflejado en realidad la evolución de una concepción liberal e individualista del principio de igualdad, francamente inspirada en sus inicios en la concepción francesa. Tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas han rechazado una exclusiva conformidad con la igualdad

³³ STC, 200/2001, de 4 de octubre de 2001, FJ 4.a.

formal que, llegado el caso, al basarse en una interpretación estricta y literal de la igualdad, podría desembocar en unos resultados contrarios a las intenciones del constituyente reflejadas en el art. 9.2., CE: la obstaculización de la promoción de la igualdad sustancial³⁴.

En otros términos, una lectura formal de la igualdad no encaja con el modelo de Estado Social de Derecho que no sólo se fundamenta sobre la equiparación y la no discriminación, sino también la compensación, es decir, las medidas positivas aplicadas en este sentido³⁵. Así, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), el legislador evoca “el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, [que] aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos”³⁶.

En Bélgica, los art. 10. 2 y 11 de la Constitución forman en realidad un conjunto porque constituyen la expresión de un mismo principio y son entonces indisolublemente vinculados³⁷. El principio tiende a garantizar esencialmente la igualdad formal de cualquier sujeto de derecho ante la ley y obliga así al legislador a someter a cada uno de manera igual a la ley. Limitado a la vertiente formal, el principio de igualdad no se opone a que el legislador mantenga un trato desigual entre varias personas o situaciones si encuentra una justificación objetiva.

Hasta 1988, la ausencia del poder del juez para controlar la constitucionalidad de la ley implicaba que el legislador, bajo reserva del respeto de las normas de origen supranacional con efecto directo, fuera el único juez de la conformidad de las leyes que adoptaba con el principio de igualdad. Solos los actos de la Administración pública

³⁴ En la materia, la doctrina y la jurisprudencia constitucional son muy abundantes. Reenviamos al interesante estudio precitado de M^a I. GARRIDO GÓMEZ, *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, op. cit.; v. también GARCÍA SAN MIGUEL, L., *El principio de igualdad*, ed. Dykinson, Madrid, 2000; RICO y CASAS, R.M., *¿Que igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010;

³⁵ V. GARCÍA AÑÓN, J., “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n^o 2, 1999.

³⁶ V. segundo punto de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, *BOE*, n^o 71, de 23 de marzo de 2007, pp. 12611-12645.

³⁷ V. en este sentido la sentencia del Tribunal constitucional belga, *Carb.*, 9 décembre 1998, n^o 132/98, *M.B.*, 15 mars 1999; DELPEREE F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruylant-L.G.D.J, Bruselas-París, 2000.

podían estar censurados por el juez ordinario o el Consejo de Estado cuando violaban el principio de igualdad ante la ley.

Según una jurisprudencia consolidada, ese control de los actos administrativos no podía llegar indirectamente a un control de conformidad de la ley con la Constitución. Consecuentemente, el poder del juez se detenía donde la desigualdad causada por el acto administrativo provenía directamente de la ley que le otorgaba su fundamento jurídico. En definitiva, no había un control generalizado del principio de igualdad ante la ley.

En 1988, debido a la revisión constitucional del 15 de julio, con la atribución del control de la igualdad ante la ley, la antigua *Cour d'arbitrage* – llamada desde 2007, Tribunal Constitucional³⁸ - desarrolló un concepto de igualdad y de prohibición de discriminaciones muy parecido a los del Tribunal del CEDH y del Tribunal de justicia de la UE. Su jurisprudencia influyó la del Tribunal de casación³⁹ y la del Consejo de Estado que alinearon así sus jurisprudencias respectivas.

Para el juez constitucional, el principio de base es la obligación de tratar igualmente situaciones iguales, y diferentemente situaciones diferentes. Pero, tratar de manera igual situaciones diferentes, o lo contrario, no constituye una discriminación si hay una justificación objetiva y razonable. Este concepto apareció en la primera sentencia del Tribunal constitucional en el marco del contencioso basado en el art. 11 de la Constitución⁴⁰.

En el derecho constitucional belga, el principio de no discriminación tiene un alcance general. No tiene límites en cuanto al origen de una discriminación. Así pues, algunas discriminaciones prohibidas por normas supranacionales constituyen al mismo tiempo un inconveniente al principio de igualdad de los art. 10 y 11 de la Constitución si afectan a la situación de los belgas ante la ley.

El examen de la discriminación prohibida hecho por el Tribunal constitucional se desarrolla en cinco etapas:

³⁸ V. Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989. Sobre la creación del Tribunal constitucional, v. RIGAUX, M.-F. y RENAULD, B., *La Cour constitutionnelle*, Bruylant, Bruselas, 2008.

³⁹ Cass., 12 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 60; Cass., 6 mai 1999, *Lar. Cass.*, 1999, p. 180.

⁴⁰ V. en este sentido la sentencia del CArb., 13 octobre 1989, *Biorim*, n°23/89, *M.B.*, 8 novembre 1989: «Les règles constitutionnelles de l'égalité des Belges et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie selon certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la norme considérée; le principe d'égalité est violé lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé».

1. Una diferencia de tratamiento de situaciones comparables o tratamiento igual de situaciones diferentes⁴¹. El examen de las comparaciones implica un importante poder de apreciación del juez.

2. El tratamiento diferenciado debe tener un objetivo legítimo. Sin poder pronunciarse sobre la oportunidad de la ley, el Tribunal constitucional examina si el objetivo buscado por la diferencia de tratamiento sirve al *interés general*⁴² y si este objetivo no es contrario a otros derechos y libertades que vinculan al legislador. La busca de este objetivo se realiza en principio a partir de los trabajos preparatorios de la ley. El Tribunal se muestra severo a este respecto, porque cuando estos trabajos no contienen indicaciones en cuanto al objetivo buscado por la diferencia de tratamiento, se considera que la distinción operada no es aceptable⁴³.

3. El tratamiento diferenciado tiene un carácter objetivo, es decir, no depende de elementos de apreciación personal. Esta condición no genera problemas específicos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

4. También debe ser pertinente, en el sentido de que debe ser demostrada, la adecuación de la diferenciación para alcanzar el objetivo y que consecuentemente constituya una medida razonable⁴⁴.

5. El criterio de la proporcionalidad es la cuestión clave jurisprudencial de las normas litigiosas. La desigualdad creada por la distinción operada, debe encontrarse en una relación de proporción razonable al objetivo perseguido. El alcance del poder de apreciación depende de la naturaleza y del alcance de la desigualdad generada y si ésta afecta a unas libertades fundamentales o a unos principios generales de derecho, el Tribunal se muestra muy severo y efectúa un examen profundo de la proporcionalidad.

Excepto estas situaciones, la jurisdicción constitucional se limita generalmente a un control negativo y marginal en el sentido de que se conforma en saber si la diferenciación no está manifiestamente desproporcionada con el objetivo perseguido. Además no interfiere en la oportunidad de las medidas adoptadas por el poder legislativo y ejecutivo y no examina en el marco del control de proporcionalidad, si el mismo objetivo puede ser alcanzado por medidas menos discriminatorias.

En cuanto al alcance del principio de igualdad que puede variar según los ordenamientos jurídicos que lo consagran, de manera general, prohíbe que se hagan sin justificación admisible, diferencias de trato entre categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables (noción de discriminación activa). También,

⁴¹ CArb., 23 janvier 1992, n°4/92, *M.B.*, 11 mars 1992; CArb., 13 janvier 1998, 10 juin 1998, n° 65/98, Arr. CArb., 1998, p. 787.

⁴² V. *infra* condiciones de aplicación de las acciones positivas (Sección 2).

⁴³ CArb., 9 novembre 1995, n°74/95, *M.B.*, 16 janvier 1996.

⁴⁴ CArb., 27 janvier 1993, n°8/93, *M.B.*, 23 février 1993.

prohíbe cualquier trato idéntico de categorías de personas que se encuentran en situaciones no comparables (discriminación pasiva). El examen de comparaciones de situaciones se desarrolla entonces a medida de la aplicación del principio de igualdad, positiva o negativamente.

La “comparabilidad” es un criterio cuyo manejo es delicado. ¿Cuándo se puede indicar, de hecho, que una situación es o no comparable a otra? De una parte, la comparación no puede identificarse con la posesión, por las situaciones, de todas las características comunes (o sea, la perfecta identidad), porque ninguna situación será jamás comparable a otra. Por otra parte, sin amplias precisiones, la comparación tampoco puede identificarse con la posesión de una única característica común. En este caso, todas las situaciones serían lógicamente comparables entre ellas.

De ahí, se deduce que la comparación de situaciones no es un dato ontológico ya que no reside en los hechos. La comparación de las situaciones en que se presentan supone entonces, inevitablemente, un juicio de valor. Las situaciones deben contener un elemento de comparación, un punto común considerado pertinente respecto a la norma o la actitud de los poderes públicos. Es evidente que el juicio de “comparabilidad” se funda en general sobre numerosos elementos comunes entre las situaciones consideradas como comparables.

Algunos autores deducen que la regla de igualdad es en realidad circular o tautológica. Deben ser tratadas de manera idéntica las situaciones que, al término de un juicio de valor, se considera que deben tratarse de manera idéntica⁴⁵. Visto así, el principio de igualdad es inútil. Es difícil negar su carácter un poco circular, debido no a la dimensión no ontológica, sino más bien axiológica del criterio de comparación. Esta “circularidad” está en el origen, indirectamente, de la insatisfacción doctrinal frente a la argumentación de una decisión de justicia que considera “incomparables” unas situaciones de hecho. En efecto, esta incomparabilidad se afirma sin demostración y, a menudo depende de la petición del principio⁴⁶.

⁴⁵ V. e.o. WESTEN, P., “The Empty Idea of Equality”, en *Harvard Law Review*, 1982, pp. 537 y ss.

⁴⁶ V. en este sentido las conclusiones del abogado general Sharpston previas a la sentencia del TJCE, 22 de mayo de 2008, *Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, C-427/06, *Rec.*, 2008 p. I-07245, §§ 44-45: “44. Vale la pena detenerse para buscar las razones de ello. Una formulación clásica del principio de igualdad, como la de Aristóteles «trata igual los casos iguales» deja abierta la cuestión fundamental de qué aspectos deberían considerarse pertinentes para la igualdad de trato y cuáles no. Todo grupo de seres humanos se parece en algunos aspectos y se diferencia en otros. Por lo tanto, una máxima como la de Aristóteles es una norma vacía de contenido hasta que se determina qué diferencias son pertinentes a efectos del caso concreto. Por ejemplo, si criticamos una ley que prohíbe a los pelirrojos la entrada en los restaurantes por ser injusta, es porque nos basamos en la premisa de que, para poder comer en un restaurante, el color del pelo es irrelevante. Por lo tanto, resulta claro que los criterios sobre similitudes y diferencias pertinentes varían según el punto de vista moral fundamental de una persona o de una sociedad en concreto.

45. Con una breve reflexión histórica, queda demostrado que las declaraciones de «igualdad», una vez deconstruidas, a menudo han significado «igualdad de trato, en determinados aspectos, para los que

Los textos internacionales y nacionales que garantizan la igualdad se expresan textualmente de manera incondicional. En este sentido, dan la impresión de prohibir de manera absoluta las diferencias de trato, en todos los ámbitos o en unos determinados. Esta incondicionalidad es solamente aparente. “En principio”, cualquier distinción de trato no se identifica necesariamente con una discriminación prohibida. Sólo una distinción de trato *no justificada* conduce a una discriminación prohibida (o una ausencia de trato, en el marco de la discriminación pasiva).

En el derecho de la igualdad y de la no discriminación, existe una *summa divisio* en los posibles sistemas de justificación de las distinciones de trato.

Sistema “cerrado”

En este sistema, no es posible justificar una distinción de trato fundada directamente sobre un motivo determinado, salvo excepciones limitadas, puntuales y previamente establecidas. Así pues, este sistema postula una asimilación de principio entre, de una parte, la distinción de trato fundada directamente en un criterio determinado y, de otra parte, la discriminación prohibida con la reserva de excepciones limitadas y anticipativamente enumeradas⁴⁷.

Sistema “abierto”

Por el contrario, en un sistema “abierto”, una distinción de trato fundada en un criterio determinado, siempre puede recibir a priori una “justificación objetiva y razonable”, no precisada y sometida a la apreciación final del juez⁴⁸. Dicha

forman parte del círculo de los elegidos» en lugar de «igualdad de trato en todos los aspectos importantes para absolutamente todos». En la Atenas de Pericles, los ciudadanos de la polis podían reclamar un derecho de igualdad de trato en relación con la justicia o la mejora civil; pero el concepto de igualdad excluía la igualdad de trato con los ciudadanos en esos aspectos respecto de los metecos o los esclavos. La igualdad en Esparta –un modelo bastante diferente– excluía de modo parecido a los hilotas y a los esclavos. Ambas (naturalmente) excluían a las mujeres. Más cerca de nuestra época, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América puede haber proclamado que «todos los hombres son creados iguales», pero fue precisa la Guerra Civil y un largo período posterior para que la igualdad de trato comenzara verdaderamente a incluir a los descendientes de los esclavos negros. La discriminación por motivos religiosos se consideraba perfectamente natural –es más, de inspiración divina– durante gran parte de la historia de Europa y de la cuenca mediterránea.

46. En pocas palabras, las respuestas a las preguntas «¿quién está amparado por el principio de igualdad de trato?» y «¿qué aspectos de la vida económica, social, política, civil y personal abarca este principio?» no son inmutables. Evolucionan con la sociedad. Al hacerlo, la ley refleja el cambio empezando por declarar explícitamente que determinadas formas de trato discriminatorio, anteriormente desapercibidas o (de ser percibidas) toleradas, ya no se tolerarán. Estos cambios legales son una ampliación –una nueva y más avanzada expresión– del principio general de igualdad”.

⁴⁷ El sistema cerrado constituye ampliamente la base del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, al menos respecto a la justificación de las distinciones de trato fundadas directamente en un criterio sospechoso (si se trata de discriminaciones indirectas, el sistema está abierto) aunque la legislación comunitaria ha incorporado, hace pocos años, unos sistemas abiertos (ej. sistema de justificación de las distinciones de trato fundadas en el sexo en la directiva 2004/113/CE).

⁴⁸ Los instrumentos internacionales de la protección de los derechos humanos se fundamentan en un tal sistema. Así, en su sentencia *affaire linguistique c. Belgique* (23 de julio de 1968, *Rec.*, serie A n°

justificación supone que el criterio utilizado para establecer la diferenciación sea objetivo, que el objetivo de la diferenciación sea legítimo y que exista una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido⁴⁹.

En el marco de un “sistema abierto”, la apreciación judicial basada en la existencia de la justificación objetiva y razonable, puede conocer variaciones de intensidad. Así, en Estados Unidos, el Tribunal Supremo aplica “tests de justificación” de intensidad variable según que está enfrentada a una distinción de trato fundada en la raza o el origen étnico (test más exigente), el sexo (test intermedio) u otro criterio sospechoso (test más flexible)⁵⁰. Encontramos esta misma idea en el derecho del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), así como en varias jurisprudencias constitucionales europeas. Cuando el tribunal aprecia la existencia de justificaciones objetivas y razonables que legitiman una distinción de trato, consiente en reconocer a los Estados un “margen de apreciación susceptible de variar en función de las ‘circunstancias, del ámbito y del contexto’”⁵¹.

Sin embargo, dicho margen de apreciación está limitado y el control del juez es particularmente severo en presencia de criterios de diferenciación sospechosos respecto a los valores de la sociedad democrática contemporánea⁵². Únicamente las justificaciones imperiosas pueden legitimar distinciones de trato fundadas en criterios como el sexo, basándose sobre las acciones positivas destinadas a corregir las desigualdades.

La igualdad formal presenta al menos tres debilidades: necesita una comparación con un comparador para establecer la discriminación, debe ser pasiva y estática y no garantiza ningún resultado particular y desprecia las dimensiones colectivas inherentes de la desigualdad como la pertenencia a un grupo, la desigualdad arraigada o las realidades sociales.

6.) el TEDH afirmó: «Il importe donc de rechercher les critères qui permettent de déterminer si une distinction de traitement donnée, relative bien entendu à l'exercice de l'un des droits et libertés reconnus, contrevient ou non à l'article 14. À ce sujet, la Cour, suivant en cela les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire d'un grand nombre d'Etats démocratiques, retient que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime: l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

⁴⁹ En la jurisprudencia del TEDH, la obligación de proporcionalidad conlleva, entre otras, la obligación para los Estados de elegir, bajo el control del juez, la alternativa menos restrictiva para alcanzar su objetivo.

⁵⁰ V. a propósito MARTIN, D., *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 353 y ss.; v. también Parte II, Título, Capítulo 2, Sección 2.

⁵¹ TEDH, 28 de noviembre de 1987, *Rasmussen c. Dinamarca*, Serie A, n°87, § 40.

⁵² En este sentido, v. por ejemplo el criterio sospechoso del sexo en la sentencia del TEDH del 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, Serie A, n°94, § 78.

La igualdad sustancial remedia esas carencias: no precisa de comparador, pone el acento sobre los resultados y tiene en cuenta las dimensiones de grupo. Sin embargo, veremos que una aproximación puramente sustancial comporta un riesgo: reemplazar la cualidad por la cantidad al reforzar las divisiones o al reintroducir una desigualdad individual por “la puerta falsa”.

1.2. La igualdad sustancial – igualdad de oportunidades vs. Resultados

Siendo muy diversa la realidad socioeconómica, sería un sinsentido imaginar leyes y reglamentos que se imponen uniformemente a todos los actores y todas las situaciones. Con el apoyo de las jurisprudencias europeas y nacionales de los derechos fundamentales⁵³, se ha admitido que las normas diferentes puedan aplicarse a situaciones diferentes. Recordaremos sucintamente varias condiciones de aplicación⁵⁴.

Así, la diferencia de tratamiento debe responder a una diferencia de situación objetiva y racional⁵⁵. Este criterio tiende a la seguridad jurídica de las personas y su protección contra lo arbitrario. A este imperativo de objetividad se añade la condición que la diferencia de tratamiento debe estar en relación con el objeto o el objetivo perseguido por la ley o la norma que la establece. También la diferencia de situación debe ser suficientemente neta y clara como para justificar una diferencia de tratamiento. La jurisprudencia expresa a veces esta condición, al subrayar que la diferencia de situación debe ser de tal naturaleza que justifique una diferencia de tratamiento. Naturalmente, la apreciación de este grado de diferenciación es delicada porque no

⁵³ En este sentido, las jurisprudencias están abundantes y han precisado las condiciones y los límites de esta toma en cuenta de situaciones diferentes. V. e.o. CERDA MARTINEZ-PUJALTE, C.M., “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 50/51, pp. 193-218.

⁵⁴ La igualdad sustancial, o real o aun llamada la plena igualdad, reconoce la existencia de situaciones iniciales diferentes que puede necesitar un tratamiento diferenciado para obtener una verdadera igualdad en la práctica. Esta igualdad sustancial constituye lo que se llama la “paradoja del principio de la igualdad”. En otras palabras, el otorgamiento de unos derechos específicos o un tratamiento diferenciado no es necesariamente en contradicción con el principio de igualdad de derechos. Sin embargo la igualdad sustancial no tiende a autorizar pura y simplemente cualquier forma o cualquier grado de tratamiento diferenciado. A este respecto, la igualdad real o sustancial igualmente puede ser considerada como un límite a los derechos específicos. Sin embargo, en la medida en que la puesta en práctica de la igualdad de tratamiento necesita a veces un tratamiento diferenciado o el otorgamiento de derechos específicos, estas diferencias constituyen de ningún modo en privilegios, en este sentido en que estos derechos y diferencias no pueden ir más allá de lo que es necesario para conseguir una real igualdad de tratamiento. Paralelamente, la situación de vulnerabilidad de las personas quienes pertenecen a un grupo discriminado, como el de las mujeres, que exige una mayor atención para la igualdad de acceso y la participación a, entre otras cosas, los asuntos públicos.

⁵⁵ V. por ejemplo, DUTERTRE, G., *Extraits clés de jurisprudence: cour européenne des droits de l'homme*, Council of Europe, Estrasburgo, 2003, pp. 352-354; en Bélgica, v. e.o. Cconst., 17 janvier 2013, nº 2/2013, M.B., 21 février 2013, pp. 10144-10145; en España, v. e.o., STC 173/2013, de 10 de octubre de 2013; en Francia, v. e.o., CCF., Décision nº 2012-256 QPC du 18 juin 2012, *J.O.R.F.*, 19 juin 2012, p. 10180.

puede resultar de unos criterios generales sino de cada caso particular. En fin, la diferencia de tratamiento debe ser proporcionada a la diferencia de situación así como al objetivo buscado por las normas.

La posibilidad para el legislador o el ejecutivo de diversificar la regla en función de las diferencias de situaciones, revela la capacidad del principio de igualdad a adaptarse a las realidades. Sin embargo, esta aceptación realista del principio no alcanza a exigir del autor de la regla que unas situaciones diferentes sean tratadas de manera diferente. La regla, en principio, satisface las exigencias del principio de igualdad porque es la misma para todos.

Visto así, tratar igualmente situaciones desiguales va en contra del respeto de la igualdad ya que sólo respeta una forma exterior de ésta. Estamos en la problemática de la igualdad concreta y de la igualdad formal. Sin embargo, la oposición entre ambas igualdades no es absoluta, y a veces la Administración pública, a menudo el juez dan unos pasos más hacia una concepción concreta de la igualdad.

En la realidad, si las disposiciones de la Declaración de 1789 (y las ulteriores) no definen precisamente al ciudadano, la brecha entre la igualdad proclamada y la práctica es importante porque no incluyen a las mujeres, ni a los extranjeros, ni a los no propietarios, etc. Los derechos corresponden básicamente al tipo humano varón, burgués y blanco. Los hombres, todos los hombres, sólo gozan de ciertos derechos vinculados con la idea de dignidad humana, entendida en un sentido muy reducido (son los derechos del liberalismo, básicamente de naturaleza civil –libertad de conciencia, de expresión, de pensamiento, de imprenta o de prensa, etc.). En la práctica, ni siquiera podrán ejercer estos derechos que pertenecen a todos los hombres por igual, con garantías suficientes y en condiciones reales de igualdad. Por ello, con el desarrollo del Estado Providencia o de Bienestar, se ha creado una reinterpretación del principio de igualdad, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos. Interpretación que tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos.

Partiendo de la constatación del desfase entre la igualdad proclamada y la realidad, la doctrina distingue la igualdad formal de la igualdad substancial o real. Para lograr esta igualdad substancial o real, los poderes públicos establecen normas desiguales o contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de mejorar las condiciones de los colectivos discriminados de manera permanente.

Debido a los límites o dificultades de aplicación del principio de igualdad, ciertas interpretaciones más activas de éste, atribuyen a la ley un poder de transformación de la sociedad declinando la igualdad de los derechos según tres variantes: la de la igualdad de todos *ante la ley*; la de la igualdad *en la ley* que significa que la igualdad jurídica implica una equiparación en las situaciones de origen; y la igualdad *por la ley*

donde ésta adquiere un carácter activo, de igualación de situaciones y de discriminación positiva en el beneficio de personas en situación desfavorable⁵⁶.

La funcionalidad de la igualdad sustancial es doble. Por una parte, puede justificar un tratamiento desigual⁵⁷. Por otra, puede constituir una razón suficiente para imponer un tratamiento desigual. Este tipo de funcionalidad, permitiría extraer de la igualdad sustancial un derecho a un tratamiento desigual de iure en ciertas circunstancias. Pero esta manera de entender la igualdad sustancial conlleva una contradicción con la propia igualdad de iure.

La igualdad sustancial, erigida en principio, puede ser entendida como un derecho subjetivo fundamental a un trato jurídico desigual para conseguir la igualdad real sólo si desplaza a todos los otros principios opuestos que estén en juego.

En España, el art. 9.2 de la Constitución (CE) consagra el principio de igualdad sustancial mientras que su art. 14 reconoce el principio de igualdad formal⁵⁸. Los dos preceptos que reconocen el principio de igualdad se encuentran en distinto título de la Constitución y ello condiciona las garantías de que goza cada uno de ellos. En efecto, el art.14 está ubicado en el Título I, relativo a los derechos y deberes fundamentales, y goza de la máxima protección constitucional que incluye el recurso de amparo constitucional, mientras que el art. 9.2 CE está situado en el Título Preliminar, cuyo valor jurídico es – cuanto menos - más problemático.

Sobre la eficacia jurídica del art. 9.2 CE, su estructura normativa como norma de programación final impide su consideración como norma fundadora de los derechos subjetivos de los ciudadanos esgrimibles ante los tribunales. Su eficacia se traduce en su utilización como criterio interpretativo del resto del ordenamiento (también del art. 14 de la Constitución) y en su carácter de parámetro de la constitucionalidad de las leyes, aunque esto es más discutible.

En la mayor parte de las sentencias del Tribunal Constitucional español, que se refieren al art. 9.2 CE, ha interpretado dicho precepto como un correctivo de la igualdad formal del art. 14 del texto constitucional, haciendo hincapié en la necesidad de que el legislador no trate a todos los individuos de la misma manera, sino que sea

⁵⁶ AUGUSTIN, J.-M., «Egalité des droits, égalité des chances», en *Revue des affaires sociales*, La Documentation française, París, 1999. En Francia, un consejero de Estado afirmó ya en los años noventa que la concepción jurídica que fundamentó el principio de igualdad no pudo impedir la persistencia, incluso el desarrollo de las desigualdades económicas, sociales, culturales con el riesgo de hacer de la igualdad de derechos como siendo puramente formal (v. STASSE, F., “Le Conseil d’Etat”, en *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité?* (dir. de LAMBERT, Th.), Economica, 1999, p.30).

⁵⁷ Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional Federal alemán en algunas sentencias, a menudo bajo el nombre de “principio de Estado social”. Comprendido de esta forma, legitimaría medidas legislativas que, siendo aparentemente contrarias a la igualdad de iure, tendiesen a la consecución de la igualdad de hecho.

⁵⁸ V. e.o. CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 84, 1994, pp. 271 y ss.

capaz de tratar de forma diferente aquellas situaciones que son distintas en la vida real. Así, ha afirmado en varias sentencias que “lo proclamado en el art. 9.2 CE puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial”.

Sin embargo, existe otra línea en la jurisprudencia constitucional española sobre el principio de igualdad que justifica los supuestos de trato normativo diferenciado y favorable a ciertos sectores sociales tradicionalmente discriminados, basándose únicamente en el art. 14 CE. Sosteniendo un concepto más amplio del principio general de igualdad de este precepto, a él pueden reconducirse aquellos supuestos que antes eran resueltos en base al art. 9.2 CE. Esta interpretación amplia del principio de igualdad del art. 14 CE, como justificador de las diferencias de trato que persiguen corregir las desigualdades de hecho, es sostenida también por algunos autores en la doctrina española.

Lo que no se encuentra en la jurisprudencia constitucional española es el reconocimiento del principio de igualdad material como fundador de un derecho subjetivo a un trato jurídico desigual. Es más, en su Sentencia 86/1985 de 10 de julio, el Tribunal Constitucional concluye que el art. 14 CE no reconoce un “derecho a la singularización normativa”. Es decir, del art. 14 CE no cabe derivar un derecho subjetivo jurisdiccionalmente protegido a recibir un trato diferente y favorable en determinadas circunstancias; del mismo modo que sí existe un derecho subjetivo a no ser discriminado, fundado en dicho precepto. Corresponde al legislador determinar en qué casos procede aplicar un trato jurídico diferente y favorable a determinados colectivos.

Puesto que una línea de la jurisprudencia constitucional ha interpretado el art. 14 CE como integrador de la igualdad formal y de la igualdad material, podríamos preguntarnos si realmente era necesario el art. 9.2 CE. En este sentido, ya se ha planteado esta cuestión concluyendo de su innecesaridad⁵⁹. De hecho, de otra manera no podría incorporarse la llamada igualdad material a las finalidades estatales en los países cuyas constituciones no contuviesen un precepto similar. Entendiendo así del principio de igualdad, como comprensivo de la igualdad sustancial, este principio serviría para justificar – incluso, tal vez exigir en algunos casos - las que vienen denominándose discriminaciones o acciones positivas.

Por su parte, los ordenamientos jurídicos francés y belga, muy impregnados por una lectura formal del principio de igualdad, se han abierto a la igualdad sustancial con la ayuda de sus jueces, influidos éstos por el Derecho internacional, en concreto el CEDH y el Derecho de la UE – es decir, las normas y la jurisprudencia comunitarias.

⁵⁹ V. TORRES DEL MORAL, A., “¿Qué igualdad?”, en *Revista de Derecho Político*, nº 44, 1998, p. 97.

Así en Francia, el Estado y la Administración pública se han esforzado en buscar la igualdad concreta por la diferencia de tratamiento que, paradójicamente, nunca ha sido censurada por el juez constitucional ni por el juez administrativo⁶⁰ aunque ambos consideraron que las autoridades públicas no tenían la obligación de consagrar la igualdad substancial y que, consecuentemente, los individuos no disponían de un verdadero “derecho a la diferencia”.

Para el Consejo Constitucional, sólo la adecuación del principio de igualdad constituye una facultad y no una obligación dejada a la discreción del legislador francés⁶¹. Nada obliga a éste a tratar en forma diferente a personas en situaciones distintas, aunque tanto la propia jurisprudencia constitucional⁶² como la doctrina, consideran que la posición del juez debe cambiar si la aplicación de la regla uniforme a situaciones distintas podría chocar resultando manifiestamente discriminatoria⁶³. De su lado, el Consejo de Estado siempre ha subrayado también la libertad para la Administración pública de adoptar una diferencia de tratamiento⁶⁴.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de la igualdad material, el Consejo Constitucional considera que, a título de valor constitucional, el principio de igualdad no se opone a que el legislador regule, de maneras diferentes, unas situaciones diferentes, ni a que derogue a igualdad por motivos de interés general, con la condición de que en ambos casos la diferencia de tratamiento esté relacionada con el objeto de la ley⁶⁵. En cuanto al Consejo de Estado francés, su posición fue similar a la del Consejo constitucional al elevar el principio de igualdad a nivel de los principios generales del Derecho⁶⁶. Ambas jurisdicciones francesas han contribuido, cada una a su manera y en su tiempo, al desarrollo de la igualdad material que, en nuestro caso, se ha traducido por la adopción de la paridad.

En cuanto al Derecho belga, hasta ahora, aunque el principio de igualdad ocupa una plaza preponderante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la del Consejo de Estado, no tiene la consagración de valor “supraconstitucional” como en España y en Francia. Es más, considera que no tiene la competencia para apreciar el carácter óptimo o no de una disposición⁶⁷ porque el principio de igualdad y de no discriminación no se opone a que el legislador vuelva atrás sobre unos objetivos iniciales para perseguir otros, con la reserva de no afectar a la protección constitucional

⁶⁰ V. e.o., BRAIBANT, G., "Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat", pp. 97 y ss., en *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence* (colloque des 25 et 26 mai 1989), PUF, París, 1989.

⁶¹ V. CCF., décision n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, *Rec.*, p. 9.

⁶² V. CCF., décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Rec.*, p. 141.

⁶³ V. a propósito, LUCHAIRE, F., "Un Janus constitutionnel: l'égalité", en *RDP*, 1986, p. 1243; GIRO, P., "Egalité devant la loi", en DUHAMEL, O. y MÉNY, Y., *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 355.

⁶⁴ CEtat, 8 mai 1981, *Union des organismes de groupement du Massif central région d'Auvergne, Leb.*, p. 632.

⁶⁵ CCF., décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Rec.*, p. 17.

⁶⁶ CEtat, sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques, Leb.*, p. 274.

⁶⁷ V. por ejemplo CArb., 17 juin 1998, *M.B.*, 2 juillet 1998.

de las libertades fundamentales y de la igualdad⁶⁸. En este sentido, el juez constitucional afirma que si la ley trata indistintamente a los que debería tratar de manera diferente, viola el principio de no discriminación⁶⁹.

Además, las pocas ocasiones en que la jurisdicción constitucional se ha pronunciado indirectamente sobre el alcance de la igualdad material, han sido en realidad las intervenciones de dicha jurisdicción sobre la constitucionalidad de las diferencias de tratamiento, llamadas o no acciones-discriminaciones positivas⁷⁰. A nuestro modo de entender, la posición del Tribunal constitucional belga es sintomática de una cierta prevalencia de la interpretación formal del principio de igualdad, aunque reconoce la vertiente material de éste, combinada con la implantación de medidas positivas como las cuotas o la paridad.

Igualdad de oportunidades y resultados

Respecto a la cuestión dicotómica de la igualdad de oportunidades opuesta a la igualdad de resultados, la doctrina y la jurisprudencia han sido prolíficas, tanto en el campo de los derechos humanos como en el derecho de la UE, así como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que han introducido medidas y normas de acción o discriminación positiva.

Por ello, nos limitaremos a recordar algunos de los pretendidos rasgos específicos que numerosos autores y jurisprudencias – empezando por la muy conocida sentencia *Kalanke* del Tribunal de justicia comunitario⁷¹ – han intentado definir los contornos pero con consecuencias inciertas respecto a la validez jurídica de aquellas medidas positivas, por ejemplo cuotas y otras medidas preferenciales.

En síntesis, la igualdad substancial ha generado una “curiosa y necesaria” subcategoría con el fin de medir la intensidad de la igualdad y sobre todo de sus aplicaciones a favor del colectivo desfavorecido o discriminado. Curiosa, porque resulta a veces delicado poder distinguir una situación de oportunidades de otra que se materializa en un resultado. Necesaria, porque participa en la apreciación de la diferenciación de tratamiento según los criterios elaborados por la jurisprudencia que son principalmente la razonabilidad y la proporcionalidad. En otros términos, la concretización de la igualdad substancial será juzgada según que se inscriba en una perspectiva de igualdad de oportunidades o de igualdad de resultado.

⁶⁸ V. e.o. CArb., 56/2003 du 14 mai 2003, *M.B.*, 2 juin 2006, p. 29958 (pt. B.45).

⁶⁹ CArb., 4/92 du 23 janvier 1992, *M.B.*, 15 février 1992.

⁷⁰ V. *infra* Sección 2.

⁷¹ TJCE, 17 de octubre de 1995, C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen, Rec.*, 1995, p. I-3051. Dicha sentencia trató por primera vez de las condiciones de la validez de las acciones o discriminaciones positivas al respecto de la Directiva europea de 1976 relativa a la igualdad entre hombres y mujeres a nivel laboral, promocional y profesional. V. *infra* Sección 2, 2.2.

Es en suma, el punto de partida de una problemática conceptual que afectó, véase envenenó, la jurisprudencia comunitaria a partir del asunto *Kalanke* y que repercutió a continuación sobre las políticas y el derecho de los Estados miembros, de tal manera que la Comisión Europea se vio en la obligación de emitir una comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995 en dicho asunto⁷².

Se trata en suma de una igualdad real matizada y enfocada, porque esta igualdad de oportunidades, a nuestro modo de entender, no debería inducir a la admisión de la igualdad de resultados que se concentra exclusivamente sobre el resultado sin consideración del medio para conseguirlo.

Consagrada en los textos, tanto internacionales⁷³ como nacionales⁷⁴, la igualdad de oportunidades se disputa con la de resultados las acciones y discriminaciones positivas. Así, en cuanto al Derecho comunitario, éste preconiza la toma en consideración de dicha igualdad en todas las políticas de la Unión Europea (*mainstreaming*)⁷⁵ y considera que constituye una igualdad de inicio⁷⁶ porque los méritos y las capacidades individuales fundamentan la diferenciación en la atribución de bienes y cargos.

Las jurisdicciones nacionales como el TJUE también hacen de la igualdad de oportunidades la base de las medidas igualitarias. Consideran que esta igualdad es un objetivo a promover y que, a veces, necesita derogaciones a la igualdad formal⁷⁷. Este

⁷² COM (96) 88 final, 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 v. Freie Hansestadt Bremen*, 27 de marzo de 1996.

⁷³ V. por ejemplo las Convenciones de la OIT n° 111 y n° 156 relativa a la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores de ambos sexos; el art. 4, de la CEDAW de 1979.

⁷⁴ V. por ejemplo en Francia Loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *J.O.R.F.*, n°79 du 2 avril 2006, p.4950; v. en España, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, *BOE*, n°71, de 23 de marzo de 2007, pp.12611-12645; v. en Bélgica, Loi du 27 avril 2007 portant assentiment à l'accord de coopération entre l'Etat fédéral, la Communauté française et la Région wallonne relatif à la gestion administrative et financière des coordinations provinciales pour l'égalité entre les femmes et les hommes, *M.B.*, du 8 juin 2007, p. 31472.

⁷⁵ V. por ejemplo, Decisión de la Comisión, de 16 de junio de 2008, relativa a la creación de un comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, *D.O.U.E.*, L 190 de 18 de julio de 2008, pp. 17-21; Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 25 de mayo de 2007 — *Crear la igualdad de oportunidades para la plena participación de todos los jóvenes en la sociedad*, *D.O.U.E.*, C 314 de 22 de diciembre de 2007, pp. 1-3; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, *D.O.U.E.*, L 204 de 26 de julio de 2006, pp. 23-36.

⁷⁶ V. en este sentido las conclusiones del Abogado General Tesauro, del 6 de abril de 1995, en el asunto *Kalanke*, C-450/93, *Rec.*, p. I-3053; v. también HERNU, R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, París, 2003.

⁷⁷ Respecto a la igualdad de oportunidades en la jurisprudencia, v. por ejemplo en el derecho de la UE, TJCE, 19 de marzo de 2002, *Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99, *Rec.*, 2002, p. I-02891; v. en derecho francés, CCF., Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 - *Loi pour l'égalité des chances*, *Rec.*, p. 50; Cconst., 25 mars 2009, n° 63/2009, *M.B.*, du 18 mai 2009; en derecho español, v. STC 13/2009, de 19 de enero de 2009 que en su FJ 11° afirma que “la consecución

punto de vista jurisprudencial no presenta dificultades cuando la igualdad es formal: cada uno obtiene derechos en función de sus méritos.

En cambio, bajo la igualdad material y la consideración de la igualdad como resultado a conseguir, la atribución de los derechos al mérito puede ser alterada por desigualdades factuales que afectan las oportunidades de algunos individuos. Sólo la igualdad se realiza si éstos, al principio, están en una situación igualitaria.

La dificultad es que la igualdad de oportunidad, al concretarse a favor de sus beneficiarios, se convierte en una igualdad de resultado a conseguir en términos jurídicos⁷⁸. Ahora bien, las medidas positivas han sido implantadas en el marco de la igualdad de oportunidades pero la igualdad material no debe ir más allá de una igualdad de resultado. La igualdad de oportunidades es la única posible para llegar al resultado a alcanzar. El Estado tiene sólo una obligación de medios con el fin de cumplir su obligación de realizar la igualdad. Pero no se trata de una obligación de resultado⁷⁹.

La igualdad de resultado, al contrario de la de las oportunidades es portadora en su seno de un resultado que destaca de manera autoritaria y directa⁸⁰. Esta igualdad determina de entrada el resultado al instituir normas que sólo se acompañan de objetivos cifrados definitivos, ¡como las cuotas o la paridad! Las haría voltear, no en el marco de medidas cubiertas por la igualdad de oportunidades, sino en el lote de las discriminaciones prohibidas por ser inversas.

La igualdad de resultado no representa sólo un simple grado suplementario respecto a la igualdad de oportunidades, pero es en sí un instrumento igualitario diferente porque ésta no actúa directamente sobre los resultados. La igualdad de oportunidades ajusta la igualdad formal para concretarla, pero respeta los mismos principios de base en cuanto a su funcionamiento, en particular la igualdad en función de los méritos. La igualdad de resultado niega este principio así como la igualdad formal para atarse exclusivamente a la igualdad material.

del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un 'derecho desigual igualatorio'; es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer (SSTC 128/1987 y 19/1989). Se justifican así constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ... y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer» (STC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2)".

⁷⁸ POIRMEUR, Y., "Le double jeu de la notion d'égalité des chances", en KOUBI, G. Y GUGLIELMI, G.J., *L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives*, Coll. Recherches, ed. La découverte, París, 2000, p. 91.

⁷⁹ HAQUET, A., "L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes", en *RTDE*, n°2, 2001, p. 305.

⁸⁰ DAILLIER, P., "Egalité de traitement et égalité des chances en droit communautaire", en KOUBI, G.J. GUGLIELMI, G., *op.cit.*, p. 173.

En definitiva, el antagonismo conceptual que diferencia ambas igualdades afecta la validez o no de las discriminaciones y acciones positivas porque, a menudo, resulta delicado determinar si éstas se inscriben en unas oportunidades o en un resultado predeterminado.

En otros términos, nos resulta difícil acomodarnos a esta diferencia, al igual que los jueces comunitarios y nacionales, porque no descansa sobre criterios o argumentos jurídicos convincentes en la perspectiva de compatibilidad de las medidas positivas con el principio de igualdad.

Sección 2. Acciones, discriminaciones positivas y otras medidas correctoras: experimentación y derogación

Si la igualdad es, en su aspecto formal, una idea simple, no lo es en la realidad, debido a la diversidad de situaciones y de intereses que el legislador debe tomar en consideración. Así, cualquier iniciativa legislativa, administrativa o jurisdiccional que tiende a “realizar” la igualdad por la introducción de medidas correctoras de desigualdades, entre otras las medidas - acciones o discriminaciones⁸¹ - positivas, puede revelarse delicada y sufrir serios obstáculos jurídicos a la hora de su aplicación.

El legislador experimenta, antes de adoptar la ley, una solución a “escala modesta” antes de generalizarla. También, el legislador tiene que prever medidas derogatorias, aun después de haber adoptado la norma, para los casos no contemplados por ella, cuya aplicación podría llegar a situaciones desiguales o injustas. Lógicamente, cualquier proceso experimental o derogatorio conlleva una problemática de (in)compatibilidad con el principio de igualdad entre los ciudadanos ante la ley (2.1).

Fruto de las experimentaciones y derogaciones jurídicas, las medidas correctoras de desigualdades se erigen en normas jurídicas que, teóricamente, tienen un carácter provisional y derogatorio. Las acciones o discriminaciones positivas constituyen un ejemplo en este sentido. Su objeto, siendo erradicar unas desigualdades por medio de otra desigualdad o discriminación, tienen por vocación ser limitadas en el tiempo y a grupos o colectivos determinados. Su validación jurídica y su conformidad con el principio de igualdad y otros principios no son pacíficas y sin embargo constituyen la referencia jurídica de medidas como las cuotas y... la paridad de género (2.2).

⁸¹ Sobre la distinción entre acción y discriminación positiva, v. *infra* 2.2

2.1. La experimentación y las derogaciones jurídicas

Introducir la *experimentación* en el campo jurídico conduce a una cierta “perturbación del orden establecido”. Cuando se asimila la ley al interés general y la correspondencia de éste con la unidad del pueblo, no puede admitirse que la aplicación legislativa no sea universal⁸².

Sin embargo, esta rigidez se ha moderado por varios motivos distintos. Desde un punto de vista político, la profundización democrática ha desarrollado la desconfianza de los ciudadanos respecto a las decisiones tomadas desde arriba sin previa concertación. Los poderes públicos tienen que convencer y demostrar la necesidad de sus normas antes de fundirlas en el molde de la regla de derecho. Sociológicamente, el desarrollo socioeconómico y cultural ha generado una gran diversidad de situaciones individuales y de grupos. Esta riqueza compleja a reformar, obliga antes de generalizar una nueva norma para toda la población, a experimentar de manera limitada con el fin de ajustarla a la realidad de los hechos.

Un seguimiento de la experimentación jurídica es necesario. Y esta necesidad no puede soslayar la economía de un control previo y también durante su aplicación. En efecto, una regla que sin justificar ninguna circunstancia particular ni fijar límites, no aplicarla igualmente al conjunto de los ciudadanos, sería contrario al principio de igualdad⁸³. Así, se imponen exigencias cuya inobservancia expondría al legislador al agravio de incompetencia negativa.

El carácter de la naturaleza provisoria de la experimentación es capital. No puede consistir en un pretexto para implantar una normativa a geometría variable que tendría por consecuencia inmediata la desigualdad de los ciudadanos ante la ley. Cualquier experimentación debe ser evaluada para que desemboque claramente en la adopción o no de la nueva regla de derecho resultante, sin ignorar el hecho de que las dificultades técnicas de aplicación de ésta, justifiquen su implantación progresiva sin que por ello sea afectado el principio de igualdad.

Una vez la experimentación legislativa concluida y la nueva norma adoptada, el principio de igualdad debe funcionar. Pero, muy a menudo, a pesar de los esfuerzos realizados para que la ley sea general, este objetivo está fuera del alcance debido a la complejidad de las situaciones reales. Hace falta entonces, que la ley misma prevea

⁸² Sobre la experimentación y derogación jurídicas y la igualdad, v. e.o. CONSEIL D’ETAT, *Sur le principe d’égalité*, ed. La Documentation française, París, 1998, pp.47-55; PELISSIER, G., *Le principe d’égalité en droit public*, LGDJ, París, 1996.

⁸³ V. en este sentido el Consejo Constitucional francés quien, en su decisión n°93-322 DC 28 de julio 1993, p. 204, precisó que el legislador podía prever la posibilidad de experiencias que le permitiría adoptar después, a partir de los resultados de éstas, nuevas reglas apropiadas. También indicó que el mismo legislador tenía que definir la naturaleza y el alcance de esas experimentaciones, los casos en los cuales éstas pueden realizarse, las condiciones y los procedimientos de su evaluación que las llevan a su mantenimiento, modificación, generalización o abandono.

derogaciones a sus propias prescripciones o, si no lo hace, que la Administración pública sea autorizada a derogarlas.

Puede también ocurrir que la aplicación estricta de la ley conlleve consecuencias que chocan con el imperativo de justicia. La derogación constituye en este caso el instrumento de una justicia equitativa, mientras que un tratamiento igual sería inequitativo⁸⁴.

Esas hipótesis donde la derogación es la aliada del realismo o de la equidad deben sin embargo ser estrictamente controladas. En efecto, un Estado de derecho presume por principio que lo que dice la ley es justo. Por ello, conviene interpretar sistemáticamente de manera restrictiva las disposiciones que derogan o que parecen derogar unos principios o reglas generales previamente admitidas por la legislación.

Respecto a las derogaciones, cuando el legislador permite, el mismo, el derecho a la derogación y fija las condiciones de ésta, el juez aplica estrictamente esas condiciones y vela a que la Administración pública se conforme. Cuando el mismo legislador abre el derecho a la derogación pero se abstiene de establecer los criterios de aplicación, el juez supervisa el ejercicio de la derogación al exigir no sólo que un interés general suficiente justifique la derogación, sino también que ésta no afecte excesivamente al interés general que protege la reglamentación en vigor. Si el legislador no ha previsto la facultad de derogar, el juez la excluye, salvo en caso de absoluta necesidad de interés general.

Sin embargo, esas condiciones no bastan para evacuar la cuestión de compatibilidad entre las derogaciones y el principio de igualdad. En efecto, existe el caso de varias derogaciones solicitadas por interesados distintos. En otras palabras, se trata de saber si el principio de igualdad impone que todas las demandas sean satisfechas si hay satisfacción de una de ellas. En principio, si la Administración pública, y más aún el legislador, hace uso de una forma de poder discrecional, no puede ser obligada a otorgar a unos lo que ha otorgado a otros. Esta consideración no se opone al principio de igualdad si se presentan dos hipótesis “extremas” ante el juez. Si el demandante requiere la concesión de una ventaja que fue ilegalmente otorgada en un caso anterior, la Administración tiene que rechazar esta demanda. Si se solicita la ventaja en un ámbito donde la Administración actúa a título gratuito o voluntario, ésta no puede estar obligada por el principio de igualdad a tomar la misma decisión respecto a todos los demandantes.

Sin embargo, la situación es más problemática si la ventaja solicitada es legalmente admisible y su otorgamiento es posible bajo ciertas condiciones. En caso de diferencia

⁸⁴ En cambio, existe la posibilidad de que una medida derogatoria a la regla común no viole el doble principio de igualdad ante la ley y de no discriminación en función del origen, la raza o la religión pero que tienda al contrario en favorecer las condiciones de esta igualdad al suprimir discriminaciones negativas. En este caso, la derogación a la regla común no favorece ni perjudica a nadie, y sería abusivo asimilar ésta con una acción positiva.

de trato por parte de la Administración, el juez puede sancionar esta diferencia si llegara a considerar que viola el principio de igualdad y puede reflejar una cierta arbitrariedad.

Pero en este caso, aparecen dos tipos de dificultad. Primero, si el juez cuestiona la legalidad de una decisión administrativa individual en violación del principio de igualdad, no dispone siempre de todos los elementos de las decisiones anteriores presentadas como idénticas por el demandante; lo que puede llevar a una comparación errónea. Segundo, aplicar sistemáticamente el principio de igualdad en tales circunstancias llevaría a anihilar el concepto del poder discrecional de la Administración pública por vincularla obligatoriamente a las decisiones anteriores que ha tomado. Una manera de solucionar este problema y de hacer progresar la aplicación del principio de igualdad sería sistematizarla cuando hay unidad de tiempo entre las decisiones a comparar, unidad de decisor (no hay arbitrario si hay varios decisores distintos) y unidad de objeto de las decisiones.

Así, tanto a priori como a posteriori de la regla de derecho, el principio de igualdad evoluciona con el fin de conjugar la igualdad formal con la igualdad real. En el marco de experimentaciones jurídicas con resultados variables y derogaciones legales y/o administrativas, se ha desarrollado un abanico de medidas que tienden a rectificar las desigualdades más importantes que afectan directamente los derechos fundamentales y los derechos humanos. Entre estos instrumentos jurídicos experimentales y derogatorios, figuran algunos, conocidos por medio de las medidas más polémicas: las acciones (o discriminaciones) positivas.

2.2. Las acciones (o discriminaciones) positivas

Los Estados no reconocen el mismo valor jurídico al principio de igualdad y todos los tribunales constitucionales no admiten, en las mismas condiciones, las desigualdades legislativas de tratamiento. A pesar de ello, el principio de igualdad está presente en todos los textos constitucionales europeos y frecuentemente en varias disposiciones de una misma constitución nacional. Constituciones que prevén una lista de discriminaciones expresamente prohibidas. Las distinciones que el legislador no puede de ningún modo realizar, son las que están fundamentadas, entre otras, en la raza, el origen, la religión, el género. Nunca se entienda como lista exhaustiva.

Sin embargo, todos los tribunales constitucionales admiten el carácter no absoluto del principio de igualdad. Así pues, el legislador puede proceder a diferenciaciones de tratamiento si están fundadas en la existencia de diferencias de situación o en motivos de interés general, salvo las discriminaciones basadas en criterios como la

raza o el género. En este ámbito, el juez constitucional debe ser severo en el rechazo sin más de esas discriminaciones abyectas, y circunspecto en el recurso a nociones difíciles de determinar⁸⁵.

En la mayoría de las jurisprudencias constitucionales, incluidas las de Bélgica, Francia y España, con el fin de acomodarse al poder de apreciación discrecional del legislador, el tribunal puede censurar sólo las discriminaciones arbitrarias. Por ello, el control del respeto del principio de igualdad hace un amplio uso de la noción de proporcionalidad o de razonabilidad.

El principio de igualdad impone tratar de manera idéntica situaciones similares: las discriminaciones conocidas como negativas son lógicamente condenadas. Sin embargo, siendo las realidades muy diversificadas, a veces, es muy difícil tratar de manera idéntica todas las situaciones. Por ello existen discriminaciones dichas positivas que expresamente otorgan un tratamiento más favorable – es decir, preferencial o prioritario - a una categoría de personas, debido a su diferencia de situación, con el objetivo de restablecer una igualdad de oportunidades quebrada por el crecimiento de desigualdades socioeconómicas y por la generalización o persistencia de prácticas sexistas.

Las “medidas positivas” originarias del concepto norteamericano “*Affirmative action*”, fueron importadas en Europa con toda su complejidad en su delimitación y su alcance (2.2.1.), así como en su aplicación en los ordenamientos jurídicos aferrados al respeto absoluto del principio de igualdad (2.2.2).

Uno de los ámbitos de su implementación, primero a título experimental y después a título derogatorio al principio de igualdad, es la igualdad de género en el ejercicio de cargos públicos y el acceso a la vida política a través de la composición de las listas electorales.

Desde un punto de vista semántico, ¿tienen aquellas medidas el vocablo de acción o de discriminación positiva? La traducción tanto en castellano como en francés de la “*affirmative action*” por “discriminación positiva” no es neutra en la medida en que traduce una forma de rechazo de la política que designa.

Por ello no es una casualidad si las jurisdicciones hostiles a este tipo de medida han empleado esta terminología ciertamente marcada por una carga negativa. La

⁸⁵ Por ejemplo, el Consejo constitucional francés se refirió al sexo en su decisión del 18 de noviembre de 1982 relativa a las cuotas electorales por sexos (DC n°82-146 de 18 noviembre de 1982); en Bélgica, v. e.o. CArb., 27 mars 2003, 36/2003, *M.B.*, 11 avril 2004; en España, v. e.o. STC 45/2010, de 28 de julio de 2010; v. también STC 13/2009, de 19 de enero de 2009 que indica que la ley vasca electoral, “(...) tratándose de una medida de discriminación positiva en beneficio de la mujer, se ajusta a las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad exigidas por [su] doctrina”.

jurisprudencia constitucional constituye un ejemplo en este sentido⁸⁶. Con la expansión de su aplicación en los hechos y en el Derecho, es preferible emplear el término de medidas de “acción positiva” o “medidas positivas”.

2.2.1 Origen y definición de las acciones positivas

Terminológicamente, una “distinción” es una variedad de “diferencia” o más bien de “diferenciación” de trato. La “distinción” es el trato diferenciado que responde a las exigencias del principio de igualdad; es una diferenciación admisible. La diferenciación prohibida se llama “discriminación”. Si la igualdad tiene formas distintas, la desigualdad también puede presentarse bajo varios aspectos que en su sentido genérico, llamamos discriminaciones.

Primero, distinguimos las discriminaciones activas de las discriminaciones pasivas. Son activas cuando las normas o las autoridades públicas, sin justificación admisible, tratan de manera distinta dos categorías de personas que se encuentran en una situación comparable. Son pasivas, cuando una norma o una autoridad pública trata de manera idéntica, sin justificación admisible, unas categorías de personas que se encuentran en situaciones no comparables. La deducción de la prohibición de la discriminación pasiva a partir del principio de igualdad, se opera desde hace mucho tiempo en los ordenamientos jurídicos nacionales que protegen los derechos humanos y libertades fundamentales.

La segunda distinción más conocida y compleja a determinar, radica en que la discriminación puede ser directa o indirecta. Si las jurisprudencias y los legisladores nacionales europeos ya han sido enfrentados a esta distinción, es el Derecho comunitario el que ha desarrollado el concepto de discriminación indirecta o llamada también “discriminación cubierta”.

Así, en el ámbito de la igualdad de género, la Directiva 2006/54 del 5 de julio de 2006 (art. 2,1º,b), define la discriminación indirecta como “*la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una*

⁸⁶ V. por ejemplo, CCF., Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, *J.O.R.F.*, n°146 du 26 juin 2001, p.10125; v. también CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Les discriminations positives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, septiembre 2004.

*finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*⁸⁷.

La prohibición de la discriminación indirecta presenta en efecto un interés cierto, entiéndase capital, en ordenamientos jurídicos que sólo prohíben la discriminación de manera selectiva, es decir, la discriminación operada sobre la base de ciertos criterios de discriminación limitativamente enumerados. En estos ordenamientos jurídicos, es imprescindible asegurarse de que una diferenciación de trato, operada por medio de un criterio aparente a priori no justiciable del ordenamiento jurídico determinado, no esconde, intencionalmente o no, una discriminación real justiciable de éste.

Al prohibir absolutamente las discriminaciones fundadas, por ejemplo, en la raza, el origen o el sexo, los textos fundamentales y los tribunales de los Estados de derecho han rechazado tradicionalmente la introducción de éstas. Sin embargo, son los poderes públicos, ellos mismos, que las han introducido por nuevas leyes, después de unas experimentaciones jurídicas más o menos exitosas, o a veces en el marco de facultades derogatorias añadidas a leyes en vigor. En la mayoría de los casos, las constituciones no dan indicaciones sobre la posibilidad de establecer medidas positivas, por lo que incumbe al juez constitucional fijar los criterios de validez de tales diferenciaciones de tratamiento. De manera general, las acciones (o discriminaciones) positivas son admisibles si no conducen a crear discriminaciones expresamente prohibidas por la constitución.

El Tribunal constitucional belga fue más allá en 1994, puesto que sentenció su validez a condición de responder a una desigualdad manifiesta, si las acciones positivas son provisionales y si no provocan una restricción inútil de los derechos de terceros⁸⁸. En Francia, la práctica de las discriminaciones positivas fundadas en el sexo, la edad, un hándicap o una localización geográfica, puede ser admitida por el Consejo constitucional salvo en ciertos casos donde se plantea el ejercicio de los derechos fundamentales⁸⁹. El juez constitucional español demostró la misma prudencia que sus homólogos belga y francés⁹⁰.

Estas experimentaciones o derogaciones, llamadas “*Affirmative Action*” en Estados Unidos, se desarrollaron a finales de los años 1960 a iniciativa de una fracción del aparato administrativo federal que otorgaba un tratamiento preferencial a los miembros de determinados grupos quienes, en el pasado, fueron objeto de discriminaciones jurídicamente sancionadas: los negros, los hispánicos, las mujeres, etc. Las medidas tomadas en los sectores de la educación superior, el empleo o las licitaciones públicas,

⁸⁷ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), *D.O.U.E.*, L 204 de 26 de julio de 2007, pp. 23-36.

⁸⁸ CArb., 27 janvier 1994, n°9/94, consid. B.6.2.; 14 juillet 1997, n°42/97, consid. B.20.; 20 janvier 1999, n° 6/99; 10 novembre 1999, n°116/99.

⁸⁹ V. *supra* CONSEIL CONSTITUTIONNEL, op.cit., pp.12-23.

⁹⁰ V. *supra* la sentencias constitucionales precitadas.

tienen por objetivo aumentar la proporción que representan los miembros de los grupos discriminados entre los poseedores de ciertos bienes valorizados y eso, con el propósito de poner fin a su marginalización permanente en la sociedad norteamericana⁹¹. Su éxito innovador en el desarrollo de los derechos cívicos estadounidenses y en los derechos fundamentales en general, hizo que a partir de los años 1980, las discriminaciones se introdujeron no sin dificultad, en los ordenamientos jurídicos nacionales europeos⁹².

En cuanto al derecho del CEDH, las acciones positivas han estado muy ausentes, aunque la jurisprudencia más reciente del Tribunal de los derechos humanos se ha mostrado más explícita sobre la validez de éstas. Es delicada la distinción entre “discriminación pasiva”, “discriminación indirecta” y “discriminación positiva”, lo que es aún una nebulosa en la jurisprudencia de dicho tribunal. Al menos, éste aporta algunas indicaciones sobre el régimen de admisibilidad de las acciones positivas, destacando el carácter provisional de éstas⁹³. También se encuentran alusiones a las acciones positivas en el informe explicativo junto al Protocolo adicional nº12 al CEDH. El tercer párrafo del preámbulo de éste indica que el principio de no discriminación no impide a los Estados partes tomar medidas con el fin de promover una igualdad plena y efectiva, con la condición de que tales medidas respondan a una justificación objetiva y razonable.

A nivel de la Unión Europea, el art.157, apdo. 4, TFUE estipula 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”.

⁹¹ Sobre la noción norteamericana de la *Affirmative Action*, v e.o. ROSENFELD, M., *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, ed. Yale University, New Haven, 1991; BOLICK, Cl., *The Affirmative Action Fraud*, ed. Cato Institute, Washington, DC, 1996; EASTLAND, T., *Ending Affirmative Action*, ed. Basic Books, Nueva York, 1996; CALVES, G., *L’Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis*, ed. LGDJ, París, 1998. Ver también la definición de BOSSUYT, M., “Prevention of Discrimination. The Concept and Practice of Affirmative Action”, en *Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Sub-Comisión de la promoción de los derechos humanos*, E/CN.4/Sub.2/2002/21: “Affirmative Action is a coherent packet of Measures, of a temporary character, aimed specifically at correcting the position of a target group in one or more aspects of their social life, in order to obtain effective equality”.

⁹² Sin embargo, desde la sentencia *Bakke* del Tribunal Supremo de EE.UU., en 1978, las cuotas ya no están oficialmente practicadas aunque, en determinados sectores como la educación superior, aun se tiene en cuenta las características étnicas de los estudiantes en el proceso de selección. A partir de los años noventa cinco, la crisis económica afectó definitivamente la “affirmative action” en varios Estados como California, Luisiana, Tejas, Florida, Washington, etc.

⁹³ «L’article 14 n’interdit pas à un Etat membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des ‘inégalités factuelles’ entre eux; de fait, dans certaines circonstances, l’absence d’un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de la disposition en cause» (TEDH, 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, Rec., 2006, § 51).

Esta disposición ha sido objeto de prolongaciones en el derecho derivado y de una abundante jurisprudencia del tribunal de justicia de la UE que tuvo que pronunciarse sobre asuntos laborales. Las acciones positivas constituyen por sí solas excepciones en su admisión en virtud de las directivas relativas a la no discriminación⁹⁴ y de la jurisprudencia comunitaria con las sentencias *Kalanke*⁹⁵, *Marschall*⁹⁶, *Abrahamsson*⁹⁷, *Badeck*⁹⁸, *Lommers*⁹⁹ que definen prudentemente los límites de admisión de la adopción de estas acciones positivas¹⁰⁰.

En Estados Unidos, la noción de *Affirmative Action* es confusa por el carácter heteróclito de sus prácticas y políticas¹⁰¹. Designa el conjunto de las medidas que tienden a aumentar las ventajas que los miembros de un grupo subrepresentado, que ha sido generalmente víctima de discriminaciones, obtienen de una política pública determinada. Ciertas “*affirmative actions*” instituyen un tratamiento preferencial, pero no otras. Además, a menudo, éstas están asociadas a la instauración de cuotas y objetivos numéricos. También están vinculadas con la noción de discriminación inversa que consiste en una diferencia de tratamiento que invierte el mecanismo de una discriminación anterior.

A pesar de la notable confusión terminológica ya evocada, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, la discriminación o la acción positiva puede definirse como una categoría particular de discriminación justificada, elaborada por una política voluntarista y cuyo objetivo es la reducción de una desigualdad. Forma parte de las acciones positivas que se consideran como procesos de introducción de una aproximación dinámica, orientada sobre los resultados, que internaliza las dimensiones de grupo para hacer de ello un modelo de igualdad formal estático e individual¹⁰².

⁹⁴ En el ámbito comunitario de la igualdad y no discriminación de género, v. e.o. la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo, *DOUE*, L 180 de 15 de julio 2010, pp. 1-6; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), *DOUE*, L 204 de 26 de julio de 2006, pp. 23-36; Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, *DOUE*, L 373 de 21 de diciembre de 2004, pp. 37-43; Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *DOUE*, L 303 de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22.

⁹⁵ TJCE, 17 de octubre de 1995, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, Rec., 1995, p. I-3051.

⁹⁶ TJCE, 11 de noviembre de 1997, *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95, Rec., 1997, p. I-6363.

⁹⁷ TJCE, 6 de julio de 2000, *Abrahamsson y Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, C-407/98, Rec., 2000, p. I-5539.

⁹⁸ TJCE, 28 de marzo de 2000, *Georg Badeck y otros*, Rec., 2000, C-158/97, p I-0185.

⁹⁹ TJCE, 19 de marzo de 2002, C-476/99, *H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99, Rec., 2002 p. I-02891.

¹⁰⁰ V. *infra* las condiciones de aplicación de las acciones positivas (2.2.2).

¹⁰¹ V. GREENAWALT, K., *Discrimination and Reverse Discrimination*, ed. Alfred A.Knopf, Nueva York, 1983.

¹⁰² DE VOS, M., *Au-delà de l'égalité formelle. L'action positive au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE*, ed. Comisión Europea, Bruselas, 2007.

Como denominador común, tienen el objetivo de modificar la representación del grupo en un entorno determinado, pero pueden realizarse de varias maneras que siguen una clasificación no exhaustiva según su grado de intensidad.

- Entre las acciones menos intensas, se encuentran el examen, la identificación y la erradicación intencionados de cualquier práctica que implica una discriminación o una distorsión. Esta acción que unos autores llaman “equidad positiva” puede traducirse por una integración sistemática en las políticas y prácticas.
- Las políticas específicas de apariencia neutra que tienden a aumentar la proporción de miembros del grupo subrepresentado al aplicar unos criterios no abiertamente discriminatorios, por ejemplo, al focalizarse en una región geográfica.
- Los programas de aproximación que recurren a la pertenencia a un grupo y que intentan acelerar la inclusión del grupo subrepresentado por un apoyo (información, formación, creación de grupos de presión, etc.) o una sensibilización focalizada.
- Las políticas de diversidad de apariencia parcial que se esfuerzan en aumentar la proporción de miembros de grupos subrepresentados al perseguir objetivos intermediarios que no constituyen un tratamiento preferencial real.
- Los programas de adaptaciones que tienden a reducir las barreras al ofrecer unas adaptaciones personales a los miembros de ciertos grupos, y que combinan así las consideraciones de grupo con el mérito personal.
- El tratamiento preferencial en sentido estricto, que funciona por discriminación inversa al favorecer a los miembros del grupo subrepresentado respecto a los miembros del grupo dominante, es la categoría de las acciones positivas en su sentido estricto.
- La redefinición del concepto de “merito”, que hace de la pertenencia a un grupo una cualificación pertinente para un empleo o un cargo determinado, se trata en la realidad de una propuesta teórica¹⁰³.

La diversidad infinita de estas acciones positivas nos conduce a subrayar - como muchos autores lo han hecho - la confusión terminológica respecto a las acciones y acciones positivas. Muchos, limitan las acciones positivas a medidas pura y simplemente discriminatorias y otros asimilan la discriminación positiva a la *Affirmative Action* norteamericana, o aún al concepto de “medidas provisionales especiales” de los derechos humanos. Aun habiendo similitud entre esos conceptos, cada uno de ellos tiene su propio contexto jurídico y “societal”. En ese sentido, esa “confusión asimiladora” ha contribuido negativamente al debate entre los partidarios de la igualdad formal y los de la igualdad substancial, dejando a éstos últimos expuestos a las críticas de los primeros.

¹⁰³ Como lo destaca M. DEVOS (v. *supra*), esta categoría no consiste en un tratamiento preferencial estrictamente hablando, a no ser que la pertenencia al grupo constituya una verdadera exigencia profesional, en ese caso su introducción intencional por motivos de igualdad es teórico.

También, esta lista de medidas refleja que no hay necesariamente incompatibilidad entre la igualdad formal y la no discriminación. Si la discriminación positiva puede generar dificultades conceptuales en cuanto a los principios de igualdad y no discriminación, no es por ello que todas las acciones positivas no aprueban el examen de su “legalidad” constitucional¹⁰⁴.

Las acciones positivas surgen de dos lógicas distintas. Una, como forma equitativa de la igualdad, ya que la idea de discriminación positiva ha inspirado a lo largo de los últimos años, un cierto número de reformas operadas en varios ámbitos como la protección social o el acceso a la función pública. Es un principio de igualdad compensadora o correctora que substituye la estricta igualdad de tratamiento y permite al Estado de Bienestar selectivo y a las políticas públicas mejor diferenciadas, orientar hacia los más débiles una parte más importante de los gastos públicos. El apoyo a los más débiles es discriminatorio en sí, pero el objetivo perseguido, la reducción de las desigualdades de hecho, permiten considerar que tal discriminación es positiva.

En la otra lógica, reside el hecho de que la discriminación positiva consiste en un tratamiento diferenciado o preferencial que tiende a compensar los efectos de una exclusión discriminatoria. Las acciones positivas son un *instrumento de lucha contra la discriminación*. Sus beneficiarios son determinados sólo por motivos de rasgos innatos e indelebles como la raza, la minusvalía o el género.

Desde un punto de vista conceptual, la discriminación positiva se fundamenta en un tratamiento diferenciado en una situación comparable que tiene un vínculo causal con un motivo prohibido. Las medidas de acción positiva que implantan efectivamente tal tratamiento diferenciado, constituyen así una discriminación y se transforman en acción positiva. Esta última, a veces calificada de “discriminación inversa”, acentúa el lado positivo de la igualdad substancial que intenta invertir una situación muy

¹⁰⁴ Así, en Bélgica, en el marco de la transposición de las directivas europeas contra las discriminaciones, el legislador federal adoptó, el 10 de mayo de 2007, tres leyes que, cada una, tiene por objeto propio y exclusivo la lucha contra la discriminación sobre la base de un número limitado de criterios. Entre ellas, figura la ley que tiende a luchar contra la discriminación entre mujeres y hombres, los criterios siendo el sexo y otros asimilados como el embarazo, la maternidad, el parto o el hecho de haber sido sometido a una operación de conversión sexual. La ley prohíbe entre otros comportamientos las discriminaciones directa e indirecta. La directa se funda sobre un criterio protegido por la ley, el género por ejemplo, y hace que una persona está tratada de manera menos favorable que otra persona en una situación comparable. Sin embargo, está prohibida sólo si y en la medida en que no encuentra una justificación en la ley de 2007. En cuanto a la indirecta, fundada también en un criterio protegido, se define como una situación en que un criterio, una práctica o una disposición aparentemente neutra pueda generar respecto a otras personas una desventaja determinada para unas personas caracterizadas por dicho criterio protegido. V. a propósito Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.* 30 mai 2007. El Estado belga siendo federal, sus regiones y comunidades también tienen la competencia legislativa y en este sentido adoptaron en 2007 los decretos de contenido semejante al de ley de 2007. Las principales legislaciones federadas son: Décret de la Région wallonne du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle, *M.B.*, 19 décembre 2008; Décret de la Communauté flamande du 10 juillet 2008 dans le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement, *M.B.*, 23 septembre 2008.

arraigada en la historia, como la desigualdad real entre hombres y mujeres ante los cargos públicos y el ejercicio de los poderes.

Sea la que sea su naturaleza “positiva”, la discriminación es una discriminación en definitiva. A partir de ahí, si se trata de una discriminación en sí, viene la pregunta de saber en qué medida el derecho positivo puede admitir o tolerar la discriminación como excepción. Su carácter excepcional – cuando no está prohibida – se debe a numerosos elementos ya comentados y estudiados. Por lo tanto, nos limitaremos a destacar, aquí, que reconocer al legislador o al ejecutivo, incluso el juez, la facultad de romper la igualdad de derecho para alcanzar la igualdad de hecho, puede conllevar distinciones arbitrarias¹⁰⁵.

2.2.2. Condiciones de aplicación de las acciones positivas

Justificando la diferencia de situación y autorizando la desigualdad de tratamiento, deben ser respetadas algunas condiciones objetivas. Hace falta que inicialmente, exista una desigualdad de hecho a la cual debe responder una diferenciación jurídica de tratamiento que debe igualmente resultar de la voluntad expresamente manifestada de la autoridad normativa de otorgar una ventaja a una categoría de ciudadanos quienes sufrieron discriminaciones en el pasado.

La diferenciación jurídica de tratamiento debe ser positiva en este sentido en que implica una idea de compensación, de restauración de la igualdad que pasa precisamente por una ruptura de la igualdad. Toma en consideración sólo criterios admisibles como los fundados en la edad, la minusvalía, las características sociales o el género de los individuos. También están prohibidas todas las discriminaciones que habrían alcanzado un resultado distinto de lo perseguido: se llaman las “discriminaciones inversas”. El propósito de la autoridad normativa, siendo conseguir una igualdad de hecho, es la diferenciación jurídica de tratamiento necesariamente provisional y debe cesar cuando la igualdad se restablece.

Así pues, la acción positiva sólo se admite sobre la base de criterios estrictamente delimitados y controlados por los jueces nacionales, constitucionales o no¹⁰⁶ y los

¹⁰⁵ V. *infra* las críticas relativas a las acciones positivas (Capítulo 2, Sección 2, 2.1.).

¹⁰⁶ Como en Francia y en España, el Tribunal constitucional belga indicó en una sentencia del 6 de octubre de 2004 que las discriminaciones positivas debían conformarse a unas condiciones estrictas. Primero, éstas deben responder a una situación de desigualdad manifiesta, es decir la permanencia de un desequilibrio evidente que puede ser demostrada en ausencia de la medida examinada por la jurisdicción suprema belga. Segundo, el legislador debe haber identificado la necesidad de remediar a este desequilibrio. En otras palabras, la discriminación positiva debe fundamentarse en un mandato legislativo. Tercero, las “medidas correctoras” deben ser provisionales y abandonadas una vez que el objetivo perseguido está alcanzado. Cuarto, estas medidas deben tener un alcance limitado a lo necesario (CArb., 6 octubre 1994, 73/94, *M.B.*, 4 novembre 1994). Sobre la recepción de la acciones o

jueces de los Derechos humanos, así como de la Unión Europea¹⁰⁷. Y debe responder a una diferencia de situación objetiva, suficientemente neta y racional con el fin de evitar lo arbitrario. También, debe vincularse con el objeto o el propósito de la ley o del reglamento que lo establece. Y, sobre todo, la acción positiva debe ser proporcionada a la diferencia de situación así como al fin buscado por la reglamentación.

En efecto, si la jurisprudencia deja a los poderes públicos un margen real de maniobra para tomar medidas diferenciadas para restablecer la igualdad, esta libertad no puede ser entendida como una facultad de infringir lo que consiste como núcleo duro del principio de igualdad: la prohibición de lo arbitrario.

Ahora bien, se cruzaría la frontera entre una medida diferencial y una medida arbitraria si la medida discriminatoria no respetará una cierta proporcionalidad con el objetivo de la ley. Se trataría de una “ruptura caracterizada” del principio de igualdad.

Evidentemente, resulta difícil establecer esta frontera de manera rígida, además de que el concepto de igualdad es movedizo, en el sentido que unas discriminaciones justificadas hoy, quizás no lo serán más, mientras que otras, al contrario, serán consideradas como fundamentadas para garantizar mejor la igualdad de oportunidades y de condiciones¹⁰⁸. La idea de la proporcionalidad es importante y debe estar presente en la adopción de cualquier medida o política discriminatoria. Incita, primero, a que los esfuerzos pedidos a unos estén en relación con sus capacidades contributivas; segundo, a que las ventajas o preferencias consentidas a otros constituyan un apoyo al regreso hacia a una situación de igualdad, pero no una ventaja sin vínculo con el proceso de restablecimiento de la igualdad, y tercero y último, a que la discriminación sea provisional. Así es la dinámica del regreso al equilibrio que marca la aceptabilidad de las acciones positivas.

Paradójicamente, los tribunales constitucionales se muestran sin embargo ambiguos en cuanto al exacto contenido que asignan al principio de proporcionalidad. ¿Exige este principio que el legislador elija la medida menos atentatoria a los derechos

discriminaciones positivas en Derecho español, v. LLORENTE, R., «Table ronde sur les discriminations positives – Espagne», en *AJJC*, 1997, vol. XIII, pp. 127-128; FONT I LLOVET, T., «La conception et l’application du principe d’égalité en Espagne», en *CONSEIL D’ETAT*, *op.cit.*, p. 444.

¹⁰⁷ Nos referimos a las jurisprudencias del TEDH y del TUE. En cuanto al Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), la concepción de la igualdad es muy realista y concreta. El juez de Estrasburgo asocia estrechamente el principio de discriminación con el principio de proporcionalidad en la aplicación del artículo 14 del CEDH. No se contenta de admitir la aplicación de reglas diferentes cuando constata unas diferencias de situación como el juez nacional. Examina en cada caso si las medidas tomadas están conformes con los objetivos perseguidos. En este sentido, se puede considerar arbitraria cualquier diferencia de tratamiento que no es proporcionada al objetivo de la medida interesada. V. e.o. TEDH, 23 de julio 1968, *Affaire linguistique belge c/ Bélgica*, serie A, nº6, *Rec.*, p.4; TEDH, 21 de junio 1988, *Berreback c/ Países Bajos*, serie A, nº138; TEDH, 13 de noviembre 2007, *D.H. c. República Tcheca*, *Rec.*, 2007-VI. Respecto a la jurisprudencia de la UE, v. e.o. *supra* las sentencias precitadas *Kalanke*, *Badeck*, *Lommers*, etc.

¹⁰⁸ BRAIBANT, G., «Le principe d’égalité dans la jurisprudence», en *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence*, ed. PUF, París, 1989.

afectados, entre las medidas equivalentemente eficaces, para alcanzar el objetivo perseguido? Así por ejemplo, algunas sentencias del Tribunal Constitucional belga lo sugieren de manera casi explícita pero otras lo desmienten también explícitamente¹⁰⁹. Esta indecisión aparece en varias jurisprudencias constitucionales, quizás por miedo de recibir reproches del “gobierno de jueces” o por cierta circunspección frente a una noción evolutiva de la proporcionalidad con delimitaciones a veces inciertas¹¹⁰.

A esos criterios, viene a añadirse a veces, como en el derecho francés, un criterio más subjetivo: el interés general¹¹¹. Este criterio que tiene valor de principio jurídico, en nombre de la necesidad de favorecer a ciertas personas respecto a otras, quiebra el principio de igualdad, y su carácter subsidiario proviene del hecho de que no está analizado si unas disposiciones diferenciadas están justificadas por unas diferencias de situación. En el caso contrario, el juez examina si un interés general necesita por su naturaleza una ruptura del principio de igualdad. Este concepto de interés general, cuyo contenido es difícil de definir, tiene una naturaleza política delicada de manejar por parte de los jueces quienes consideran que sólo el legislador puede discernir.

¹⁰⁹ CARb., n°107/98, 21 octobre 1998: «B.6.3. Lorsque le législateur apporte des limitations à l'exercice d'un droit fondamental, il ne peut le faire que dans la mesure indispensable à l'objectif qu'il poursuit »; CARb., n°78/98, 7 juillet 1998: « B.9. S'il est légitime que le législateur se soucie de prévenir la fraude fiscale et de protéger les intérêts du Trésor, par souci de justice et pour remplir au mieux les tâches d'intérêt général dont il a la charge, il convient toutefois que les mesures prises n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire à cette fin. Le contrôle de la Cour est plus strict si des principes fondamentaux sont en cause»; CARb., 52/2000, 3 mai 2000: «B.7.8. Les requérantes estiment enfin que d'autres moyens pouvaient contribuer à atteindre l'objectif poursuivi. Elles ne démontrent cependant pas que ces moyens auraient, à moindres frais, la même efficacité que ceux choisis par le législateur»; CARb., n°37/98, 1er avril 1998 : pt. B.5.2: « Dès lors que l'objectif peut être atteint au moyen de la mesure contestée et que celle-ci n'est pas manifestement disproportionnée à cet objectif, il n'appartient pas à la Cour d'indiquer que cet objectif aurait pu être atteint en prenant d'autres mesures ou des mesures moins extrêmes »; CARb., n°35/2003, 25 mars 2003, pt. B.13.8: « Mais dès lors que les mesures en cause sont pertinentes par rapport à l'objectif poursuivi et qu'elles ne sont pas manifestement disproportionnées à celui-ci, elles ne deviennent pas discriminatoires pour le seul motif qu'une autre mesure permettrait d'atteindre cet objectif»; CARb., n°116/2004, 30 juin 2004: « B.18. La différence de traitement instaurée en matière de statut pécuniaire des chefs de corps des tribunaux, selon que le ressort du tribunal compte ou non au moins 250.000 habitants, n'est pas indispensable, mais n'est pas dépourvue de justification raisonnable au regard du but poursuivi »; CARb., 39/2007, 15 mars 2007, pt. B.14: « B.14. Le Conseil des ministres relève, avec pertinence, que la Cour n'est pas compétente pour substituer son appréciation à celle du législateur. Elle ne pourrait dire si la formule suggérée par les parties requérantes est préférable à celle utilisée dans la loi attaquée. Toutefois, lorsque l'application d'une formule mathématique utilisée par le législateur est de nature à avoir de graves conséquences économiques pour une catégorie d'assureurs, que la réalité de ces conséquences possibles n'est pas contredite, que le choix des montants forfaitaires critiqués n'est pas justifié de façon pertinente et qu'il est allégué avec vraisemblance qu'il existerait d'autres formules qui, tout en permettant d'atteindre l'objectif poursuivi, n'auraient pas les mêmes effets discriminatoires, la Cour ne peut que constater qu'elle ne dispose d'aucun élément qui lui permettrait de conclure que la mesure attaquée est raisonnablement justifiée. Par ailleurs, aucun passage des travaux préparatoires de la norme attaquée ne fait état d'une intention du législateur de provoquer une restructuration du secteur de l'assurance incendie en incitant les compagnies d'assurance ayant un faible chiffre d'affaires dans ce secteur à l'abandonner».

¹¹⁰ Sobre la proporcionalidad, v. *infra* Título II, Capítulo 2, Sección, 2.2.2.

¹¹¹ V., por ejemplo, la decisión del Consejo Constitucional francés CCF. décision n°91-290 du 9 mai 1991, *Statut de la Corse*, Rec.,p.50.

A pesar de su carácter subsidiario, el interés general “francés” – que no está evocado explícitamente en las jurisprudencias constitucionales belga y española para pronunciarse sobre las acciones positivas - tiene su importancia histórica, política y jurídica. Históricamente, porque el concepto se afirmó muy temprano en la jurisprudencia y la doctrina administrativa que confirma éste como objeto mismo de la acción del Estado¹¹².

Políticamente, por su adaptación a cada evolución en su época y porque el interés general expresa los valores o los grandes objetivos de una colectividad que también evoluciona con el tiempo; o sea, una aplicación del principio de igualdad atemporal y cerrada a otros objetivos de la colectividad. Aplicación que de hecho, arriesgaría conllevar a ésta a un bloqueo.

Jurídicamente, porque el juez – administrativo y constitucional – deja al legislador el cuidado de afinar el término de interés general respecto al principio de igualdad, pero con un control que evita hacer del interés general una “coartada” para lo arbitrario, aunque a menudo, el juez avala la diferencia de tratamiento debido al amplio margen discrecional del legislador o del ejecutivo.

En cuanto a los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, éstos se han mostrado relativamente prudentes con la cuestión de las acciones positivas. Esta prudencia se expresa primero a nivel obligatorio o simplemente facultativo del recurso a la discriminación positiva. La mayoría de los tratados internacionales no imponen realmente a los Estados que adhieran la obligación de proceder a acciones positivas, como mucho admiten que la cláusula de no discriminación puede acomodarse a tales prácticas cuando los Estados las decidan¹¹³. Sólo en ámbitos determinados, los convenios internacionales se muestran más dirigistas e imponen a los Estados el uso de la acción positiva¹¹⁴.

Así, en el Derecho de la UE, respecto a la igualdad de género, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo refleja esta prudencia en el sentido que sólo admite las

¹¹² PELLISSIER, G., *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, Thèse en droit, Université Paris I, París, 1995.

¹¹³ V. por ejemplo el art. 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles, Económicos y Sociales, así como las Observaciones Generales nº18 del Comité de los derechos humanos.

¹¹⁴ V. e.o. las recomendaciones generales nº 23 del Comité sobre la eliminación de cualquier forma de discriminación contra las mujeres, relativas a la vida política y pública (13 de enero de 1997); V. también las observaciones generales nº 28 del Comité de los derechos humanos relativas a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) dispone, en su art. 4, que “la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

acciones positivas en el caso limitado en que éstas no son incondicionales ni absolutas¹¹⁵.

La misma prudencia se expresa además en las condiciones de validez a las cuales se subordina el uso de las acciones positivas. No se puede establecer una lista rígida de condiciones de validez común para el conjunto de los instrumentos internacionales que las prevén o las mencionan. Sin embargo, se pueden destacar ciertas condiciones:

Primera, se ha de demostrar que el grupo beneficiado de la discriminación positiva se encuentra desfavorecido.

Segunda, la discriminación positiva debe tener por meta resolver esta desventaja y debe mantenerse proporcionada respecto a ésta. Se cuestiona si debe contentarse con una política de “igualdad de oportunidades”, o si se puede llegar hasta una política de “igualdad de resultados”¹¹⁶.

Tercera, las medidas deben ser provisionales. Naturalmente, no se trata de exigir de las autoridades nacionales que decidan con esas medidas positivas establecer a priori un plazo al final del cual, aquellas medidas deben cesar automáticamente de estar en vigor.

Simplemente, las acciones positivas tienen la obligación de poner un término cuando el objetivo de igualación factual puede razonablemente ser considerado como alcanzado. En otras palabras, las acciones positivas no pueden tener por efecto u objetivos perpetuar indefinidamente regímenes desiguales en materia de derechos y libertades. Las discriminaciones conllevan, per se, una obligación de seguimiento por parte de las autoridades (es decir una evaluación legislativa). La acentuación de este carácter necesariamente provisional se encuentra también en los derechos constitucionales nacionales, cuando éstos autorizan el uso de dichas discriminaciones¹¹⁷.

¹¹⁵ Así en la sentencia Badeck, el Tribunal de justicia añade la prohibición del carácter rígido e inflexible de las cuotas de género.

¹¹⁶ El debate sobre este punto ha marcado significativamente tanto la jurisprudencia como la legislación de la Unión Europea sobre, entre otros temas, la legalidad de las cuotas en materia de empleo, formación profesional y promoción laboral.

¹¹⁷ Así en Bélgica, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 9/94 del 27 de enero de 1994, pt. B.6.2., afirma que “L'on peut certes admettre que dans certaines circonstances, des inégalités ne soient pas inconciliables avec le principe d'égalité et l'interdiction de la discrimination, lorsqu'elles visent précisément à remédier à une inégalité existante. Encore faut-il, pour que de telles inégalités correctrices soient compatibles avec le principe d'égalité et l'interdiction de la discrimination, qu'elles soient appliquées dans les seuls cas où une inégalité manifeste est constatée, que la disparition de cette inégalité soit désignée par le législateur comme objectif à promouvoir, que ces mesures soient de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé par le législateur est atteint, et qu'elles ne restreignent pas inutilement les droits d'autrui”.

Capítulo 2

Los límites del principio de igualdad

Idea tan sencilla, clara, límpida en las letras de la Constitución y tan compleja a la hora de aplicarse en los hechos, la igualdad, como cualquier otro principio de derecho, se encuentra limitada en su desarrollo interno en lo conceptual.

En efecto, a pesar de estar asentado por el universalismo que trasciende tanto de su base – histórica, política y jurídica – como de su evolución preponderante en los Derechos fundamentales y los Derechos humanos, el principio de igualdad marca, por medio de sus contornos jurídicos, las limitaciones de su aplicación (Sección 1).

A estas limitaciones ha contribuido el desarrollo de unos instrumentos jurídicos en boga que casi han debilitado el principio de igualdad, al replantear su naturaleza oriunda e incluso al hacer de uno de ellos - la paridad - un principio de derecho. Estos instrumentos, llamados discriminaciones, acciones o aún medidas positivas, han creado nuevas discriminaciones o, por lo menos, nuevas diferenciaciones de tratamiento a favor de algunos y en detrimento de otros (Sección 2).

Sección 1: Los límites de aplicación del principio de igualdad

Una vez subdividido en diversas variantes conceptuales más o menos establecidas – formal, substancial, de oportunidades, de resultado, etc. – o presuntamente como tales, el principio de igualdad resulta “desnudo” y debilitado a la hora de aplicarse en el terreno concreto de los derechos de sus beneficiarios.

En otras palabras, al buscar a cualquier precio una igualdad efectiva, hemos “redescubierto”, por una parte los fundamentos del principio de igualdad y, por otra, los límites inherentes a éste en su nueva concepción o interpretación.

De ahí, sin pretender la exhaustividad, destacamos las dificultades que surgen de la distinción entre la igualdad formal y substancial (1.1.), así como las “sutilidades” entre las medidas correctoras de las desigualdades (1.2.), y finalmente la problemática de su aplicación en relación con otros principios y derechos fundamentales (1.3).

1.1. Dificultades entre igualdad formal y substancial

El concepto de igualdad es unánimemente adoptado por el concierto de los sistemas normativos – democráticos o no – pero hay que reconocer que, con el paso del tiempo y el multiculturalismo jurídico, existen diversas aprehensiones del principio de igualdad. Éstas, además, suelen resultar de la determinación de criterios de diferenciación entre ciertas situaciones en un proceso de comparación¹¹⁸ que se inscribe en un sistema de justicia social, o mejor dicho, de justa distribución de bienes y recursos entre los miembros de la sociedad, haciendo eco a la *Teoría de la Justicia* de John Rawls¹¹⁹.

Estos criterios varían según la finalidad asignada a la igualdad que la “institucionalización” de las acciones positivas, aunque criticada - véase cuestionada en el ordenamiento jurídico que la fomentó: el Derecho estadounidense - ha cristalizado indudablemente.

Así, a la protección de la igualdad formal que enfoca una “identidad” de trato, se opone una igualdad “substancial” basada en la exigencia de “equivalencia” de trato, que empujada por las acciones positivas, se convierte en la búsqueda de una “igualdad de resultado”. En definitiva, el rasgo fundamental de esa “tensión” entre lo formal y lo real que radica en esa búsqueda de una igualdad en los hechos, genera dificultades que tanto los legisladores como los jueces no resuelven de una vez por todas.

Así, basándonos en los Derechos Humanos con el fin de evitar cualquier sospecha de influencia de un sistema jurídico nacional¹²⁰, observamos que el juez de Estrasburgo se muestra circunspecto a propósito de las acciones positivas porque existe siempre el riesgo de estigmatización de un grupo o de un colectivo.

Ahora bien, los Derechos Humanos fueron concebidos como un medio para establecer una “relación privilegiada entre el individuo y el soberano contra las comunidades intermediarias”¹²¹. El principio de igualdad constituye un elemento

¹¹⁸ V. HART, H.L.A., *Le concept de droit* (Trad. par VAN DE KERCHOVE, M.), FUSL, Bruselas, 1976, pp. 193-194.

¹¹⁹ Sobre la teoría de la justicia, v. *infra* Parte II, Título I. Ésta concepción teórica servirá de base contemporánea al desarrollo de la equidad en el ordenamiento jurídico, con el fin de corregir las deficiencias del principio de igualdad. Aunque Rawls no evocó las “affirmative actions” como formando parte de su teoría, pero sí los partidarios de éstas se han reivindicado de ella.

¹²⁰ En efecto, aunque la mayoría de los sistemas jurídicos consideran la igualdad en sus variantes ya descritas, cada una de éstas puede prevalecer o ser mejor percibida en derecho según el sistema considerado. Así, por ejemplo, debido a un alto grado de apertura a la igualdad substancial por parte de la combinación de los art. 1, 9.2 y 14 de la CE, un juez constitucional español será más sensible a la igualdad material y a sus instrumentos que un juez constitucional francés, obsesionado por la no discriminación y por una lectura estricta del principio de igualdad.

¹²¹ BERNS, T., “Typologie des droits de l’homme et spécificité collective: une approche philosophique”, en BRIBOSIA, E. y HENNEBEL, L. (dir.), *Classes des droits de l’homme*, Bruylant, Bruselas, 2004.

fundador de estos derechos, postulando por una *igualdad formal* entre los individuos, sea la que sea la pertenencia de éstos, debido a su misma naturaleza de ser humanos¹²².

Los padres del Convenio Europeo de los Derechos humanos habían aprehendido el peligro paradójico de la debilitación de la igualdad - formal - basada en la universalidad del Hombre que constituye su fundamento. Paradójico porque esa debilitación crea una protección justificada por la pertenencia a un grupo de individuos cuando no se trata de una minoría¹²³.

Es más, como prolongación de la filosofía de la igualdad formal del CEDH, al menos en sus orígenes, el Protocolo nº 12 relativo a la prohibición de las discriminaciones que, además del hecho de permitir las “medidas para promover una igualdad plena y efectiva siempre que respondan a una justificación objetiva y razonable”, indica que el principio de no discriminación es general y, a fortiori, la igualdad también. No hay especificidad para cualquier rasgo diferencial, ni siquiera el sexo¹²⁴.

De su lado, la jurisprudencia del TEDH, marcada por el peso de la igualdad formal, no se atreve a franquear la línea roja pese a su reivindicación de no promover “derechos ilusorios”. Si es verdad que quiere inscribir la igualdad en los hechos - es decir, la igualdad substancial - también es verdad que las dificultades entre ambas igualdades radican en que el TEDH evita utilizar la igualdad como un tipo de protección de un grupo o de un colectivo determinado¹²⁵. Su silencio y su prudencia en cuanto a la consagración de las acciones positivas son reveladores.

Las escasas sentencias pronunciadas por el juez de Estrasburgo hasta hoy lo demuestran. Cierto, algunos han visto en el asunto *Thlimmenos contra Grecia* en 2000¹²⁶ un giro jurisprudencial a favor de la igualdad material porque el TEDH consideró que la prohibición de discriminación incluía la obligación para el Estado - griego - de adoptar medidas distintas destinadas a regular situaciones distintas. Esta interpretación se fundamenta en la igualdad substancial. Sin embargo, no se puede deducir de la sentencia una revolución copernicana a favor de ésta, ni una consagración de las acciones positivas por parte de la jurisdicción de los Derechos Humanos.

¹²² V. en este sentido DUBOUT, E., “Vers une protection de l'égalité 'collective' par la Cour européenne des droits de l'homme?”, en *Rev.trim.dr.h.*, nº68, 2006, pp. 852-883.

¹²³ Sobre la protección de las minorías por el CEDH, v. e.o. BENOÎT-RHOMER, F., “La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales”, en *Rev. Trim. Dr.h.*, nº 51, 2002, pp. 563-586.

¹²⁴ V. art.1, apdo. 1, del Protocolo nº12 al CEDH: “El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

¹²⁵ V. en este sentido TEDH, 7 de febrero 2006, *D.H. c. República Checa, Rec.*, 2006-II.

¹²⁶ V. TEDH, 6 de abril de 2000, *Thlimmenos c. Grecia, Rec.*, 2000-IV.

1.2. Sutilidades entre las medidas correctoras

La dificultad de traducir el concepto de “affirmative action” a la terminología de los sistemas jurídicos europeos se manifiesta tanto en la imprecisión como en las polémicas de la semántica que ya hemos destacado a la hora de definir las “acciones” y “discriminaciones” positivas¹²⁷.

Más allá de la cuestión del léxico, se trata de la cuestión de la intención que se plasma en el término elegido. En otras palabras – y como lo hemos comentado¹²⁸ – la elección del vocablo no es neutra, bien por parte del legislador que promulga una ley de cuotas en el ámbito electoral, bien por parte del gobierno que adopta un plan de zonas de educación prioritaria, bien por parte del juez que analiza el plan y la ley en base a, entre otros criterios, la razonabilidad y la proporcionalidad.

Esa falta de neutralidad se explica por la dimensión política, más que jurídica, de la adopción, véase la naturaleza misma de las acciones y discriminaciones positivas así como todas las demás que son medidas correctoras de desigualdades, sin por lo tanto, recibir el calificativo “positivo”. Las medidas positivas reflejan, a través del término que designa a cada una de ellas, una concepción, un proyecto político, etc. concebido a favor de un colectivo desaventajado.

Así, de manera muy simplista y esquemática, podríamos asociar el concepto de “acción positiva” con una política de diferenciación que se inserta en un sistema o en una ideología social o progresista, mientras que la “discriminación positiva” correspondería a una política más conservadora, dejando un margen menos amplio para esa medida que para la otra.

Por bastos y erróneos que sean, estos rasgos políticos destacan no obstante que las sutilidades terminológicas pueden confundirnos a la hora de determinar el alcance de las medidas que afectan. Sutilidades que probablemente tienen su importancia en la ciencia política o en la ciencia sociológica pero que, a nuestro entender, perjudican a la eficacia jurídica de las medidas positivas.

De hecho, a la lectura de las sentencias, tanto del TEDH y del TJUE, como de las jurisdicciones constitucionales nacionales, percibimos el malestar de los jueces al enfrentarse a esas diferencias de vocablo, como lo veremos más adelante a propósito de la paridad¹²⁹. En efecto, hostiles a la idea de pronunciarse sobre la oportunidad

¹²⁷ V. *supra* Capítulo 1, sección 2, 2.2.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ V. *infra* Título II, Capítulo 2, Sección 1, 1.2.1.7. Destacamos que en ninguna norma estudiada en los sistemas nacionales analizados, ha sido empleado el término “paridad”. Sucedió lo mismo en las sentencias constitucionales examinadas.

política o no de la adopción de las medidas positivas, pocos se han referido a ellas abiertamente en términos constantes y claros, cuando no los silencian como en el caso del Consejo constitucional francés.

En cuanto a la jurisprudencia constitucional belga, más abierta que su homóloga francesa a las medidas positivas, no ha podido evitar la “confusión” terminológica al emplear indistintamente los términos “acción” y “discriminación” positivas¹³⁰. Por su parte, el Tribunal constitucional español parece seguir la misma vacilación que el belga al introducir a la vez ambos vocablos al menos en tres sentencias¹³¹.

En realidad los jueces saben que, al buscar o rebuscar los supuestos rasgos diferentes de cada una de esas medidas positivas con el fin eventual de otorgarle una mayor legitimidad, se exponen a un laberinto conceptual que puede resultar superfluo y peligroso para su labor de interpretación respecto al principio de igualdad.

1.3. Problemas de aplicación de la igualdad

Al aplicar el concepto de la igualdad sustancial o de oportunidades, se plantea la cuestión del respeto de la libertad que es un principio entre otros fundadores del Estado de derecho democrático. En efecto, nos lleva a preguntarnos si la “utilidad social” de una decisión – una medida correctora de desigualdad - puede prevalecer sobre el respeto de dichos principios, como sucede con el de la libertad.

Ahora bien, los límites o las restricciones a la libertad exigen una mayor justificación, más estricta que cuando se trata de establecer la validez jurídica de una distinción o de una asimilación sobre la base del principio de igualdad.

Desde la perspectiva de la aplicación, el examen de las acciones positivas en relación con la igualdad, permite precisar los límites de ésta, aunque a veces el juez que ha de pronunciarse sobre aquellas, puede, al igual que para las libertades, imponer o validar restricciones a la igualdad¹³².

¹³⁰ V. por ejemplo CARb., du 6 octobre 2004, n° 157/2004, *M.B.*, 18 octobre 2004, BB. 76-79.

¹³¹ V. STC 78/2012, de 16 de abril de 2012, FJ 3°; STC 63/2011, de 16 de mayo de 2011, FJ 4°; STC 13/2009, de 19 de enero de 2009, FJ 11°.

¹³² V. por ejemplo en Francia, CCF., Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, en la cual la jurisdicción constitucional afirma que “Comme cela a été jusqu'ici la pratique constante du Conseil constitutionnel en matière de "quotas" et de "discriminations positives", l'examen d'office de ces dispositions se justifiait au regard du principe d'égalité. Il est en effet dans la logique des discriminations positives, lorsqu'elles visent non à favoriser l'égalité des chances d'accès, mais à "forcer" directement la présence de membres de tel ou tel groupe sous-représenté dans les organismes publics ou privés, de comporter des effets classiquement et "négativement" discriminatoires. La vigilance du Conseil constitutionnel est dès lors requise”.

En ese caso, la intervención del juez corresponde al rol que tiene a la hora de verificar las condiciones de las restricciones de... ¡una libertad! En otros términos, este examen de justificación de diferenciación, obliga por lo menos en el caso de la aplicación de las medidas positivas (acciones o discriminaciones) a proceder a un examen de proporcionalidad¹³³.

En suma, la validación a posteriori de las acciones positivas – es decir después de la elaboración de un proyecto de ley o de la adopción de una ley que las instituye - por medio del juez cubre una “diferencia de tratamiento” entre dos principios fundamentales que son la igualdad y la libertad, siendo aquella más flexible que ésta cuando ambas deberían tener la misma prevalencia en un Estado de derecho.

Además, el principio de igualdad sufre algunos límites que le son inherentes. La igualdad cubre todas las actuaciones del Estado, aunque no puede siempre ofrecer todo lo que promete y todo lo que deja entender.

A veces, el juez debe quedarse estoico frente a situaciones que no son totalmente satisfactorias, incluso deficientes respecto al principio de igualdad. Es más, debe tolerar ciertas componendas de ésta con la introducción de medidas que suele cualificar de discriminaciones – y no de acciones – positivas¹³⁴.

En definitiva, el análisis de la justificación de una acción positiva operado por el juez, destaca generalmente los límites del principio de la igualdad y permite pensar que dicha acción pueda desembocar en una nueva discriminación, llamada a veces “discriminación sin fin”. Se trata en este caso de determinar si una verdadera ruptura de la igualdad es o no admisible.

Sección 2: Las nuevas discriminaciones fundadas sobre el principio de igualdad

Las acciones positivas generan “nuevas igualdades” en nombre del principio de igualdad traducido en términos “substanciales” o “reales”. Sin embargo, por muy positivas que sean, las acciones – o discriminaciones – comportan una faceta “negativa” para los que no se benefician de ellas¹³⁵. Es más, algunos sostienen la idea

¹³³ V. *supra* en este sentido los términos empleados por el Tribunal Constitucional belga respecto a la constitucionalidad de las acciones positivas (CArb., 27 janvier 1994, n°9/94, consid. B.6.2.; 14 juillet 1997, n°42/97, consid. B.20.; 20 janvier 1999, n° 6/99; 10 novembre 1999, n°116/99). En cuanto a la proporcionalidad, v. *infra* Título II, Capítulo 2, Sección 2, 2.2.2.

¹³⁴ V. por ejemplo, en Francia, CCF., Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, sur *la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, Rec., 2006, p.39.

¹³⁵ SCHNAPPER, D., *La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, ed. Gallimard, París, p. 67.

de que la discriminación positiva no existe. Para ellos, se trata sólo de una discriminación idéntica a cualquier discriminación¹³⁶.

Ahora bien, las acciones positivas tienden abiertamente a restablecer la igualdad en un sistema – el de la igualdad formal – que ya no es apto para garantizarla. Si las analizamos a través del prisma del marco de interpretación del principio de igualdad, lógicamente les encontramos fallos, entendibles como efectos perversos (2.1.). De ahí, esta interpretación nos lleva a “aprender” de la difícil relación entre las medidas positivas y la igualdad que aquellas la desvían de su dimensión “clásica” (2.2.).

2.1. Los efectos perversos de las acciones positivas

Si el objetivo de las acciones positivas fundamenta en parte su legitimidad, éstas plantean no obstante al menos dos interrogantes.

La primera cuestión es la de la eficacia de las diferencias de tratamiento instituidas por las acciones positivas. Una focalización más acentuada de las prestaciones sociales, de los gastos públicos o de las medidas legales a favor de una mayor presencia de un colectivo en la vida pública, ¿puede limitar las desigualdades de hecho? o ¿existe un riesgo de asistir a la emergencia de efectos perversos que nos llevarían a lo contrario de los resultados buscados? Las preferencias otorgadas a las mujeres, por ejemplo ¿son la solución “radical” que ponen fin a una situación inaceptable? o por el hecho de su homología formal con las “preferencias” que ellas rechazan ¿van a legitimar por contra el fundamento mismo: la categorización sexual de los individuos?

Las respuestas a esas preguntas pertenecen en realidad a la evaluación del balance más político que jurídico, tipo costes/beneficios, o dicho en otros términos, la eficacia de las acciones positivas. Se trata de una cuestión de evaluación empírica de las situaciones que conlleva a ver en la medida positiva la “solución” de las grandes desigualdades, o a temer que, en definitiva, sea generadora de otras o mayores desigualdades (2.1.1).

El segundo interrogante lleva sobre la compatibilidad entre las acciones positivas y los principios de derecho que fundamentan, entre otras, la igualdad en el acceso a los empleos y a los cargos públicos o la indiferenciación misma del cuerpo político. No faltan los argumentos en este sentido así como otros que van más allá de la cuestión de la (in)compatibilidad (2.1.2).

¹³⁶ LE POURHIET, A.-M., “Discriminations positives ou injustices?”, en *R.F.D.*, mayo-junio, 1998, p. 520.

2.1.1. La cuestión de la eficacia

Para empezar, habría que preguntarse sobre la eficacia de las políticas y medidas de acción positiva. El problema trata de saber si los efectos perversos de los programas de discriminación positiva no son peores que los problemas que supuestamente deben corregir. De hecho, si se pone en marcha ese tipo de políticas, ¿cuál es o cuál podría ser la reacción de los no beneficiarios de una tal política? ¿No considerarán que se trata de una violación del principio de no discriminación que consiste en un trato igual, uniforme, de todos, sea la que sea su pertenencia genérica?

Una observación que se impone es que el objetivo de las acciones positivas es servir a la igualdad. En este sentido, no se trata de mantener o respetar diferencias como las del género, por ejemplo, sino al contrario, de uniformizar para conseguir una igualdad real y finalmente más asimiladora que la propia igualdad de derecho, con las insuficiencias que se trata precisamente de resolver.

Este objetivo contradice el movimiento de reivindicaciones “identitarias” y diferencialistas que provienen del relativismo cultural. El rechazo de elegir entre asimilación y diferenciación, entre el derecho a la igualdad y el derecho a la diferencia, no contribuye a la claridad de los debates contemporáneos, a no ser para constatar que se invoca la igualdad a fin de tener más derechos y la especificidad para tener más derechos o menos obligaciones.

Por otra parte, el carácter provisional de las discriminaciones está naturalmente vinculado a su eficacia. Puesto que tienen por finalidad restablecer la igualdad, se admite que deberán ciertamente conseguirla en un plazo “razonable” y que su eficacia debe demostrarse incontestablemente.

Ahora bien, precisamente, la observación sobre el terreno permite generalmente comprobar la eficacia muy relativa de numerosas medidas de adaptación, véase su gran capacidad a empeorar las situaciones por el juego en espiral de una serie de efectos perversos. Así, la ley electoral belga de 1994 que introdujo las cuotas de género en las listas, no produjo los efectos esperados a favor de las mujeres¹³⁷.

En fin, la eficacia de las acciones positivas es tributaria del conjunto de elementos comparativos entre dos grupos de individuos. A menudo, la necesaria comparación se realiza con la ayuda de datos estadísticos que no son siempre totalmente fiables, apropiados o simplemente no están disponibles.

¹³⁷ V. *infra* Título II, Capítulo 1; v. también MATEO DIAZ, M., « Les quotas sont-ils utiles? L'efficacité imparfaite des mesures de discrimination positive dans les lois électorales belges », en *Revue française de science politique*, vol. 53, 2003, pp. 791-815.

Peor aún, la perversión de los efectos de las medidas positivas, radica también en que el recurso a las estadísticas para revelar una discriminación a corregir – por ejemplo, una subrepresentación de las mujeres en las asambleas legislativas – abre la vía a la reivindicación de una igualdad de representación de distintos grupos o colectivos en una sociedad. En suma, esas referencias cifradas podrían llevar a imponer en todos los sectores de la sociedad una misma proporción de las personas de unos grupos considerados en relación con la población total.

Así, tendríamos un porcentaje de representatividad de mujeres fijado al 50% tanto en los consejos de Administración de cualquier tipo de empresa como en la representación política, en el acceso a la propiedad, en el deporte, en la universidad, incluso en la composición de un tribunal – ¡el de ésta tesis! – de forma que no podemos ser tachados de discriminatorios. La consecuencia en términos de conformidad con la igualdad substancial, sin duda alguna interpretada al extremo, sería imponer unas cuotas que garantizarán un número mínimo de personas de tal sexo, tal condición socioeconómica, tal religión, tal etnia u origen, etc. en una misma proporción y en relación con el resto de la población. Inconcebible en términos de eficacia, impensable en términos de igualdad, que se convertiría en una “búsqueda del infinito”.

2.1.2. Otras incompatibilidades

Es evidente que un primer reproche que se puede dirigir contra las acciones positivas, es el sacrificio de la igualdad individual en el altar de la igualdad de los grupos como hombres-mujeres. Estamos en el corazón de un debate vinculado al desplazamiento de una concepción puramente formal de la igualdad hacia una concepción más substancial de la igualdad.

Un segundo reproche emana a veces, incluso de la propia categoría de las personas protegidas. Se afirma que los tratamientos preferenciales, lejos de combatir y erradicar los prejuicios existentes contra una categoría de personas, más bien los refuerzan.

Así, durante el debate que precedió en Francia a la constitucionalización (art. 3.5 Constitución) de la regla de la paridad obligatoria de las candidaturas a las elecciones (“la ley favorece el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas”), la filósofa y feminista Elisabeth Badinter escribió: “¿somos a tal punto minusválidas, que sea necesario imponernos por la fuerza constitucional? Y si debe ocurrir, ¿cómo no es seguro que estamos en tal o cual puesto por el efecto de nuestras competencias o por la fuerza de las cuotas? (...) La

discriminación nunca es positiva y termina siempre por volverse contra la persona discriminada”¹³⁸.

Otra crítica hace referencia a la *igualdad de oportunidades*; los efectos de las acciones positivas son aún más perversos porque apartan la meritocracia a favor de criterios como el sexo¹³⁹, y dichas discriminaciones tienen por efecto retrasar o hacer definitivamente imposible la igualdad de oportunidades. Cualquier política que tienda a destacar un criterio fundado sobre el sexo o el origen en contra de las capacidades y de los talentos, lejos de favorecer la igualdad, al contrario es profundamente discriminatoria.

También, el riesgo de las acciones positivas consiste en crear una evidente costumbre a las preferencias, de tal manera que desarrollan una “mentalidad de asistidos o de derechohabientes”. Es ilusorio esperar de los beneficiarios de estas medidas que reconozcan nunca haber alcanzado la igualdad y que acepten renunciar a su beneficio¹⁴⁰.

Al contrario, cualquier proyecto de supresión será naturalmente denunciado como una violación de los derechos adquiridos que la autoridad política, en la “victimolatria” ambiente, no tendrá la valentía de replantear unilateralmente.

Cierto, es más fácil otorgar una discriminación positiva que poner término a la discriminación. Peor aún, las medidas que resuelven raramente los problemas que pretenden resolver, conllevan demagogia y más demandas de derogaciones, de tal manera que la espiral se autoalimenta, y que al final, se deben imaginar unas adaptaciones a los efectos perversos de las adaptaciones preexistentes.

2.2. Consecuencias de la desviación del principio de igualdad

De aquellos efectos discutibles de las acciones o discriminaciones positivas, han de sacarse algunas consecuencias desde un punto de vista teórico (2.2.1) así como desde la perspectiva de los distintos ámbitos en que se aplican estas medidas, en este caso la representación política (2.2.2.).

¹³⁸ BADINTER, E., en *Le Monde*, 12 de junio de 1996.

¹³⁹ V.e.o. CHATARD, A., LORENZI-CIOLDI, F., BUSCHINI, F., “Entre méritocratie et préjugés, la discrimination positive peut-elle se frayer un chemin?”, en *Année psychologique*, vol. 106, n°. 3, 2006, pp. 359-373; DUBET, F., “Los límites de la igualdad de oportunidades”, en *Nueva sociedad*, n°. 239, 2012, pp. 42-50.

¹⁴⁰ SABBAGH, D., *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, ed. Economica, París, 2003, pp. 339 y ss.

2.2.1. Consecuencias teóricas

Una sociedad que viola sus principios, aunque sea en nombre de fines justos, no puede ser una sociedad justa. Las acciones positivas violan deliberadamente el derecho fundamental de la *igualdad ante la ley* así como la *libertad* de los individuos¹⁴¹. Constituyen una traba potencial e importante al funcionamiento de la democracia porque por una parte, crean desigualdades a favor de unos y desplazan la injusticia en vez de combatirla, y por otra al identificar por su pertenencia a un grupo particular - los beneficiarios de esas desigualdades - les mantienen en la tentación de la “retirada identitaria”.

Para replantear la *igualdad de todos ante la ley*, los partidarios de las acciones positivas presentan ésta como una doctrina obsoleta, inadaptada a las situaciones nuevas de la mundialización¹⁴². Ahora bien, para que la ley sea percibida como justa, debe ser votada por ciudadanos libres de cualquier pertenencia a un grupo - un partido, un sindicato. Pertenencia que afecta la expresión de la voluntad general porque tiene una capacidad de presión sobre el libre ejercicio de la razón del individuo por determinismo - como el feminismo - de una solidaridad orgánica, identitaria o impuesta. Otra exigencia de la ley, es que ésta se aplique igualmente a cada uno, sin crear estatuto particular.

Esta filosofía de la igualdad - la de la igualdad ante la ley - no puede admitir leyes que atienden a grupos determinados. Cualquier excepción a la regla común, por muy justificada que sea en apariencia, tiene como resultado ineluctable fragilizar los fundamentos de la confianza entre el ciudadano y el Estado de derecho.

Otorgar la satisfacción de un estatuto particular a un grupo, es “fabricar” miles de grupos. Lejos de integrarla, la discriminación positiva hace estallar la sociedad. Lejos de restablecer la igualdad, las acciones positivas han “banalizado la intolerancia” al invertir el sentido de la injusticia. Al favorecer una demagogia de las demandas sociales arbitradas por jueces, han llegado a la confusión en espíritu entre la idea de igualdad y la noción de acceso igual de los grupos distintos a la obtención de los derechos particulares.

2.2.2. Consecuencias la representación política

¹⁴¹ V. en este sentido, SLAMA, A.-G., “Contre la discrimination positive. L’insupportable liberté”, en *Pouvoirs*, n°111, 2004, pp. 133-143.

¹⁴² ELBAZ, M., *Mondialisation, citoyenneté et multiculturalisme*, Presses Université Laval, Laval, 2000.

Implantar una legislación que obliga a la paridad de género en las asambleas representativas es un ejemplo claro de esta regresión que ha contribuido más a banalizar la noción de discriminación positiva hasta el punto que los partidarios de la paridad se han reivindicado de las *Luces*. La idea de paridad se inscribía, según ellos, en la lógica de los derechos humanos, en la medida en que la distinción entre dos sexos es una ley universal de la naturaleza. Para ellos, debía ser radicalmente distinguida de las cuotas, que fueron rechazadas en nombre del principio de igualdad. Es una evidencia que no han sido sensibles al hecho de que el individualismo de las *Luces* no se reduce al único concepto de lo universal.

La preocupación de los filósofos era fundamentar la política en la razón. Ahora bien, hay dos sexos pero ¡no hay dos razones! La dualidad de sexos es una ley universal de la naturaleza. Los ideólogos estaban convencidos que coincidían con la democracia. La universalidad se traduce por la distinción masculino/femenino que el ser humano en común con los animales y las plantas.

Pero, establecer un estatuto jurídico en una condición biológica conlleva a legitimar la “pasión” identitaria colectiva en detrimento del uso individual de la razón. Contestar el principio de la igualdad formal de los derechos humanos, sin distinción ni sexo, para reivindicar la igualdad real de hombres y mujeres, justifica el recurso a la adopción de una regla obligatoria. El problema es que la utilidad social de una cuota o de la paridad, no podría ser una razón suficiente para violar un principio fundamental, sobre todo cuando puede ser alcanzada de otra manera. No se entiende porque el umbral del 50% constituye un criterio de progreso, es más bien el reflejo de un fracaso democrático.

Muchos partidarios de la paridad veían ésta como una solución provisional llamada a ser abandonada una vez cumplido el objetivo. Pero la lógica del derecho es otra. Se nutre de ella misma y funciona por autogeneración. Se ha acelerado por un proceso inevitable de demagogia de demandas sociales. Encuentra la adhesión de corrientes en apariencia opuestas pero reunidas por un mismo rechazo del orden “universalista”, muy vinculadas a los republicanos franceses.

Sin duda la solución de la lucha contra las discriminaciones es de una eficacia menos inmediata que las flameantes acciones positivas. Pero respecto a los efectos perversos de éstas, es la única que, sin sacrificar los principios a la utilidad social, puede inscribirse en la continuidad y servir al interés general.

La discriminación positiva consiste en reequilibrar la situación relativa de grupos estructuralmente desaventajados, creando en su favor un estatuto privilegiado. Así definida, presenta el doble inconveniente de invertir el orden de los privilegios en vez de suprimirlos – creando con ello un sentimiento de obligación y de injusticia entre los excluidos del proceso – y de legitimar, al contrario del objetivo perseguido, las reivindicaciones identitarias o comunitaristas. El principio de igualdad ante la ley no es

un valor abstracto sino un concepto operatorio, imprescindible para la interiorización del vínculo social. Una política de igualdad justa debe consistir, no en crear acciones positivas, sino en corregir de antemano caso por caso las situaciones de discriminación prohibida.

Tres tesis se afrontan, en definitiva, respecto al desarrollo de las acciones positivas. La primera, ya “sobrepasada” por el cuerpo legislativo y por la jurisprudencia que avalan dichas acciones positivas, consiste en no transigir con los principios de igualdad y de universalidad y aun de indivisibilidad del cuerpo electoral que deben prevalecer sobre cualquier consideración factual. Nada justificaría los medios que la contradicen. No se combate por ejemplo el sexismo, al invertir “positivamente” su lógica intrínseca.

La segunda tesis reúne a muchos que, en el plan jurídico, defienden el principio de igualdad desde un punto de vista conservador. En efecto, los mismos principios evocados en la primera tesis pueden o deben ser suspendidos cuando la situación lo exige. La discriminación positiva consiste en una derogación necesaria con el riesgo de ser peor aún que la propia desigualdad, siendo todo ello una cuestión de oportunidad y de efectos de este dispositivo de excepción.

La tercera de las tesis, la que nos interesa respecto a la paridad y a su fundamento jurídico y a la cual aumentan el número de adherentes, preconiza el adelanto al modelo de igualdad tradicional. La discriminación positiva debe analizarse como un “cambio de paradigma”, ya que abre la puerta a un nuevo principio, el principio de la equidad.

TITULO II. REPRESENTACIÓN EFECTIVA DE LAS MUJERES EN LA VIDA POLÍTICA. DE LAS CUOTAS A LA PARIDAD

La igualdad de género se ha cristalizado sobre la cuestión de la representatividad en los espacios de toma de decisión. Por su naturaleza y por el poder que “simboliza”, el ámbito político ha sido el objeto de reivindicaciones de “co-apropiación” tanto por las mujeres como por los hombres. Más adelante, una vez iniciada la efectividad de la participación de las mujeres en las decisiones políticas – por la vía legislativa y ejecutiva – se ha extendido la representatividad, también en los centros de decisiones económicas y sociales por la instauración de mecanismos que garantizan una presencia mínima de ambos sexos.

Tanto en la gobernanza política como en la gobernanza socioeconómica, los legisladores nacionales, a menudo con el apoyo del Derecho internacional y de las obligaciones normativas de las organizaciones supranacionales que les influyen (CEDH, UE), han intervenido en los sistemas de elecciones y de atribución de puestos ejecutivos con el fin de acabar con la subrepresentación de las mujeres.

En el marco de la igualdad sustancial y de las medidas positivas que la hacen realidad, se adoptaron sistemas de cuotas sexuales como una etapa o fase transitoria del camino hacia una representación fiel del “irreductible” radical de la humanidad: el género. En otros términos, las cuotas son temporales porque si su objeto inmediato es la representación mínima de “x %” de un sexo “minorizado”, el objetivo final es una presencia igual de hombres y de mujeres en la clase política (Capítulo 1).

No obstante, más aun en el ámbito político que en otros, las cuotas se han enfrentado a serias dificultades de legitimidad constitucional en algunos sistemas jurídicos o aun a unos resultados poco reveladores de su supuesta efectividad al final de procesos electorales de algunos sistemas políticos que las habían introducido.

Por lo tanto, debido a esos obstáculos legales y factuales, se ha desarrollado e implantado el concepto de “democracia paritaria” con el objetivo de imponer la paridad de género en el conjunto de las instancias decisionales políticas y, en ciertos casos, públicas. Más allá de su aparente semejanza con las cuotas, la paridad no define un porcentaje o una cuantificación numérica de hombres y de mujeres. Subraya la dualidad del género y la pone en práctica en todos los sectores de sociedad, replanteando de cierta manera el marco “tradicional” del principio de igualdad (Capítulo 2).

En definitiva, los argumentos a favor y en contra de las cuotas y de la paridad subtienden conceptos políticos y principios jurídicos tales como la igualdad, la representación, la libertad o aun la justicia. Estas medidas, además de encaminar el debate sobre el papel de las mujeres en la política, tienen serias implicaciones en

cuanto al replanteamiento de la concepción de la función del principio de igualdad, tanto entre los grupos como entre los individuos.

Capítulo I

Las cuotas electorales y los obstáculos a la representación y a la participación política

Aun hoy en día, subsisten importantes obstáculos a la representación política de las mujeres que, en parte, son más de orden socioeconómico y cultural que de orden político-institucional. En efecto, al final de un largo camino hacia una representación política efectiva, las mujeres han accedido a las puertas de las asambleas parlamentarias y de los gabinetes ministeriales, en la mayoría de los casos, con la ayuda de unos mecanismos legales o convenidos como son las cuotas de género.

Aplicadas en las listas de candidatura electorales y/o en los quórum de presencia de ambos sexos en los puestos a responsabilidad política y pública, las cuotas respondieron al hecho de que, desde el levantamiento de las prohibiciones jurídicas respecto al derecho de voto y de elegibilidad de las mujeres, éstas no fueron llamadas a diseñar el espacio político. En otros términos, con el apoyo del Derecho internacional, la adopción de las cuotas basadas en el criterio sexual contribuyó, al menos en los principios, a una mayor igualdad entre ambos sexos en el acceso y el ejercicio de los mandatos y funciones electivas (Sección 1).

Sin embargo, a pesar de ser un objetivo loable, la introducción de cuotas en el ámbito político ha generado reticencias – véase hostilidades - en algunas asambleas parlamentarias y ante ciertas jurisdicciones constitucionales nacionales. Los obstáculos a las cuotas electorales hallaron fundamentos comunes a los sistemas políticos y a la vez, propios a cada uno de ellos (Sección 2). Obstáculos jurídicos y también de hecho, que más adelante, dieron paso a la paridad.

Sección 1: Una solución provisional para una representación mínima

Al contrario de la paridad¹⁴³, las cuotas no constituyen una técnica de representatividad igual de hombres y mujeres, sino más bien una representatividad mínima del sexo "históricamente" infrarrepresentado. Se definen como medidas de acción o discriminación positiva que tienden, cuando un grupo peculiar se compone de un número determinado de personas, a garantizar una representación mínima a un subgrupo previamente identificado¹⁴⁴. Es necesario recordar al efecto, que cualquier

¹⁴³ Sobre la paridad, v. *infra* Capítulo 2.

¹⁴⁴ UYTENDAELE, M. y SOHIER, J., "Les quotas féminins en droit électoral ou les paradoxes de l'égalité", en *J.T.*, 1995, p.249; MERTENS DE WILMARS, Fr., *op. cit.*, p.171; DAHLERUP, D. y FREIDENVALL, L., *Systèmes de quotas électoraux hommes/femmes et leur application en Europe*, Direction générale des politiques internes, Parlamento Europeo, Bruselas, 2008.

sistema democrático moderno implica la coexistencia de reglas que, en apariencia, pueden revelarse como contradictorias.

En primer lugar, la existencia de un sistema democrático supone un conjunto complejo de reglas que organiza los procedimientos que tienden a la toma, al ejercicio y a la contestación del poder. Estas reglas tienen por principal objeto la organización de elecciones periódicas fundadas sobre la pluralidad de los partidos y la formación de mayorías y minorías políticas. Este ejercicio del poder reviste un carácter precario y revocable. El contexto democrático garantiza igualmente que los gobernantes sean llamados a rendir cuentas de su acción y puedan eventualmente ser sancionados por el cuerpo electoral.

En segundo lugar, el sistema democrático no se resuelve con una simple aplicación de la ley de la mayoría. El contexto democrático debe, de hecho, tener una doble efectividad que garantice a las oposiciones y a las minorías la libre expresión de sus opiniones y la capacidad de disponer, como tales, de prerrogativas peculiares. En cada caso, habrá que buscar un equilibrio entre la necesidad de hacer valer la voluntad mayoritaria y la exigencia, no menos importante, de garantizar el respeto de minorías y oposiciones.

En este espíritu, el legislador puede, en teoría, en una sociedad democrática, imponer formal o informalmente unas cuotas que tiendan a garantizar, en ciertas circunstancias, una representación mínima a ciertos grupos sociales, en ruptura con las reglas normalmente aplicables. Naturalmente, no se puede tratar a las mujeres como una minoría sino como un componente minorizado de la sociedad. En este sentido, las cuotas sexuales en la vida política deberían encontrar su justificación político-jurídica.

Las cuotas fundadas en el criterio sexual suscitaron, por su naturaleza y tipología (1.1), muchas reacciones a favor y en contra (1.2). En la escala europea, pocos Estados adoptaron legislativamente estas medidas a pesar del apoyo de las convenciones y tratados internacionales que invitan a los Estados partes a adoptarlas, y con el beneplácito de las jurisdicciones supranacionales cuyas sentencias vinculan a éstos (1.3).

1.1. Naturaleza y tipología de las cuotas electorales

En el conjunto de sistemas políticos que han adoptado las cuotas electorales de género, existe un número importante de varios tipos de cuotas. Se suele distinguir tres grandes tipos utilizados hoy en día: los escaños reservados y las cuotas legales

de candidatos, ambos en virtud de la constitución y/o de la ley y las cuotas adoptadas voluntariamente por los partidos políticos¹⁴⁵.

Los *escaños reservados* reglamentan el número de mujeres elegidas mientras que las *cuotas* establecen un mínimo del número de mujeres que figuran en las listas de candidatos en las elecciones, bajo la forma de una exigencia jurídica o de una medida integrada en los estatutos de los partidos políticos. Sin embargo, el primer tipo de cuotas ya no es convincente en términos de eficacia o de legitimidad porque concierne sólo a una o dos mujeres que representarían a una “categoría” inconcreta y general: la de mujeres cuando éstas no son precisamente una categoría¹⁴⁶.

Actualmente, los sistemas de cuotas tienden a constituir una amplia minoría de 20, 30 o 40% de mujeres en las listas electorales¹⁴⁷. Algunos de ellos, sin embargo, no toman posición a favor de uno u otro sexo, lo que significa que su objetivo es corregir la subrepresentación de un sexo o por lo menos, fijar un techo para ambos sexos¹⁴⁸.

En principio, siendo unas medidas de acción o discriminación positiva, algunos Estados pretendieron aplicarlos de manera provisional hasta la eliminación de trabas al acceso de las mujeres a la política. Pero, en realidad, la mayoría de ellos no limitaron su utilización en el tiempo.

Por otra parte, la noción de “doble cuota”, a veces aplicada en distintos sistemas, se refiere a un mecanismo de cuotas que exige no sólo algún porcentaje de mujeres en las listas electorales, pero también pretendiendo que no estén ubicadas únicamente en las plazas (casi) inelegibles.

¹⁴⁵ A diferencia de Estados cuyo legislador ha instaurado las cuotas electorales, hay otros que confían en el comportamiento de los partidos políticos. En el norte de Europa la fuerte presencia de las mujeres en los recintos políticos se explica, entre otras circunstancias, por la débil resistencia de los partidos opuestos a esa progresión. Más al sur, la reticencia de los órganos políticos hacia las candidaturas femeninas, se debe a las dificultades que tienen las mujeres para obtener votos del electorado en el conjunto europeo. No sucede así en Noruega, Dinamarca y Países Bajos, etc. En muchos países de la Unión Europea la presencia femenina en las listas electorales se debe al “voluntarismo” de los partidos políticos que en ello ven una vía de acceso de las mujeres a la vida política. Ciertos partidos instauran unas cuotas para designar a sus dirigentes. Son también y sobre todo, las prácticas puestas en marcha por los partidos con ocasión de las investiduras, las que son determinantes. Las cuotas de candidaturas femeninas ignoradas por los códigos electorales y aplicadas por un número cada vez más importante de partidos europeos, parecen ser el medio más seguro para tender hacia un equilibrio entre hombres y mujeres o al menos, para corregir las desigualdades.

¹⁴⁶ BERENI, L. et LEPINARD, E., «Les femmes ne sont pas une catégorie: les stratégies de légitimation de la parité en France», en *Revue française de science politique*, 2004, pp. 71-98.

¹⁴⁷ Incluso, existen sistemas de cuotas que garantizan la representación mínima de las mujeres a 50% y que no se confunden con la paridad que, bajo la forma aparente de una cuota de «50-50», por naturaleza exenta al sesgo a favor de uno u otro sexo, fija también una representación femenina máxima, lo que no hace una reglamentación que impone un *mínimum*. V. en este sentido *infra* Capítulo 2.

¹⁴⁸ En este caso, la exigencia puede ser que ningún sexo debería ocupar más de 60% y menos de 40% de los escaños.

En la tipología de las cuotas, hay confusión en relación con los diferentes sistemas, debido a una diferencia en dos dimensiones¹⁴⁹: una relativa a la cuestión del origen de la obligación de aplicación de las cuotas y otra que consiste en determinar en qué estadio del procedimiento de selección y de nominación funcionan las cuotas.

En cuanto a su origen, las cuotas sexuales legales figuran en la Constitución o en la legislación electoral. No obstante, hay siempre más partidos políticos que adoptan voluntariamente cuotas sexuales, haya o no una imposición legal de éstas. A menudo, cuando un partido en el poder o las principales fuerzas políticas introducen las cuotas, se extiende un “efecto de contagio” a los otros partidos y todos los partidos confeccionan sus listas en este sentido.

En cuanto al momento de aplicación de las cuotas, éstas pueden afectar al primer paso del proceso de selección que consiste en encontrar candidato(a)s potenciales (en el caso de elecciones primarias, por ejemplo). En esta fase, las cuotas de mujeres se presentan bajo la forma de reglas complejas que exigen un cierto número o porcentaje de mujeres o de representantes de ambos sexos en el grupo de candidatos potenciales. Este mecanismo se utiliza a menudo en el marco de un modo de escrutinio plurinominal mayoritario¹⁵⁰.

El segundo estadio consiste en designar a los candidatos que formaran parte de lista presentada por el partido. Este sistema, frecuentemente aplicado, implica el recurso a una regla (legal o voluntaria) que reserva 20, 30, 40 o 50% a uno u otro sexo (generalmente, se trata de las mujeres) o que puede ser neutra al precisar, por ejemplo, que ningún sexo no puede disponer menos de 40% ni más de 60% de candidaturas en una lista. En fin, en el tercer estadio, el de la elección, las cuotas toman la forma de escaños reservados. Se trata entonces de decidir que un porcentaje o un número de elegidos – y no designados - deben ser de sexo femenino.

Las cuotas funcionan diferentemente según el modo de escrutinio en vigor¹⁵¹. Es más fácil aplicar cuotas en el marco de sistemas de representación proporcional¹⁵². Sin embargo, las cuotas también han sido implantadas en algunos sistemas

¹⁴⁹ DAHLERUP, D. y FREIDENVALL, L., *Systèmes de quotas électoraux hommes/femmes et leur application en Europe*, Direction générale des politiques internes, Parlamento Europeo, Bruselas, 2008.

¹⁵⁰ En algunos casos, unos partidos han presentado listas exclusivamente compuestas de mujeres como fue el caso español de la candidatura de Falange Española de las JONS en las elecciones locales por la circunscripción de Brunete; candidatura que fue objeto de una sentencia del Tribunal Constitucional (STC 127/2007, de 22 de mayo de 2007).

¹⁵¹ Sobre las relaciones entre el modo de escrutinio y las cuotas electorales, v. e.o. DAHLERUP, D. y FREIDENVALL, L., *Systèmes de quotas électoraux hommes/femmes et leur application en Europe*, Parlamento Europeo, Bruselas, 2008, pp. 17-18.

¹⁵² En los países donde el sistema es la representación proporcional, las cuotas de candidatos están utilizados sobre todo para las listas de partidos a nivel de candidatura, estas cuotas siendo legales o voluntarias. La fácil compatibilidad se explica por la posibilidad en este sistema de experimentar un mayor número de candidatos en las listas y en la medida también en los partidos se esfuerzan abiertamente de equilibrar sus listas para ganar escaños.

mayoritarios¹⁵³, con resultados a veces discutibles¹⁵⁴. Aun en los escrutinios de sistema proporcional, algunos partidos políticos pueden tener dificultades – sobre todo en algunas circunscripciones - en aplicar cuotas, que pueden ser consideradas como un replanteamiento de las prerrogativas habitualmente atribuidas a las estructuras locales de los partidos respecto a la organización y la selección de los candidatos.

1.2. Argumentos en torno a las cuotas

Los fundamentos y argumentos a favor de las cuotas electorales son múltiples y conocidos¹⁵⁵. No obstante se pueden resumir o agrupar en torno a algunas ideas que servirán más adelante para apoyar u oponerse a la introducción de la paridad en el sistema político. Estos argumentos – que trataremos más ampliamente en el marco de la paridad - están presentes en los debates parlamentarios y ante las jurisdicciones que se han pronunciado sobre la (in)validez jurídica, en cada país que ha implantado las cuotas electorales o lo ha intentado.

Sin examinar exhaustivamente el conjunto de escollos entre los partidarios y detractores de las cuotas sexuales electorales, destacamos ya que muchos de ellos, por no decir todos, reaparecerán en el marco de los debates de la cuestión paritaria: igualdad, proporcionalidad, representatividad y eficacia.

¹⁵³ A menudo resulta más complejo instaurar cuotas sexuales en los sistemas mayoritarios y uninominales. En la mayoría de aquellos sistemas, los partidos eligen a un candidato por partido y por circunscripción electoral, lo que naturalmente impide la introducción simultánea de ambos sexos, al contrario del sistema de la representación proporcional.

¹⁵⁴ En Francia, aunque la ley de la paridad pretendía distinguirse de la lógica de las cuotas, ésta se reveló muy decepcionante en las elecciones legislativas con apenas 12,3% de escaños femeninos en 2002 y 18,2% en 2007. La explicación común del fracaso radica en que este tipo de elección se funda en un sistema mayoritario y uninominal. Ahora bien, la misma ley tuvo una aplicación exitosa en las elecciones locales basadas en los sistemas de representación proporcional.

¹⁵⁵ A propósito de los argumentos a favor y en contra de las cuotas, v. e.o. BALLMER-CAO, T-H., MOTTIER, V., SGIER, L. (dir.), *Genre et politique, débats et perspectives*, ed. Gallimard, París, 2000; BARD, C., BAUDELLOT, CH., MOSSUZ-LAVAU, J. (dir.), *Quand les femmes s'en mêlent - Genre et pouvoir*, Editions de La Martinière, París, 2004; AMAR, M., *Le Piège de la parité. Arguments pour un débat*, ed. Hachette, París, 1999; ARANDA ALVAREZ, E., *Cuota de mujeres y régimen electoral*, col. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, nº19, ed. Dykinson, Madrid, 2001; SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los púlpitos*, V Premio Cátedra Leonor de Guzmán, Diputación de Córdoba, Delegación de la mujer, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001; GEBHARDT, E., «Je suis une femme quota», en VV.AA., *Femmes: moitié de la terre, moitié du pouvoir: plaidoyer pour une démocratie paritaire*, ed. Gallimard, París, 1994; CONSEIL DE L'EGALITÉ DES CHANCES ENTRE HOMMES ET FEMMES, *Avis n° 60 du bureau du 8 novembre 2002 relatif à la réforme de la loi électorale et à ses conséquences sur la représentation des femmes dans la vie politique – entériné par le conseil le 13 décembre 2002*, Bruselas, 2002.

Respecto a la cuestión de compatibilidad con el principio de igualdad, los partidarios de las cuotas se apoyan en la idea de que la igualdad de oportunidades no depende únicamente de la eliminación de las trabas formales. La discriminación directa y los inconvenientes latentes impiden a las mujeres acceder a su parte de influencia política. Por ello, en un contexto internacional favorable a las acciones y acciones positivas relativas a las mujeres – conferencia de Beijing de 1995, por ejemplo – se desarrolló el concepto de la igualdad de “resultado”, siendo las cuotas sólo un medio para conseguirla¹⁵⁶.

El Derecho constitucional no las rechaza necesariamente hasta el punto que una parte de la doctrina pretende asimilarlas a muchas concretizaciones de la discriminación o acción positiva en sus ordenamientos jurídicos, mientras que él mismo, tiene por característica ser reacio al concepto de igualdad substancial¹⁵⁷.

El argumento de la proporcionalidad pone por delante la exigencia de la representatividad¹⁵⁸. Esto significa que la composición de las asambleas políticas elegidas debe reflejar lo más fielmente posible la importancia cuantitativa de los distintos grupos sociales con los que cuenta la comunidad. Más allá de la importancia de la "composición - mujeres", es el vínculo considerado indispensable entre la existencia de un grupo en el seno de la sociedad y su representatividad proporcional dentro de la esfera política, el que se justifica con la noción misma de la democracia.

¹⁵⁶ Sobre las ambigüedades conceptuales entre las igualdades de oportunidades y de resultados, v. *supra* nuestros comentarios relativos a los avances del principio de igualdad (capítulo 1, sección 1).

¹⁵⁷ Así, con ocasión de la elaboración del proyecto de la ley belga de las cuotas, el Consejo de Estado (sección legislativa) emitió su dictamen el 17 de noviembre de 1993, en el que declaró que el objetivo perseguido por el proyecto era loable en tanto que apuntaba a instaurar una justa repartición de hombres y mujeres en las listas electorales. Por su parte, el Tribunal Constitucional belga se pronunció aquella época sobre el tratamiento distinto entre hombres y mujeres en materia de legislación relativa a las pensiones. Su sentencia fue un elemento de apoyo al proyecto del Gobierno federal. De hecho, la jurisdicción constitucional declaró: “*En efecto, se puede admitir que, en ciertas circunstancias, unas desigualdades no son inconciliables con el principio de igualdad y la discriminación, cuando tienden precisamente a remediar una desigualdad existente. Pero para que tales medidas correctoras sean compatibles con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, hace falta que sean aplicables únicamente en los casos en que: una desigualdad manifiesta es constatada, la desaparición de esta desigualdad sea designada por el legislador como un objetivo a promover, las medidas sean de naturaleza temporal porque tendrían que desaparecer en cuanto el objetivo sea alcanzado y que no se afecten inútilmente los derechos de otros. Pertenece a los tribunales, al Consejo de Estado y al Tribunal de Arbitraje, según el caso, controlar la conformidad de esas medidas*”. A la pregunta de saber si la introducción de las cuotas electorales en la vida política constituye una finalidad legítima a tenor del principio de igualdad, el presidente del Tribunal de Arbitraje, M. Melchior, en 1994, escribió que si el objetivo perseguido fuera garantizar derechos especiales en el ámbito político a las mujeres - por ejemplo, una cuota reservada de candidaturas - para remediar su débil presencia en las asambleas legislativas, la diferencia de tratamiento podría, en una sociedad democrática, considerarse como la persecución de un objetivo legítimo. Quizás la justificación jurídica puede parecer débil frente a la tradición constitucionalista y la percepción formal del principio de igualdad, si se exceptúa el apoyo de los textos jurídicos internacionales. Sin embargo, tiene el mérito de intentar traducir la evolución de las mentalidades y, sobre todo, acomodarse a las exigencias del Estado de derecho en que hombres y mujeres deben ser actores a partes iguales.

¹⁵⁸ Respecto a la vinculación entre la proporcionalidad y la representatividad, v. e.o. MARQUES-PEREIRA, B., *La citoyenneté politique des femmes*, ed. Armand Colin, París, 2003; LENOIR N., “The Representation of Women in Politics: From Quota to Parity in Elections”, en *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, pp. 217-247.

El régimen del "pueblo", la democracia y su traducción política institucional, deben integrar los componentes de tipo sociológico que caracterizan la población. El principio de la representatividad, como característica de cualquier régimen democrático, implica por su naturaleza la participación equitativa de mujeres en los órganos institucionales encargados de tomar decisiones políticas.

Otro argumento de las cuotas electorales: su carácter utilitario. Una representación más equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones políticas debería llevar, al menos simbólicamente, a una mayor identificación de las mujeres en el ejercicio del poder político. Los beneficios obtenidos parecen sólo dirigirse a las mujeres, pero el argumento utilitario permite salvar esta visión. Privarse de la mitad de las competencias de la sociedad, en este caso la de las mujeres, reduce la eficacia de las asambleas políticas elegidas y afecta entonces al conjunto de la población.

1.3. Las cuotas electorales en el Derecho Internacional y los Derechos nacionales

Para acabar admitiendo la noción de cuota como instrumento legítimo democrático, se ha recurrido a la vía internacional. En efecto, si la legitimidad de cuotas fue contestada en la base de su (supuesta) inconstitucionalidad por algunas jurisdiccionales nacionales (1.3.2.), no parecen por lo tanto poder estar en tela de juicio por los Estados partes en los tratados internacionales que las avalaban (1.3.1).

1.3.1. Las cuotas en Derecho Internacional

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1979, firmado en el marco de la ONU, indica explícitamente, en su artículo 4, el recurso a las medidas positivas provisionales especiales que tienden a acelerar la instauración de la igualdad sustancial entre hombres y mujeres. No sólo autoriza, sino que obliga a los Estados a adoptar medidas en este sentido pero éstas, deben ser abrogadas una vez que el resultado sea alcanzado¹⁵⁹.

¹⁵⁹ V. Recomendación general nº25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, aprobada el 30 de enero de 2004, por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; V. también el art. 7, de la misma convención que prevé que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a: "(...) votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas; participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales".

El artículo 3 de ambos pactos de la ONU (PIDESC y PIDCP) prevé también que los Estados adopten acciones o discriminaciones positivas para garantizar el derecho igual de hombres y mujeres. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Comité de los Derechos Humanos (PIDCP) establecen respectivamente en las observaciones generales n°16¹⁶⁰ y n°18¹⁶¹, que los Estados deben adoptar medidas especiales con el fin de “levantar las condiciones” que obstaculizan la igualdad entre ambos sexos.

En Europa, el Consejo de Europa se interesó en la problemática de la subrepresentación política de las mujeres y en las soluciones a lo largo de los años ochenta. En efecto, publicó una serie de informes sobre el acceso de las mujeres al poder político¹⁶² y organizó varios seminarios que recomendaron la puesta en práctica de las medidas especiales provisionales incluidas las cuotas, refiriéndose al CEDAW de 1979¹⁶³.

La Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa tomó el relevo al recomendar a los Estados miembros la adopción de cuotas legales a fin de aumentar la representación de las mujeres en política¹⁶⁴. Así, en 2010, les invitó a reformar sus sistemas electorales respectivos en este sentido, distinguiendo los sistemas con listas proporcionales de los sistemas con escrutinio mayoritario¹⁶⁵. Respecto a los primeros, recomendó la introducción de una cuota legal de al menos 40% de candidatas dotadas de reglas estrictas de colocación de éstas en las listas, así como de sanciones efectivas no financieras para los partidos en caso de no respeto de las normas. En cuanto a los segundos sistemas, preconizó la adopción del principio

¹⁶⁰ Observación general n° 16 aprobada el 11 de agosto 2005 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 de PIDESC).

¹⁶¹ Observación general n° 18 sobre la no discriminación aprobada el 10 de noviembre de 1989 por el Comité de los Derechos Humanos.

¹⁶² V. e.o. MOSSUZ-LAVAU, J. y SINEAU, M., *Les femmes dans le personnel politique en Europe*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1984; SINEAU, M., *Voies et moyens pour améliorer la situation des femmes dans la vie politique*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1989.

¹⁶³ Citamos el seminario considerado como la referencia histórica del movimiento paritario en Europa, “La démocratie paritaire. Quarante années d’activité du Conseil de l’Europe”, Estrasburgo, 6 y 7 de noviembre 1989.

¹⁶⁴ V. e.o. Recomendación (2003) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en la toma de decisión política y pública, 12 de marzo 2003; Recomendación 1413 (1999) de la Asamblea Parlamentaria, *Representación paritaria en la vida política*, 22 de junio 1999. Sobre la recomendación 2003, v. TAVARES DA SILVA, R., *Démocratie paritaire: une réalisation encore lointaine: Étude comparative sur les résultats des premier et deuxième cycles de suivi de la Recommandation Rec (2003) 3 du Conseil de l’Europe sur la participation équilibrée des femmes et des hommes à la prise de décision politique et publique*, ed. Conseil de l’Europe, Estrasburgo, 2010.

¹⁶⁵ Recomendación 1899 (2010) de la Asamblea Parlamentaria, *Aumentar la representación de las mujeres en política por los sistemas electorales*, 27 de enero 2010; v. también la Resolución (PACE) 1079 (1996) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el aumento de la representación de las mujeres en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; Resolución 1348 (2003) sobre la representación equilibrada entre hombres y mujeres en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; Recomendación 1665 (2004) sobre la participación de las mujeres en las elecciones; Resolución 303 (2010) sobre la consecución de igualdad de género sostenible en la vida política a nivel local y regional.

según el cual cada partido elige, para la candidatura en una circunscripción uninominal, un candidato de cada sexo o se instauren cuotas obligatorias novadoras a favor de las mujeres, también con las sanciones efectivas en caso de no respeto.

En fin, aunque la Asamblea recomendó la elaboración de un protocolo adicional al CEDH dedicado al derecho a la igualdad entre hombres y mujeres dotado de derogaciones necesarias para permitir medidas de discriminación positiva a favor del sexo subrepresentado, en septiembre de 2000, fue adoptado el Protocolo adicional nº12 relativa a una prohibición general de la discriminación tanto por razón de sexo como de “(...) raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”¹⁶⁶. En el preámbulo de este protocolo nº12, se hace referencia indirectamente a las cuotas electorales porque apoya las medidas estatales de promoción de una igualdad efectiva, medidas que no están prohibidas por el principio de no discriminación consagrado entre otros en el art. 14, del CEDH, en la medida en que respondan a una justificación objetiva y razonable y respeten el principio de proporcionalidad¹⁶⁷. No obstante, no impone obligación de adopción de tales medidas por ser de tipo programático y consecuentemente poco compatible con el carácter global del CEDH y de su sistema de control que están fundados en las garantías de derechos individuales subjetivos específicos¹⁶⁸.

Por su parte, pocos años antes de la adopción de la CEDAW, el Derecho y las instituciones de la UE se comprometieron en políticas comunitarias que favorecían las acciones positivas a favor de las mujeres, sobre todo en materia laboral con la directiva de 1976 relativa al acceso al empleo, la promoción y la formación profesional, las condiciones laborales y la seguridad social¹⁶⁹. Más adelante, a través de resoluciones y de recomendaciones, las instituciones europeas extendieron sólo de manera incitativa las cuotas sexuales al campo político, insistiendo sobre su efecto

¹⁶⁶ Al considerar la necesidad de adoptar una norma jurídica en el Consejo de Europa para la protección de la igualdad entre hombres y mujeres de “iure y de facto”, éste elaboró un protocolo que incluiría normas relativas a dicha igualdad pero situándose en plan del principio de la universalidad de los derechos humanos, rechazando un texto fundado sobre una aproximación sectorial.

¹⁶⁷ Ese mismo protocolo ha servido a veces de cobertura jurídica para la adopción de la paridad en los sistemas electorales de los Estados miembros del Consejo de Europa. Al contrario de España donde entró en vigor el 1 de junio 2008, Bélgica lo firmó el 4 de noviembre de 2000 pero aún no lo ha ratificado y Francia no adhirió. Para un análisis de dicho protocolo, v. DEOP MADINABEITIA, X., “De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos. El Protocolo adicional nº 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario español de derecho internacional*, nº 16, 2000, pp. 367-376.

¹⁶⁸ En cuanto a la posición del TEDH respecto a las cuotas, v. *infra* los comentarios relativos a la paridad (capítulo 2).

¹⁶⁹ 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, *D.O.*, L 39, 14 de febrero de 1976, pp. 40-42; Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, *D.O.*, L 269, 5 de octubre de 2002, pp. 15-20.

positivo en la representación de las mujeres, porque el ámbito político incumbe fundamentalmente a la competencia de los Estados miembros¹⁷⁰.

Como lo veremos en el marco de la paridad y a modo de recordatorio¹⁷¹, la jurisprudencia comunitaria, en materia de cuotas sexuales en el campo laboral y profesional, ha tenido un impacto sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE que adoptaron por vía legal - o que intentaron - las cuotas sexuales en el ámbito político. La influencia del juez de Luxemburgo que tanto sirvió para obstaculizar su implantación¹⁷², con su evolución jurisprudencial, contribuyó a su aceptación, a veces provisional por ser sustituidas a favor de la paridad¹⁷³.

1.3.2. Las cuotas en Derecho comparado

Con el fin responder a la crisis de la representatividad política, a las exigencias del electorado y a la necesidad de renovar o reforzar la legitimidad de las instituciones deliberativas y decisorias¹⁷⁴, un número creciente de Estados adoptaron – o por lo menos lo intentaron – la implantación de cuotas sexuales y sus variantes en el ámbito político, según sus particularismos respectivos.

En octubre de 2013, las cuotas electorales fueron aplicadas en 64 países en el mundo. En 2012, cuando las cuotas eran legales, una media de 24% de escaños parlamentarios fue atribuida a mujeres. Cuando eran voluntarias, éstas obtuvieron

¹⁷⁰ V. e.o. las distintas resoluciones y recomendaciones relativas a las cuotas electorales: Recomendación 96/694/CE del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión, *D.O.*, L 319, 10 de diciembre 1996, p. 11; Resolución del Parlamento Europeo sobre el Informe anual de la Comisión: igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la Unión Europea, *D.O.*, C 304, 6 de octubre 1997, p. 45; Resolución del Parlamento Europeo sobre las mujeres y la toma de decisiones, *D.O.*, C 346, 4 de diciembre de 2000, p. 82; Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre la igualdad entre mujeres y hombres, *D.O.*, C 295 E, 4 de diciembre de 2009, pp. 35-42; Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2011, sobre la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea, *D.O.*, C 199 E, 7 de julio de 2012, pp. 65-76; Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012, sobre la representación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones políticas: calidad e igualdad, *D.O.*, C 251 E, 31 de agosto de 2013, pp.11-18; v. también Comunicación (COM/2010/491 final) de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015*, Bruselas, 21 de septiembre 2010.

¹⁷¹ V. *supra* los comentarios relativos a las acciones y discriminaciones positivas (Título 1, Capítulo1).

¹⁷² V. *supra* en este sentido el alcance de la sentencia *Kalanke* del TJCE sobre el margen de existencia de las cuotas sexuales respecto al principio de igualdad y la no discriminación; alcance que evolucionó hacia un mayor reconocimiento por el tribunal comunitario. RENAULD, B. y DE SCHUTTER, O., «L'action affirmative devant la Cour de justice des Communautés européennes. A propos de l'arrêt Kalanke du 17 octobre 1995», en *Journal des Tribunaux du Travail*, n°642, 1996, pp. 125-129; CHARPENTIER, L., «L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité», en *R.T.D.E.*, n° 2, 1996, pp. 281-304; RENAULD, B., «Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité?», en *RTDH*, 1997, pp. 425-460.

¹⁷³ V. *infra* capítulo 2 relativo a la génesis de la paridad.

¹⁷⁴ Sobre la crisis de la representatividad política, v. *supra* la introducción general del estudio.

una media de 22%. Sin cuotas, las mujeres sólo obtuvieron 12% de escaños, resultado más bajo de la media mundial¹⁷⁵. Si nos referimos a los Estados miembros del Consejo de Europa y de la Unión Europea, en enero de 2014, contamos por lo menos 15 Estados que han dotado formalmente – es decir legal y/o constitucionalmente - sus sistemas políticos de cuotas electorales de género mientras que, al menos en 22 otros, los partidos y agrupaciones políticas han establecidos cuotas sexuales¹⁷⁶.

Destacaremos de ello tres sistemas o tres experiencias que son objetos de nuestro estudio. En relación con la paridad¹⁷⁷, las cuotas electorales han conocido tres evoluciones distintas. Así, en el caso de Francia, mientras que la democracia paritaria fue proclamada en la Constitución a principios de los años dos mil, dos décadas antes, las medidas de cuotas electorales se enfrentaron a un callejón sin salida jurídico (1.3.2.1). En cuanto a un ejemplo de sistema de cuotas electorales obligatorias, el Derecho político belga fue pionero en el otrora espacio europeo, a mediados de los años noventa, en que por falta de eficacia de las cuotas, sustituyó éstas por la paridad (1.3.2.2). El marco jurídico político español ilustra, en cambio, la necesidad de trasladar a las obligaciones legales de la Nación y de las Autonomías las cuotas sexuales que ya estaban puestas en práctica en los partidos políticos (1.3.2.3).

1.3.2.1. Las cuotas en Francia

El 18 de junio de 1979 fue la primera ocasión para que la Asamblea Nacional francesa abriera el debate sobre la participación de las mujeres en la vida política con la presentación de un proyecto de ley que modificaba ciertas disposiciones del código electoral de entonces con vistas a favorecer la participación de las mujeres en las elecciones municipales¹⁷⁸.

El proyecto fue presentado por Monique Pelletier, entonces Ministra delegada de la condición femenina y el también presidente de gobierno, Raymond Barre. Preveía que, en todos los ayuntamientos de municipios con más de 25.000 habitantes, en las listas electorales debían incorporarse al menos un 20% de mujeres. Esa obligación sólo valía en caso de renovación general de las corporaciones municipales. El proyecto fracasó porque, pese al voto casi unánime de los diputados el 20 de

¹⁷⁵ UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Les femmes au parlement: regard sur l'année écoulée*, Ginebra, 2012.

¹⁷⁶ Fuente: *Union Interparlamentaria y Quota Project, Global Database of Quotas for Women*.

¹⁷⁷ V. *infra* capítulo 2.

¹⁷⁸ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Doc. Parl.*, texte n° 1142, seconde s.o., 1978-1979, 19 juin 1979.

noviembre 1980, no fue adoptado por la Comisión de las leyes del Senado debido a la proximidad de las elecciones presidenciales de 1981¹⁷⁹.

La introducción, o más bien, la tentativa de introducción de las cuotas sexuales en el marco político francés, fue reconducida poco tiempo después, en 1982¹⁸⁰. En efecto, con la izquierda en el poder presidencial (Fr. Mitterand) y las promesas electorales socialistas, el gobierno presentó tal proyecto. Esta medida consistía en modificar el artículo *L. 260 bis* del código electoral relativo a la presentación de las listas de candidatura a las elecciones municipales en las ciudades de más de 3.500 habitantes, para prever que las listas de candidatos no podrían comportar más de un 75% de personas del mismo sexo¹⁸¹.

El objetivo perseguido por el legislador, a pesar de una redacción hábil del texto que no mencionaba precisamente a los hombres o a las mujeres, consistía entonces en la compensación de la infrarrepresentación de las mujeres en el seno de los consejos municipales al instaurar una cuota de 25% de las mujeres en la medida en que, generalmente, los hombres son mayoritarios en estas instancias y que esta disposición preveía un techo de la presencia masculina del 75%.

Sin embargo, en contra de lo esperado, el Consejo constitucional, a la luz del artículo 3 de la Constitución y del artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, consideró el proyecto contrario al principio de igualdad y al principio de la indivisibilidad del cuerpo electoral y por su decisión del 18 de noviembre de 1982, enterró el proyecto de las cuotas al anular la modificación del código electoral¹⁸².

¹⁷⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Projet de loi sur la participation des femmes aux élections municipales*, *Doc. Parl.*, 20 novembre 1980, s.o.1980-1981, *J.O.R.F.*, 21 novembre 1980, pp. 4187-4221.

¹⁸⁰ Sobre las cuotas electorales en Francia, v. e.o. MARCEAU, A. (dir.), *La démocratie locale à la recherche d'un nouveau souffle*, Editions L'Harmattan, París, pp. 36-38; DAHLERUP, D. y FREIDENVALL, L., *Systèmes de quotas électoraux hommes/femmes et leur application en Europe*, Direction générale des politiques internes, Parlamento Europeo, Bruselas, 2008; FAVOREU, L., "Le principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle en France", en, VV.AA., *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Ed. Yvon Blais Cowansville, Québec, 1986, pp.300 y ss.; HALIMI, G., *La nouvelle cause des femmes*, Seuil, París, 1997; GUIGOU, E., *Etre femme en politique*, Plon, París, 1997; OPELLO, K., *Gender Quotas, Parity Reform, and Political Parties in France*, ed. Lexington Books, Lanham, 2006.

¹⁸¹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Projet de loi modifiant certaines dispositions du code électoral en vue de favoriser la participation des femmes aux élections municipales*, *Doc. Parl.*, texte n° 110, seconde session 1980-1981, transmis au Sénat, le 21 novembre 1980.

¹⁸² Sobre la decisión del Consejo Constitucional DC n°82-146 de 18 noviembre de 1982, v. e.o comentarios: DEMICHEL, F., «À parts égales: contribution au débat sur la parité », *D., chron.*, 1996, p. 95.; MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, ed Economica-PUAM, Aix-en-Provence, 1997; GHEVONTIAN, R., «Note sous 98-407 DC», en *RFDC*, n°37, 1999, p. 142; SCHOETTL, J.-É., «Note sous 98-407 DC», en *AJDA*, 1999, p. 149; FATIN-ROUGE STEFANINI, M., «Les 'discriminations positives' en matière électorale aux États-Unis et en France», en *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°23, febrero de 2008. V. también *infra* los obstáculos a las cuotas electorales.

Aplicable a cualquier sufragio político, aquella jurisprudencia iba a dejar al legislador, prácticamente ninguna posibilidad de intervenir para corregir la fuerte desproporción entre ambos sexos en el conjunto de las instancias electivas. Había que esperar la reforma constitucional en 1999 para superar no sólo el obstáculo jurídico a las cuotas sino también el concepto mismo de las cuotas a favor de la paridad. «*La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*»¹⁸³.

1.3.2.2. Las cuotas en Bélgica

En Bélgica, la introducción de las cuotas electorales se hizo en condiciones menos dolorosas que en Francia, aunque el debate político-jurídico francés relativo a la representación femenina política se trasladó a la sociedad belga sin, no obstante, llegar al paroxismo de las controversias galas¹⁸⁴. La explicación comúnmente avanzada respecto a la implantación pacífica de las cuotas de género es doble.

Por una parte, el paisaje político y sociológico belga ya estaba muy comunitarizado por lo menos en el plan lingüístico, puesto que existían previamente las cuotas lingüísticas, tanto en la instituciones políticas e instancias electivas – a nivel del Estado unitario y después, a nivel del Estado federal – como en la Administración pública federal.

Por otra parte, antes ya de la adopción legal de las cuotas sexuales, los principales partidos flamencos (democristianos, liberales y socialistas), los democristianos francófonos y los partidos ecologistas de ambos regímenes lingüísticos aplicaban sus propias cuotas u objetivos cifrados en sus listas electorales respectivas. Si la existencia de medidas tomadas por los partidos mismos abría la vía a una ley sobre las cuotas, ésta ley estimularía la introducción de nuevas medidas por los partidos, como en adelante la paridad¹⁸⁵.

¹⁸³ V. *infra* Ley constitucional nº 99-569, de 8 de julio 1999.

¹⁸⁴ A propósito de las cuotas electorales en Bélgica, v. e.o. UYTENDAELE, M. y SOHIER, J., *op. cit.*; VERDUSSEN, M., "La participation des femmes aux élections en Belgique", en *Revue française de Droit constitutionnel*, nº36, 1998, pp.799-809; DELPEREE, Fr., "Les discriminations positives en Belgique", en *Rapport pour la XII Table ronde internationale de justice constitutionnelle organisée à Aix-en-Provence les 12-13 septembre 1997*, ed. AIJC, vol. XIII., Aix-en-Provence, 1997; GUBIN, E. y VAN MOLLE, L., *Femmes et politique en Belgique*, Racine, Bruselas, 1998; COENEN, M.-TH., *De l'égalité à la parité: le difficile accès des femmes à la citoyenneté*, Col. Quartier libre, Labor, Bruselas, 1999; DERIDDER, J., *Positieve actie en positieve discriminatie in België*, Col. AdvocatenPraktijk, Administratief en publiek recht, nº5, Kluwer rechtswetenschappen, Amberes, 1999; PEIRENS, K., *Verkiezingen 13 juni 1999 en vrouwen: op de kandidatenlijsten, op verkiesbare plaatsen, met een zijte in het parlement, als gecoöpteerde senatoren, als opvolgers, in de regeringen*, KULeuven, Afdeling Politologie, Departement Politieke Wetenschappen, Lovaina, 1999.

¹⁸⁵ VOGEL-POLSKY, E., «La participation des femmes aux assemblées élues en Belgique», en CCRE, *Les Femmes et les Hommes dans les communes d'Europe. Etat des lieux*, Estrasburgo, octobre

Hasta mediados de los años noventa, las mujeres no representaban más del 5 al 10% de los elegidos¹⁸⁶. Sin embargo, el 24 de mayo de 1994, el legislador federal adoptó una ley que pretendía favorecer una participación femenina más efectiva en *todas* las elecciones políticas¹⁸⁷. Según su enunciado, se trataba de promover un reparto equilibrado de los hombres y de las mujeres en las listas de candidatura a las elecciones. También llevaba el nombre de sus autores “Tobback-Smet” o el nombre de “Ley de las cuotas”¹⁸⁸.

En dicha ley aplicable a partir de 1999, se preveía que, en cada lista presentada en cada circunscripción electoral, el número de candidatos de un mismo sexo no podía exceder una cuota determinada, a saber: dos tercios del total constituido por el número de escaños a dotar para la elección en la circunscripción, incluido el número máximo de candidatos suplentes en esa misma circunscripción¹⁸⁹. Era excluida del sistema de votación la lista que no satisfacía esta exigencia¹⁹⁰.

La ley de las cuotas no afectó directa e inmediatamente a la composición de las asambleas. Sólo incidía en las listas de candidatas, preservando así la libertad de voto de cada elector. En suma, se trataba de las cuotas de candidaturas y no de escaños. En otros términos, la ley “Tobback-Smet” concretizaba una igualdad de oportunidades y no de resultados. Por ello, la opción de aquella ley no implicaba una refundación del sistema democrático, sino que procedía a una aproximación pragmática e incitativa de la representatividad política.

Una vez la ley votada, los diferentes partidos adoptaron nuevas medidas en respuesta a la misma, con el fin de actuar mejor que los otros en términos de integración de las mujeres en sus estructuras. Este efecto de contaminación entre cuotas de origen legislativo y cuotas establecidas voluntariamente por los partidos indicó que la aplicación paralela de ambos tipos de cuotas – voluntarios y legales - no constituía en nada una duplicidad.

1999, pp. 7-20; GUBIN, E., VAN MOLLE, L., *Femmes et Politique en Belgique*, ed. Racine, Bruselas, 1998.

¹⁸⁶ En las elecciones de noviembre de 1991, 10,41% de los escaños parlamentarios y 12,19% de los escaños senatoriales fueron atribuidos a mujeres (Datos obtenidos de la base de datos *Parline* de la Unión Interparlamentaria).

¹⁸⁷ Loi du 24 mai de 1994 visant à promouvoir une répartition équilibrée des hommes et des femmes sur les listes de candidatures aux élections, *M.B.*, 1^{er} juillet 1994. Para unos comentarios sobre la ley de 1994, v. e.o. VERDUSSEN, M., *ibid.*; VERZELE, V. y JOLY, C., «La représentation des femmes en politique après le 13 juin 1999. Evaluation de l'application de la loi Smet-Tobback» en *Courrier hebdomadaire*, CRISP n°1662-1663, 1999.

¹⁸⁸ Louis TOBBACK, socialista flamenco, fue Ministro del Interior y Miet SMET, democristiana flamenca, fue Ministra del Empleo y Asuntos sociales desde la introducción de la ley de las cuotas electorales.

¹⁸⁹ En efecto, fue aplicada por primera vez en las elecciones legislativas, europeas y regionales del 13 de junio de 1999. Después, fue extendida a nivel local durante las elecciones municipales y provinciales del 8 de octubre de 2000.

¹⁹⁰ A propósito de comentarios sobre la sanción prevista por el legislador, v. e.o. UYTTENDAELE, M. y SOHIER, J., *op. cit.*, pp.255-256.

El mérito de la ley de cuotas de 1994 reside en que, a pesar de sus lagunas y su relativa eficiencia¹⁹¹ que ya fueron objeto de abundantes críticas, ha balizado el camino para la inscripción en la Constitución de la base jurídica de la paridad en el campo de la representación política y de las funciones electivas, tanto a nivel federal como en las escalas regionales y locales.

1.3.2.3. Las cuotas voluntarias en España

Hasta la modificación de la LOREG en consecuencia de la adopción de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), el legislador español no impuso las cuotas en las listas electorales.

Por los hechos, el paisaje político español y la participación de los ciudadanos reflejan el dominio de los partidos políticos, que acaban siendo quienes establecen el proceso electoral. El predominio de los partidos encuentra su fundamento constitucional tanto en el artículo 6 de la Constitución como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A este efecto, el voluntarismo de los partidos parecía tener todavía larga vida con su "fuerza y debilidad". "Fuerza" en la medida en que los partidos podían adaptarse más fácilmente a la realidad social que con la introducción de una norma. "Debilidad" porque, por la libertad de maniobra que tenían los propios partidos, la situación de la mujer candidata en una lista o en un órgano del partido era inestable, ya que nada obligaba en principio - salvo obligaciones estatutarias- a mantener, crear o suprimir cuotas sexuales en sus senos respectivos.

Por lo tanto, la práctica de las cuotas de género en las listas electorales radicaba en el voluntarismo de los partidos políticos. Al amparo del principio de la libertad de los partidos, consagrada en el art. 6 de la Constitución, éstos eran libres de instaurarlas o no, dentro del respeto de la misma y de las leyes. Más allá de los aspectos legales - véanse constitucionales - sus resultados sorprenden en comparación con Francia y Bélgica en cuanto a la proporción de mujeres presentes en los recintos y en los cargos políticos, hubiera o no cuotas voluntarias¹⁹².

La cuestión de la mayor representatividad de las mujeres en los partidos políticos españoles se limitaba a las estructuras y al funcionamiento de éstos. Además de algunos medios puestos en marcha para atraer a las mujeres a la vida política - formaciones e informaciones políticas, creación de órganos de partido específicos, organización de las actividades políticas en adecuación con la vida familiar -, algunos partidos (PSOE, IU, etc.) instauraron en sus estatutos las cuotas sexuales, bien con

¹⁹¹ En efecto, en las primeras elecciones federales de mayo de 1995, las mujeres obtuvieron sólo 13,6% de escaños en la Cámara y 29% en el Senado (Datos obtenidos de la base de datos *Parline* de la Unión Interparlamentaria).

¹⁹² Ver *infra* capítulo 2 relativo a la paridad.

ocasión de elecciones internas (primarias) y con el fin de renovar su aparato político, bien con ocasión de las elecciones relativas a las instituciones públicas y al Parlamento Europeo.

Otros partidos, reacios a estas cuotas (PP por ejemplo), como mucho disponían de reglas no oficiales o informales que incluían un porcentaje de mujeres dentro de los órganos internos y en las listas electorales. El carácter informal de lo que se asimilaba a las cuotas parecía el resultado de un método efímero que estaría a merced de las estrategias electoralistas que se practican en el seno de los partidos interesados, como con ocasión de las elecciones externas. Por otra parte, los partidos que adoptaron las cuotas, se dotaron de un sistema de "cremallera" que coloca a las mujeres y a los hombres en posición de igualdad de oportunidades de ser elegidos.

La primera vez que se hizo en España una proposición de ley relativa al aumento del número de las mujeres en las funciones y mandatos electivos fue en 1996. La defendió el grupo parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya (IU-IC)¹⁹³ pero fue rechazada sin llegar a tramitarse. Por su parte, el PSOE presentó otra iniciativa en julio de 1999 pero tampoco fue tramitada por el Congreso y también caducó¹⁹⁴. Veremos en adelante que en el marco de la paridad, también hubo varias proposiciones de ley de reforma de la LOREG¹⁹⁵ y adopciones de leyes autonómicas paritaristas¹⁹⁶.

Desde un punto de vista jurídico relativo a las cuotas voluntarias de los partidos, éstos gozan de la libertad de creación y de actividad en el respeto a la Constitución, a las leyes y a los principios democráticos que rigen sus estructuras y su funcionamiento. Esta libertad se manifiesta en su autonomía y organización con algunas condiciones previas impuestas por el legislador; lo que puede llevar a la conclusión de que imponer unas cuotas en la listas electorales afectaría a las garantías constitucionales y legales del funcionamiento de los partidos.

No obstante, la jurisprudencia constitucional califica a los partidos como entidades singulares. Si a priori tienen un carácter privado como cualquier asociación, en realidad son considerados como “organizaciones sociales de relevancia

¹⁹³ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 14 de junio de 1996. El 15 de marzo 1993, el mismo grupo parlamentario si vio rechazada “una solicitud de creación de una Ponencia especial para establecer tanto en las Leyes Electorales como en los mecanismos de acceso a organismos y entidades de representación pública, la necesaria paridad en la representación de hombres y mujeres mediante el establecimiento de cuotas progresivas”.

¹⁹⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 20 de julio de 1999.

¹⁹⁵ En abril de 2002, el Congreso recibió tres proposiciones de ley para reformar la LOREG con el objetivo de equilibrar la presencia de hombres y mujeres en las listas electorales: la del PSOE que establecía una proporción del 60% como máximo y del 40% como mínimo para los dos sexos, aplicable en cada tramo de cinco puestos; la del IU que señalaba que la diferencia entre el número de candidatos de cada sexo no podía ser superior a un punto porcentual y la de IC que defendía las listas “cremallera”. Sobre estas proposiciones, v. *infra* capítulo 2.

¹⁹⁶ En 2002, las autonomías Castilla-La Mancha e Islas Baleares adoptaron leyes electorales que preveían la paridad en las listas electorales. En 2005, los gobiernos vasco y andaluz aprobaron leyes que reservaban respectivamente un mínimo del 50% a las mujeres en las listas electorales y la paridad electoral en forma de listas cremallera. A propósito, v. *infra* capítulo 2.

constitucional”¹⁹⁷. Por ello, el legislador puede intervenir en la existencia y el funcionamiento de los partidos con el fin de asegurar su conformidad con el ordenamiento jurídico y los “principios democráticos”¹⁹⁸. Esta doble exigencia puede servir así de fundamento legal a la instauración de las cuotas para todos los partidos políticos. A esta libertad legislativa, como a la libertad de los partidos, se opone un límite a las eventuales contingencias legales para éstos, basado en los principios constitucionales y en los criterios de razonabilidad y de proporcionalidad¹⁹⁹.

Ahora bien, el concepto de “principio democrático” es extenso en la medida en que no determina precisamente el modelo representativo denominado democrático. Nada parece indicar que un partido no es democrático porque no ha previsto cuotas u otras medidas a favor de un sexo infrarrepresentado. Por eso, el juez y el legislador españoles que admitían una nueva aplicación del principio de igualdad, preferían dejar la iniciativa a los propios actores de la vida política. En otras palabras, no iban más allá del voluntarismo de los partidos políticos en cuanto a la instauración de las cuotas en favor de las mujeres. Entonces, la buena voluntad de los partidos tenía “un precio” respecto al control jurisdiccional de las decisiones de sus instancias, en cuanto a la presencia y a la actividad de las mujeres en su seno.

De hecho, si la Constitución impone exigencias democráticas como las relativas a la participación interna de los afiliados de los partidos, ellos mismos son considerados como entidades libres de forma que no están sometidos al principio de igualdad como lo están los poderes públicos que deben garantizar la efectividad de este principio y reducir las posibles trabas al mismo. Lo que implica que deben facilitar a todos los ciudadanos el acceso a la esfera política. Sólo el artículo 9.1, de la Constitución vincula tanto a los partidos como a los poderes públicos, en el respeto de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales, o sea: los conceptos de igualdad y de libertad - principios fundamentales para la existencia y el funcionamiento de los partidos políticos - deben mantenerse compatibles en su ejercicio.

En nombre de una igualdad que interpretan como “neutral” o “formal”, los partidos eran libres de prever las cuotas – u otras medidas - para favorecer el acceso de las mujeres a la vida política a través de sus estatutos o de prácticas informales. Una de las

¹⁹⁷ En efecto, considera los partidos como “asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones; funciones que se resumen en su vocación de integrar, mediata o inmediatamente, los órganos titulares del poder público a través de los procesos electorales” (STC 48/2003, 12 de marzo, FJ5). Para el Tribunal constitucional, los partidos son instituciones “jurídico-políticas que contribuyen a comunicar lo social y lo jurídico y a hacer posible la integración entre gobernantes y gobernados, ideal del sistema democrático (FJ5)”.

¹⁹⁸ Así, en la sentencia precitada, según el juez constitucional, el carácter funcional de los partidos y de las asociaciones políticas “no desvirtúa la naturaleza asociativa que está en la base de los partidos, pero eleva sobre ella una realidad institucional diversa y autónoma que, en tanto que instrumento para la participación política en los procesos de conformación de la voluntad del Estado, justifica la existencia de un régimen normativo también propio, habida cuenta de la especificidad de esas funciones” (FJ6).

¹⁹⁹ V. e.o. JIMÉNEZ CAMPO, J., “Sobre el régimen jurídico-constitucional de los partidos políticos”, en *Revista de Derecho Político*, nº 26, 1988, pp.14-16.

consecuencias de esta neutralidad se manifestaba en la imposibilidad para una persona de denunciar tales estatutos ante los tribunales con motivo de haber sido excluida de una lista electoral en virtud de su género.

Sin embargo, la libertad de los partidos no significaba necesariamente una ausencia de cualquier control jurisdiccional del respeto a los derechos de sus afiliados. La intervención del juez se revelaba útil en el sentido en que los procedimientos internos de control no podían garantizar la independencia y la imparcialidad de las decisiones de las instancias políticas. Aunque de modo limitado, el control judicial se hubiera ejercido respecto a la protección de los derechos fundamentales cuando este tipo de derechos hubiese sido perjudicado o afectado.

Pero ello, no concierne a la exclusión de un candidato/a, porque por una parte, la igualdad no exigía ni impedía unos porcentajes de representatividad y por otra parte, se erigían la libertad y la autonomía de los partidos en las que el Estado y el juez no podían interferir para imponer unas cuotas de mujeres, porque en ello no había violación de un derecho estatutario ni fundamental, a no ser que hubiese una violación de los estatuto de partido que las habían previsto y que no hubiesen sido respetados.

Así pues, hasta la imposición de las cuotas electorales "paritarias" por la LOREG modificada en 2007 en aquel contexto jurídico-constitucional, ¿cómo se podía garantizar una presencia efectiva y útil de las mujeres como actrices de la vida política? El control en su caso, era de otro tipo, distinto al jurídico. Era el del electorado, con la evolución de las concepciones sobre el papel de los individuos - particularmente las mujeres - en la sociedad española. Los últimos resultados electorales y la presencia femenina en altos cargos políticos y administrativos antes de 2007 parecían indicar que la sensibilidad del electorado había tenido un relativo impacto sobre la composición de las listas electorales y la redacción de los estatutos de los partidos políticos²⁰⁰. El partido que resueltamente minorizaba a las mujeres y su papel en su seno, se arriesgaba a una "sanción política": perder una parte del electorado.

Sección 2: Los obstáculos a las cuotas electorales

La introducción de las cuotas electorales sexuales constituye una "revolución" en los mecanismos de representación política y en la concepción de la igualdad. Y cada revolución tiene sus contrarrevolucionarios. Los ámbitos de batalla de los partidarios y opositores de las cuotas electorales son naturalmente de orden filosófico y político, pero lo jurídico ocupa un lugar importante en la medida en que éste toma en consideración la amplitud de implicaciones que no se pueden medir con exactitud.

²⁰⁰ Tras las elecciones generales de 2004, 36% escaños del Congreso de los Diputados fueron atribuidos a mujeres (en 2000, obtuvieron 28,29%) mientras que 25, 48% escaños fueron otorgados a senadoras - en 2000, ocuparon 24,32% (Datos obtenidos de la *Union Interparlementaire*).

Los obstáculos a las cuotas son numerosos y se pueden resumir en torno a una serie de ideas fundamentales que reaparecerán más adelante con la paridad²⁰¹: el universalismo con su corolario de igualdad “abstracta” contrario al comunitarismo y a cualquier medida estructural en la vida política, el rechazo de la biologización o del “esencialismo sexual” de la función política; la inequidad de tales mecanismos, la instauración de una jerarquización entre los diputados elegidos por “mérito” y las diputadas elegidas por “cuotas”, la insuficiencia de estas medidas provisionales para reforzar la representación de las mujeres, etc.²⁰²

En otros términos, los detractores de los sistemas de cuotas sexuales denuncian su carácter discriminatorio, intervencionista y profundamente no democrático. Por tanto, desde su concepción legal hasta su puesta en práctica en los procesos electorales, las cuotas electorales sexuales han sido desacreditadas por sus contradicciones inherentes con principios jurídicos (2.1) y su relativa eficacia a la hora de aumentar la presencia de las mujeres en las instituciones políticas, tanto a escala nacional como regional y local (2.2). En ambos casos, las experiencias de los tres Estados estudiados – Bélgica, España y Francia – son ilustrativas a este propósito.

2.1. Las contradicciones entre las cuotas y los principios jurídicos

Dos grandes tipos de reproches han servido de base tanto en los debates parlamentarios previos a la instauración legal de las cuotas sexuales electorales como ante las jurisdicciones constitucionales llamadas a pronunciarse sobre su (in)validez, considerando sus principios constitucionales respectivos: de una parte, la violación del principio de igualdad y de no discriminación (2.1.1), así como de otra, la soberanía (del cuerpo electoral) nacional (2.1.2).

2.1.1. El “ataque” al principio de igualdad y de no discriminación

Calificadas como medidas de acción o de discriminación positiva, las cuotas electorales afectarían al principio de igualdad y de no discriminación. En realidad, el obstáculo jurídico que se les presenta, reside en la interpretación del concepto de

²⁰¹ V. *infra* Capítulo 2.

²⁰² También, entre otras críticas, figura el aspecto “alibi” de las cuotas al afirmar que las competencias individuales y el compromiso político deben estar en el origen de la elección en vez de la necesidad de garantizar la representación de número determinado de mujeres en una asamblea parlamentaria.

igualdad. Según la interpretación clásica y estricta, la introducción de las cuotas electorales se opone a la igualdad denominada "formal"²⁰³.

Por ello, a ejemplo de Francia, numerosos Estados (Reino Unido, Italia, Alemania, etc.) han renunciado a la implantación legal de las cuotas, indicando que eran por esencia contrarias al precepto de la igualdad entre ambos sexos, tal como estaba inscrito en su constitución o en su derecho nacional respectivo.

El derecho electoral y constitucional considera a los electores como ciudadanos iguales ante el Derecho. Diferenciar a los individuos en función de su sexo, atribuyéndoles más o menos derechos por ese motivo atenta contra la igualdad. En este sentido, los legisladores y los jueces que ejercen el control de constitucionalidad de este tipo de innovación legislativa, están poco inclinados a interpretarlo como una aplicación efectiva de la igualdad.

Los detractores de las cuotas afirman – y lo harán con la paridad – que éstas son medidas discriminatorias porque implican un tratamiento diferenciado de individuos o de grupos, mientras que sus partidarios las califican de tratamiento preferencial o de acción (o discriminación) positiva.

Ahora bien, se trata de una distinción semántica peligrosa porque puede contribuir a estigmatizar a las personas que se benefician de derechos o ayudas específicas. En este sentido, las referencias a la acción o discriminación positiva confortan la noción de “discriminación”, no obstante contraria al principio de igualdad que ella “suspende” y generan una asociación mortífera – igualdad y discriminación – para un ordenamiento jurídico democrático.

Las cuotas sexuales también han sido denunciadas como discriminatorias en contra de otros grupos subrepresentados en la sociedad: si las mujeres son representadas gracias a unas cuotas, ¿por qué otros grupos no podrían serlo de la misma manera? Veremos en adelante que los partidarios de la paridad argumentan que las mujeres no son una categoría, al contrario de las otras fundadas en criterios como la raza, la nacionalidad, la lengua, la religión u orientación filosófica, etc. y, por este motivo, la paridad se justifica más fácilmente que las cuotas, que por definición, se asocian a categorías²⁰⁴.

En definitiva, el primer obstáculo jurídico para las cuotas -¡Enorme obstáculo! – se basa en su naturaleza de acción positiva y su relación con el principio de igualdad y de no discriminación; obstáculo que, más allá de la resistencia suscitada entre los detractores de las medidas positivas, radica sobre todo en la cuestión del carácter supuestamente provisional de las cuotas.

²⁰³ V. *supra* los comentarios sobre la igualdad formal y material (título 1, capítulo 1).

²⁰⁴ V. *infra* Capítulo 2.

Así, hasta hace algunos años, un sector importante de la doctrina constitucional francesa consideraba que cualquier medida positiva era contraria a la universalidad del principio de igualdad que el Consejo constitucional defendía²⁰⁵. El argumento principal de aquella parte doctrinal radicaba en el precedente constituido por la decisión de dicho Consejo del 18 de noviembre de 1982 relativa al proyecto de cuotas electorales por sexo. Decisión en la cual la alta jurisdicción había considerado que una discriminación positiva favorable a las mujeres en el ámbito electoral era contraria al principio de igualdad, fundándose en el artículo 1º de la Declaración de los derechos del hombre y del Ciudadano y el artículo 6 de la Constitución.

Ahora bien, no se puede sacar como conclusión de ese asunto una condena general e inapelable de la práctica de las cuotas, porque esa anulación se funda por una parte, en la necesidad de una previa modificación a la Constitución para cualquier intervención del legislador; por otra parte, y más fundamentalmente en base a otra polémica: la soberanía del electorado.

Además, la segunda problemática viene precisamente de la cuestión de la inscripción de las cuotas en la ley, véase en la Constitución. En efecto, por su esencia, la acción o la discriminación positiva tiene vocación a ser provisional. Sin embargo, adoptar una enmienda constitucional consistiría, en cambio, en una medida permanente y no provisional.

No obstante, se han propuesto - incluso en el «campo» de los detractores de las cuotas electorales²⁰⁶ - transiciones y excepciones como solución de la contradicción para satisfacer la “imperiosa” obligación de alcanzar una igualdad real entre ambos sexos en el ámbito político. Esta alteración excepcional, provisional y cualificada como tal, permite implantar un derecho político derogatorio para otro periodo “transitorio”: el de la paridad para volver a continuación al derecho común exento de cualquier norma paritaria.

En cuanto a los países que han introducido las cuotas electorales por vía legal, como Bélgica y España, la cuestión de su compatibilidad – siendo pues una acción positiva - con el principio de igualdad ha generado menos dificultades jurídicas. Así, aunque no tuvo que pronunciarse sobre las cuotas electorales en sí, la jurisprudencia del Tribunal constitucional belga indicó desde 1994 que una acción positiva era posible al respetar determinadas condiciones de las medidas: razonabilidad, proporcionalidad y temporalidad²⁰⁷. Respecto a la jurisprudencia constitucional española, por lo

²⁰⁵ V. comentarios de Georges Vedel y Louis Favoreu, opuestos al principio mismo de la introducción de la cuota – y más tarde de la paridad – en la ley en HALIMI, G., *La parité dans la vie politique. Rapport de la commission pour la parité entre les femmes et les hommes dans la vie politique*, ed. La Documentation française, París, 1996, pp. 162-167 y 179-184.

²⁰⁶ V. por ejemplo autores como Olivier Duhamel en HALIMI, G., *op.cit.*, pp. 176-177.

²⁰⁷ «Il peut, certes, être admis que, dans certaines circonstances, des inégalités ne soient pas incompatibles avec le principe d'égalité et de non-discrimination si elles visent précisément à supprimer une inégalité existante. Pour qu'elles soient compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution, de telles mesures de correction ne peuvent être prises que lorsqu'il existe une inégalité

conocido, no hubo reclamaciones de incompatibilidad constitucional entre cuotas electorales *voluntarias* y el principio de igualdad²⁰⁸. En cambio, sí que hubo denuncias por parte del Partido Popular ante el Tribunal Constitucional – que se pronunció poco tiempo después de la entrada en vigor de la LOIMH en 2007 - contra las cuotas electorales adoptadas por algunos legisladores autonómicos²⁰⁹, aunque éstos se inscribían en el marco de la representación equilibrada o de la paridad²¹⁰.

2.1.2. La soberanía nacional: el fracaso de las cuotas en Francia

Al margen de la cuestión de la igualdad, otra dificultad radica en la soberanía nacional que pertenece al pueblo quien la ejerce por sus representantes y no a ninguna sección del pueblo ni a ningún individuo. Tal fue la posición del Consejo constitucional francés en su decisión del 18 de noviembre de 1982 que hizo de la soberanía nacional el elemento clave para motivar su rechazo del proyecto de ley que instituía las cuotas electorales sexuales²¹¹.

En realidad, detrás del obstáculo de la soberanía evocado, tanto para las cuotas como para la paridad, está la cuestión del riesgo del comunitarismo. El principio de igualdad se aplica, en el ámbito electoral, tanto a los electores como a los elegidos en cuanto al derecho de voto y de elegibilidad, así como el principio mismo de representación.

Cualquier representación comunitaria o “descriptiva” es excluida. La imposibilidad de dividir por categoría a los electores o a los elegibles se opone así a la implantación de las cuotas electorales. Ahora bien, el proyecto de ley de 1982 se apoyaba en una concepción llamada “esencialista”, poniendo el acento sobre las diferencias entre hombres y mujeres y que llevó a reivindicar una representación distinta como categoría distinta. En suma, para el Consejo constitucional, las cuotas sexuales, como discriminación positiva, se habían reunido con las otras discriminaciones expresamente

manifeste et que le législateur s’est assigné comme objectif la disparition de cette inégalité. Pour le reste, les mesures doivent être temporaires et devront disparaître lorsque l’objectif visé par le législateur sera atteint, et elles ne peuvent limiter inutilement les droits d’autrui» (CArb., 27 janvier 1994, n°9/94, consid. B.6.2.; 14 juillet 1997, n°42/97, consid. B.20.; 20 janvier 1999, n° 6/99; 10 novembre 1999, n°116/99).

²⁰⁸. V. *infra* capítulo 2.

²⁰⁹ Las leyes autonómicas recurridas fueron la ley 6/2002, de 21 de junio, de modificación de la ley 8/1986 de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; la ley 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha; la ley 5/2005, de 18 de abril, por la que se modifica la ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía y la ley 4/2005 para la Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco.

²¹⁰ PECES BARBA, G. “De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones”, en VV.AA., *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, ed. Dikynson, Madrid, 2000, pp. 174 y ss.

²¹¹ Sobre la soberanía nacional y las cuotas, v. e.o. GESLOT, Ch., *Élections municipales et citoyenneté européenne*, Editions L’Harmattan, París, 2003, pp. 83-95.

prohibidas por el art. 1º de la Constitución que acabaron identificando a grupos o minorías en el seno del pueblo al basarse en el origen²¹², la raza o la religión.

Como veremos en el marco de la paridad, además del comunitarismo, detrás de la soberanía, está la indivisibilidad del cuerpo electoral como el correlativo de la indivisibilidad de la República. En este sentido, el Consejo constitucional, al recordar los términos del art. 3, de la Constitución y los del art. 6, de la Declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano, declaró que «(...) *la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu; que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux*».

Para una parte de la doctrina de entonces²¹³, la decisión constitucional constituía la consagración renovada de un principio constitucional: la soberanía nacional. Concepto abstracto vinculado a la existencia del cuerpo político, el ciudadano es el componente elemental cuya “intercambiabilidad” garantiza con la “homogeneidad” de este cuerpo, la indivisibilidad de la soberanía de la que es titular. La cualidad correspondiente no puede desmembrarse por una diferenciación cualquiera en categorías cuya existencia atentaría a la esencia misma del concepto y a lo que supuestamente debe representar y garantizar²¹⁴.

En realidad, la decisión constitucional de 1982 había sido prefigurada por otra unos años antes, pero de manera implícita. En efecto, en su decisión *Assemblée européenne* del 30 de diciembre de 1976, la alta jurisdicción había subrayado que el otrora tratado comunitario no preveía modalidad alguna de elección de los representantes franceses que podía afectar la indivisibilidad republicana y que los términos del proceso electoral podían interpretarse como permitiendo la alteración de ese principio²¹⁵.

En definitiva, pese las críticas que generó, la decisión de 1982 tuvo el mérito por varios motivos ya que, forzó si no un replanteamiento, por lo menos una reflexión política y doctrinal sobre los principios de igualdad y de no discriminación, más allá de

²¹² El Consejo Constitucional declaró, por ejemplo, inconstitucionales las implicaciones de un reconocimiento de la noción del pueblo corso en 1991, la Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias en 1999 (nº412 DC, 15 junio 1999).

²¹³ Representada entre otros por J. BOULOUIS y L. HAMON.

²¹⁴ BOULOUIS, J., en *AJDA*, 1984, p.470; HAMON, L., en *D.*, 1984, IR, p. 470. Se trata para el autor de «bannir les risques d'une fragmentation abusive de la représentation».

²¹⁵ CCF, Décision nº 76-71, DC du 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, *J.O.R.F.*, 31 de diciembre 1976, p. 7651; para algunos comentarios, v. e.o. DE VILLIERS, M. «Le Conseil constitutionnel et l'élection de l'Assemblée européenne au suffrage universel direct ou les pièges du politique», en *Semaine juridique (J.C.P.)*, 1978, I, pp. 2895 y ss.; FAVOREU, L. y PHILIP, L., «Election au suffrage universel direct des membres de l'Assemblée européenne», en *Revue du droit public*, 1977, pp. 129 y ss.

la cuestión de la introducción de las cuotas electorales a favor de las mujeres. También, quizás lejos de su voluntad inicial, el Consejo Constitucional reconoció, diecisiete años más tarde²¹⁶, la necesidad de reformar la Constitución para cualquier tipo de medida positiva, fuesen las cuotas o... la paridad.

En otros términos, el rechazo constitucional de 1982 obligó a abrir un paso decisivo y sin retorno posible con la instauración del sistema paritario en el ámbito político como en los otros sectores representativos y electivos.

2.2. Bélgica: una ley con efectos con éxito a medias

Aunque las cuotas electorales legales constituyen un fenómeno innegable en cuanto al desarrollo de las medidas positivas a favor de las candidatas al ejercicio del poder político, no pueden considerarse como el remedio absoluto a la infrarrepresentación de éstas. El recurso a las cuotas debe acompañarse de otras medidas como la ubicación de las mujeres en posición de elegibilidad en las listas electorales.

El caso de la ley belga Tobback-Smet de 1994 que instauró las cuotas obligatorias para todas las elecciones es ejemplar de la insuficiencia o, por lo menos, de la relativa eficacia de las cuotas “incompletas”. Así en 1997, la Unión interparlamentaria destacó que el PS belga, pese a la aplicación de una cuota de un tercio en las listas del partido, tenía menos de un tercio de mujeres elegidas porque las cuotas no estaban afectadas a la plaza de ellas, quienes a menudo figuraban al final de las listas presentadas por dicho partido²¹⁷. En aquel momento, Bélgica, único país dotado de una ley de cuotas, apareció sólo en undécimo rango entre los Estados miembros de la UE en cuanto al número de mujeres parlamentarias.

Las críticas a la ley de 1994 incidieron fundamentalmente sobre las debilidades que cuestionaban su eficacia. Como era de esperar, además de la ausencia de normas en cuanto a la ubicación de las mujeres en la lista, la cuota “dos tercios” se calculaba en relación con el número máximo de candidatos que podían presentarse en la lista y no en relación con el número real de los candidatos que se presentaban efectivamente en esa lista.

En otros términos, si la cuota de “dos tercios” de un mismo sexo constituía un máximo, la ley no imponía que el tercio que quedará, fuera ocupado por candidatos

²¹⁶ V. *infra* la CCF, décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, *J.O.R.F.*, 20 janvier 1999, p. 1028.

²¹⁷ MATEO DIAZ, M. «Les quotas sont-ils utiles? L'efficacité imparfaite des mesures de discrimination positive dans les lois électorales belges», en *Revue française de science politique*, n°5, 2003, pp. 791-815.

del otro sexo. Lo que dio lugar a una consecuencia sorprendente: a condición de ser incompleta hasta un total de un tercio, una lista podía perfectamente ser "unisexual", es decir, representativa de un sólo sexo. Así, sin norma relativa al puesto respectivo de las mujeres y de los hombres en las listas, la ley de 1994 permitía a los partidos políticos emplazar a sus candidatos antes que sus candidatas.

En definitiva, las cuotas electorales obligatorias, tales como fueron establecidas por el legislador belga, estaban condenadas a una eficiencia relativa porque se aplicaban por definición a listas. Por lo que sólo podían producir efectos en escrutinios de listas y no tenían un real impacto directo en la composición de las cámaras bajas y altas.

Si las cuotas pueden introducir una obligación de medios – invertir una proporción mínima de mujeres - no pueden modificar nada en cuanto al resultado, hacer elegir dicha proporción. Además el resultado esperado es tributario de otros factores que las propias cuotas, por no citar el modo de escrutinio o el tamaño de la circunscripción electoral, por ejemplo.

Resulta así que, en algunos casos, las cuotas - legales o voluntarias - favorecen el equilibrio entre ambos sexos pero en otros casos este efecto no se ha revelado ni tan nítido. En realidad, acaba siendo imposible determinar con exactitud si los progresos, llegado el caso, han resultado de las leyes y las reglamentaciones, o si se han desprendido sencillamente de una evolución natural. De hecho, los cambios no han sido homogéneos.

Finalmente, aun habiendo sido objeto de debates parlamentarios y de controversias en distintos países, rechazadas por el ordenamiento jurídico de algunos, practicadas en el seno de partidos de otros, legisladas con las promesas de resultados inciertos, las cuotas electorales tienen sin embargo al menos dos méritos.

El primero radica en que son las medidas que, por primera vez, atrajeron la atención sobre la existencia del desequilibrio de género en la representación y la participación a la gobernanza política así como la necesidad de soluciones prácticas para remediar una situación duradera, la de la exclusión de las mujeres del poder.

El segundo mérito, que deriva del anterior, se inscribe en el camino que las decepciones belgas y francesas abrieron a la democracia paritaria. En efecto, en ambos casos, desde un punto de vista interno – es decir, haciendo caso omiso de la influencia del Derecho internacional – los debates que desembocaron sobre la paridad, se nutrieron de la experiencia de las cuotas electorales. De hecho, revelaron la necesidad de replantear las interpretaciones clásicas de los principios que asientan los sistemas políticos democráticos. De un obstáculo constitucional y una redacción incompleta de medidas positivas innovadoras en Derecho político, ha surgido una acción positiva más radical pero más coherente con las reivindicaciones a favor de las mujeres y las objeciones de sus detractores: la paridad...

Capítulo II

La paridad en nombre de una igualdad política efectiva

Con el fin de paliar a los fallos de representatividad y de participación de las mujeres a la vida política, varios Estados han adoptado, con el apoyo de sus constituciones respectivas, unas legislaciones que tienden a reforzar de manera significativamente igual la presencia de las mujeres en los recintos políticos, a través de la paridad.

Reivindicada por los movimientos feministas y otros grupos afines a una representación política paritaria, la paridad encuentra sus orígenes “formales” en el derecho internacional que ha influido su adopción, no sin dificultades. De hecho, en el mundo, una centena de países practican políticas activas con el fin de aumentar la presencia de las mujeres en las asambleas legislativas. Pero entre ellos, sólo dos países europeos han adoptado leyes que imponen la paridad en las listas de candidatura electoral en cualquier nivel de poder: Francia y Bélgica mientras que España ha regulado un sistema de cuotas en las listas electorales con fines paritarios (Sección 1).

Dichas dificultades tienen, en el ámbito jurídico, sus raíces en la delimitación y el alcance de la paridad. En efecto, varios argumentos a favor y en contra de su adopción reflejan las preocupaciones relativas a cuestiones fundamentales como la naturaleza de la paridad – ¿se trata de un instrumento estratégico o de un principio? – o los límites y los controles de su aplicación. Esas dificultades, en definitiva, revelan la problemática de compatibilidad de la paridad con el principio fundamental de igualdad que rige cualquier ordenamiento jurídico y político democrático (Sección 2).

Sección 1: Génesis del concepto paritarista

La reivindicación paritaria apareció a finales de los años 1980, en el contexto de una movilización creciente de varias instituciones internacionales a favor de la promoción de las mujeres en los lugares de poder²¹⁸.

²¹⁸ Sobre la introducción de las medidas antidiscriminatorias en los debates internacionales, v. e.o. VOGEL-POLSKY, E., *Les actions positives et les contraintes constitutionnelles et législatives qui pèsent sur leur mise en œuvre dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1989; GASPARD, Fr., «Les enjeux internationaux de la parité», en *Politique étrangère*, I, 2000, pp. 197-211; COMMISSION EUROPEENNE, *Perspectives internationales sur les mesures d'action positive. Etude comparative dans l'Union européenne, au Canada, aux États-Unis et en Afrique du Sud*, ed. Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburgo, 2009.

Al disponer de una concepción restrictiva de la igualdad formal entre hombres y mujeres, las Naciones Unidas y las instituciones europeas se comprometieron desde hace treinta años en la construcción de un marco antidiscriminatorio determinado que no se limitará a imponer el respeto de la igualdad de tratamiento entre los sexos sino también la implementación de medidas voluntaristas promotoras de una igualdad substancial por el medio de políticas de discriminación positiva, especialmente en el acceso al poder político²¹⁹.

Con el Convenio de las Naciones Unidas para la eliminación de cualquier forma de discriminación contra las mujeres de 1979 (CEDAW), se ha legitimado las políticas de discriminación positiva para realizar la igualdad de hecho entre los sexos en todos los ámbitos, incluso político²²⁰. Exige de los Estados miembros la realización de medidas provisionales especiales que aceleran la instauración de una igualdad de hecho entre hombres y mujeres. En su artículo 7, el Convenio insta a los Estados en tomar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación de las mujeres en la esfera pública y el campo político.

En cuanto al Consejo de Europa, desde los años 1980, publicó una serie de dictámenes y recomendaciones sobre el acceso de las mujeres al poder político. La noción de paridad encuentra su origen político en el contexto europeo. De hecho, son las iniciativas tomadas en la escala europea las que han favorecido la movilización reivindicativa de la paridad en varios Estados. La expresión "*democracia paritaria*" fue evocada, por su parte, en un coloquio organizado, en 1989, en Estrasburgo por el Consejo de Europa sobre la cuestión de la igualdad entre hombres y mujeres como

²¹⁹ Ver SALDAÑA, M.N., "Transversalidad de la participación equilibrada de género en el marco internacional: su recepción en la ley de igualdad española", en Montesinos Sánchez, N. y Esquembre Valdés, M^a del M. (Coords. y eds.), *Mujeres en democracia. Perspectivas jurídico-políticas de la Igualdad*, Feminismo/s, Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante, nº12, diciembre de 2008, San Vicente del Raspeig, pp. 79-135. La autora analiza, entre otros, el desarrollo y la promoción de las medidas de la participación equilibrada en el marco de las Naciones Unidas. Cita e.o. la *Resolución A/RES/55/69*, de 4 de diciembre de 2000, de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativa al mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas; la *Recomendación General 23, sobre la «Vida Política y Pública»*, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 16º Período de sesiones, 1997, Naciones Unidas (Doc. A/52/38); la *Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer*, de 20 de diciembre de 1952; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)*, de 16 de diciembre de 1966; el *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, Naciones Unidas, Nueva York, 1996; la *Recomendación General 23, sobre la «Vida Política y Pública»*, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 16º Período de sesiones, 1997, Naciones Unidas; *Informe del Comité Especial Plenario del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General*, Nueva York, Naciones Unidas, 2000, pp. 16-17; la *Resolución A/RES/58/144*, de 22 de diciembre de 2003, de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativa a la participación de la mujer en la política; *Resolución A/RES/62/137*, de 14 de febrero de 2008, de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y plena aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y de los resultados del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

²²⁰ Convenio ratificado por Bélgica en 1985 (*M.B.*, 5 de noviembre), España en 1984 (*BOE*, 21 de marzo) de enero 1984 y Francia en 1983 (*JORF*, 14 de diciembre).

condición previa política²²¹. Muy a menudo, ese coloquio ha sido considerado como uno de los actos fundadores de la reivindicación paritaria al recomendar la instauración de las medidas en el sentido de la paridad.

Se entiende la “democracia paritaria” como un postulado que fundamentaría la actuación de los poderes públicos y el ordenamiento jurídico y político con el fin de servir los intereses de todos los ciudadanos y la igualdad de género. Constituiría así una garantía para la salvaguarda de la igualdad de género en la realización de los derechos sociales y políticos, incluyendo el derecho al sufragio pasivo. De esta manera, los hombres y las mujeres no tendrían el “monopolio” de la representación política que genera en el otro sexo subrepresentado una débil o nula representación cuantitativa suficiente para hacer valer cualitativamente sus opiniones. Así pues, la democracia paritaria es una democracia representativa y la democracia representativa debe ser paritaria²²².

Así, en marzo 2003, el Consejo de Ministros del Consejo de Europa adoptó una recomendación sobre la participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisión política y pública. Invitó a los Estados miembros a tomar medidas de naturaleza legislativa y administrativa a propósito²²³.

²²¹ SLEDZIEWSKI, E., “Les idéaux démocratiques et les droits des femmes”, en *La démocratie paritaire*, Conseil de l’Europe, Estrasburgo, 1992, pp. 17-22; CONSEIL DE L’EUROPE, *Groupe de spécialistes sur l’égalité et la démocratie, Rapport final d’activités*, Estrasburgo, Éditions du Conseil de l’Europe, 1996.

Después del Coloquio, las mujeres ministras o las que tenían un alto cargo político acudieron a la Cumbre europea de Atenas sobre las “Mujeres al poder”, organizada en 1992 por la Comisión europea (véase supra, Parte I). Declararon que como las mujeres representan más de la mitad de la población, la igualdad impone la paridad en la representación y la administración de las naciones. En efecto, en la Declaración de Atenas, se proclamó la necesidad de la total integración, en base a la igualdad, de las mujeres en las sociedades democráticas, utilizando para ello las estrategias multidisciplinares que fuesen necesarias. Asimismo, se pretendió una paridad real en los órganos de decisión política y económica entre hombres y mujeres sobre la base de que lo contrario supondría la exclusión de hecho de los órganos de representación de más del 50% de la sociedad. Estas ideas se consolidaron en la Declaración y Plataforma de Acción de Pekín de 1995 con ocasión de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (*Declaración de Pekín y la Plataforma para la Acción*, recogidos en el Informe de la Resolución adoptada en la Conferencia de 17 de octubre de 1995. Documento A/CONF. 177/20 de 17 de octubre de 1995).

²²² Sobre el concepto de democracia paritaria, ver e.o. SIERRA GONZÁLEZ, A. y DEL PINO DE LA NUEZ RUIZ, M. (coords.), *Democracia paritaria. Aportaciones para un debate*, ed. Laertes, Madrid, 2007; MARTÍNEZ SAMPERE, E. “La legitimidad de la democracia paritaria”, en *Revista de Estudios Políticos*. n°107, enero-marzo 2000., pp. 133-149; PÉREZ ROYO, J., *Actas del coloquio Ley electoral española y democracia paritaria*, Madrid, mayo 1999; SEVILLA MERINO, J., *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Institut Universitari d’Estudis de la Dona, Valencia, 2004; SÉNAC-SLAWINSKI, R., *La parité*, «Que sais-je ?», Presses universitaires de France, n° 3795, Paris, 2008; SLEDZIEWSKI, E., *La démocratie paritaire. Quarante années d’activités du Conseil de l’Europe*, Conseil de l’Europe, Estrasburgo, 1992, pp. 17-27; TAVARES DA SILVA, R., *Démocratie paritaire: une réalisation encore lointaine: Étude comparative sur les résultats des premier et deuxième cycles de suivi de la Recommandation Rec (2003) 3 du Conseil de l’Europe sur la participation équilibrée des femmes et des hommes à la prise de décision politique et publique*, Conseil de l’Europe, Estrasburgo, 2010

²²³ Sobre la situación de las mujeres políticas en los Estados miembros del Consejo de Europa, ver TAVARES DA SILVA, R., *idem*; SINEAU, M., *Parité. Le Conseil de l’Europe et la participation*

Desde a mediado de los años 1980, las instituciones europeas comunitaria extendieron la lógica antidiscriminatoria al campo político sólo de manera incitativa mientras que era de manera obligatoria en el mercado laboral. En 1996, por primera vez, el Consejo de ministros de la Unión tomó oficialmente posición a favor de un apolítica de promoción de las mujeres en los lugares de poder al recomendar a los Estados miembros de adoptar una estrategia integrada para promover la participación equilibrada de mujeres y hombres en los procesos de decisión y de desarrollar o instaurar las medidas apropiadas tales como las medidas legislativas y/o reglamentarias y/o de incitación²²⁴.

Paralelamente, varios Estados europeos – y otros – adoptaron leyes para incentivar y/u obligar la paridad de género en la vida política. Algunos países modificaron su constitución para introducirla en su ordenamiento jurídico, como Francia y Bélgica, y España poco años detrás (1.1.). Los parlamentarios de esos tres países debatieron, durante varios años, la adopción de proyectos de ley o de modificación constitucional. Sus argumentos en favor y en contra de la paridad electoral destacaban los supuestos avances de ésta y las dificultades que podían generar en términos jurídicos (1.2.).

1.1. La introducción de la paridad en Francia, Bélgica y España

Francia fue el primer Estado europeo que introdujo en sus textos el concepto de paridad, distinguiéndose así de los otros países que se dotaron de las cuotas electorales (1.1.1). Pocos meses, después de la vecina gala, el Estado federal belga adoptó la paridad política que implicó - como en Francia - una revisión constitucional con el objeto de garantizar el igual acceso de las mujeres a los mandatos político (1.1.2). En cuanto a España, con el apoyo de sus disposiciones constitucionales, ya abiertas a la introducción de un tal concepto, el legislador nacional, así como los legisladores autonómicos, adoptaron leyes que asienten la paridad en el ámbito político (1.1.3).

Estos países organizaron jurídicamente la democracia paritaria con el objeto de llegar a una representación efectiva de las mujeres en los recintos y los ejecutivos políticos. Al igual que para la instauración de las cuotas electorales, hubo confrontaciones en

des femmes à la vie politique, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 2004; SENAC-SLAWINSKI, R. (coord.), «Genre et pouvoir en Europe», en *Informations sociales*, n°151, enero-febrero 2009.

²²⁴ Recomendación del Consejo del 2 de diciembre de 1996 relativa a la participación equilibrada de las mujeres y hombres en los procesos de decisión (96/694/CE). DAHLERUP, D. y FREIDENVALL, L., *Systèmes de quotas électoraux hommes/femmes et leur application en Europe*, Direction générale des politiques internes, Parlamento Europeo, Bruselas, 2008; SINEAU M., "Femmes: représentation des femmes au Parlement européen depuis 1979", en DELOYE, Y (dir.), *Le Dictionnaire des Elections européennes*, Economica, Paris, 2005, pp. 306-310.

los mismos terrenos que los evocados en el capítulo precedente: en lo socio-cultural, lo político y, por supuesto, lo jurídico.

1.1.1. Francia: del rechazo de las cuotas a la instauración de la paridad

En Francia, recordamos que el sufragio universal masculino se instauró definitivamente en 1848 con la Segunda República pero las mujeres fueron excluidas de la vida política por decreto del 24 de mayo 1795 hasta la ordenanza de Alger del General De Gaulle del 21 abril de 1944. La igualdad de derecho entre sexos ante el derecho de sufragio era realizada por fin por la universalización del sufragio al suprimir la condición sexual particular.

La constitución de 1946 y sobre todo la de 1958 consagran el fin del sufragio sexuado (sufragio masculino) al indicar que la ley garantice a la mujer, en todos los ámbitos, derechos iguales a los del hombre, incluyendo los derechos políticos y que son electores todos los nacionales mayores de ambos sexos. Así, la constitución establece el universalismo del derecho de voto y de elegibilidad.

Por otra parte, el Consejo constitucional, dos veces y en términos idénticos en sus decisiones²²⁵, lo ha confirmado al fundamentarse en el art.3 de la constitución y en el art.6 de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano. De hecho, consideró que la cualidad de ciudadano otorga el derecho de voto y la elegibilidad en condiciones idénticas a todos quienes no están excluidos y que estos principios de valor constitucional se oponen a cualquier división por categorías de electores o de elegibles, y que es así para cualquier sufragio político. Entonces, unas disposiciones legislativas no pueden afectar al principio universalista de la igualdad. La posición del Consejo Constitucional se explica por una concepción abstracta de la igualdad que consiste en impedir la reaparición de una nueva sociedad de desiguales como en el Antiguo Régimen a través de aplicación diferenciada del principio de igualdad. Para la alta jurisdicción francesa, las mujeres podían ser electoras y elegibles como individuos y no como mujeres.

Sin embargo, este reconocimiento del universalismo del sufragio no se tradujo por la llegada masiva de las mujeres a los recintos políticos. Aunque habían obtenido el derecho de votar y gobernar, éstas chocaron con el “techo de cristal” a varios niveles antes de ser elegibles a un puesto de alto rango político (presidencia de gobierno, de asambleas, ministerios de regalía como justicia, interior o defensa). En otras

²²⁵ CCF, décisions n°82-146 DC du 18 de novembre 1982, *Rec.*, 1982, p.66 y n°98-407 DC du 14 de janvier 1999, *Rec.*, 1999, p.21; v. e.o. FAVOREU, L. y PHILIP, L., *Principe d'égalité, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, París, 2009, pp. 213–242.

palabras, la igualdad en derecho, ante la ley, no se tradujo por una igualdad de hecho en cuanto a la elegibilidad de las mujeres puesto que estaban subrepresentadas en la vida política.

Finalmente, este obstáculo al real acceso de las mujeres a la vida política fue suprimido por la revisión constitucional del 8 de julio de 1999²²⁶, lo que permitió al legislador francés adoptar las leyes del 6 de julio de 2000 y del 31 de enero de 2007 para favorecer la representación política de ambos sexos.

La primera vez que aparece en Francia el término “paridad” en su acepción política fue en 1885 con la pluma de la feminista Hubertine Auclert²²⁷ quien escribió que era necesario componer las asambleas de tantas mujeres como de hombres. Más tarde en los diccionarios franceses, la paridad designa una igualdad perfecta²²⁸.

Desde los años 70, la cuestión del género resurgió con la idea de introducir cuotas o la paridad, porque el universalismo al tener en cuenta el individuo en su abstracción era visto como hipócrita, por negar la desigualdad de hecho. Había que realizar esta igualdad por el derecho, en el derecho. Pero, ¿el respeto de la unidad indivisible del pueblo puede conciliarse con la diferencia hombre-mujer? Esta problemática reenvía a la igualdad, ahora no por los sexos, sino por los géneros, considerando que la dualidad del género se funda en una diferenciación “naturalista”.

Consecuentemente, en cuanto al nombre de la igualdad substancial, la cuestión de la paridad, como la de las cuotas, rompe con el universalismo al reconocer en derecho dos categorías de ciudadanos por razón del sexo, pero la igualdad aparece entonces en una dimensión ideológica como el medio de concretización de la igualdad entre los hombres. Efectivamente, las medidas legislativas que favorecen la participación de las mujeres en la vida política, se han opuesto a la jurisprudencia del Consejo constitucional que ha considerado que los principios de igualdad y de universalidad del sufragio se oponían a “cualquier división por categorías de electores o elegibles”²²⁹. Ha consagrado la igualdad ante la ley, en el sentido de igualdad formal,

²²⁶ CLAPIE, M., “Parité constitutionnelle et égalité républicaine, (A propos de la loi constitutionnelle n°99-569 du 8 juillet 1999)», en *Revue administrative*, n°314, 2000, p.150.

²²⁷ Hubertine Auclert (1848-1914), figura emblemática de la lucha por los derechos políticos de las mujeres. Fundó en 1881 *La Citoyenne*, primer órgano de las sufragistas en Francia. Ver AUCLERT, H., *Egalité sociale et politique de la femme et de l'homme (Discours prononcé au Congrès ouvrier socialiste de Marseille)*, A. Thomas, Marsella, 1879. Ver e.o OZOUF, M., *Les Mots des suffragettes*, Fayard, París, 1995; ZWANG, A., *Les 100 femmes qui ont fait l'histoire de France*, ed. Ellipses, París, 2010.

²²⁸ Sobre los debates filosóficos en Francia, ver e.o CAHIER DU GEDISST, "Principes et enjeux de la parité", n°17, 1996; MOSSUZ-LAVAU, J., *Femmes/hommes pour la parité*, Presses de Sciences Politiques, París, 1998; Nouvelles questions féministes, "La parité 'pour' ", vol. 15, n°4, 1994; Nouvelles questions féministes, "La parité 'contre' ", vol. 16, n°2, 1995; AMAR, M. (textos reunidos por), *Le Piège de la parité. Arguments pour un débat*, Hachette, París, 1999; FRAISSE, G., *La Fabrique du féminisme*, ed. le Passager clandestin, París, 2012.

²²⁹ LEBEN, C., «Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi», en *RDP*, 1982, p.31; LOCHAK, D., «Les hommes politiques, les sages (?)... et les femmes», en *Droit social*, 1983, p. 131.

al distinguirla de la igualdad en la ley, en el sentido de igualdad material, según la distinción de Kelsen²³⁰.

Más tarde, la reivindicación de la paridad se difunde en los años 90 a partir de la publicación de un libro colectivo titulado *Au pouvoir citoyennes! Liberté, égalité, parité* escrito por Françoise Gaspard, Claude Servan-Schreiber y Anne Le Gall²³¹.

En los debates públicos se integra el concepto de la paridad y nacen asociaciones que se dedican a su promoción y "lobbying" cerca de la clase política. Las iniciativas políticas se multiplican y sensibilizan la opinión pública²³², de forma que en pocos años, el supuesto "principio" paritario se impone en los discursos políticos.

Las mujeres políticas son las primeras en sobrepasar la división derecha/izquierda. Se han organizado en un frente común, especialmente a través del *Manifeste des Dix pour la parité* que - como ya señalamos - reunió, en 1996, a diez mujeres políticas de la mayoría y de la oposición para iniciar una petición en favor de la paridad²³³.

Estas personalidades no propusieron directamente la paridad sino una cuota subrayando que la opción de las cuotas provocaría de hecho una modificación constitucional que permitiría las discriminaciones positivas. El *Manifeste* comportó una serie de proposiciones: la adopción de un escrutinio proporcional al menos parcial para las elecciones legislativas; una limitación drástica del cúmulo de los mandatos y funciones para un mejor reparto y ejercicio del poder, cuya finalidad era liberar varios miles de escaños que podrían revertir sobre las mujeres; una financiación de los partidos políticos en función del respeto de la paridad por sus

²³⁰ Recordamos que en la jerarquización de las normas elaborada por Hans Kelsen (1881-1973), había que distinguir estos dos tipos de igualdad. Entendía la *igualdad ante la ley* como el principio según el cual las autoridades sólo podían tomar en consideración las distinciones hechas en las leyes a aplicar por ellas mismas. En cuanto a la *igualdad en la ley*, ésta afecta al contenido mismo de la ley. El legislador sólo puede establecer una diferencia de tratamiento en algunos ámbitos, excluyendo los criterios de raza, religión, clase social o fortuna. Se trata de la no discriminación en la ley. V. KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Bruylant-LDGJ, Paris-Bruselas, 2004, p.182;

²³¹ GASPARD Fr., SERVAN-SCHREIBER, Cl. y LE GALL, A., *Au pouvoir citoyennes! Liberté, égalité, parité*, Seuil, París, 1992.

²³² En mayo de 1996, en un sondeo a la pregunta sobre la paridad: "¿La igualdad de hombres y mujeres en la vida política favorecería, según Usted, la igualdad de hombres y mujeres en la sociedad en general?", la respuesta fue que el 71% de los franceses y francesas contestaron afirmativamente. Tres años después, el 80% aceptaría la paridad en el caso de que se convocará un referéndum sobre su introducción. V. HELFT-MALZ, V. y LEVY, P.H., *Les femmes et la vie politique française*, Coll. Que sais-je?, P.U.F., París, 2000, pp.126-127.

²³³ Las diez firmantes fueron: Michèle Barzach, Frédérique Bredin, Edith Cresson, Hélène Gisserot, Catherine Lalumière, Véronique Neiertz, Monique Pelletier, Yvette Roudy, Catherine Tasca y Simone Veil. *Le Manifeste des dix pour la parité*, se publicó en el periódico francés L'Express, el 6 de junio de 1996, pp. 32-33.

instancias dirigentes y la adopción de una legislación sobre el sexismo semejante a la que condena el racismo²³⁴.

Antes de la publicación de este documento y paralelamente al debate filosófico-político-jurídico que veremos, la paridad fue objeto de diversas iniciativas políticas. El 18 de octubre de 1995, bajo el impulso del presidente de la República, Jacques Chirac, su primer ministro, Alain Juppé, se creó el *Observatorio de la paridad*, órgano consultivo que ya consideraba que el mejor medio para llegar a la paridad era la modificación del artículo 3 de la Constitución vía la técnica del referéndum²³⁵. El 7 noviembre del mismo año, la cuestión de la paridad resurgió a raíz de una remodelación ministerial que echó a ocho mujeres ministras de las doce sólo seis meses después de su entrada en función. Se ilustró así el concepto de las "*mujeres-alibis*" o sea la utilización de las mujeres con el fin de presentar una cierta imagen, pero sólo una imagen.

En enero de 1997, el *Observatorio de paridad* transmitió al Primer Ministro un dictamen de más de 500 páginas concluyendo que la paridad en política no podría ser efectiva a menos que se inscribiera en la Constitución. Ese dictamen exploró los medios de conseguir un equilibrio más justo entre los dos sexos en el campo político y avanzó algunas soluciones posibles. La cuestión final que planteaba era saber si había que elegir la vía de las cuotas rechazada quince años antes o la de la paridad²³⁶.

Puesto que la igualdad en derecho no se ha traducido en hechos respecto a la elegibilidad, el constituyente intervino finalmente dos veces, en 1999 y en 2007, para consagrar la paridad de género, como objetivo, replanteando así el universalismo del derecho de sufragio, más concretamente de la elegibilidad.

La puesta en marcha del procedimiento constitucional considerado como indispensable -tanto por anti y pro-paritaristas²³⁷- para la instauración de la paridad no tardó²³⁸. De hecho, adoptado en el seno del Consejo de Ministros el 17 de junio de

²³⁴ Tres años antes de la publicación del *Manifeste des dix pour la parité*, se editó el *Manifeste des 577*, firmado por 289 mujeres y 288 hombres de todo tipo de origen social, que expresaba su apoyo a la introducción de la paridad en las elecciones legislativas.

²³⁵ La modificación propuesta era en base a una composición de las listas de candidatos con un porcentaje máximo de candidatos de cada sexo si se tomaba el método de las cuotas, o sea, el acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos (o funciones) políticos quedaría garantizado por la paridad, si se adoptaba el principio de 50/50.

²³⁶ HALIMI, G., *La Nouvelle Cause des Femmes*, Seuil, París, 1997.

²³⁷ Los constitucionalistas opuestos a la paridad, Favoreu y Vedel, así como también los constitucionalistas partidarios, Carcassonne y Duhamel, ya concluyeron en 1996, que era necesaria una revisión constitucional. V. "Questionnaire de la Commission pour la parité entre les hommes et les femmes dans la vie politique", en HALIMI, G. (informadora), *La parité dans la vie politique. Rapport de la Commission pour la parité entre les hommes et les femmes dans la vie politique*, La Documentation française, 1999, pp.155 y s.

²³⁸ Sobre la cronología de la instauración de la paridad en Francia y su análisis, v. MBONGO, P., *op. cit.*, pp.341-358. El autor destaca, entre otras circunstancias, la ausencia del término propio de la paridad en el texto constitucional que el Gobierno preveía en su proyecto de 17 de junio de 1998. Su

1998, el proyecto de ley constitucional fue debatido en la Asamblea Nacional el 15 de diciembre del mismo año y en el Senado el 27 de enero de 1999. La segunda lectura del texto tuvo lugar en la Asamblea el 16 de febrero de 1999 y en el Senado el 4 de marzo de 1999. Al término de una tercera lectura, el proyecto de Ley constitucional relativo a la igualdad entre hombres y mujeres fue adoptado en congreso de revisión constitucional el 28 de junio de 1999. Entre tanto, el Consejo constitucional emitió, en su sentencia de 14 de enero de 1999, la misma motivación que la de 1982, a saber que en virtud del derecho constitucional en vigor, las cuotas y la paridad constituyen distinciones de la misma naturaleza y que sólo el poder constituyente podía instituir o habilitar al legislador a instituir.

Con la voluntad del Presidente de la República y su Primer Ministro, la ley constitucional de 8 de julio de 1999 fue objeto de un cierto consenso político-parlamentario; un consenso obtenido no sin dificultades, sobre todo, en cuanto a los términos de cada frase constitucional a insertar en la Constitución²³⁹. En cuanto al artículo 4 de la Constitución, éste prevé que los partidos contribuyan a la paridad. También se trata de un consenso con el fin de evitar una sanción eventual del Consejo constitucional.

Por fin, el mismo Consejo se pronunció sobre el proyecto de la ley del 6 de junio 2000²⁴⁰ por lo cual afirmó que la ley constitucional de 1999 daba un nuevo poder al legislador, el de obligar a los partidos políticos a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en las asambleas políticas²⁴¹.

La revisión constitucional tuvo por objetivo levantar una barrera con el fin de hacer evolucionar las mentalidades y los comportamientos políticos. Abrió, entre otras, la vía a las leyes que distinguen los sexos sin que por lo tanto sean juzgadas como anticonstitucionales. La sociedad francesa supuestamente aspiraba a representarse más fielmente y ser reflejo de la realidad. No obstante, esa misma sociedad se interrogó en cuanto a la razón de la limitación de la aplicación del principio de la paridad a ciertas elecciones y no al conjunto de los procedimientos electorales (elecciones nacionales, locales, regionales, europeas y presidenciales). Quizá la

supresión habría sido sugerida por el Presidente de la República con el fin de evitar un rechazo masivo en los bancos parlamentarios derechistas.

²³⁹ Los debates se referían efectivamente a la elección de los verbos “favorecer”, “determinar” o aún “establecer” en el párrafo añadido al artículo 3 de la Constitución. Al final, el consenso se logró sobre el verbo “favorecer”. Desde entonces, “la ley favorece el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos electorales y funciones electivas”.

²⁴⁰ Proyecto que se convirtió en la loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives, *J.O.R.F.*, du 7 juin 2000, p.8560.

²⁴¹ CCF, n°2000-430, D.C. du 29 juin 2000, *J.O.R.F.*, 5 juillet 2000, p. 8564; CCF, Décision n°2000-429, DC du 30 mai 2000 relative à la loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, *Rec.*, 2000, p. 84. V. JACQUINOT, N., «Parité homme – femme», en *Dalloz*, n°23, somm., 2001, pp. 1837-1838. Respecto a la ley de 6 de junio de 2000, v. ZIMMERMANN, M.J., *Effets directs et indirects de la loi du 6 juin 2000: un bilan contrasté*, La Documentation française, París, 2005.

respuesta está en que ciertas elecciones tienen escrutinios uninominales y técnicamente podía conducir a dificultades relativas a la presencia de un sexo u otro en las listas. ¿Pero esos obstáculos son insuperables o la voluntad política de ciertos hace de la paridad francesa un “gadget” para otorgar una satisfacción demasiado fácil a las que reivindican su derecho a la igualdad y a ponerla en práctica?

En realidad, la redacción de la ley constitucional, fruto de compromisos, permitió no debatir sobre dos temas que podían suscitar bloqueos tanto por parte de los parlamentarios como por parte del Consejo constitucional. Dichos temas fueron, por una parte, una reforma de los modos de escrutinio electorales (o sea la instauración de la representación proporcional) y, por otra parte, la concretización legislativa de la ley constitucional que implicaba medidas de incitación financiera de los partidos políticos o una imposición de un número mínimo o igual de candidatos de sexos distintos en las listas de candidaturas a todas o una parte de las elecciones políticas²⁴².

¿La paridad ha cambiado o modificado la cultura política francesa? En las primeras elecciones municipales celebradas bajo su aplicación, la modificación constitucional no cambió el paisaje político de un día para otro, porque más allá de una norma o de un texto es el comportamiento de los (y las) representantes políticos lo que debe cambiar. Se trata de una larga tarea máxime cuando sabemos los antagonismos sexuales todavía existentes y cierto machismo político que reina aún en los poderes legislativos y ejecutivos franceses²⁴³.

Constitucionalizada en 1999, la paridad extendió su campo de aplicación en 2008. Los debates que precedieron a su introducción, ilustraron el conflicto entre el universalismo y el diferencialismo sobre los conceptos de igualdad y de diferencia²⁴⁴. El primero, es reacto a las cuotas tanto como a la biologización de la política. Su principio fundamental es la libertad para el ser humano, sea hombre o mujer; es decir la posibilidad para cada uno de vivir libremente lejos de los determinismos naturales o históricos. Para los universalistas, las diferencias innegables entre ambos sexos no deben incluirse en las leyes, ni ser consideradas como la señal de un “*destino ineluctable*”. En cuanto al segundo, por contra, insiste en las diferencias que oponen a hombres y mujeres, incluso en su carácter. Diferencias estas que deberán ser reivindicadas y reconocidas en el espacio público y, por ello, político.

²⁴² V. MBONGO, P., *op.cit.*, p. 682; de CACQUERAY, S., «Droit d'amendement et bicamérisme», en *Revue française de droit constitutionnel*, n°44, 2000, pp. 821–825.

²⁴³ M. Ozouf evocó el comportamiento machista de los políticos franceses hacia sus colegas femeninas, como el caso de un parlamentario diciendo de una diputada que se preparaba a intervenir: “con ella, es el concierto de las vaginas”. V. OZOUF, M., *Les Mots des femmes. Essai sur la singularité française*, Payard, París, 1995. V. también, FRAISSE, G., *À côté du genre. Sexe et philosophie de l'égalité*, Éditions Les Bords de l'eau, París, 2010.

²⁴⁴ HELFT-MALZ, V. y LEVY, P.-M., *op.cit.*, p.33.

La inscripción de la paridad en la Constitución se hizo a pesar de la resistencia del senado francés. Además, el propio término no figura en sus disposiciones y no figura como tal en el lenguaje jurídico. Pero se trata de completar el art.3 de la Constitución que afirma el carácter indivisible y universal de la soberanía nacional, con el fin de asegurarse la conciliación de estos principios y con el objetivo de un acceso igual de las mujeres y hombres, a los mandatos y funciones públicos. La revisión constitucional n°99-569 del 8 de julio de 1999 introduce en la disposición precitada, que la ley favorece el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas. Y precisa en el art.4 de la constitución que los partidos políticos contribuyen a la aplicación de este principio en las condiciones determinadas por la ley.

En la Nación francesa, compuesta ya de hombres y mujeres “a paridad”, el concepto de “cuota” se remplaza por el concepto “paridad” que sería menos cuantificable, mejorando así las características de la igualdad. Y en cuanto a la paridad, siendo un objetivo no vinculante para el legislador, no hay obligación de tomar medidas paritarias. Sin embargo, éste adoptó la ley del 6 de junio de 2000 cuyo campo de aplicación se extendió por la ley del 31 de enero de 2007 con el fin de favorecer el igual acceso de ambos sexos a los mandatos electorales y las funciones electivas.

La ley de 6 de junio de 2000 enunció que para cualquier escrutinio de lista, el margen o la diferencia entre el número de candidatos de cada sexo no podrá ser superior a uno en cada lista electoral²⁴⁵. Además, con el fin de evitar una clasificación de los candidatos de un sexo en una lista de tal modo que su elección sea más difícil, la misma ley está dotada de una doble serie de prescripciones. Así, dispone que las listas, presentadas con ocasión de un escrutinio proporcional a dos vueltas, deban incluir un número igual de candidatos de cada sexo en el seno de cada grupo entero de seis candidatos en el orden de presentación de la lista. Por otra parte, la ley prevé que para elecciones nacionales con escrutinio proporcional de una vuelta, cada lista debe componerse alternativamente de un candidato de cada sexo²⁴⁶. Seguidamente, la ley ordena reglas apremiantes para los partidos y los grupos políticos para que presenten más candidatos de sexo femenino en las elecciones legislativas. De esta forma, hace depender parcialmente la contribución financiera pública otorgada a los partidos y a los grupos políticos del puesto que estos otorgan a las mujeres en las elecciones legislativas²⁴⁷.

²⁴⁵ Loi n°2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, *J.O.R.F.*, 7 juin 2000, p.8560.

²⁴⁶ Conciene a las elecciones senatoriales organizadas en los departamentos con tres o más sedes o escaños para el Senado y a las elecciones de los diputados franceses del Parlamento Europeo. Para las referencias completas de las disposiciones del Código electoral, v. MBONGO, P., *op.cit.*, pp. 319-320.

²⁴⁷ Art. 15 de la ley de 6 de junio de 2000 precitada. Así, por ejemplo, en las elecciones legislativas, el partido conservador UMP fue la organización menos paritaria (19,7% de mujeres candidatas), lo que le valió una disminución del 30,4 % de su dotación, o sea, 4.264 millones de euros menos en 2004. Para el partido centrista UDF, sus 19,9 % de candidatas le valieron una penalización del 30 %, o sea 667.075 euros. El partido socialista PS tuvo 34,6 % de candidatas y perdió 1,651 millones de euros.

Tanto la ley constitucional de 8 de julio de 1999 como la ley de 6 de junio de 2000 consideran que es necesario ir más allá del formalismo jurídico que consiste en decir que la igualdad de los sexos existe por su sola consagración en los textos fundamentales franceses y por la depuración del derecho positivo francés de todas las distinciones discutiblemente fundadas sobre la pertenencia al sexo femenino.

En este sentido, el Consejo Constitucional tuvo que tener en cuenta la evolución constitucional en su decisión n°2000-429 DC al afirmar que de una parte, nada se opone a que el poder constituyente introduzca en el texto de la Constitución nuevas disposiciones que derogan a reglas o principios de valor constitucional, y que de otra parte, el legislador puede adoptar disposiciones incitativas u obligatorias²⁴⁸. Esto ha permitido la adopción de las leyes siguientes:

- leyes n°2000-493 del 6 de junio de 2000 y n°2007-128 del 31 de enero de 2007 que intentan de favorecer el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y la funciones electivas²⁴⁹;
- ley n°2003-327 del 11 de abril de 2003 relativa a la elección de los consejeros regionales y de los representantes en el Parlamento Europeo así como a la ayuda pública a los partidos;
- ley n°2003-697 del 30 de julio de 2003 sobre la reforma de elección de los senadores;
- ley n°2008-175 del 26 de febrero de 2008 que facilita el igual acceso de las mujeres y hombres al mandato de consejero general.

También, la jurisdicción francesa tuvo que censurar algunas disposiciones legislativas que instauraban la paridad más allá del campo de aplicación constitucional. Así por ejemplo, en su decisión n°2001-445 DC del 19 de julio de 2001 relativa a la elección de los magistrados del Consejo superior de la magistratura, recordó que el objetivo de la paridad no era aplicable al acceso a los empleos públicos. Confirmó su jurisprudencia en otra decisión en el 2002²⁵⁰ y fue

²⁴⁸ CCF, décision n°2000-429 DC, 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*. Respecto a dicha decisión, v. BENETTI, J., «Droit d'amendement et bicamérisme», en *Les petites affiches*, n° 231, 20 novembre 2000, p. 12

²⁴⁹ Para corregir algunas debilidades de esta ley, la del 31 de enero de 2007 pretende feminizar los ejecutivos locales al prever la aplicación de la paridad en la elección de concejales municipales, así como en la elección de los miembros de la comisión permanente y de los vicepresidentes de los consejos regionales. Por otra parte, para las elecciones legislativas, la ley aumenta el importe de la penalidad financiera sin demasiada fuerza disuasiva. Sobre estas correcciones, v. PINA, S., «La loi n° 2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. Une nouvelle étape dans la parité», en *Droit prospectif: Revue de la recherche juridique*, Vol. 32, n° 119, 2007, pp. 1357-1374.

²⁵⁰ CCF, décision n°2001-455 DC, du 12 janvier 2002 relative à la composition de jurys de validation des acquis de l'expérience. Ver FELDMAN, J.-P., «Observations. Le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre», en *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 1083-1101.

seguida por el Consejo de Estado en 2007 con la sentencia *Lesourd*²⁵¹. También precisó en su decisión del 24 de julio de 2003 que el objetivo de la paridad era sólo una facultad para el legislador, y no una obligación²⁵². Se trata de una norma de habilitación. Así pues, el dispositivo del artículo 1º del Constitución que favorece una exigencia de paridad no constituye una exigencia constitucional sino un objetivo constitucional.

Después de la decisión nº2006-533 DC del Consejo constitucional que invalidó las normas que favorecían una representación equilibrada de ambos sexos en el medio profesional²⁵³, el Constituyente de nuevo se atareó con la cuestión de la paridad con la revisión constitucional del 23 de julio de 2008. Ésta extendió el campo de aplicación de la paridad al añadir al ámbito político las responsabilidades profesionales y sociales²⁵⁴. Además la nueva disposición pasó del art.3 del Constitución, bajo el título relativo a la soberanía, al art.1º que se transformó así en la fuente principal del principio de igualdad. Suspendido entre el Preámbulo y los títulos de la Constitución, el artículo 1º trasciende así el conjunto del texto constitucional²⁵⁵.

Sin poder describir una generalización de la paridad, hay que destacar la extensión de su campo de aplicación así como su ubicación en el texto constitucional al mismo nivel que el principio de igualdad aunque permanece la excepción o una derogación. Este reposicionamiento hace del objetivo de la paridad un principio regulador. De ahora en adelante, el legislador francés no sufrirá la censura del Consejo Constitucional cuando decidirá de promover la paridad en los ámbitos donde intentaba vanamente intervenir hasta entonces²⁵⁶.

Al erigir como objetivo constitucional el igual acceso de mujeres y hombres a las responsabilidades electivas y al instituir una obligación para los partidos políticos contribuir a su aplicación, permitió la elaboración de un cuerpo legislativo que se

²⁵¹ C'Etat sect., 22 juin 2007, *Lesourd*, Lebon, p. 253, con las conclusiones de T. Olson. Ver. AA.VV., «La parité. La portée par ricochet devant le juge administratif des réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel», en *RFDA*, 2007, p.1077.

²⁵² CCF, décision nº2003-475 DC du 23 de juillet de 2003 relative à la loi portant réforme de l'élection des sénateurs, *Rec.*, 2003, p. 400; V. comentarios de GHEVONTIAN, R., «La réforme du Sénat: de l'étroite juridique à la régulation juridique», en *Les petites affiches*, 8 de julio de 2004, nº136, pp. 812-816.

²⁵³ CCF décision nº2006-533 DC du 16 de mars 2006 sur la loi relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes, *Rec.*, p.39; V. CHALTIEL, F., «Le principe d'égalité entre les hommes et les femmes devant le Conseil constitutionnel: égalité ou équité ?», en *Les petites affiches*, 11 de abril de 2006, nº72, pp. 5-7

²⁵⁴ Sobre la extensión del campo de aplicación de la paridad, ver *infra* sección 2.

²⁵⁵ PRELOT, P.-H., «L'immuable égalité? A propos du rapport Veil. Redécouvrir le principe de la Constitution», en HERRERA, C.-M. y PINON, S. (dir.) *La démocratie. Entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, Ed.Kimé, París, 2012, p.83.

²⁵⁶ En 2012, el Gobierno de Jean-Marc Ayrault (PS), Presidente de gobierno, fue el primero en respetar la paridad hombres-mujeres. Respecto a la composición del gobierno, consultar el sitio web del Gobierno francés dedicado a las mujeres: <http://femmes.gouv.fr/le-gouvernement-ayrault-le-gouvernement-de-la-parite/>

fundamentó por lo esencial en dos «tipos de mecanismos» que son la constitución paritaria de listas de candidaturas cuando el modo de escrutinio lo permite y, para las elecciones legislativas al escrutinio uninominal, el recurso a penalidades financieras impuestas a los partidos que no presentan una proporción suficiente de candidatas. Estos mecanismos se han destacado, en la práctica, por una eficacia muy desigual.

Desde la introducción de la paridad en el ordenamiento jurídico francés hasta las últimas elecciones legislativas que se basan en el escrutinio uninominal (2012), la tasa de candidatas no ha sobrepasado los 30% (26,9%), a pesar de haber conocido un aumento, sin embargo débil y lento. Además, los partidos políticos han preferido pagar penalidades en vez de invertir a mujeres en el lugar de los diputados salientes. En otros términos, la legislación paritaria ha generado resultados contrastados según los modos de escrutinio. El escrutinio de lista, con obligaciones estrictas en cuanto a la composición paritaria de las listas de candidatos, permitió a la paridad devenir una realidad efectiva en los consejos municipales de municipios de más de 3.500 habitantes, en los consejos regionales y en la representación francesa en el Parlamento europeo.

Además, a pesar de la promulgación de la ley de 2007 que impone la paridad en la elección de los concejales municipales, la proporción de mujeres elegidas alcaldesas se mantiene reducida (13,8%) y las cabezas de listas investidas por los partidos políticos son hombres a 83,5%²⁵⁷. Algunos analizan que esos malos resultados para la paridad no son sorprendentes. En efecto si ésta hubiera generado una disminución del número de hombres elegidos, ¿habría significado que los que votaron la ley de la paridad habrían renunciado a sus escaños! Su voto en favor de dicha ley se hizo sobre la base de un cálculo. El caso de las elecciones legislativas es ilustrativo de ello.

Tratándose de un sistema mayoritario a dos turnos, sólo un candidato está elegido por distrito electoral. En la gran mayoría de los distritos electorales, el resultado electoral es decisivo al segundo turno que opone la derecha a la izquierda. La paridad aumenta la probabilidad para un candidato saliente de encontrarse en el segundo turno de su distrito contra una mujer. Ahora bien, si el electorado francés prefiere votar a hombres, eso permite para un candidato saliente volver a ser elegido.

Quizás con la voluntad de “forzar la mano” de los votantes, este verano 2013, el Gobierno, con la aprobación del Consejo constitucional²⁵⁸, ha introducido una modificación en el modo de elección para el escrutinio cantonal de cara a las

²⁵⁷ ANDRÉ, M., *Rapport d'information sur l'impact pour l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives des dispositions du projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, de réforme des collectivités territoriales (n° 527, 2009-2010)*, Sénat, s.o., 2009-2010, 10 juin 2010.

²⁵⁸ CCF, Décision n°2013-667 DC du 16 mai 2013 sur la loi relative à l'élection des conseillers municipaux, des conseillers communautaires et des conseillers départementaux, et modifiant le calendrier électoral, *J.O.R.F.* du 18 mai 2013, p.8258; para un comentario sobre la decisión, v. VERPEAUX M., «Réformes des modes de scrutin locaux: révolutions et continuités», en *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 24 de junio de 2013, n° 26, pp. 24-36.

próximas elecciones de 2015. Con el fin de instaurar la paridad en los consejos departamentales (antiguos consejos generales departamentales), cada candidatura será compuesta de un “tándem hombre-mujer “elegible a dos, en un escrutinio ahora mayoritario a dos turnos binominal²⁵⁹.

Si las mujeres están perjudicadas en comparación con los hombres, esto está vinculado a la visión que la sociedad que tiene de ellas. Sin embargo, no está seguro que la obligación legal pueda imponer una inversión de tendencia. Los resultados electorales mediocres tras la adopción de la paridad revelan los límites de ésta tanto el plan conceptual²⁶⁰ que, no obstante, reenvía a elecciones de sociedad, más allá de la representación política cuyo papel motor ha justificado un tratamiento específico. La paridad, como instrumento de la igualdad de género, constituye un movimiento de fondo favorable a mujeres como individuos, pero también una fuente profundo de modificación de la posición de la mujer en la sociedad francesa. Parece difícil ir más allá en el plano legislativo, y son más bien algunos comportamientos o visiones de la sociedad que conviene hacer evolucionar.

1.1.2. Bélgica: de las cuotas a la paridad

En el año 2002, el parlamento federal belga adoptó la revisión del título II de la Constitución con el fin de insertar – sin indicar su nombre – la paridad a través de una disposición relativa al derecho de las mujeres y de los hombres a la igualdad y que favorezca su igual acceso a los mandatos electivos y públicos. Pocos años separaron la ley de 1994 sobre las cuotas electorales de la proposición del ejecutivo belga²⁶¹. Las razones de este breve paso de tiempo deben hallarse, entre otras, en las lagunas de dicha ley y las coyunturas electorales y políticas²⁶².

La Ley de 1994 se aplicó varias veces y los resultados fueron decepcionantes. De hecho, entre los años 1995 y 2000, la representación femenina en el recinto político belga había crecido de 16% a 28,3%; mientras que por el mismo periodo el

²⁵⁹ Loi n°2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, *J.O.R.F.*, 18 mai 2013, p. 8242.

²⁶⁰ Ver *infra* sección 2 sobre la naturaleza jurídica de la paridad.

²⁶¹ Respecto a la introducción de cuotas electorales en Bélgica, ver *supra* Capítulo I, sección 2.

²⁶² VERZELE, V. y JOLY, C., «La représentation des femmes en politique après le 13 juin 1999. Evaluation de l'application de la loi Smet-Tobback», en *Courrier hebdomadaire, CRISP* n°1662-1663, 1999; VAN INGELGOM, V., «Le genre et la politique: Les lois sur la parité en Belgique, quel bilan du côté des électeurs?», en FROGNIER, A.-P., BAUDEWYNS, P. y DE WINTER, L., *Comportements et attitudes lors des élections de 2007 et 2010 en Belgique*, UCL-SSH/SPLE-Institut de sciences politiques Louvain-Europe, Louvain-la-Neuve, 2014.

Parlamento español – sin legislación de cuotas o paritaria – pasaba de 12% a 23,3%²⁶³.

La primera aplicación integral de la ley²⁶⁴ –en las elecciones legislativas del 13 de junio de 1999– mostró que una proporción del 39% de mujeres candidatas en las listas no llegaba sistemáticamente a la misma proporción de mujeres elegidas (la proporción de parlamentarias femeninas esperada se elevó al 23,3% en 1999, contra el 18,5% después de las elecciones legislativas de 1995)²⁶⁵. Además la noción de repartición equilibrada en las listas electorales no debía tener la misma significación según los partidos ya que la mitad del 40% de la presencia femenina en el conjunto de las listas, podía pretender las plazas elegibles²⁶⁶. Durante las elecciones municipales y provinciales del 8 de octubre de 2000 – las últimas elecciones belgas – un 26,1% de mujeres fueron elegidas en los ayuntamientos y un 29,3% en las diputaciones provinciales, o sea una progresión respectiva de 8,5 y 6,2%. Se constata aún la ausencia de la “masa crítica” de un 30% de mujeres elegidas y todavía, éstas están (casi) totalmente ausentes de ciertos gobiernos regionales o de las comunidades del Estado federal²⁶⁷.

De esta circunstancia se obtuvieron conclusiones sobre la insuficiencia de la ley de 1994 y la necesidad de insertar nuevas disposiciones legales y constitucionales con vistas a favorecer la igualdad de oportunidades y, entre otras, instaurar la paridad como una modificación del sistema electoral en vigor para volverlo más neutro en términos de “género”²⁶⁸. Por ello, ya desde el principio de la introducción de las cuotas en el marco político belga, se manifestaron proposiciones en favor de un cambio a la Ley Tobback-Smet.

Las críticas principales se focalizaron sobre la eficacia de las cuotas electorales para conseguir el objetivo de una representación equilibrada de hombres y mujeres. La

²⁶³ UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Progrès et reculs des femmes dans les Parlements nationaux entre le 1^{er} juillet 1995 et le 20 mai 2000*, fiche n°4, Ginebra, 2000. En un estudio publicado por el *Centre de recherche et d'information socio-politiques* relativo a la representación de las mujeres en política después de las elecciones del 13 de junio de 1999, se destaca que “(...) en todas las asambleas, la ley sobre las cuotas no habrá cambiado radicalmente la representación femenina del paisaje político belga. El maremoto de las elegidas no se ha producido. Era de prever porque la cuota era sobre el conjunto de la lista pero no específicamente sobre los puestos en orden útil” (cf. *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1999, n°1662-1663, pp.82-83).

²⁶⁴ En efecto, el legislador de 1994 había previsto la instauración progresiva de las cuotas. Para las elecciones provinciales y municipales, a partir del plazo electoral más cercano (o sea las del 9 de octubre de 1994) y para las elecciones federales a partir del 1 de enero de 1996. En caso de elecciones anticipadas antes de 1999, el número autorizado de candidatos del mismo sexo sería de tres cuartos. El resto de las elecciones se sometería a las cuotas electorales a partir del 1 de enero de 1999.

²⁶⁵ VERZELE, V. y JOLY, C., *op.cit.*, p.76.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ Recordemos que el Estado federal belga se compone de tres regiones (Región de Bruselas-Capital, Región Valona, Región Flamenca) y de tres comunidades (Comunidad Valonia-Bruselas, Comunidad flamenca y Comunidad germanófona). Para un conocimiento básico de las instituciones federales y federadas, v. e.o. VANDE LANOTTE, J., GERLACHE, A. y UYTENDAELE, M., *La Belgique pour débutants: le labyrinthe belge: guide pratique*, La Chartre, Bruselas, 2010.

²⁶⁸ MARQUES-PEREIRA, M., “La citoyenneté politique...”, *op. cit.*, p.11.

dificultad residía en el hecho de que el sistema previsto no garantizaba de ninguna manera la elección de éstas. El fallo doble se caracterizaba más arriba y más abajo de la puesta en marcha de la “innovación” legislativa de 1994.

En efecto, el primer límite residía en la ausencia de obligación en cuanto al puesto de las mujeres en las listas, y el segundo en cuanto a la fuerza vinculante de la ley contra los partidos políticos. En este sentido, desde la introducción de las cuotas, los resultados electorales no desmintieron las críticas que más tarde iban alimentar el debate abierto a favor de la paridad política.

De hecho, el sistema electoral belga de representación proporcional, tal cual es en la práctica, permite que los candidatos sean elegidos gracias principalmente al mejor o peor puesto que ocupan en el seno de la lista antes bien que gracias al número de sufragios que han obtenido. En otros términos, la designación de los elegidos depende, en la mayoría de los casos, no tanto de la elección propiamente dicha sino más bien de la confección de las listas. Teniendo en cuenta el efecto devolutivo del orden de clasificación de los candidatos, generalmente, es el lugar de los candidatos en el seno de la lista, bien en orden útil o bien sólo a una plaza de figuración, lo que dirige su elección. Así, una lista que puede “colocar” su cuota de candidatas en plazas o puestos de atrás respeta las prescripciones de la ley pero no contribuye de ningún modo al objetivo perseguido, a saber, garantizar una representación más equilibrada de las mujeres en el seno de las asambleas. La falta de eficacia de las medidas de la ley de 1994 se hizo sentir con ocasión de las elecciones que siguieron²⁶⁹.

El otro límite de la ley de 1994 se fundaba en la disposición de la sanción contra las listas electorales que contrarían eventualmente las prescripciones de la ley de las cuotas²⁷⁰. El legislador preveía que “*la Mesa principal del Colegio o de la circunscripción electoral rechace las listas que no satisfagan las disposiciones del artículo 117bis del Código electoral*”²⁷¹.

La sanción, *a priori*, parece “radical” pero cuando se analiza más detenidamente constatamos que sólo tiene una apariencia radical, pero nada más. De hecho, por una parte, un partido podía siempre rectificar su lista en el momento del control de la presentación de las listas²⁷² y, por otra parte, la legislación conocía ya este tipo de

²⁶⁹ La jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) ya ha utilizado el criterio de la eficacia de la norma litigiosa para apreciar su validez, mostrándose más inclinado a declarar discriminatoria una medida que no presenta ninguna eficacia o una eficacia marginal respecto al objetivo perseguido. Véase UYTTENDAEL, M., y SOHIER, J., op.cit., p.255; MERTENS de WILMARS, Fr., op.cit., p.186.

²⁷⁰ Véase el artículo 119. 5 del Código electoral belga.

²⁷¹ La misma sanción estaba prevista en las otras legislaciones relativas a las elecciones europeas regionales, provinciales y municipales.

²⁷² Véase el artículo 123 del Código electoral belga.

sanción antes de las cuotas²⁷³. La sección de legislación del Consejo de Estado, favorable al principio de las cuotas, había manifestado en 1994, sin embargo, su hostilidad respecto a ese tipo de sanción debido a la incompatibilidad con la Constitución, en este caso, con los artículos 10 y 11.

Más tarde, la misma sección del Consejo de Estado se mostró aún más hostil frente a la sanción del rechazo de las listas. La sanción no recaía sobre las ventajas accesorias significativas que violaban el principio de igualdad sino sobre el ejercicio mismo del derecho de presentarse candidato. Así la condición impuesta al ejercicio del derecho de elegibilidad no se conformaría con las reglas constitucionales en vigor. Por eso, el gobierno debió revisar su proyecto y prever una sanción que respetara la proporción entre el objetivo perseguido y los medios utilizados²⁷⁴. Sin embargo, el Gobierno mantuvo su posición afirmando que sólo se exigía tener en cuenta los principios relativos a una composición equilibrada de las listas.

A este efecto, éstas presentarían menos candidatos que escaños hay a repartir. Significaba, para él, que los puestos de las listas que estaban reservadas al sexo menos representado no podían ser, enteramente o en parte, satisfechas plenamente. Siempre, según el Gobierno federal, esta medida concretamente llevaba a un número más restringido de candidatos en la lista sin perjudicar su propia validez. La conclusión del Gobierno federal fue, entonces, que el derecho de presentarse candidato o ser elegido no estaba en causa²⁷⁵.

Por esencia, el derecho de elegibilidad es, en una sociedad democrática, un derecho incondicional. Desde hace un siglo y medio, el sistema democrático trabaja por la flexibilidad siempre aumentado las condiciones de elegibilidad. La medida prevista ha sido la primera en inscribirse en una perspectiva inversa. Sin embargo, el legislador ha tenido conciencia del hecho de que la voluntad legítima de proteger a un grupo minorizado en el ejercicio de un derecho no podía, en el nombre de la igualdad, suprimir radicalmente otras categorías del beneficio de este derecho²⁷⁶. Se halla la proporcionalidad respetada por la instauración de una sanción moderada²⁷⁷.

²⁷³ Esta sanción estaba prevista para las listas que sobrepasaban el número máximo de los candidatos de los escaños vacantes.

²⁷⁴ Dictamen del 17 de noviembre de 1993, Cámara, Doc. parl., s.o., 1316/1 (1993-1994), p.20.

²⁷⁵ Ídem, Exposición de motivos, pp. 4-5.

²⁷⁶ CArb., 15 juillet 1993, arrêt n°65/93, *M.B.*, 18 septembre 1993, p.20693. Para la alta jurisdicción, en el marco de un equilibrio de tendencias políticas entre los funcionarios de entidades culturales públicas, las reglas constitucionales de igualdad y no discriminación no excluyen que una diferencia de tratamiento sea establecida en función de determinadas categorías de personas con la condición de que el criterio de diferenciación sea justificable objetiva y razonablemente. Si es legítimo garantizar equilibrios, el legislador falta al principio de proporcionalidad al recurrir, para conseguir este objetivo, a un sistema que impone a la autoridad derogar al principio de igualdad en base de convicciones personales. V. MARIQUE, S., "Entre équilibre et égalité", en *J.L.M.B.*, 1994, p. 74 y ss.

²⁷⁷ Respecto a la proporcionalidad de las cuotas electorales y a sus sanciones, véase MERTENS de WILMARS, Fr, *op. cit.*, pp. 186-187.

Ciertos autores, con ocasión de la entrada en vigor de la Ley de 1994, preconizaban otras medidas – al menos – de la misma eficacia que la sanción prevista y quizás más respetuosa con las disposiciones constitucionales: medidas incitativas y sanciones morales²⁷⁸. Las primeras podían favorecer las listas conformes a las prescripciones legales y ser más adecuadas al concepto de la proporcionalidad. No perjudicaban las listas no respetuosas de las cuotas, ni al derecho de elegibilidad ya que nadie se encontraría excluido del “juego electoral” sólo por su sexo²⁷⁹. La ventaja de esa solución es que garantizaba no sólo la presencia femenina en las listas electorales sino su elección. Sin embargo, no era aplicable a todas las elecciones como, por ejemplo, las europeas o legislativas (equivalentes a las generales españolas) porque el número de escaños está limitado. Las segundas podían traducirse por una publicidad negativa; o sea una presentación de las listas desequilibradas en los ayuntamientos, en las papeletas, etc. Dirigiéndose a la opinión pública, esta medida no podía afectar el derecho de elegibilidad de los candidatos y respetaba todas las exigencias del principio de igualdad²⁸⁰.

Así, el legislador belga, tanto por las sanciones como por la falta de obligación de concretar un puesto en orden útil de las candidatas, falló en su tentativa de cambiar el curso de las cosas políticas. Lo que hizo a algunos escribir sobre la inútil reforma del sistema representativo electoral²⁸¹. La presencia de las mujeres y su elección en los recintos políticos depende todavía del voluntarismo de los partidos políticos.

El 2 de agosto de 2000, la sección legislativa del Consejo de Estado dio su dictamen analizando el anteproyecto como tendiendo a imponer la paridad en las candidaturas a las elecciones. Recordó que en el pasado había mostrado la inconstitucionalidad de los proyectos de ley que tienden a imponer una presencia mínima de representantes de cada sexo en las listas electorales. Indicó que, en un dictamen precedente, con el fin de rechazar las objeciones provocadas por tales proyectos, convenía en prever una disposición constitucional que favorecía el igual acceso de mujeres y hombres en los mandatos electorales²⁸². Por ello, consideró que su dictamen estaba sometido a la reserva expresa que “(...) el texto de la disposición constitucional modificada adoptada al final iba a ser conforme al texto propuesto así por el Gobierno o, en caso de cambio eventual, mantenía la posibilidad de adoptar las medidas consideradas por el proyecto examinado”.

²⁷⁸ UYTTENDAELE, M. y SOHIER, J., op. cit., p.256.

²⁷⁹ La idea era, entre otras, concretizar la concesión de un escaño suplementario. V. VERDUSSEN, M., «La participation des femmes aux élections en Belgique», en *RFDC*, 1999, pp. 799-809.

²⁸⁰ Era el sentido perseguido por el Consejo de Estado con ocasión de la presentación por el Gobierno federal del primer anteproyecto ya mencionado.

²⁸¹ UYTTENDAEL, M. y SOHIER, J., *ibid.*

²⁸² El Consejo de Estado reenvió, entre otros, a sus dictámenes L. 21.990/VR de 18 de diciembre 1992, sobre la proposición de ley especial relativa a acabar la estructura federal del Estado (Senado, Doc. parl, s.o., 558/2 (1992-1993), p.2); v. el dictamen L.29.910/2 del 3 de abril de 2000, sobre un anteproyecto de ley que tiende a reducir a la mitad el efecto devolutivo de los votos expresados en la casilla de cabeza y suprimir la distinción entre candidatos titulares y candidatos suplentes para la elección de las Cámaras legislativas federales, del Parlamento europeo, del Consejo de la Comunidad germanófona y de los consejos provinciales y locales.

La Constitución fue modificada oficialmente en sus disposiciones 10bis y 11bis, el 28 de febrero de 2002. Al igual que en la Constitución francesa, el concepto de la paridad no aparece como tal en el texto supremo del Estado belga, debido a su carácter demasiado “polémico” política y jurídicamente. Por ello, el artículo 10bis dispone que “se *garantiza* el derecho de mujeres y hombres a la igualdad” mientras que el artículo 11bis pretende que “la ley, el decreto y la regla visada en el artículo 134 *favorecen* el igual ejercicio de sus derechos y libertades, y entre otros su igual acceso a los mandatos electivos y públicos”. En este sentido, el legislador ha previsto varias modificaciones en las normativas electorales con el fin de proponer las mismas oportunidades al elector y los elegibles en la representatividad de la sociedad belga.

Así, desde 2002, las “leyes sobre la paridad” imponen que las listas electorales tengan tanto candidatos femeninos como masculinos²⁸³. Únicamente, las listas que contienen un número impar de candidatos pueden derogar esta regla. Además que estas leyes determinan que las listas electorales deban ser compuestas de manera paritaria, prevén que las dos primeras plazas deben ser ocupadas por personas de sexo distinto.

Después de las elecciones federales del 7 de junio de 2007, la proporción de mujeres parlamentarias aumentó de manera significativa con 36,7% en la Cámara de Representantes y 30% en el Senado. Tres años más tarde, en el marco de las elecciones federales anticipadas del 13 de junio de 2010, las tasas de candidatas elegidas se destacaron respectivamente por unos 39,3% y 42,5%. Estas elecciones federales revelan un aumento significativo de candidatos femeninos y parecen indicar el efecto duradero de las leyes de la paridad, a lo largo de los ocho años desde su adopción.

Sin embargo, hay que destacar el efecto “perverso” de las leyes belgas porque muy pocos diputados masculinos perdieron su escaño debido a la paridad. Ha de encontrar al menos dos razones que expliquen esa paradoja. Por una parte, desde 1994, las cuotas electorales se introdujeron gradualmente para llegar a los 50%. De otra parte, en el mismo periodo, se adoptó otras modificaciones del código electoral que protegían los escaños de los electos salientes. En efecto, la introducción de un umbral mínimo del 5% de votos a alcanzar para acceder a la representación limita el número de partidos que obtienen escaños y aumenta entonces el número de escaños para esos partidos mientras que el aumento del papel de los votos de preferencia alza la garantía para los electos salientes de volver a ser elegidos, independientemente de su

²⁸³ Ley de 17 de junio de 2002 que garantiza una presencia igual de hombres y mujeres en las listas de candidatos en las elecciones del Parlamento Europeo (*M.B.* del 28 de agosto de 2002); Ley de 18 de julio de 2002 que garantiza una presencia igual de hombres y mujeres en las listas de candidaturas en las elecciones de las cámaras legislativas federales y del consejo de la comunidad germanofona (*M.B.* del 28 de agosto de 2002); Ley especial de 18 de julio de 2002 que garantiza una presencia igual de hombres y mujeres en las listas de candidatos en las elecciones del consejo regional valón, del consejo flamenco y el consejo de la región de Bruselas Capital (*M.B.* del 13 de septiembre de 2002).

ubicación en la lista de candidatura electoral. En otros términos, el aumento de las mujeres elegidas en el Parlamento no se hizo en detrimento de los electos salientes sino en detrimento de nuevos candidatos potenciales...masculinos.

En cuanto a las últimas elecciones celebradas el 14 de octubre de 2012, las elecciones municipales y provinciales, sin embargo reflejan un freno a la progresión de las mujeres elegidas, en comparación con las penúltimas elecciones municipales y provinciales de 2006, año en que se impuso la paridad en las listas de este tipo de elecciones. Si en la Región de Bruselas Capital, la tasa pasó de 49,25% a 49,28%²⁸⁴, a nivel de las provinciales pasó en Flandes y Valonia, respectivamente de 36,74% a 41,60% y de 47,83% a 47,78% mientras que a nivel municipal, evolucionó en Wallonie de 48,54% a 48,66% mientras que en Flandes, pasó de 33,41% a 36,14%²⁸⁵.

¿El efecto de este “freno” en estas últimas elecciones destacarían los efectos limitados de la paridad en la participación de las mujeres a la vida política? Quizás, es demasiado pronto para establecer un diagnóstico porque una elección local no tiene las mismas características y apuestas que otras elecciones de calibre más importante en términos de estrategia para los partidos.

Sin embargo, podemos interrogarnos sobre el impacto de la paridad diez años después de su adopción en el paisaje político belga. Si las mujeres francófonas (Valonia) se mantienen en una posición casi paritaria en los ayuntamientos, sus homologas flamencas se quedan bloqueadas a un tercio de representatividad respecto a los candidatos flamencos elegidos. ¿Las próximas elecciones, en 2014, desmentirán esta estagnación?²⁸⁶...

Si la combinación de la representación proporcional con la paridad (o las cuotas paritarias contribuye ampliamente a la feminización de los parlamentos belgas, estos dos factores no bastan. La obligación de paridad hombres-mujeres en las listas con el

²⁸⁴ En la región de Bruselas Capital, por no tener provincias, sólo se celebraron las elecciones municipales.

²⁸⁵ Sobre la participación de las mujeres en las elecciones locales y provinciales, ver e.o. MARISSAL, C., HANSEN, I., GUBIN, E., VAN MOLLE, L. (dir.), *Vers une démocratie paritaire: analyse des élections communales et provinciales du 8 octobre 2000*, Ministère Fédéral de l'Emploi et du Travail. Direction de l'Egalité des Chances, Carhif – AVG, Bruselas, 2001; CARTON, A., “The General Elections in Belgium in June 1999: A Real Breakthrough for Women Politicians?”, en *The European Journal of Women's Studies*, n°8(1), 2001, pp. 127-135; VERZELE, V. y JOLY, C., *La représentation des femmes en politique après les élections du 13 juin 1999*, CRISP, Bruselas, 1999. Ver también CONSEIL DE L'EGALITE DES CHANCES ENTRE HOMMES ET FEMMES, *Avis n° 106 du conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes sur les conséquences des nouvelles dispositions décrétales pour les élections communales et provinciales*, Bruselas, 2006.

²⁸⁶ En las próximas elecciones locales de la Región Valona, en cada lista, cualquier candidato debe ser de sexo distinto respecto al candidato que le sigue en el orden de la lista. (Decreto de la Región Valona del 21 de febrero de 2013 que garantiza una presencia igual y alternada entre mujeres y hombres en las listas de candidaturas en las elecciones locales y provinciales organizadas en Región Valona, M.B. del 4 de marzo de 2013).

escrutinio proporcional ha permitido aumentar la parte de elegidas pero sin alcanzar la estricta paridad²⁸⁷.

1.1.3. España: la base ya presente en la Constitución

La paridad política también se ha manifestado en España. Si varios partidos políticos adoptaron medidas internas para mejorar la presencia de las mujeres en sus listas electorales, el legislador nacional adoptó la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que modificó la normativa electoral sin la necesidad de proceder a una revisión constitucional²⁸⁸.

En efecto, con la elaboración de las listas electorales, no sólo los políticos y los movimientos feministas, sino también la doctrina, abrió el debate sobre la previsión legal de la paridad en las listas²⁸⁹.

²⁸⁷ FIERS, S., SERVVRANCKX, E., PILET, J.-B., HONDEGHEM, A., DELWIT, P., MADDENS, B. y GERARD, E., *La participation des hommes et des femmes à la politique belge. Rapport pour l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes*, Bruselas, 2006.

²⁸⁸ Sobre la introducción de la paridad en España, véase e.o. MACÍAS JARA, M., *La democracia representativa paritaria: consideraciones al hilo de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba: Delegación de Igualdad, Diputación de Córdoba, Córdoba, 2009; MARTIN DE LLANO, M^a. I. y SERRANO MAILLO, M^a I., “El principio de igualdad y la democracia paritaria”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.(coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp. 57-77; RUIZ-RICO RUIZ, G.J., “Paridad y acción positiva en el Derecho electoral autonómico”, en GÁLVEZ MUÑOZ, L.A. (coord.), *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas, revisión y mejora*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 145-184; BELDA PEREZ-PEDRERO, E., “La paridad electoral con finalidad dissociada de las acciones positivas a favor de un sexo”, en *Parlamento y Constitución*, n^o10, 2006-2007, pp. 181-199; MARTINEZ ALARCON, M^a.L., *Cuota electoral de mujeres y derecho constitucional*, ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 2006; ARCE JANÁRIZ, A., “Primeras leyes en España sobre la paridad electoral”, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n^o 5, 2002, pp. 1699-1705; MARTINEZ SAMPERE, E., “La legitimidad de la democracia paritaria”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.107, 2000, pp.133-149.

²⁸⁹ Véanse e.o. DELGADO, I. (ed.), *Alcanzando el equilibrio: el acceso y la presencia de las mujeres en los parlamentos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; SIERRA GONZALEZ, A., *Democracia paritaria*, ed. Alertes, Barcelona, 2007; SEVILLA MERINO, J., “Iniciativas y reformas de las leyes electorales. Modificación de las normas de financiación de los partidos políticos”, en SAAVEDRA, P., op. cit.; COBO BEDIA, R., “Sexo, democracia y poder político”, en *Feminismo/s: Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, 2004, n^o3, pp. 17-29; RUIZ MIGUEL, A., op. cit.; URIARTE, E., y ELIZONDO (coords), *Mujeres en política: Análisis y práctica*, Ariel, Barcelona, 1997; AA.VV., *Democracia paritaria*, ed. Tertulia Feminista les Comadres, D.L., Gijón, 1999. Sobre el comportamiento de los partidos políticos, véanse además de las referencias citadas por TRUJILLO, M. A., op. cit., p. 363; VERGE MESTRE, T., “Cuotas voluntarias y legales en España. La paridad a examen”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)*, n^o 123, 2008, pp. 123-150; BLANCO VALDES, R., *Los partidos políticos*, Madrid, 1990; GONZALÉZ ENCINAR, J.J. (coord.), *Derecho de partidos*, Madrid, 1992; véase también SANCHEZ FERRIZ, R., op. cit., en *Mujer y Constitución en España*, pp.235-257; DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA INTERIOR, *Elecciones a Cortes Generales 2008. Impacto de la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ministerio del Interior, Madrid, 2008; IDEM, *Elecciones Locales*

En el marco constitucional, aún se observa la autonomía de los partidos respecto a la idea de instauración de la paridad o de las cuotas electorales pese la posibilidad eventual y “teórica” para el legislador de intervenir al imponer un mínimo estatuario a los partidos que les obligaría a prever la paridad²⁹⁰. Como en los otros sistemas democráticos europeos, prevalece el derecho de los ciudadanos a la participación en la formación de la voluntad general que se concretiza por los sufragios activo y pasivo.

El legislador español no se ha manifestado a favor de la paridad y la cuestión de una eventual imposición legal de la paridad en la selección de los candidatos a las elecciones vuelve al debate constitucional sobre las cuotas. Esta ausencia de manifestación equivale a un silencio legislativo y constitucional que, *a priori*, no rechaza la toma en consideración de un sistema que favorecería la “democracia paritaria”²⁹¹. Aparentemente, el legislador deja a los partidos inscribirla en sus estatutos. Así, el PSOE fue el primer partido español que inició el camino hacia la paridad en 1988 al instaurar el sistema de cuotas (25%) como medida de acción positiva para incorporar mujeres al partido y a sus órganos de representación. En principio, se trataba de una recomendación no obligatoria hasta 1997 cuando aprobó la democracia paritaria, en virtud de la cual ningún sexo podía estar representado por debajo del 40% ni por encima del 60% en cualquier órgano de dirección, control o ejecutivo socialista²⁹². En contra, el Partido Popular (PP) nunca ha sido partidario del sistema de cuotas aunque en la realidad, de manera no oficial integra un número elevado de mujeres en sus órganos internos y en sus listas electorales. En efecto, respecto a las cuotas y a la paridad, el PP no adoptó normas internas pero incorporó siempre más mujeres, amparándose en los derechos individuales y en la igualdad de oportunidades.

2007. *Impacto de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ministerio del Interior. Madrid, 2007.

²⁹⁰ Véase *supra* la práctica de las cuotas en los partidos políticos españoles. Más información sobre el caso español la ofrecen, entre otros, los siguientes estudios: SEVILLA MERINO, J., “Iniciativas y reformas de las leyes electorales. Modificación de las normas de financiación de los partidos políticos”, en SAAVEDRA, P., (dir.), *Hacia una democracia paritaria*, Celem, Madrid, 1999; RUIZ MIGUEL, A., op. cit.; TRUJILLO, M. A., “La paridad política”, en *Mujer y Constitución en España*, op. cit., pp.355-385; PECES-BARBA, G., “De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones”, en LÓPEZ GARCIA, J.A., y DEL REAL, J.A., (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, 2000, pp.169-180; VERGE MESTRE, T., *ibíd.*; MARTINEZ-CARRASCO PIGNATELLO, C., “Igualdad de género y paridad democrática. Cuotas electorales: imposición por ley o libertad de partidos”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.6, 2004.

²⁹¹ Como ocurrió con las cuotas, ni la Constitución ni la ley 54/1978 sobre los partidos políticos, ni la L.O. 5/1985 de 19 de junio de 1985 de régimen electoral general y la normativa electoral autonómica, evocan la paridad ni por supuesto el método de su aplicación en la preparación de las listas electorales.

²⁹² En el caso de IU, a partir de finales de los años ochenta, el partido tenía la obligación de incorporar un mínimo de 35% de mujeres, tanto para sus órganos internos como los de representación popular. Una vez alcanzada la democracia paritaria, ningún sexo debía ocupar más del 60% de los puestos en los órganos de dirección y en las listas electorales. V. SEVILLA MERINO, J., “La presencia de las mujeres en los parlamentos: Las Cortes Valencianas”, en *Anuario de Derecho Parlamentario, Cortes Valencianas*, n° 4, 1997, p. 384; VENTURA FRANCH, A., “Sistema electoral y género”, en *Corts. Anuario de derecho parlamentario*, n° 8, 1999, pp. 379-404.

En definitiva, la cuestión de las cuotas paritarias tanto en las listas electorales como en las estructuras internas de los partidos siempre dependía de la buena voluntad de éstos por medio de sus propuestas legislativas. Como consecuencia, éstas crearon poco una toma de conciencia, en la clase política, a favor del apoyo a la presencia de las mujeres en los procesos de toma de decisiones. Probablemente, se debió a la débil oposición contra la instauración de un mínimo porcentual - es decir una cuota en torno al 25% - en el seno de los partidos políticos, por consenso o un estado de hecho vinculado al “estetismo” o a la “cosmética” de los partidos. No obstante, la instauración de las cuotas no se trasladó a los debates relativos a una eventual reforma de la ley electoral.

Las dudas respecto a la constitucionalidad de una disposición legal que prevea la democracia paritaria, aunque sea en término de cuotas, también se han planteado en España. Cuando ha intervenido el legislador, modifica las leyes y la Constitución; lo que lleva a oposiciones o interrogaciones ante la justicia. Si no es el caso, significa que son los partidos los que están constitucionalmente habilitados a introducir la paridad en sus estructuras y sus listas electorales.

El marco constitucional español permitiría en sus artículos 9.2 y 14 al legislador imponer la paridad a los partidos y así limitar su autonomía²⁹³. Pero en base al artículo 6, puede intervenir en aspectos claves de la democracia interna de los partidos, como es la elaboración de las listas electorales, estableciendo criterios de paridad.

Los partidos políticos, asociaciones de carácter privado tienen su fundamento autónomo garantizado en el artículo 22 de la Constitución. Desde una perspectiva formal, mantienen la discriminación contra las mujeres prohibida constitucionalmente pero, en la práctica, no se perjudica la igualdad constitucional porque son asociaciones privadas fundadas en el principio de voluntad; la desigualdad sigue siendo un hecho.

²⁹³ En comparación, Bélgica, según una jurisprudencia bien establecida de la Corte de Arbitraje, las desigualdades correctoras (la discriminación positiva) son posibles cuando una desigualdad evidente es constatada; cuando la desaparición de tal desigualdad está designada como objetivo a promover; cuando las medidas son de naturaleza temporal y están destinadas a desaparecer desde el momento en el que el objetivo perseguido por el legislador se consigue y cuando, en fin, no restringen inútilmente los derechos de los demás (CArb., 27 enero 1994, n°9/94, considerante B.62 (M.B. de 23 marzo 1994); CArb., 14 julio 1997, n°42/97, considerante B.20 (M.B. de 3 septiembre 1997)). La Corte de Arbitraje - y los tribunales ordinarios belgas - debe velar por el respeto a las disposiciones generales relativas a la igualdad y la no-discriminación. Es principalmente la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje la que marca la pauta a este respecto. Así los artículos 10 y 11 de la Constitución prohíben la discriminación fundada sobre el sexo (CArb., 20 enero 1999, n°6/99; CArb., 10 noviembre 1999, n°116/99). Para la Corte de Arbitraje, resulta entonces que las dos disposiciones constitucionales parecen bastar para conferir una base constitucional a la discriminación positiva llevada en ejecución de una disposición de la Constitución relativa a la igualdad de mujeres y hombres, así como para mantener semejante discriminación dentro de ciertos límites. Reconoce que la discriminación positiva no es, en sí misma, contraria a los artículos 10 y 11 de la Constitución.

Así, en agosto 1998, se inició un debate con al anuncio por el PSOE que quería presentar un proyecto de ley de reforma de la LOREG de 1985. Dicha modificación consistía a pedir a todos los partidos políticos de componer sus listas electorales al incluir como mucho un 60% de candidatos del mismo sexo. El PP se opuso a aquella proposición pero IU la apoyó.

En las últimas elecciones generales previas a la Ley Orgánica de 2007 y sobre todo a la adopción del art.44bis de ésta, celebradas en 2004, algunos partidos establecieron sus listas de modo completamente paritario repartiendo los puestos seguros y colocando los porcentajes estatuarios en cada tramo, incluyendo en cabeza de lista a mujeres²⁹⁴. Sin embargo, los mismos partidos políticos se mostraron reacios todavía a ofrecer puestos de poder y de salida con garantías a las mujeres al igual – o sea 50% - que a los hombres. Y como ocurre en otros Estados, las mujeres que ocupan la cabeza de la lista o los primeros puestos son, a menudo, cuando las apuestas de una elección no tienen mucha importancia en términos territoriales -pueblos pequeños- o de forma estratégica cuando el combate parece ya perdido frente a un partido muy presente en la circunscripción electoral.

Aunque seguía abierto el debate en cuanto a la introducción de la paridad en el paisaje político español, varias iniciativas sobrepasaron el marco interno de los partidos políticos. Los argumentos a favor de las cuotas obligatorias se fundaban en conceptos como la democracia y la justicia. En una auténtica democracia, las mujeres que son la mitad de la población debían ser representadas en proporciones equitativas. Algunos también afirmaron que con la paridad de género en los órganos legislativos generase resultados políticos distintos y más positivos. En contra, los reacios subrayaron la necesidad de un proceso equitativo y neutro, en el cual las personas más competentes podían ser elegidas mientras que otros afirmaban que las cuotas obligatorias podían presentar ciertos aspectos anticonstitucionales.

En abril de 2002, se presentaron tres proposiciones de ley en el Congreso para reformar la LOREG con el fin de equilibrar la presencia de las mujeres y los hombres en las listas electorales. El PSOE proponía, para ambos sexos, una proporción máxima del 60% y mínima de los 40% aplicables en cada tramo de cinco puestos²⁹⁵. La proposición del PSOE establecía una proporción del 60% como máximo y del 40% como mínimo para los dos sexos, aplicable en cada tramo de cinco puestos. La proposición de IU pretendía que la diferencia entre el número de candidatos de cada

²⁹⁴ El PSOE, por ejemplo, que tiene por objetivo -y sólo objetivo- concretar la paridad en estructuras como la composición de sus listas electorales, llevó en los puestos de salida garantizada el 41% de mujeres y el 59% de hombres para las últimas elecciones autonómicas y municipales. V. p.e. PSOE, *Merecemos una España Mejor*. Programa electoral, 2004; VERGÉ, T., “Mujer y Partidos Políticos en España: Las estrategias de los partidos y su impacto institucional, 1978-2004”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº115, 2006, pp. 165-196; MARTÍNEZ PÉREZ, A. y CALVO BOROBIA, K., *Un análisis del efecto de la Ley de igualdad en la representación electoral, parlamentaria y en el comportamiento electoral de las mujeres en las elecciones generales de 2008*, Fundación Alternativas, Madrid, 2008.

²⁹⁵ *BOCG*, 171-1, 16/11/2001.

sexo no podía ser superior a un punto porcentual²⁹⁶. La tercera, la del partido IC, consistía en imponer las listas “cremalleras” que distribuyen los puestos alternativamente entre mujeres y hombres²⁹⁷.

Al margen de las medidas de autorregulación de los partidos, varias Comunidades Autónomas se adelantaron al Estado el adoptar leyes autonómicas que incluyeron varias medidas relativas a la paridad. Así, en junio del 2002, las comunidades autónomas Castilla-La Mancha²⁹⁸ e Islas Baleares adoptaron en sus leyes electorales la paridad en las listas (50% de puestos para cada sexo) pero el gobierno central regido por el PP interpuso recursos de inconstitucionalidad que entrabaron la aplicación de estas leyes en las elecciones autonómicas de 2003.

En 2005, se aprobó la ley vasca para la igualdad de mujeres y hombres (Ley 4/2005), que imponía un mínimo del 50% a las mujeres en las listas electorales, así como una cuota mínima del 40% de mujeres en el gobierno. También en Andalucía se incorporó el mismo año la paridad electoral en forma de listas cremallera (Ley 5/2005)²⁹⁹.

Con la ocasión de las elecciones generales y la victoria del PSOE en 2004, fue nombrado el primer gobierno español con número igual de hombres y mujeres ministros. Se adoptó la *Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres* que es una ley detallada y muy completa que cubre numerosos ámbitos de la sociedad española, incluyendo la modificación de la ley electoral para garantizar una participación equilibrada de mujeres y hombres en las funciones representativas políticas a través del “*principio de presencia o composición equilibrada*”³⁰⁰. En esta

²⁹⁶ *BOCG*, 268-1, 25/1/2002.

²⁹⁷ *BOCG*, 171-1, 31/7/2002.

²⁹⁸ Así, la Comunidad de Castilla-La Mancha propuso la reforma legal de la Ley Orgánica General de Régimen Electoral (LOREG) para una igual presencia de mujeres y hombres en las listas de los comicios nacionales y municipales. Las candidaturas que presentaban los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, debían alternar hombres y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos pares y los del otro los impares. La Junta Electoral sólo aceptaría aquellas candidaturas que cumplieran este precepto, tanto para los candidatos como para los suplentes. Este proyecto, llamado *Ley de Paridad*, preveía sin embargo una derogación para los municipios con menos de dos mil habitantes. La iniciativa fue objeto de varias reacciones por parte de algunos miembros del Partido Popular, partidario de fomentar la presencia de la mujer por iniciativas políticas y educativas y por convencimiento cívico. Por ejemplo, a Manuel Fraga, presidente del gobierno gallego entonces, esta reforma le recordaba más como se hacía el protocolo de una mesa “chico-chica”, que como tomar en serio una política de igualdad. En cuanto al candidato del PP de entonces a la presidencia de Castilla-La Mancha, Adolfo Suarez Illana, “*la Ley de Paridad [era] más una medida que pretende usar a las mujeres para llenar las urnas dado que las mujeres de Castilla-La Mancha tienen suficiente sentido común para discernir entre una medida electoralista y una actuación a favor de la igualdad*”. V. MOLINA CAMACHO, J., “La paridad electoral en las Cortes de Castilla-La Mancha: crónica parlamentaria y constitucionalidad de la norma”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº16, 2005, pp. 77-99.

²⁹⁹ En 2007, en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre para la promoción de igualdad de género en Andalucía, se regula de manera explícita la garantía de representación del 40% o la representación equilibrada. V. *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, nº247 de 18 de marzo de 2007.

³⁰⁰ Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, *BOE*, nº71, 23 de marzo de 2007, pp.12611-12645. Respecto a los términos de “presencia y composición

ley, se recomiendan criterios de paridad tanto en la elaboración de las listas electorales como en los órganos decisorios de la Administración pública. Esa vez, la modificación electoral no fue objeto de ningún debate porque, probablemente, ya el número de mujeres políticas presentadas en las listas electorales había crecido, respetando así la cuota de un mismo sexo mínima del 40% y máxima del 60%.

En su dictamen 803/2006 de 22 de junio de 2006 relativo al anteproyecto de la LOIMH, el Consejo de Estado, en base de la búsqueda de la representación equilibrada en varios sistemas constitucionales europeos y con el impulso de las instituciones europeas y comunitarias, planteó la paridad o la representación equilibrada desde la perspectiva de la Constitución española.

Reconociendo la legitimidad del objetivo del anteproyecto de promover la paridad electoral, el Consejo de Estado se interrogó sobre compatibilidad con la Constitución y si era necesario a este fin reformarla previamente. Así pues, su análisis se fundamentó a partir del art.23 de la Constitución, según el cual los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

Si esta disposición se refiere al derecho de sufragio activo, también el derecho de sufragio pasivo está reconocido a todos los ciudadanos sin exclusión. Sin embargo, es el art. 14 que ha dado lugar al derecho de sufragio femenino porque la jurisprudencia constitucional lo interpretó desde el principio en un sentido formal y substancial en conexión con el principio de igualdad y con una igualdad efectiva. Además de legitimar constitucionalmente la base de los tratamientos preferenciales y de las discriminaciones positivas, la disposición se asocia al art. 9.2 que impone esas medidas a las autoridades públicas. Por tanto, el Consejo de Estado sigue la jurisprudencia constitucional que interpreta conjuntamente los art.14 y 23 de la Constitución, con el motivo de impedir cualquier discriminación sexual en el ámbito electoral y de lograr una paridad efectiva en “una dimensión colectiva de comparación de la situación global de ambos sexos en los procesos electorales”. Reconoce la importancia del tratamiento diferenciado en el sentido que no se trata de una mera derogación al principio de igualdad, entendido aquí como tratamiento individual idéntico. Más bien se trata de una protección de grupos a partir de un criterio – el sexo – que destaca la asimetría entre hombres y mujeres. Insiste sobre el carácter bidireccional de la paridad que beneficia a ambos grupos diferenciados, en este caso tanto a las mujeres como a los hombres. No obstante, en el mismo tiempo, el Consejo de Estado considera que si el principio de composición equilibrada en las listas electorales, en sí, no es contrario a la Constitución, no significa por tanto que

equilibrada”, ver SALDAÑA, M.N., op.cit., p.105, nota 61 en la que la autora describe las dudas en cuanto a la elección de los términos “representación” o “presencia” equilibrada; ESQUEMBRE VALDÉS, M., “Democracia participativa y representación equilibrada de mujeres y hombres”, en FREIXES SANJUÁN, T., SEVILLA MERINO, J. (coord.), *Género, constitución y estatutos de autonomía*, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública 2005, pp.559-564.

sea admisible cualquier medida de aplicación. Ésta ha de conformarse con las exigencias constitucionales vinculadas con los derechos fundamentales, como el de la participación política. En dictámenes anteriores relativos a recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Gobierno español contra leyes autonómicas que preveían una presencia equilibrada de hombres y mujeres en las candidaturas electorales, el Consejo de Estado consideraba que existían fundamentos jurídicos suficientes para mantener los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, no sólo por razones competenciales, sino también de orden material, entendiéndose que, en todo caso, correspondía al Tribunal Constitucional valorar la constitucionalidad de las leyes autonómicas impugnadas. Por su posición anterior y aunque reconoció una mayor flexibilidad del anteproyecto de modificación de la LOREG, el Consejo de Estado advirtió del cuestionamiento de los sistemas autonómicos de cuotas electorales generado por ésta ante el Tribunal Constitucional.

Se modificó la LOREG sin necesitar revisar la Constitución³⁰¹. El Gobierno quería impulsar la reforma del régimen electoral general y reconoció un margen de decisión a las Comunidades Autónomas en sus procesos internos, respetando los mínimos de la ley general, que daba cobertura jurídica a las leyes autonómicas ya aprobadas y que preveían la paridad efectiva (el 50%) en las listas electorales.

Los argumentos del Ejecutivo a favor de las modificaciones de la ley electoral eran que ellas podían mejorar la calidad de la representación política y mejorar así la democracia española pero también el gobierno se refiere al compromiso del Estado español con los tratados internacionales y con la Unión Europea quien declaró que la igualdad era un principio fundamental para todas las políticas y las acciones de la Unión y de los Estados miembros³⁰².

El Partido Popular fue el único partido a oponerse a la modificación aunque convino de la necesidad de una mayor presencia femenina en la política pública. Sus argumentos reposaban sobre en la inutilidad de las cuotas paritarias puesto que

³⁰¹ CARRASCO DURÁN, M., “Sobre la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: un programa de mejoras técnicas”, en *Revista española de derecho constitucional*, nº 79, 2007, pp.183-210.

³⁰² Ver Exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: “De la preocupación por el alcance de la igualdad efectiva en nuestra sociedad no podía quedar fuera el ámbito de la participación política, tanto en su nivel estatal como en los niveles autonómico y local, así como en su proyección de política internacional de cooperación para el desarrollo. El llamado en la Ley principio de presencia o composición equilibrada, con el que se trata de asegurar una representación suficientemente significativa de ambos sexos en órganos y cargos de responsabilidad, se lleva así también a la normativa reguladora del régimen electoral general, optando por una fórmula con la flexibilidad adecuada para conciliar las exigencias derivadas de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución con las propias del derecho de sufragio pasivo incluido en el artículo 23 del mismo texto constitucional. Se asumen así los recientes textos internacionales en la materia y se avanza en el camino de garantizar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito de la representación política, con el objetivo fundamental de mejorar la calidad de esa representación y con ella de nuestra propia democracia”. V. SALA FRANCO, T. y al. (edit.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008.

España ya hacía parte de los países donde la representación política de las mujeres era muy alta y que, en consecuencia, los partidos debían ser libres de elegir el lugar de la colocación de las mujeres en sus listas electorales³⁰³.

Al introducir un art.44bis en la LOREG, dicha ley orgánica impuso, con carácter general para cualquier tipo de elecciones que las listas tuvieran una presencia equilibrada de los hombres y de las mujeres sin que ninguno de ellos supere el 60% y por tramos de cinco candidatos, entendiendo por paridad que ningún sexo tenga menos del 40% de presencia en las listas. También incorporó la disposición transitoria de que la norma no se aplicará a los municipios de menos de 5.000 habitantes hasta 2011 y con excepción permanente a los de menos de 3.000 habitantes³⁰⁴.

El Tribunal Constitucional se pronunció, en su sentencia 127/2007, sobre la ley orgánica debido a un recurso de amparo del partido Falange Española de las JONS,

³⁰³ Camarero Benítez, diputada del PP, discurso en el Congreso, 22 de marzo de 2007.

³⁰⁴ «Artículo 44 bis: 1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas 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. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico.

En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas.

2. También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista.

3. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en los anteriores apartados.

4. Cuando las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de esta Ley, tales listas deberán tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico.»

Dos. Se añade un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 187, redactado en los siguientes términos: «Lo previsto en el artículo 44 bis de esta ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en los municipios con un número de residentes igual o inferior a 3.000 habitantes.»

Tres. Se añade un nuevo párrafo al apartado 3 del artículo 201, redactado en los siguientes términos: «Lo previsto en el artículo 44 bis de esta ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en las islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes.»

Cuatro. Se modifica el apartado 2 de la disposición adicional primera, que queda redactado en los siguientes términos:

«2. En aplicación de las competencias que la Constitución reserva al Estado se aplican también a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas convocadas por éstas, los siguientes artículos del título primero de esta Ley Orgánica: 1 al 42; 44; 44 bis; 45; 46.1, 2, 4, 5, 6 y 8; 47.4; 49; 51.2 y 3; 52; 53; 54; 58; 59; 60; 61; 62; 63; 65; 66; 68; 69; 70.1 y 3; 72; 73; 74; 75; 85; 86.1; 90; 91; 92; 93; 94; 95.3; 96; 103.2; 108.2 y 8; 109 a 119; 125 a 130; 131.2; 132; 135 a 152.»

Cinco. Se añade una nueva disposición transitoria séptima, redactada en los siguientes términos: «En las convocatorias a elecciones municipales que se produzcan antes de 2011, lo previsto en el artículo 44 bis solo será exigible en los municipios con un número de residentes superior a 5.000 habitantes, aplicándose a partir del 1 de enero de ese año la cifra de habitantes prevista en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 187 de la presente Ley.»

tras la anulación de su candidatura en el municipio de Brunete para concurrir a las elecciones locales de mayo 2007. Su candidatura estaba compuesta de diez mujeres y sólo tres hombres. El partido alegaba que no podía cumplir con la nueva ley electoral al no haber encontrado suficientes candidatos masculinos y argumentaba que la nueva norma vulneraba una serie de principios constitucionales como, entre otros, el de funcionamiento democrático de los partidos políticos, el principio de igualdad en el acceso a los cargos, o el derecho de sufragio – activo y pasivo. En este caso, el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la cuestión de (in)constitucionalidad de la LOREG pero consideró que la aplicación del art.44bis podía generar ciertas dificultades para los partidos políticos. Sin embargo, concluyó con que “*no nos asaltan, en este concreto procedimiento y en los limitados términos en los que hemos debido enjuiciarla, dudas sobre la adecuación a la norma suprema de los preceptos contenidos en el art.44bis LOREG*”³⁰⁵.

En otra sentencia, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la compatibilidad constitucional a partir de un recurso de inconstitucionalidad contra la ley de 2007 por el Partido Popular y de una cuestión de inconstitucionalidad de un juez administrativo de Santa Cruz de Tenerife relativa a un recurso del mismo partido de un municipio contra la anulación de su candidatura porque su lista comportaba exclusivamente a mujeres³⁰⁶.

En definitiva, la jurisdicción constitucional española asentó la constitucionalidad de la modificación de la LOREG, basándose en su jurisprudencia relativa a la interpretación del art.9.2 de la Constitución y en la extensión de los términos de esta disposición que invita a los poderes públicos en promover las condiciones de igualdad y remover los obstáculos para conseguir una igualdad substancial y efectiva. No consideró necesario reformar la Constitución para admitir la opción del legislador de imponer las cuotas “paritarias” electorales a los partidos políticos³⁰⁷.

Dicho esto, a parte de la posibilidad para los legisladores autonómicos de aumentar las cuotas de género hasta unos 50%, la legislación electoral española no puede realmente calificarse paritaria – con independencia de sus aspiraciones - como lo son las legislaciones francesa y belga.

La ley electoral de 2007 y sus aplicaciones, siendo considerada como una discriminación positiva, tiene su validez constitucional hasta que, por sus efectos, se manifieste concretamente la (casi) paridad de género en las instituciones

³⁰⁵ FJ 4º de la sentencia STC 127/2007 del Tribunal Constitucional, citado por V.J. NAVARRO MARCHANTE, “Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español: una perspectiva de derecho comparado europeo”, en *Sistemas electorales y principios constitucionales. VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional*, Méjico, 2010.

³⁰⁶ STC 12/2008, de 29 de enero.

³⁰⁷ El Tribunal consideró en su fundamento FJ 8º que la ley admitía que las comunidades autónomas podían aumentar las cuotas femeninas en sus propias elecciones hasta al 50%, lo que resultaba contradictorio con el margen permitido de desequilibrio de representación previsto (entre un 40%-60%) por la ley y admitido por el juez constitucional.

representativas políticas. Por lo tanto, en caso de ineficiencia de las cuotas, el legislador español podría modificar la ley electoral imponiendo la paridad en las listas electorales.

Fue en marzo de 2007 que se aplicó por primera vez, con la ocasión de las elecciones locales de mayo del mismo año y después, en las elecciones generales de marzo de 2008. El impacto fue sin embargo poco significativo porque el número de candidatas en las listas ya era elevado. En efecto, al final de las elecciones de 2007, 39,4% de mujeres fueron elegidas en los parlamentos autonómicos cuando en 2003, su tasa se alzaba al 32,3%. Tampoco tuvo efecto en la elección de las diputadas y las senadoras porque las primeras pasaron de 36% en 2004 a 36,3% en 2008 y las segundas, de 25,1% en 2004 a 27,8% en 2008.

Las últimas elecciones generales celebradas en 2011 no cambiaron de manera significativa la situación de las candidatas elegidas respecto a las primeras elecciones generales reguladas por la Ley electoral de 2007, en el año 2008. Incluso, notamos que entre las diputadas del Congreso de los Diputados español, la tasa bajó ligeramente en comparación con el resultado del año 2008³⁰⁸. Una de las conclusiones que se puede sacar conjunto de los resultados electorales antes y después de la adopción de las cuotas paritarias consiste en que la presencia de las mujeres entre los parlamentarios españoles ha aumentado de manera significativa ya desde la legislatura 1986-1989, sin la real necesidad de un apoyo legal como las cuotas o la paridad de género. La democratización del Estado y sobre todo, la evolución de la sociedad española fueron decisivas en la tendencia a la igualdad de sexos o por lo menos al equilibrio en la representación política.

³⁰⁸ Sobre la evolución de integración de las mujeres en los recintos políticos españoles nacionales, autonómicos y locales desde un punto de vista sociológico, v. e.o. VERGE, T., *ibid.*

Elecciones legislativas

	BÉLGICA (federales) ³⁰⁹		ESPAÑA (generales)		FRANCIA (legislativas)	
	Cámara baja	Cámara alta	Cámara baja	Cámara alta	Cámara baja	Cámara alta
1994 - 1999	12% (1995) 23,33%(1999)	22,53%(1995) 28,17%(1999)	21,55%(1996)	13,28%(1996)	10,9%(1997)	5,6% (1998)
2000 - 2005	34,7% (2003)	37,5% (2003)	36% (2004)	25,96%(2004)	12,3%(2002)	10,6% (2001) 16,9% (2004)
2005 - 2010	36,7% (2007)	30% (2007)	36,29%(2008)	31,73%(2008)	18,54%(2007)	15,8% (2008)
2010 - 2013	39,3% (2010)	42,5% (2010)	35,7% (2011)	35,6% (2011)	26,9% (2012)	22,2% (2011)

Tasas de candidatas elegidas y años de las elecciones (entre paréntesis) elegidas a nivel nacional en sus países respectivos. Sombreamos las elecciones reguladas por leyes de paridad.

³⁰⁹ Nos referimos a la paridad en sí, las cuotas electorales habiendo sido instauradas por la Ley de 1994.

Elecciones locales (en su conjunto)

	BÉLGICA (locales) ³¹⁰	ESPAÑA (locales)	FRANCIA (locales)
1994-1999	20% (1994)	21,10% (1999)	21,7% (1995)
2000-2005	27% (2000)	32,3% (2003)	33% (2001)
2005-2010	33,3% (2006)	39,4% (2007)	35% (2008)
2010-2013	35,9% (2012)	40,1% (2011)	En marzo de 2014

Tasas de candidatas elegidas y años de las elecciones (entre paréntesis) a nivel local en sus países respectivos. Sombreamos las elecciones reguladas por leyes de paridad.

³¹⁰ Ídem.

1.2. Los argumentos a favor y en contra de la paridad

A nivel internacional, se han desarrollado diversas argumentaciones que promueven la instauración y la aplicación de la paridad de género en los ordenamientos jurídicos nacionales. Muy a menudo, se reflejan directamente o son objetos de referencia en los debates parlamentarios y la adopción de leyes por parte de los legisladores nacionales. A veces, los jueces que velan por el respecto del principio de la igualdad y la no discriminación, también apoyan sus decisiones en los textos internacionales como el CEDAW, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos o también el CEDH y las sentencias del TEDH, así como el derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia comunitaria.

En los ordenamientos jurídicos francés, belga y español, la introducción de la paridad generó, en sus asambleas legislativas respectivas, reflexiones de diversa naturaleza en su favor y su contra, apelando a las ciencias histórica, sociológica, filosófica, política y jurídica. Si las características de cada uno de ellos han nutrido algunos posicionamientos jurídicos singulares (1.2.2.), encontramos sin embargo coincidencias tanto en la instauración de la paridad como bajo el control de su legalidad, coincidencias debidas a varios factores que son la influencia del derecho internacional que penetra los tres ordenamientos jurídicos pero también, las interacciones entre los tres derechos nacionales y, de manera general, un trasfondo jurídico común relativo a varias cuestiones como la igualdad, el universalismo, la representatividad, la dualidad sexual, el alcance de la paridad (1.2.1.).

1.2.1. Las coincidencias entre los sistemas comparados

Los discursos de (il-)legitimación de la paridad se fundamentan en unos registros de argumentación diversos, a veces contradictorios. Pero a pesar del tiempo entre la primera adopción de la paridad, en Francia y la última en España, y de las distintas culturas político-jurídicas, existen unos ejes recurrentes.

Uno de ellos consistió en eufemizar la dimensión antidiscriminatoria de la reivindicación paritaria a favor de una retórica que valoriza la inscripción de la diferencia de sexo en la representación democrática. De hecho, es interesante constatar hasta qué punto la temática de la igualdad de sexos, central a principio de las reivindicaciones paritaristas, se marginalizó progresivamente frente a los argumentos relativos a la paridad como siendo un instrumento de buena

representación política³¹¹. Además, no se puso de relieve la cualidad de instrumento de igualdad al introducir medidas de discriminación positiva en el campo político. Paradójicamente, esta cualidad se destacó y se promovió inicialmente, en los años 1980, por varias instituciones internacionales, en el marco del auge de las discriminaciones positivas³¹². Quizás, el malestar conceptual entre la paridad y el principio de la igualdad explica ese desplazamiento argumentario, lejos de la referencia a la discriminación positiva en particular, y la dimensión antidiscriminatoria en general.

Entre los argumentos que han apoyado o, al contrario, atacado la paridad de género en Bélgica, Francia y España, emergen varias cuestiones comunes a los tres ordenamientos jurídicos, cuya índole que destacamos aquí es de naturaleza a la vez jurídica, sin menospreciar las otras dimensiones – filosóficas, sociológicas, políticas, etc. – que también comparten los tres Estados, en el marco de la adopción de la paridad.

Un primer escollo común que enfrenta los partidarios y los contrarios a la paridad es la tensión entre el “universalismo” y el “diferencialismo”, dos corrientes de pensamiento que influyen las cuestiones de la igualdad y la no discriminación (1.2.1.1). De esta polémica surgieron los debates relativos al principio de igualdad y sus traducciones en términos formales, reales o de oportunidades (1.2.1.3), polémica que contribuyó al desarrollo de la idea de inscribir la paridad en el marco de la equidad y no directamente en el marco de la igualdad³¹³. También se debatieron las tensiones entre los derechos fundamentales de igualdad y de la libertad, la libertad de elegir y de ser elegido (1.2.1.2.), así como la representatividad (1.2.1.4.) y la dualidad sexual (1.2.1.5).

1.2.1.1. Universalismo vs. Diferencialismo

En los debates previos a la adopción constitucional y legislativa de la paridad, viene la cuestión del conflicto entre dos corrientes de pensamiento que se manifiestan en el terreno del derecho, la igualdad y la diferencia: el universalismo y el diferencialismo. Si este conflicto afectó principalmente la cultura jurídico-política francesa, de una manera u otra, atravesó “en filigrana” los debates parlamentarios en Bélgica³¹⁴ y

³¹¹ Ver en este sentido, BERENI, L. y LEPINARD, E., “Les femmes ne sont pas une catégorie: les stratégies de légitimation de la parité en France», en *Revue française de science politique*, 2004, vol 54, pp. 71-98.

³¹² Cfr. *supra* la génesis de la paridad y los comentarios sobre la discriminación positiva.

³¹³ Ver *infra* la segunda parte relativa a la relación entre la paridad y la equidad.

³¹⁴ Sobre la cuestión del universalismo y diferencialismo en Bélgica, v. e.o. MARQUES-PEREIRA, B., “Quotas ou parité: Enjeux et argumentation”, en *Recherches féministes*, vol. 12, n° 1, 1999, pp. 103-121.

España³¹⁵. Dicho conflicto no lleva tanto a la cuestión del necesario equilibrio de género, sino a la de los medios a utilizar para instaurarlo.

La corriente universalista, a priori antinómica con el género político, considera que la paridad introduce una discriminación sexual mientras que no hay dos aproximaciones – masculina y femenina – de la vida política. Adoptarla, es renunciar a la igualdad ciudadana y poner en peligro la cohesión social y la democracia, además de que la paridad forzada es humillante. Reconocer al individuo un carácter vinculado al sexo afectaría a la democracia, que sólo reconoce a un ciudadano “asexuado”.

Así, en Francia, la cuestión de la igualdad del derecho de sufragio, en el nombre del género, topa con este universalismo. Ya en 1789, Seyies, en su famoso “*Qu’est-ce que le tiers état?*», la igualdad, como ausencia de diferenciación de los individuos y la supresión de privilegios, hace posible la ciudadanía común. La Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789 asiente el universalismo como base de la igualdad y el rechazo del diferencialismo.

Para la segunda corriente, la diferencialista, se trata de instaurar medidas coercitivas para conseguir la paridad. La idea es que el Estado se compone de hombres y mujeres a paridad. Consecuentemente, pedir la paridad no afecta al universalismo porque constituye la transcripción de esta dualidad - el reconocimiento del carácter sexuado de lo universal y no la expresión de un particularismo - porque el sexo no es una categoría ni una minoría, sino una dimensión de la humanidad³¹⁶. En efecto, es la igualdad misma de los hombres y las mujeres la que está afectada, si bien, la reivindicación de paridad no se inscribe en la política de las cuotas, sino en el argumento según el cual la mitad universal de la humanidad debe también encontrar su expresión en la definición del pueblo y ser incluida en el concepto de democracia en el nombre de una mejor representación democrática.

Para los “paritaristas”, la soberanía debía encarnarse en ambas mitades de la humanidad: las mujeres y los hombres. En cuanto al universalismo, denunciado como formal, “abstracto”, que cauciona el poder exclusivo masculino, sería “monoversalista”³¹⁷. Se concretaría, gracias a la paridad presentada como un instrumento al servicio de la universalidad por una reapropiación del universalismo, y *no como una medida de discriminación positiva* o una forma de tratamiento preferencial, mientras que se trata de una aplicación diferenciada del principio de

³¹⁵ Sobre la cuestión del universalismo y del diferencialismo respecto a la participación de las mujeres en la vida política en España, v. e.o. MARRADES PUIG, A., “Los derechos políticos de las mujeres: evolución y retos pendientes”, en *Cuadernos Const. de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº36/37, 2001, pp. 195-214.

³¹⁶ BERENI, L. y LEPINARD, E., “Les femmes ne sont pas une catégorie». Les stratégies de légitimation de la parité en France», en *RFSP*, 2004, vol.54, pp.79-80.

³¹⁷ DE GRANRUT, C., *Allez les femmes! La parité en politique*, ed. Charles Leopold Mayer, Descartes et Cie, París, 2002, p.24; SINEAU, M., *Femmes et pouvoir sous la Ve République. De l'exclusion à l'entrée dans la course présidentielle*, Presses de Sciences Po Académique, París, 2011.

igualdad en nombre de efectos concretos para restablecer una igualdad, o al menos una igualdad de oportunidades. Además, la paridad constituye un cambio de principio en el sentido en que ya no reenvía más a la igualdad de sexos, sino a la igualdad entre los sexos. Y aunque el sexo se llame “género”, esta dualidad de género se basa en una diferenciación naturalista. También, la inscripción en derecho de esta diferencia, consagra constitucionalmente o no una excepción al principio universalista que no existía antes.

Así, la toma en consideración de las diferencias propias de cada individuo, encarnadas por esta diferencia universal que es la diferencia hombre/mujer, afecta el respeto de la unidad indivisible del pueblo, de modo que unas normas de filosofía contradictoria coexisten aunque el principio universalista de la igualdad mantiene la regla, mientras que la paridad deroga sólo en el campo de aplicación que la constitución ha establecido, el objetivo de paridad siendo teniendo un carácter facultativo y no vinculante.

Desde ahora, el universalismo de la igualdad asexuado está limitado por el objetivo de paridad que debe constituir un remedio a la desigualdad política de hecho entre dos grupos sexuales, los hombres y las mujeres. La igualdad siendo formal, se trata de hacer efectiva la igualdad política real entre los hombres y las mujeres al reconocer la diferencia sexual, la dualidad de género, en la ley.

Así pues, la paridad se inscribe en el marco de la igualdad de oportunidades y constituye un tratamiento preferencial, una medida de discriminación positiva. Objetivamente, no puede aparecer de otra manera que discriminatoria para ciertos ciudadanos de una categoría de que se disminuye el contenido del principio de igualdad a favor de otra categoría considerada como desfavorecida. Querer imponer el equilibrio aritmético, es imponer el igualitarismo aritmético: los individuos siendo seleccionados, para ser representantes a partir de un criterio, la pertenencia sexual, el género.

Si el objetivo de paridad es loable, afecta el universalismo de la igualdad que proscribe las discriminaciones al introducir un principio realista de igualdad que conduce a discriminaciones objetivas. Al reintroducir un criterio de diferenciación, el género, la paridad constituye una regresión del universalismo. Al permitir la paridad sexual en política, se introduce una contradicción suplementaria en el seno mismo del texto constitucional, con la consecuencia de llegar a una confusión conceptual de la igualdad, a una intrincación del principio de igualdad con un principio y unas derogaciones.

Otra crítica lleva sobre el hecho de que, con la paridad, las mujeres están elegidas como grupo, como categoría, la consideración del género prevaleciendo sobre la de las competencias, lo que puede ser humillante. En efecto, las mujeres son elegidas sólo porque son mujeres y no por su capacidad, sus virtudes y sus talentos. Esto

afecta de una parte, a la legitimidad de tales elegidas, debido más a una obligación legal que una libre competición electoral, de otra parte, a la unidad de la representación nacional puesto que entonces representan supuestamente su grupo, y no a las mujeres y a los hombres, así como un punto de vista “diferencialista”.

En otras palabras, las mujeres no son jurídicamente las representantes de la nación entera. Todos los ciudadanos no son representados en su universalidad tanto por las mujeres como por los hombres, y según la composición sexual de las asambleas, la política puede ser diferente, las mujeres haciendo política “de otra manera”. Los individuos son entonces categorizados según su sexo y actúan en nombre de su grupo, ocultando su posición individual, lo que replantea el pluralismo democrático y la política “transgénero”.

Consecuentemente, el principio universalista de igualdad del derecho de sufragio está vinculado al régimen democrático en este sentido, no que permite una representación de una parte en el sentido de “parecido” de la colectividad de los representados, sino de indiferencia que permita una representación del conjunto de los gobernados.

Además, la cuestión de la paridad que favorece el acceso de las mujeres, como grupo, a unos mandatos electorales y funciones electivas, puede abrir la caja de Pandora de la reivindicación de la representación de la diversidad por otros grupos sociológicos, según una “temible lógica diferencialista”, lo que llevaría a replantear la unidad indivisible del pueblo, proclamado por el universalismo³¹⁸. Si la paridad es diferencialista ciertamente al servicio de un mejor acceso de las mujeres a la vida política pero si les permite presentarse, depende de la voluntad de los partidos políticos presentarlas en posición de elegibilidad. El objetivo de la paridad es una obligación de medios y no de resultado.

En definitiva, con la paridad, el principio de la igualdad no ha resistido al diferencialismo en el nombre de la idea de hacer de las asambleas políticas unos “espejos” de la sociedad universalmente sexuada. Así, la paridad en política santuarizada en la constitución es un objetivo de paridad en la igualdad, de optimación, de guía, de búsqueda de compatibilidad entre un principio y un objetivo con el fin de permitir una reconciliación con el principio de igualdad universalista al

³¹⁸ Y aún, en marzo del mismo año, se firmó otro documento que rechazaba la inscripción de la diferencia biológica de los sexos en el artículo 3 de la Constitución francesa. Esta inscripción podía constituir un cierto engaño para las mujeres y una trampa para las instituciones republicanas. “Engaño” debido a una liberación de su minoría política falsificada por un determinismo biológico (tener la palabra en los recintos políticos en razón del sexo y no de una ideología); “trampa” porque semejante modificación constitucional podía poner en marcha el engranaje de las reivindicaciones comunitaristas (categorías sociales, comunidades regionales, etc.) y por ende, poner en peligro la indivisibilidad y la unidad de la República. Respecto a las “trampas” de la paridad, v. e.o. AMAR, M. (textos reunidos por), *Le piège de la parité. Arguments pour un débat*, Hachette Littératures, París, 1999; WALLACH SCOTT, J., *Parité!: Sexual Equality and the Crisis of French Universalism*, University of Chicago Press, Chicago, 2007; LEPINARD, E., *L'égalité introuvable: La parité, les féministes et la République*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, París, 2007.

preservar la igualdad “tradicional”, mientras se integra la paridad sin caer en el comunitarismo.

1.2.1.2. Igualdad vs libertad

Otra polémica que destacan los antiparitaristas franceses, belgas y españoles reside en las tensiones entre dos principios y derechos fundamentales: la igualdad y la libertad, entendidas como la igualdad entre hombres y mujeres y la libertad de elección del electo.

En Bélgica, la cuestión de la igualdad de género y la libertad de elegir a los/las candidatos/as no tuvo tanta acuidad en los debates relativos a la paridad, como fue en los casos francés y español³¹⁹. En efecto, ya fue discutida con la introducción de las cuotas electorales en 1994 a propósito del carácter obligatorio de éstas y más bien de cara a las libertades individuales, que de cara a la libertad de los partidos políticos. ¿Un derecho – el de la igualdad – puede ser impuesto, cual decreto, como obligatorio? El derecho de voto, derecho natural por excelencia, es obligatorio en Bélgica desde 1893 con la adopción de un código electoral lleno de obligaciones que no están percibidas como atentatorias a la libertad del elector, del ciudadano. A través de su tradición de los consensos y de los equilibrios políticos, lingüísticos y sociales, el ordenamiento político-jurídico belga ha conseguido mantener la cohesión y respetar el equilibrio entre derechos fundamentales como son la igualdad y la libertad. Algunas reticencias a la paridad – como a las cuotas de 1994 – revelaron que para los parlamentarios belgas, la igualdad es siempre el objeto de una conquista para los hombres y las mujeres. Por ello, en la cultura política belga, un *statu quo* formal, deja paso al voluntarismo del legislador que hace prevalecer la igualdad efectiva sobre la libertad de los partidos políticos.

En Francia, varios constitucionalistas con Louis Favoreu a la cabeza, evocaron, como lo hizo el Consejo constitucional en 1982, aquella dificultad³²⁰. Se mostraron hostiles a esta revisión en la medida en que inscribía definitiva y permanentemente

³¹⁹ Ver e.o. VERDUSSEN, M., «La participation des femmes aux élections en Belgique», en *Revue française de droit constitutionnel*, 36, 1998; ÍDEM, «La parité sexuelle sur les listes de candidat (e) s», en *Revue belge de Droit constitutionnel*, 1, 1999; MARISSAL, CL. y HANSEN, I., *Vers la démocratie paritaire. Analyse des élections communales et provinciales du 8 octobre 2000*, ed. Ministère fédéral de l'Emploi et du Travail-Direction de l'égalité des chances, Bruselas, 2001; COENEN, M.-TH., *De l'égalité à la parité. Le difficile accès des femmes à la citoyenneté*, Labor, Bruselas, 1999; GUBIN, E. y VAN MOLLE, L., *Femmes et Politique en Belgique*, Ed. Racine, Bruselas, 1998; MARQUES-PEREIRA, B., «La citoyenneté politique des femmes», en *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 1597, 1998.

³²⁰ FAVOREU, L., “Principe d'égalité et représentation politique des femmes: la France et les exemples étrangers”, en *Conseil d'Etat, Sur le principe d'égalité. Rapport public 1996*, La Documentation française, serie “Etudes et documents”, n° 48, 1997, pp. 395-407; “La parité hommes-femmes. L'obstacle de la Constitution”, en *Le Figaro*, 26 de septiembre de 1999.

porcentajes calculados de modo estimativo (la paridad siendo 50%-50%), recordando que, por este modo, no se trataba de igualar las oportunidades sino los resultados; lo que iba más allá de los objetivos de la Constitución. También se subrayaba una consecuencia de técnica electoral no esperada de tal “revolución constitucional”: la generalización del escrutinio proporcional que no coincide con las concepciones francesas de la indivisibilidad del electorado y, así pues, de la República. Por fin, se repite la proposición de preconizar el método voluntarista, es decir, el de incitar a los partidos políticos a presentar listas paritarias pero sin coerción legal o administrativa. En contra de estas argumentaciones reacias a la paridad, volvió a abrirse la batería de las posiciones de los partidarios de las cuotas de 1982, con cambios periféricos respecto a sus elementos fundamentales³²¹.

Sobre la cuestión de que resulta afectada la libertad del elector, los detractores de la paridad consideraron que la organización de las listas paritarias la afectarían porque el resultado de las elecciones no dependería más de la elección de los electores. Si la libertad de cada elector se efectúa entre las candidaturas presentadas, en cambio la posibilidad de presentarse en una lista determinada podría condicionarse por el sexo de otros candidatos de la misma lista, lo que sí que reduciría la elección del elector.

A este argumento, los paritaristas franceses responden que los electores tienen su libertad de elección en los límites de las candidaturas que les son propuestas y, además, en los escrutinios de lista, los partidos imponen el orden de candidatos que el elector no puede modificar. ¿En qué la paridad afectaría más a la libertad del elector? En realidad, como subrayan los parlamentarios paritaristas, son más bien los partidos que se ven más afectados en su libertad de organización³²².

En España, respecto a la eventual inconstitucionalidad de las exigencias legales o reglamentarias o condiciones de accesibilidad que introduzcan desigualdades de trato injustificadas, conforme con los artículos 23 y 68.5 CE, no se puede imponer otros requisitos de los previstos por la Constitución. En efecto, el legislador electoral «*no puede introducir otras exclusiones para ser elegible, además de la edad y de la nacionalidad, que las declaradas por la autoridad judicial para quienes no se encuentren en pleno uso de sus derechos políticos*». La Constitución impide así que el legislador interfiera en la libre composición de las candidaturas por los partidos políticos. La libertad de los partidos, consagrada en el art.6 de la Constitución, en elaboración de sus listas, al margen de las previstas por la constitución, se manifiesta así como uno de los principios en los que se erigen los actuales sistemas democráticos.

³²¹ MOSSUZ-LAVAU, J., *Femmes / Hommes. Pour la parité*. Presses de Sciences Politiques. Coll. “La bibliothèque du Citoyen”, 1998; GASPARD, Fr., op.cit., en *Pouvoirs*, 82 (1997); DEMICHEL, Fr., op.cit.

³²² *Rapport de Mme C. Tasca, sur le projet de loi constitutionnelle, modifié par le Sénat, relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes*, Assemblée nationale, París, 10 de febrero de 1999.

En definitiva, no es pacífica la instauración de una regulación – con sanciones previstas en caso de no conformidad, como reducción de subvenciones – que impone ciertos criterios en la elaboración de las listas electorales porque ello tiene “*un impacto más directo sobre la actividad asociativa típica de los partidos, que si no se agota, sí alcanza su punto álgido en la presentación de candidaturas electorales*”,³²³. De hecho, a primera vista, al introducir las cuotas o la paridad o cualquier modo de confección de las listas, se toca al *objeto* del derecho de sufragio activo³²⁴.

Sin embargo, esta posición fue atacada por el argumento del propio Tribunal Constitucional español, parecido al del Consejo Constitucional francés, en su sentencia de 2008 en la cual consideró que no quedaba afectado el derecho de sufragio pasivo individual en tanto que el destinatario de la norma electoral, el art.44bis de la LOREG, es el partido político que no es titular de este derecho³²⁵. Sólo se afectaría “*una mera expectativa individual de ser seleccionado por el partido*”. De hecho, desde siempre, los electores no pueden elegir directamente a sus representantes (al contrario que en ciertos cantones suizos) porque las listas son impuestas; o sea, se trata de una libertad filtrada. La paridad no modificaría en nada este filtro sólo ofrecería más candidatas que antes³²⁶.

La sentencia del Tribunal constitucional rechazó uno de los argumentos de inconstitucionalidad relativo a la violación de la libertad de los partidos políticos regida por el art.23 de la Constitución. Así se pronunció el PP en 2003: “(...) A nosotros, a nuestro grupo parlamentario, no nos hace falta ninguna ley de clarísima inconstitucionalidad. Si algo deja terminantemente claro la Constitución es la libertad de los partidos políticos, que solamente se ve condicionada por la Constitución a que su funcionamiento sea democrático”.

En cuanto al miedo al diferencialismo, las mujeres son incomparables a categorías de individuos que componen la sociedad en el sentido que ellas están presentes en (casi) todas. Su reivindicación de igualdad tiene una vocación globalizante y no limitada a una esfera social determinada. Al considerar como contrario a la democracia el hecho que existe un desfase entre la proporción de mujeres en el cuerpo electoral y la proporción entre los elegidos, sería igualmente inconsecuente considerar la ecuación “paridad = democracia”. En efecto, cual es el sentido que inviste la igualdad en el

³²³ ALCE JANARIZ, A., “Primeras leyes en España sobre paridad electoral”, en *Diario La Ley*, nº 5.617, 23 de septiembre de 2003, p. 2.

³²⁴ *Ibíd.*

³²⁵ V. FJ 3º, STC 12/2008, de 29 enero.

³²⁶ En esta perspectiva, la misma sentencia del Tribunal Constitucional español, aunque reconoce que limita la libertad de selección de candidatos, considera que la imposición de cuotas a los partidos es constitucionalmente legítima porque el Estado puede utilizar a los partidos para la mejora de la igualdad material (V. FJ 4º y 5º). Tampoco afecta al derecho de libertad de expresión ni de libertad ideológica porque esta limitación resulta proporcionada conforme al art.9.2 de la Constitución (FJ 6º).

seno de un régimen democrático. Ahora bien, el sentido de la igualdad en un sistema democrático es el de la igualdad en la libertad³²⁷.

1.2.1.3. La igualdad de oportunidades

En términos de igualdad, la paridad tiene que plegarse a la de oportunidades o de resultados³²⁸. Ahora bien, tanto en las jurisprudencia europeas – comunitaria y de los derechos humanos – y nacionales como en las legislaciones europeas y nacionales correspondientes, las medidas correctoras de las desigualdades han sido el objeto de una estricta aplicación y de un control exhaustivo con el fin de proteger el principio de igualdad y de limitarlas a una igualdad de oportunidades. Al amparo de ésta, la ley se limita a “favorecer” la igual participación de las mujeres en la vida política mientras que la ley debe “garantizar” en virtud de la igualdad de resultados.

El argumento que se suele evocar entre los detractores españoles de la paridad es que entre hombre y mujeres lo que hay que igualar son las oportunidades y no los resultados. Hay que cambiar las condiciones sociales y culturales que imposibilitan el acceso de las mujeres a los puestos políticos en igual número que los hombres. Los partidarios de la paridad contestan que tiene justamente como objetivo de modificar aquellas condiciones discriminatorias.

Así, en el marco del debate sobre la Ley Orgánica de Igualdad (LOI) que introduce las cuotas electorales en la LOREG, éstos afirmaron que “(...) es una ley que se mueve en el ámbito de la acción positiva. Se viene entendiendo por tal (...) aquellas prácticas encaminadas a impulsar y promover la igualdad real y, en consecuencia, tendentes a eliminar las diferencias fácticas entre hombres y mujeres a través del mandato que se recoge en el artículo 9.2 de la Constitución y que propugna dicha igualdad real”³²⁹.

No sin introducir una confusión conceptual polémica en la doctrina, algunos partidarios afirmaron que la *igualdad de oportunidades* se identifica con las medidas de acción positiva, mientras que la *igualdad de resultado* incluye... las cuotas y el trato preferente. La confusión reside en que el marco constitucional de dichas medidas – el art. 9.2 de la constitución – se ciña a la *promoción de las condiciones*

³²⁷ Para H. KELSEN, la igualdad tiene un papel formal negativo y secundario: cada uno debe ser lo más libre posible, debiendo serlo todos igualmente (H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, traduction Ch. EISENMANN, Paris, Dalloz, 2e éd., 2004, p. 1040). Para N. BOBBIO, cada uno debe beneficiarse de una cantidad de libertad compatible con la libertad de los otros y puede hacer todo lo que no dañe la igual libertad de otros (N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, traduction N. GIOVANNINI, Paris, Cerf, Humanités, 1996, p. 47).

³²⁸ Ver también *infra* nuestros comentarios relativos a la naturaleza jurídica de la paridad.

³²⁹ Intervención de la diputada URÍA ETXEBARRÍA del Grupo Parlamentario Vasco sobre el proyecto de ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Congreso, 15 de marzo de 2007, *BOCG*, núm. 240, p. 12101.

necesarias de la igualdad efectiva. En otras palabras, los medios para conseguir esta realidad se inscriben en la igualdad de oportunidades, pero no más allá. Ahora bien, para legitimar unas medidas que ellos mismos asociaron a la igualdad de resultado, destacaron un tipo aparentemente específico de igualdad de oportunidades que “*incluye tanto el punto de partida como el resultado garantizado, no de un resultado igual privilegiado, sino de la posibilidad de que se pueda llegar a producir ese resultado final*”³³⁰. Para ellos, la igualdad real no podía conseguirse sin la inclusión de la igualdad de resultados en... ¡la igualdad de oportunidades!

A esta argumentación nada equilibrada, por lo menos a nivel conceptual, los antiparitaristas objetaron que no todo era válido para la búsqueda de esos objetivos. De hecho, existen medidas que pueden atentar contra la libertad individual y es discutible que eso pueda aceptarse. “*La oportunidad es siempre más que una mera posibilidad, pero menos que una garantía. La oportunidad debe permitir la opción de escoger entre posibilidades, así como la asunción de un cierto grado de responsabilidad individual en la elección*”³³¹. Por ello, los antiparitaristas consideran que las cuotas de género suponen igualar en el resultado (50%) y consecuentemente, eliminar “el mérito y el esfuerzo personal” del candidato o la candidata³³². Para ellos, las listas electorales compuestas a tal efecto, no tienen por objetivo eliminar los obstáculos a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres sino asignan directamente el resultado. La asignación directa de los puestos representativos afecta a la generalidad y a la igualdad del derecho del sufragio³³³. Las cuotas paritarias “*desembocan de hecho en una igualdad no de las oportunidades sino de los resultados*”³³⁴.

En Francia, los debates relativos a la revisión constitucional que introduce la paridad se inclinaron por el término “favorecer” en el sentido que la “*ley favorece el igual acceso de los hombres y las mujeres a los mandatos electorales y las funciones electivas*”. Significa el rechazo de la introducción de medidas demasiado obligatorias³³⁵. Los antiparitaristas afirmaron que el proyecto de revisión constitucional no distinguía a los “paritaristas moderados” de los “paritaristas radicales”: los primeros desean una igualdad de medios y apoyan cualquier medida que permita a las mujeres competir sin inferioridad con los hombres pero no garantizan el resultado, mientras que los segundos quieren, al contrario, que el resultado deseado sea obtenido con la aplicación de reglas de paridad o de cuota dentro de las cuales sólo el elector puede manifestar su elección.

³³⁰ *Ibíd.*

³³¹ REY MARTÍNEZ, F., “La discriminación positiva de mujeres”, *op.cit.*, p. 328.

³³² *Ídem.*

³³³ HERNANDO GARCÍA, J., “Un elemento modificador de la capacidad electoral: las acciones positivas en el campo de los derechos políticos”, en *Parlamento y sistema electoral, VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 469.

³³⁴ FAVOREU, L., “Principio de igualdad y representación política de las mujeres. Cuotas, paridad y Constitución...”, *op. cit.*, p. 21.

³³⁵ Ver por ejemplo el informe de Guy Cabanel para la comisión de leyes del Senado (nº231), sesión 1999-2000, pp. 93-97.

A esta distinción, los paritaristas contestan que la paridad no es un objetivo último de naturaleza aritmética. No hay distinción a realizar. Ambas posiciones son necesarias. Alcanzar la igualdad real de mujeres y hombres supone la utilización de diversos instrumentos jurídicos que sean una cuota paritaria, una mejor formación de las mujeres o medidas financieras para los partidos políticos³³⁶. Para el Consejo Constitucional, el término elegido no puede “imponer” la paridad. El sistema de penalidades financieras para las elecciones legislativas y la negativa a la introducción del sistema proporcional en determinadas elecciones reflejan también la idea de que la paridad se inscribe exclusivamente en el marco de una (¿aparente?) igualdad de oportunidades.

En Bélgica, la constitución modificada y la legislación correspondiente, también confinan la paridad a la igualdad de oportunidades en el mismo sentido que los debates parlamentarios previos a su adopción. Los partidarios de la paridad consideran que la idea de garantía contiene una exigencia más fuerte que el término “favorece” y ofrece más garantías, argumentando que la constitución es algo más que una declaración de intenciones³³⁷. “Exigir la igualdad efectiva en vez del igual ejercicio de los derechos y las libertades, constituye un [fortalecimiento] del texto”³³⁸. Recuerdan que las medidas como la paridad son una condición impuesta por el art.3 del Convenio sobre las mujeres (CEDAW de 1979)³³⁹ que entiende garantizar tanto la igualdad formal como la igualdad substancial. Por contra, los detractores de la paridad, consideran que el término “favorecer” es preferible porque es irrealista imponer al legislador una obligación de resultado en este ámbito.

1.2.1.4. La representación espejo

En el marco de la paridad, la representación política proviene de la figuración y no de la copia, porque no se trata de reproducir exactamente la cosa sino más bien inventar una figura que la exprese y pueda remplazarla. “*La representación equilibrada de los hombres y las mujeres (...) no es el reflejo fiel de los diversos componentes de la población considerada en su realidad empírica y puntual, sino que debe ser una figura pertinente de lo que es el pueblo, universalmente, es decir,*

³³⁶ *Rapport de Mme C. Tasca*, op.cit., p.15.

³³⁷ Proposición nº2-483/1 de BETHUNE y sus enmiendas subsidiarias nº 3y 4, doc., *Senado*, nº 2-465/2.

³³⁸ Ídem

³³⁹ Dicho artículo dispone que los Estados deben tomar en todos los ámbitos, incluso políticos, todas las medidas apropiadas y también disposiciones legislativas.

un pueblo hecho de hombres y mujeres”³⁴⁰. Tener en cuenta, teórica y prácticamente, la diferencia de los sexos no representa ningún abandono del universal pero permite reconocer el contenido concreto y diferenciado del universal³⁴¹. Por muy abstracta que sea, la ciudadanía política no podría borrar lo radical de la naturaleza humana. Es más allá de ésta, y no en sus alrededores, donde la ciudadanía debe construirse.

Así en España, los partidarios de las cuotas y de la paridad insistieron sobre la necesidad de reflejar en la representación política la realidad social, la realidad de la sociedad española: *“las mujeres son hoy el 50 por ciento de la población y en ningún país del mundo, en ninguna instancia de decisión local, regional, estatal o internacional las mujeres están presentes en la misma proporción que representan en la población. (...) La sociedad tiene una diferencia sexual que tiene que traducirse en que los valores de las mujeres y de los hombres sean al 50 por ciento en la sociedad. Un ejemplo de esto ha de ser, evidentemente, que en las listas electorales los hombres y las mujeres estén representados paritariamente*”³⁴².

En Bélgica, ya desde los debates parlamentarios que precedieron la introducción de la Ley de 1994 la relativa indiferencia del legislador belga hacia la controversia filosófica entre el universalismo y el diferencialismo se explica, sin duda, por las especificidades de la cultura política nacional, y contrariamente a los debates filosóficos y jurídicos en Francia. Fundamentalmente pluralista, se basa, de hecho, sobre una tradición probada de compromisos y equilibrio, favorecida por numerosas divisiones - lingüísticas, ideológicas, sociales, etc. - que afectan al país. Este rasgo peculiar contribuye a fundar, no tanto una óptica de democracia paritaria sino más bien *“una aproximación de la democracia representativa como espejo de la composición sociológica de la sociedad, como reflejo de los intereses de cada grupo social, como microcosmo de la sociedad*”³⁴³.

La ciudadanía belga tiene la reputación de ser arraigada en sus categorías sociales. Bélgica es una sociedad “consociativa” que reconoce e integra diversos grupos sociales en los procesos decisionales. Un tal reconocimiento implica que, en este sistema político, la representación descriptiva prevalece: la composición de los organismos públicos y de las asambleas elegidas debe reflejar la sociedad al representar a los grupos principales. Aunque la segmentación de la sociedad civil y política belga está en declive y si la ideología política tiende a ejercer una influencia menos duradera en la elección de los ciudadanos, la representación equilibrada de las principales categorías sociales y la representatividad de las instituciones permanecen percibidas como elementos de legitimación del sistema político belga.

³⁴⁰ COMMAILLE, J., “Les régimes de genre dans les politiques du droit”, en DEVILLE, A. y PAYE, O., *Les femmes et le droit: constructions idéologiques et pratiques sociales*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1999, p.264.

³⁴¹ AGACINSKI, S., *Politique des sexes*, op.cit.

³⁴² Intervención del Sr. Saura, diputado del grupo mixto de izquierda, *BOCG*, 8 de abril 2003.

³⁴³ MARQUES-PEREIRA, B., op.cit.

Además, un consenso reina sobre el hecho que es legítimo de institucionalizar la participación de ciertas categorías sociales. Nadie duda integrar medidas estructurales en los estatutos de los partidos y otras organizaciones, en la legislación o en la constitución para garantizar la presencia de grupos sociales particulares en los organismos de representación o en los establecimientos de interés público. Así, en los parlamentos belgas (federal y federados), los distintos grupos lingüísticos se ven garantizar un vierto número de escaños. Es en parte sobre la base de esta lógica de participación que se adoptaron las cuotas electorales en 1994 y la paridad en 2002.

De hecho, siempre desde la perspectiva universalista se subraya la idea de que las mujeres no constituyen una minoría ni una categoría. Sin embargo, la reivindicación de la paridad se distingue de la de las cuotas en el sentido en que se considera que las mujeres deben situarse en una relación de absoluta igualdad y que constituyen una de los dos componentes del cuerpo social; lo que significa que la instauración de las cuotas va en contra del principio de igualdad. En otras palabras, la paridad sobrepasa el obstáculo filosófico, sociológico y jurídico de las cuotas electorales que las mujeres sienten o experimentan como humillantes porque no valen más que un 20% o un 30%³⁴⁴. Una vez que llegan a la cuota prevista no hay progresión; de forma que, percibido como un método compensatorio y cosmético, funciona como un "techo de cristal" - ¿quizá encuentra su justificación en un perspectiva de equilibrio? Promover la idea de una cuota de 25% o 33% de uno u otro sexo en las listas electorales no moviliza a las principales interesadas. Las cuotas son una etapa y no un fin. La paridad en la representación es la aplicación del principio de igualdad de las personas que forman el género humano³⁴⁵. Así, se considera la paridad menos como un porcentaje - aunque también se podría considerar como unas cuotas de 50% y 50% - que como la traducción efectiva de la igualdad.

A pesar de eso, algunos partidarios de la paridad del ámbito filosófico reconocen que si bien, en términos pragmáticos, es una medida que se justifica, a nivel filosófico su fundamento se encuentra con mayor dificultad³⁴⁶.

A esta dificultad, viene en ayuda la argumentación jurídica para apoyar la introducción de la paridad porque el derecho traduce siempre la realidad de la sexualidad³⁴⁷. Así, en Francia, la palabra "mujer" figura en la Constitución francesa

³⁴⁴ Sobre la diferencia entre cuotas y paridad, ver *infra* sección 2, la naturaleza jurídica de la paridad.

³⁴⁵ GASPARD, Fr., *op. cit.*, pp. 118-119.

³⁴⁶ "La paridad es verdadera en práctica y falsa en teoría. La paridad es un importante revelador de la desigualdad política y de la desigualdad de los sexos en general, más aún, cuando esta idea no parece poder fundarse en términos filosóficos. Idea mixta, la paridad constituye una mezcla de dos corrientes políticas contemporáneas: por su demanda de ser enunciada como una ley, esta idea surge del universalismo democrático, entonces de una representación del hombre abstracto; por su voluntad de designar visiblemente los dos sexos de la humanidad, esta idea pertenece a la tradición utopista y revolucionaria que, desde Fourier y los Saint-Simoniens, [define] la humanidad en [su] realidad sexuada"(FRAISSE, G, *Les femmes et leur histoire*, Gallimard, París, 1998).

³⁴⁷ DEMICHEL, Fr., *op. cit.*, p 96.

así como en el Código civil que consagra la diferencia de los sexos³⁴⁸. Los textos, los artículos 3 de la Constitución y 6 de la Declaración de 1789, prohíben la discriminación fundada sobre el sexo pero no prevén nada, o pocas medidas incitativas, a favor de las mujeres; mientras que ninguno de los dos textos rechaza la evocación de la pertenencia a unos grupos (étnicos, políticos, religiosos, sexuales, etc.) si ésta no constituye la fuente de una desigualdad discriminatoria.

Así, en el ámbito de la representación política, si la introducción de la paridad se justifica, queda la cuestión de su respeto en el ordenamiento jurídico. ¿Se puede introducir unas reglas fundadas en otra cosa que no sea la cualidad de ciudadano, por ejemplo, en la diferenciación de los ciudadanos en razón de su sexo? Es conocida la posición del Consejo constitucional de 1982, según el cual, para el derecho francés, sólo existen ciudadanos abstractos - entonces idénticos - cuyos límites al acceso a la vida política se enumeran estrictamente en la ley (edad, capacidad, nacionalidad). A parte de éstas, ninguna otra categoría es posible. Pero para los/las "paritaristas", la concepción dogmática del ciudadano abstracto no corresponde ya a las necesidades contemporáneas de la democracia porque al conservar esta cualidad, los individuos quieren el reconocimiento de su identidad propia, individual o colectiva³⁴⁹.

Por otra parte, el derecho francés se basa en la noción de la representación-invariación: el representante "es" el representado en el sentido etimológico del término. En realidad, el representado existe si tiene a un representante. Eso es la consecuencia natural de la teoría de la soberanía nacional; los representantes representan a la colectividad. Sólo importa la cualidad de elegido requerida para que el representante encarne al representado; cuando ésta existe, no importa quién puede representar a no importa quién. Sin embargo, para que eso funcione, hace falta en el ámbito colectivo una adecuación entre los representados y los representantes. La representación democrática debe ser una "fotografía" del cuerpo social y no proceder por identificaciones sistemáticas.

Así, "*¿por qué debería admitirse que sea siempre la misma parte del cuerpo electoral la que es sistemáticamente reproducida frente a la otra parte siempre olvidada?*"³⁵⁰. El derecho les ignora al incluirlas; disimula la diferencia sexual. La intercambiabilidad individual de los representantes y representados es aceptable sólo si se realiza una credibilidad colectiva de la representación. Ahora bien, en el derecho político francés, el sexo ha sido tratado como una variable individual mientras que constituye un elemento teórico determinante de la representación colectiva.

³⁴⁸ Sobre la "representación espejo" en Francia, ver e.o., ACHIN, C., «Représentation miroir vs parité. Les débats parlementaires relatifs à la parité revus à la lumière des théories politiques de la représentation», en *Droit et société*, 2001/1 n°47, pp. 237-256.

³⁴⁹ Esta concepción también se enfrenta a la posición del Consejo constitucional respecto a las demandas y las reivindicaciones sobre la noción del pueblo corso (Ídem, p.97).

³⁵⁰ Ídem, p.96.

Es tarea de los partidarios de la paridad demostrar que la consideración del sexo no generará el riesgo de un estallido en el cuerpo social, bajo la forma de una representación separada que podría reivindicarse a favor de los jóvenes, los minusválidos, las personas de color, etc., o lo que se ha llamado “el miedo del comunitarismo”. Sin embargo, una segmentación de la colectividad parece difícil si se toma en consideración otro concepto fundamental del derecho francés: la persona o todo lo que el ser humano tiene de específico: es un ser vivo, humano y sexuado. De hecho, el sexo es el único elemento indisociable de la noción misma de persona. El sexo es el único elemento que contribuye a definir la identidad misma del individuo y del cuerpo social y, por ello, debe ser tenido en cuenta por la teoría de la representación. *"Si la abstracción ha podido ser un medio operatorio para establecer un ordenamiento estatal, no puede ser el objetivo último, la ficción es un instrumento jurídico, ciertamente indispensable, pero que es utilizable sólo si es a la vez necesario y aceptado"*³⁵¹.

Los paritaristas consideran que sin intervención en el derecho - político y constitucional - las raras mujeres elegidas lo son siendo asimiladas por el electorado a los hombres. La paridad es ella sola capaz de remplazar esta identificación unilateral de un sexo a otro por una igualdad real de las relaciones entre los sexos.

1.2.1.5. La dualidad de los sexos

El derecho a la paridad no es un derecho vinculado a la ciudadanía sino un derecho vinculado a la condición humana. No es una derogación a la igualdad de los humanos entre ellos, visto que, al contrario, existe la dualidad fundadora de la humanidad. *"Las mujeres no forman una comunidad (...). No son ni una raza, ni una clase, ni una etnia, ni una categoría. Se encuentran en todos estos grupos, los engendran, los atraviesan. La diferencia sexual constituye el parámetro inicial. Antes de ser una clase, una raza, el ser humano es femenino o masculino"*³⁵².

La idea de prevalencia de la diferencia sexual sobre cualquier otra diferencia, va más allá de los discursos feministas y fue retomada a distintos niveles por los debates parlamentarios belgas, españoles y franceses. Se destacan así tres tipos de argumentos que apoyan dicha prevalencia.

Una referencia antropológica, como argumento, hace predominar la diferencia de sexo sobre todo factor de diferenciación por su función en la reproducción de la especie humana y porque está en el origen de cualquier otro grupo que el de hombres

³⁵¹ Ídem, p.97.

³⁵² HALIMI, G., “Parité hommes-femmes: un débat historique?», en *Le Monde*, 7 de marzo de 1997.

y mujeres³⁵³. Otro argumento a favor, es de orden “técnico” en la medida en que la diferencia de sexo se presenta como la matriz de categorías identificables, puesto que la pertenencia de un individuo a una u otra categoría se establece jurídicamente y se registra como estado civil. En otras palabras, el sexo se opone a otros atributos “contingentes” de la persona (nombre, apellidos, profesión, pertenencia a un grupo social) o “movedizos” (origen étnico)³⁵⁴. El tercer argumento, se fundamenta en las estadísticas al afirmar que las mujeres constituyen por lo menos el 50% del cuerpo electoral. No pueden ser tratadas como un grupo minoritario, como los grupos étnicos, raciales o sociales.

Así, para los partidarios españoles de la paridad, “(...) a pesar del avance formal de la igualdad, en el mundo hoy, en la sociedad española también, las mujeres sufren en la práctica gran desigualdad y porque la sociedad continúa regida por los valores de los hombres. Las mujeres son hoy el 50 por ciento de la población y en ningún país del mundo, en ninguna instancia de decisión local, regional, estatal o internacional las mujeres están presentes en la misma proporción que representan en la población”³⁵⁵. En definitiva, generalmente elevada como referencia inamovible en los debates públicos, la diferencia de sexo fue presentada muy a menudo como el único criterio de distinción legítima.

Respecto a esta irreducible dualidad sexual de la humanidad, la regla de la paridad - paridad de los elegidos o paridad de los candidatos - es, por otro lado, más coherente que la de las cuotas porque éstas se refieren más bien a una idea de categoría, grupo o minoría que no corresponde al criterio - universal - del sexo. Por ello, en Bélgica, ciertos parlamentarios la han defendido: la paridad reenvía a la idea de que las mujeres son la mitad del género humano, y que esta diferencia es un componente esencial y positivo de la humanidad³⁵⁶. Es en este contexto menos conflictivo que el

³⁵³ En este sentido, ver en Francia las discusiones en sesión pública en la Asamblea Nacional del proyecto de ley constitucional relativo a la igualdad entre hombres y mujeres, primera lectura, 15 de diciembre de 1998 y las discusiones en sesión pública en el Senado del proyecto de ley constitucional relativo a la igualdad entre hombres y mujeres, primera lectura, 26 de enero de 1999; en España, ver e.o. MACÍAS JARA, M., “El principio de presencia equilibrada en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, IV, 2011, pp. 223-249.

³⁵⁴ Ver e.o. en cuanto a España: CANTARINO, E. y MERTENS de WILMARS, F., “La paridad en la Ciudadanía. Nuevos retos a la Democracia liberal igualitaria”, en DOMINGO MORATALLA, A. y LISÓN BUENDÍA, J.F. (eds), *Ética, Ciudadanía y Desarrollo*, ed. Avances, Valencia, 2008.

³⁵⁵ Ver e.o. en España la intervención del parlamentario SAURA LAPORTA en nombre del Grupo Parlamentario Mixto sobre la reforma de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a cargos electos, en *BOCG*, nº243, 8 de abril de 2003, p. 1244; MARTÍNEZ SAMPERE, E., “La legitimidad de la democracia paritaria”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 107, 2000, pp. 133-149; respecto a Francia, ver ORTIZ L., “À propos du genre: une question de droit”, en *Droit et société*, 2012/1 nº 80, pp. 225-234.

³⁵⁶ Marc Verdussen afirma: «*De la sorte, le projet constitutionnalise l'idée même de quota. Or, ne doit-on pas admettre qu'en cette matière, des mesures contraignantes ne sont justifiables à long terme que si elles prennent la forme de la parité (entendue au sens d'une parité des candidatures)? En effet, la parité reflète le fait indéniable que le genre humain est fondé sur une dualité sexuelle qui est l'essence même de l'humanité. C'est parce que l'humanité est sexuée qu'on doit construire une*

contexto francés en el que se sitúan las posiciones de los constitucionalistas belgas que no se opusieron al principio de introducción de la paridad en la representación política³⁵⁷. La cuestión que les interesaba era la necesidad o no de introducir en la Constitución una disposición relativa a la igualdad entre hombres y mujeres y sus consecuencias, entre otras, en la participación y el acceso a los mandatos políticos³⁵⁸.

En Francia, los paritaristas demostraron la falta de coherencia de los (y las) que se oponen a la inscripción de la diferencia biológica en el texto constitucional. “*Nuestra sociedad está compuesta a igualdad por hombres y mujeres: es normal que las asambleas elegidas que la representan estén a su imagen*”³⁵⁹. De hecho, ya existe en la Constitución y otros textos legales referencias al sexo. La paradoja se manifiesta por su silencio en cuanto a la idea de suprimir en los textos la “sexualidad” de sus destinatarios. Y este silencio revela en realidad el malestar de los universalistas porque saben que el carácter genérico es ineludible en derecho. Es imposible en cualquier tradición jurídica poner el sexo entre paréntesis puesto que de éste depende la vida y la evolución del individuo. El género constituye el elemento objetivo por excelencia de su socialización. Si es así, conviene conformarse con la realidad, o sea, utilizar la diferencia sexual con el fin de mejorar la representación de esta realidad.

En definitiva, la especificidad del argumento a favor de la paridad es doble. Por una parte, la diferencia de sexo sería la única que sea legítimamente inscrita en la teoría universalista de la representación, la única distinción a ser reflejada en la “representación espejo”³⁶⁰. De otra parte, en la mayoría de los argumentarios a favor de la paridad, el tratamiento particular reservado a la “división” sexual no consagra, de ningún modo, la división del pueblo soberano en dos categorías con intereses distintos. Las candidatas y las elegidas no representan los intereses de las mujeres³⁶¹.

démocratie qui le soit elle-même» (Rapport fait au nom de la commission des affaires institutionnelles par Mmes van Riet et de t' Serclaes, Senado, Doc. Parl., s.o. del 6 de marzo de 2001, p.465/4).

³⁵⁷ Véase en contra Fr. DELPEREE quien, como su homólogo francés L. FAVOREU, considera la introducción de las cuotas o de la paridad como instrumentos potenciales de unas derivas comunitaristas que afectan al principio de igualdad. Sin embargo, la doctrina belga, reacia a la introducción de la paridad política constituye una corriente minoritaria (DELPREE, FR., “Les discriminations positives en Belgique”, op. cit.).

³⁵⁸ Sobre el intercambio de los puntos de vista de los expertos, véase Senado, Doc. parl., 2-465/4 (2000-2001).

³⁵⁹ Intervención de la senadora Y. BOYER en la discusión en sesión pública en el Senado sobre el proyecto de ley relativo al igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales, primera lectura, 29 de febrero de 2000.

³⁶⁰ Ver *supra* punto anterior sobre el argumento de la representación espejo.

³⁶¹ Ver *infra* los debates sobre la cuestión de la soberanía y de la indivisibilidad del pueblo (2.2.1).

1.2.1.6. Eficacia de la paridad

Asociada a la cuestión de la proporcionalidad de la paridad como discriminación positiva, se evocó su supuesta eficacia en los hechos de la vida política. En otros términos, se debatió la oportunidad de la introducción de la paridad al amparo del desenlace sobre unos resultados efectivos, refiriéndose a la interacción entre las leyes paritarias y las modalidades del sistema electoral belga, español o francés.

El impacto de la paridad y su eficacia están influidos por las modalidades específicas del sistema electoral y del paisaje político³⁶². En efecto, la eficacia de la paridad que se manifiesta a través de la instauración de cuotas en las listas electorales depende de diversas variables que le son independientes³⁶³. Los debates relativos a la eficacia de la paridad fueron también la ocasión de (re)abrir otro debate sobre la instauración, la extensión o la generalización del sistema electoral proporcional, así como la cuestión de las listas electorales abiertas o cerradas.

De hecho, el sistema electoral proporcional favorece más la diversidad que el sistema mayoritario y por ello, contribuye más a la probabilidad de un aumento de candidatas elegidas. El sistema proporcional reparte los escaños en función del porcentaje de votos ganados por los partidos. Por lo tanto, éstos presentan un abanico de candidatos representativos de diversos “grupos” del electorado³⁶⁴. En cambio, en el sistema mayoritario, sólo hay un vencedor, o sea, la persona o el partido que ha ganado la mayoría de los votos; lo que reduce la eficacia de la paridad porque, a menudo, el candidato elegido es un hombre.

³⁶² Sobre la interacción de las leyes de paridad y los sistemas electorales, ver. e.o. MEIER, P., “De kracht van de definitie Quotawetten in Argentinië, België en Frankrijk vergeleken”, en *Res Publica*, 46(1), 2004, pp. 80-100; TREMBLAY, M., *Women and legislative representation: electoral systems, political parties and sex quotas*, Palgrave Macmillan, New York, 2008; MATEO-DIAZ, M., *Searching for the panacea of long-term equality: on the art of combining quick-fix solutions and structural measures to increase the presence of women in parliament*, EUI Working Papers, Florencia, 2004.

³⁶³ Ver SCHWINDT-BAYER, L., “Making quotas work: the effect of gender quota laws on the election of women”, en *Legislative studies quarterly*, 34(1), 2009, pp. 5-28.

³⁶⁴ No descartamos otros factores del sistema proporcional favorables para las mujeres, como un efecto de “contaminación” o de “imitación” en la medida en que la competencia mutua empuja a los partidos a presentar candidaturas femeninas con el fin de atraer nuevos electores, lo que propicia menos un sistema mayoritario (En este sentido, ver MEIER, P., “The Mutual Contagion Effect of Legal and Party Quotas. A

Belgian Perspective”, en *Party Politics*, 10(5), 2004, pp. 583-600). Además, un sistema con varios partidos políticos también favorece una participación aumentada de las mujeres. Parece más abierto que un sistema con dos partidos. Hay un número más alto de plazas por medio de un número mayor de partidos y éstos están sometidos a una competición acerba, lo que conlleva también el efecto de mimetismo mencionado previamente. En fin, la paridad tiene además su eficacia en una cultura política favorable al reconocimiento de la igualdad, que facilita así la promoción de las mujeres en la política (Ver LEYENAAR, M., “Een vrouwvriendelijk kiessysteem”, en MEIER, P. y CELIS, K. (ed.), *Vrouwen vertegenwoordigd, Wetstraat gekraakt? Representativiteit feministisch bekeken*, VUBPress, Bruselas, 2004, pp.49-80.

En cuanto al tipo de listas electorales que se confeccionan, también éste, constituye un factor determinante respecto a la eficacia de la paridad, en la medida en que el porcentaje de mujeres elegidas varía según que las listas estén abiertas o cerradas.

En el caso de listas cerradas, los electores sólo pueden votar a un partido y, por lo tanto, deciden sólo del número de escaños de cada partido pero no de los candidatos que los ocupan efectivamente. Se atribuyen los escaños a los candidatos en función del orden de la lista que los partidos han decidido. En contra, el sistema de listas abiertas permite al electorado votar a la vez a un partido y a unos candidatos determinados y el reparto de escaños, también se efectúa en función de los *votos de preferencia* pronunciados. En este caso, los electores no sólo deciden el número de escaños de cada partido, sino también – y en una cierta medida – el nombre de los candidatos a quienes están atribuidos estos escaños.

Tanto en los debates parlamentarios como en la literatura científica, no hay unanimidad respecto al impacto de las listas abiertas o cerradas sobre la paridad y el número de mujeres elegidas, aunque algunos afirman que ellas lo son más fácilmente en los sistemas electorales proporcionales que utilizan listas cerradas con la condición de que la paridad (o las cuotas) otorgue puestos elegibles a las mujeres³⁶⁵.

En Bélgica, siendo el sistema electoral de tipo proporcional, la cuestión de la eficacia de la paridad trata más del cumulo de los mandatos políticos – que afecta indiferentemente a las mujeres y los hombres – o de la cultura política en general, que del sistema en sí, aunque los parlamentarios a favor de la paridad se refirieron a la necesidad de revisar ciertos aspectos del sistema electoral con el fin de conceder toda su eficacia a la medida paritaria³⁶⁶. En cuanto a las listas, la situación de los candidatos en éstas, determina muy a menudo sus posibilidades de ser elegidos. El efecto devolutivo de los votos en casilla de cabeza, refuerza la influencia de los partidos ya muy potentes en la constitución de las listas³⁶⁷. Denunciada como un arma de “partitocracia”, esta técnica fue criticada por los partidos liberales³⁶⁸. Además de moderar la omnipotencia de los partidos, la neutralización o la supresión

³⁶⁵ En realidad, el factor determinante aquí es el número de escaños que los partidos obtienen en una circunscripción electoral. A medida que el número de escaños elegibles por partido aumenta, las oportunidades de las candidatas aumentan. A medida que los partidos obtienen más escaños en una circunscripción electoral, se inclinan más a atribuir escaños elegibles a candidatos de grupos sociales subrepresentados con el fin de dirigirse a un electorado más amplio. Sobre esta cuestión, ver e.o., SCHMIDT GREGORY, D., “The election of women in list PR systems: testing the conventional wisdom”, en *Electoral studies*, 28(2), 2008, pp.190-203.

³⁶⁶ Ver e.o. *Chambre, Documents parlementaires*, sesión 1998-99, doc. 1734/1.

³⁶⁷ Esta técnica electoral consiste en que, después de cada elección, cada lista electoral establece un número de votos necesarios para ser elegido en función del número de escaños obtenidos. Los votos en casilla de cabeza constituyen una reserva en la que se recoge, para añadir a los votos de preferencia el número de votos necesarios para ser elegido y esta devolución se efectúa estrictamente en el orden de la lista hasta el agotamiento de los votos en casilla de cabeza. Por lo tanto, figurar en las primeras posiciones aumenta entonces considerablemente las posibilidades de elección.

³⁶⁸ Ver e.o. *Chambre, Documents parlementaires*, sesión 1999-2000, doc. 434/1, 435/1, 436/1; sesión 1998-99, doc. 1734/1.

(parcial o total) del efecto devolutivo era presentada como una medida susceptible de mejorar la representación de las mujeres³⁶⁹.

En España, también el sistema electoral es proporcional, pero al contrario del sistema belga, las listas están cerradas y bloqueadas por los partidos. Respecto al Congreso de los Diputados, el modo de escrutinio es mixto, en la medida en que para las circunscripciones plurinominales el escrutinio está con listas bloqueadas con reparto proporcional de los escaños, según el método d'Hondt, mientras que para las circunscripciones uninominales se aplica el escrutinio mayoritario simple. En cuanto al Senado, también el escrutinio es mixto porque hay senadores elegidos al sufragio directo por mayoría simple y con listas cerradas y senadores elegidos por las asambleas legislativas autonómicas al modo proporcional, según sus propias reglas de organización.

Imponiendo las cuotas paritarias (40%-60%) y permitiendo a los legisladores autonómicos ir más allá de sus prescripciones mínimas, la LOREG – modificada por Ley Orgánica de Igualdad - ha limitado la libertad absoluta de los partidos en la confección de las listas electorales³⁷⁰. En efecto, con el fin de garantizar la eficacia (o efectividad) de la medida paritaria, dicha ley dispone que se mantenga “*la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista*”³⁷¹.

En Francia, el modo de escrutinio varía según las elecciones y a veces, según el número de escaños a repartir en una circunscripción electoral³⁷². Se utiliza el escrutinio de lista o el escrutinio uninominal. El primer modo de elección afecta a las elecciones senatoriales en algunas circunscripciones electorales (la proporcional en ellas y la mayoría a dos turnos en las otras), las elecciones europeas y regionales así como las elecciones locales en los municipios de más de 3.500 habitantes³⁷³. El

³⁶⁹ Con la formación del gobierno dirigido por el liberal flamenco Guy Verhofstadt (VLD), fue concluido un acuerdo para reducir a la mitad el efecto devolutivo de los votos en casilla de cabeza. La ley del 26 de junio de 2000 disminuyó a la mitad la devolución de los votos expresados en casilla de cabeza y suprimió la distinción entre candidatos titulares y candidatos suplentes en todas las elecciones celebradas en Bélgica (*Moniteur belge*, 14 de julio de 2000 y 24 de enero de 2001).

³⁷⁰ En su disposición final, la Ley Orgánica de Igualdad establece que: “*En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas*”.

³⁷¹ La ley prevé también la misma disposición para las listas de los suplentes.

³⁷² Sobre el sistema electoral francés y sus diferentes modos de escrutinio, ver e.o. BLACHER, P., *Le Parlement en France*, L.G.D.J – Systèmes, París, 2010

³⁷³ En los escrutinios de lista, figuran los de *un turno* (elecciones senatoriales y europeas) y los de *dos turnos* (elecciones regionales y locales).

segundo modo de elección se aplica a las elecciones legislativas con el sistema mayoritario.

En varias ocasiones, a juicio de los diversos resultados electorales (legislativos, locales, senatoriales, etc.), los parlamentarios franceses examinaron y se pronunciaron sobre la (desigual) eficacia de la paridad según el tipo de elección que se celebraba³⁷⁴. En efecto, la paridad electoral se basa, por una parte, en la constitución paritaria de las listas de candidaturas cuando el modo de escrutinio lo permite y de otra parte, en las penalidades financieras impuestas a los partidos que no presentan una proporción suficiente de candidatas en el marco de las elecciones legislativas con escrutinio nominal. Si los parlamentarios reconocieron que el escrutinio de las listas permitió a la paridad convertirse en una realidad efectiva en los consejos regionales, municipales y en la representación francesa en el Parlamento Europeo, en cambio, denunciaron su poca eficacia en los modos de escrutinio (mayoritario) uninominal de dos turnos, es decir en las elecciones de los Consejeros Regionales y en las legislativas, debido principalmente a la débil intensidad de las penalidades financieras infligidas a los partidos infractores del código electoral³⁷⁵.

Así, en los tres países que han instaurado la paridad, la eficacia de ésta, es tributaria de sus sistemas electorales. Con el apoyo de los estudios de sociología y ciencias políticas, los parlamentarios destacan que la paridad tiene su eficacia en el sistema proporcional con modo de escrutinio de listas, al contrario de los sistemas mayoritarios con escrutinio de modo uninominal.

En efecto, el mejor sistema electoral para la representación política de las mujeres, al menos debería reunir cuatro características que determinarían, en relación entre ellas, el número de candidatas elegidas: una importante proporcionalidad, un número alto de escaños por partido y por circunscripción electoral (“party magnitude”³⁷⁶), unas listas cerradas y una cuota “estricta” de género³⁷⁷.

Una fuerte proporcionalidad, que depende de la fórmula utilizada y del aumento del número de escaños por circunscripción electoral, favorece la presencia de las mujeres porque aumenta las oportunidades de que todos los partidos tengan más de uno o dos elegidos por circunscripción, de manera que puedan presentar a los electores un

³⁷⁴ *Rapport d'information de la sénatrice Mme Michèle André sur l'impact pour l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives des dispositions du projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, de réforme des collectivités territoriales (n° 527, 2009-2010), n°552, 10 de junio de 2010, s.o.2009-2010, Sénat, pp.1-157; Rapport de M. Sébastien Huygues, sur le projet de loi (n° 3525), adopté par le Sénat, après déclaration d'urgence, tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, n° 3558, 10 de enero de 2007, Assemblée nationale, pp.1-116.*

³⁷⁵ *Ibid.*, pp. 6-28, y pp.47-49.

³⁷⁶ Respecto al concepto de “party magnitude”, éste se distingue de la «district magnitude» que corresponde al número absoluto de escaños por circunscripción electoral.

³⁷⁷ Ver DESCHOUWER, K. y MEIER, P., *Réformes récentes et réformes prévues de la loi électorale: l'impact possible sur le nombre d'élus*, Groupe de travail «Politieke Wetenschappen & Centrum voor Vrouwenstudies», VUB, 2002.

panel de candidatos (hombres – mujeres, jóvenes – mayores, candidatos salientes-candidatos nuevos, etc.)³⁷⁸.

Un alto “party magnitude” aumenta la probabilidad de que lo elegidos representen el panel de candidatos y candidatas en las listas electorales. El número medio de escaños por partido y circunscripción electoral crece cuando el número de escaños por circunscripción es alto y el número de partidos ganadores de escaños es débil³⁷⁹.

La presentación de listas cerradas permite que los escaños puedan ser obtenidos por las candidatas situadas en las plazas elegibles. En este caso, son los partidos los que determinan el panel de elegidos, mientras que en las listas abiertas, la decisión pertenece al elector; lo que tiene por consecuencia la anulación del efecto de proporcionalidad y de la “party magnitude”³⁸⁰.

Las cuotas estrictas o paritarias impiden que la probabilidad de un número mayor de candidatas sea tributaria de la buena voluntad de los partidos y ofrecen importantes garantías si tienen explícitamente en cuenta el número de plazas elegibles por partido³⁸¹.

1.2.1.7. La paridad sin su nombre

“*Democracia paritaria*”, “*cuotas o reservas electorales*”, “*paridad*”, etc. son otros tantos términos utilizados en los debates de las cámaras bajas y altas belgas, españolas y francesas, pero al final, en el encabezamiento de sus textos legislativos y constitucionales, ¡no aparece el término “paridad” o “paritario”!

A pesar de la valentía de las ideas paritarias y debido a la posición de los detractores de la paridad, así como al control constitucional (a priori o a posteriori), la ausencia del vocablo “paridad” en los textos tiene al menos dos explicaciones.

Por una parte, indica que los parlamentarios la introducen en el ámbito electoral sólo como un instrumento para incentivar de alguna manera una mayor presencia femenina en las asambleas legislativas. No la utilizan como la garantía de una representación paritaria efectiva entre hombres y mujeres. En Bélgica y Francia, los textos constitucionales y legales se limitan a “*favorecer el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas*”. Los debates españoles son diáfanos en este punto. Así por ejemplo, en el marco de la adopción de la Ley Orgánica española para “*la igualdad efectiva de mujeres y de*

³⁷⁸ Ídem.

³⁷⁹ Ídem.

³⁸⁰ Ídem.

³⁸¹ Ídem.

hombres”, los paritaristas tratan de la “democracia paritaria” pero sus propuestas se limitan a la introducción de cuotas (60-40) que no reflejan dicha paridad (50-50), utilizando un argumentario tortuoso para explicar la distinción entre la paridad y las cuotas³⁸².

La otra explicación reside en que los parlamentarios no tienen la convicción de que la paridad pueda erigirse como principio o concepto del mismo calibre que el principio de la igualdad. Desde los debates hasta la adopción de leyes y revisiones constitucionales, los diputados y senadores de los tres países se esforzaron en recordar la importancia de la igualdad real, de la igualdad de oportunidades, de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, etc. La paridad, siendo un concepto con sus límites aún mal o poco definidos y con un alcance incierto en cuanto a su campo de aplicación, se ha quedado relegada a consideraciones más de orden antropológico, demográfico, filosófico, histórico o sociológico que de orden jurídico.

Así por ejemplo, en los debates parlamentarios, se han referido a la larga historia de la lucha feminista por los derechos políticos de la mujer. En España, “*La historia del movimiento feminista y de quienes han luchado por la libertad desde el siglo XVIII ha sido una lucha por la democracia, pero ésta no puede ser completa si no significa la conquista del derecho al ejercicio de la ciudadanía plena*”³⁸³. En Bélgica, “*L’histoire du droit des femmes montre le long cheminement qu’il a fallu suivre pour accéder à cette égalité. Etape par étape, il a fallu la revendiquer*”³⁸⁴ mientras que “*la France est demeurée trop longtemps sous l’empire de la loi salique qui, si elle a disparu en droit s’est maintenu vaille que vaille, dans notre inconscient et notre pratique politiques. Cinquante ans après avoir obtenu le droit de voter et d’être élues, les femmes n’ont toujours pas la possibilité d’exercer, à l’égal des hommes, la souveraineté nationale au Parlement*»³⁸⁵.

1.2.2. Los argumentos distintos según los sistemas comparados

Como lo señalamos, cada sistema político, cada ordenamiento jurídico tiene sus especificidades que pueden marcar los argumentos que apoyan o se oponen a la

³⁸² Y es que calificar una medida como paritaria cuando no lo es, porque «el establecer una cuota en la selección de candidatos no implica automáticamente que va a resultar elegido el mismo porcentaje de mujeres», es cuando menos contradictorio.

³⁸³ Intervención de Sra. Navarro Garzón, del Grupo Parlamentario Socialista, relativa a la proposición de ley del Grupo Parlamentario Socialista, de reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), Cortes Generales, *BOCG*, nº243, 8 de abril de 2003, p. 12438.

³⁸⁴ Intervención de la Sra. M.Th. Coenen (Ecolo-Agalev) relativa al informe de F. Moerman y J. Milquet sobre la revisión del Título II de la Constitución con el fin de insertar un nuevo artículo relativo al derecho de las mujeres y de los hombres a la igualdad, *Cámara*, 18 de enero de 2002, *Doc. Parl.*, nº 50, s.o. 2001-2002, 1140/002, p.7.

³⁸⁵ *Rapport de Mme C. Tasca, op.cit.*, p.4.

introducción de la paridad. Entre los tres sistemas políticos estudiados, varios elementos han sido objeto de debates en dos de ellos, y otros no debido a su vínculo con ciertas características propias del sistema político interesado. Sin pretender a relevar todos los argumentos que distinguen los sistemas políticos francés, belga y español, destacamos algunos que reflejan las dificultades de introducción de la paridad en cada uno de estos sistemas que tiene sus particularismos respecto a sus fundamentos y principios jurídicos. Nos referimos a la cuestión de la soberanía y de la indivisibilidad del pueblo evocada en las asambleas legislativas francesa y española (1.2.2.1), el respeto de la prevalencia del derecho internacional (1.2.2.2) y la necesidad de la adopción de un nuevo “catálogo” de derechos constitucionales (1.2.2.3) en Bélgica mientras que se debate la preexistencia de la base constitucional de la paridad en España (1.2.2.4).

1.2.2.1. La cuestión de la soberanía y de la indivisibilidad del pueblo (Francia - España)

Entre las cuestiones que focalizaron los debates respecto a las características propias de los tres sistemas políticos, figura el tema de la soberanía y de la indivisibilidad del pueblo. Los parlamentarios españoles y franceses compartieron esa misma preocupación, al contrario que los belgas, cuyo sistema y cuya tradición políticos se fundamentan en la “fragmentación” – por lo menos lingüística - del electorado y de la sociedad belga en general.

Los partidarios de la paridad afirman que su reivindicación tiene el mérito de dar cuerpo a una democracia que pretende ser representativa y participativa. En contra, se opone el argumento que la paridad viola los preceptos constitucionales porque afecta a la soberanía del electorado en el sentido que ataca el derecho democrático de todo ciudadano a elegir a un candidato en función de sus competencias independientemente de cualquier otro criterio. La traducción jurídica de una ciudadanía sexuada, por el medio de la paridad, consagraría una regresión en los procesos democráticos.

En España, los argumentos de los parlamentarios opuestos o no a la paridad y las cuotas electorales se refirieron también a la cuestión de la soberanía y la unidad del cuerpo electoral. Para los oponentes, apoyados por una parte de la doctrina, la representación de grupos y las cuotas replantean esta unidad representativa. En el Estado democrático *“el cuerpo electoral, que se vertebra sólo en torno al concepto de “ciudadano/a, es indivisible, porque la soberanía popular (art. 1.2 CE) es*

indivisible”³⁸⁶. Una sentencia del Tribunal Constitucional³⁸⁷ ya iba en este sentido al indicar que si, en virtud del art. 1.2 CE, «*la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado*», el derecho de representación se reconoce «*uti cives y no a favor de cualesquiera categoría de personas*»³⁸⁸.

Esta argumentación tiene un fundamento constitucional, el art.23.2 de la Constitución que establece el derecho de sufragio pasivo con los requisitos que establezcan las Leyes³⁸⁹. Esta disposición supone reconocer un amplio margen de actuación al legislador para regular el ejercicio del derecho electoral. Pero este margen tiene límites que marcan el principio de igualdad y los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, así como el igual derecho de todos al acceso a los cargos públicos representativos.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional STC 12/2008 de 29 de enero aborda de nuevo la cuestión de la fragmentación del cuerpo electoral³⁹⁰. Dando un giro en su jurisprudencia, considera que no se puede confundir al titular de la soberanía quien es el pueblo español con el cuerpo electoral por medio del cual se manifiesta. Añade que, en cualquier caso, la ley que establece las causas determinantes de la condición de elector no perjudica la “unidad ideal” del concepto de soberanía.

En Francia, la indivisibilidad del cuerpo electoral tiene un eco vinculado estrechamente con el universalismo republicano y la idea de nación entre otras cosas. Cada representante, sea cual sea su sexo, representa la nación entera y no un grupo social determinado. En otras palabras, la feminización de las instancias políticas supuestamente no debe desembocar en una renegociación de la naturaleza del proceso representativo cuya unidad de base es el individuo. Los términos idénticos de las ya conocidas decisiones del Consejo Constitucional de 1982 y de 1999³⁹¹, que rechazaron respectivamente la introducción de las cuotas electorales y la paridad en

³⁸⁶ REY MARTÍNEZ, F., “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución”, en *Aequilitas*, núm. 1, 1999, p. 58.

³⁸⁷ STC 212/1993, Fundamento Jurídico nº4

³⁸⁸ Arnaldo Alcubilla, *op.cit.* Alce Janáriz (*op. cit.* p. 4), considera que “la paridad electoral sobrepuja un valor en principio extraconstitucional, la representatividad por sexos de las listas, sobre la representación sexual indiferenciada, que es el precipitado recibido en nuestra Constitución como componente de la imagen maestra del sistema democrático y el único contenido constitucional propiamente declarado (...) la representación basada en el individuo como tal y no en su pertenencia a un género, como tampoco a un cuerpo, segmento o corporación”.

³⁸⁹ Ver e.o. ARANDA ALVAREZ, E., *Cuota de mujeres y régimen electoral*, col. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, nº19, ed. Dykinson, Madrid, 2001.

³⁹⁰ FJ 10º

³⁹¹ Ver CCF., *decisión nº 82-146 DC*, 18 de noviembre de 1982 y *decisión nº 98-407 DC*, 14 enero de 1999, que invalidó la ley que preveía una obligación de paridad en la composición de las listas de candidaturas en las elecciones regionales así como en la Asamblea de Corsica. En ambas decisiones, el Consejo Constitucional subrayó que: «la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus... que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles...; [et] qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique».

la Asamblea de Corsa, fueron la base argumentativa de los detractores de la paridad hasta que la misma alta institución aprobará la implantación en el sistema electoral francés por una necesaria revisión constitucional. “*La dualidad de los géneros permanece incompatible con el principio de soberanía nacional: el diputado no tiene su mandato de ninguna sección (o grupo) del pueblo*”,³⁹² como afirman los antiparitaristas al defender un modelo social nacional. Cualquier reconocimiento de “categorías” o implantación de cuotas o paridad, supuestamente proviene de un modelo político extranjero, el del comunitarismo norteamericano que puede degenerar en reivindicaciones particularistas³⁹³. Los partidarios franceses de la paridad contestaron que la soberanía debe encarnarse en las dos mitades de la humanidad que son las mujeres y los hombres y que, desde un punto de vista jurídico, si la paridad es ciertamente contraria a los principios fundadores de la democracia constitucional, es legítimo renunciar, “temporalmente” a éstos con el fin de garantizar la igualdad real³⁹⁴. Además, recordaron que el sistema jurídico francés no conoce normas supraconstitucionales. El “soberano”, en su forma originaria (el pueblo) o derivada (el Congreso) siempre tiene el poder de modificar la constitución con la única condición de fondo de no replantear le forma republicana del gobierno³⁹⁵.

1.2.2.2. La cuestión de la prevalencia del derecho internacional (Bélgica)

Si en España y Francia, los parlamentarios hicieron referencias a los textos internacionales que tratan de la igualdad de sexos en la vida política, se limitaron, en realidad, a recordar los compromisos internacionales de sus respectivos países³⁹⁶. En

³⁹² PISIER, E., «Universalité contre parité », en *Le Monde*, 8 de febrero de 1995. Ver también el informe de la comisión de leyes en el que la derecha senatorial afirma: «Aucune discrimination positive n’a, en revanche, jamais été acceptée dans le domaine du suffrage. En effet, si le préambule de la Constitution de 1946 donne à la loi la mission de “garantir à la femme dans tous les domaines des droits égaux à ceux de l’homme” – ce qui autorise, à certaines conditions, des discriminations positives, dans le domaine social en particulier –, l’article 3 de la Constitution de 1958, concernant spécifiquement la souveraineté nationale, interdit, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, toute distinction entre hommes et femmes pour la représentation politique » (*Rapport du sénateur Guy Cabanel pour la commission des lois du Sénat*, n° 156, sesión 1998-1999).

³⁹³ Ver SCOTT J.W., « La “Querelle des Femmes” in The Late Twentieth Century », *New Left Review*, 226, 1997, pp. 3-19. Según Élisabeth Badinter, por ejemplo, los partidarios de la paridad proponen de “*cambiar el sistema político e imponer la democracia comunitaria de las cuotas, importada de los Estados Unidos*” (BADINTER, E., « Non aux quotas de femmes », en *Le Monde*, 12 de junio de 1996).

³⁹⁴ Ver LEPINARD, E., « Faire la loi, faire le genre: conflits d’interprétations juridiques sur la parité », en *Droit et société*, 2006/1 n°62, pp. 45-66.

³⁹⁵ *Rapport de Mme C. Tasca*, op. cit., p. 7.

³⁹⁶ En España, durante los debates de 2003, el grupo socialista del Congreso afirmó: “(...) también nos avalan los compromisos internacionales de España, como la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, firmada por España como convenio

Bélgica, esas mismas referencias fueron más allá en el sentido de que estos compromisos – como cualquier debidamente ratificado e integrado en el orden jurídico belga – prevalecen sobre el derecho interno hasta el propio derecho constitucional³⁹⁷.

Así, durante los debates relativos a la introducción de la paridad en la constitución belga, un experto invitado recordó que las autoridades belgas se han obligado internacionalmente a introducir una disposición constitucional relativa a los derechos de la mujer³⁹⁸. Por lo tanto, todas las autoridades (federales, regionales, locales, etc.) deben tomar las medidas necesarias para realizar una igualdad total entre hombres y mujeres no sólo de derecho sino también de hecho. En cuanto al principio de igualdad en materia de elecciones y refiriéndose tanto a los dictámenes del Consejo de Estado³⁹⁹ como a las posiciones del Consejo Constitucional francés, el mismo experto subrayó la necesidad de modificar la Constitución para indicar explícitamente el principio de una representación equilibrada entre hombres y mujeres en la listas electorales.

Entonces, se permite instituir la democracia paritaria en el proceso decisional político y concluir que, a una objeción de discriminación “electoral” eventual por tal disposición, el derecho internacional -que prevalece en nuestro ordenamiento jurídico desde la sentencia *Le Sky* del Tribunal de Casación⁴⁰⁰- no parece oponerse a una diferencia de tratamiento si tiende a poner fin a una desigualdad de hecho.

El artículo 7, b) del Convenio sobre las mujeres de 1979 (CEDAW) obliga a los Estados a tomar medidas para eliminar la discriminación contra las mujeres en la vida política y pública, y en particular, a garantizar, en condiciones iguales con los hombres, el derecho a tomar parte en la elaboración de la política del Estado y a su

internacional; los acuerdos de la IV Conferencia mundial de las mujeres, de Pekín; las resoluciones del Parlamento Europeo”(BOCG, 8 de abril de 2003, núm. 243) mientras que el grupo parlamentario vasco recordaba que los convenios internacionales, a partir del artículo 10.2 de la Constitución, se convierten en de obligado cumplimiento en derecho interno y por tanto de absoluta obligatoriedad para ser cumplidos en el ámbito del Estado.

³⁹⁷ Ver e.o. *Rapport de Mmes VAN RIET et de T' SERCLAES sur la révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité*, 6 de marzo de 2001, Senado, doc. 2-465/4, s.o. 2000-2001, p. 19.

³⁹⁸ Bélgica había ratificado, entre otros, el Convenio sobre las mujeres que prevé en su artículo 2, a) que los Estados deben, ante todo, inscribir en su Constitución nacional el principio de igualdad de hombres y mujeres y garantizar por vía legislativa u otros medios apropiados la aplicación efectiva del susodicho principio (véase *supra* Parte I).

³⁹⁹ CEtat, sec. legis., *avis L. 29.910/2 du 3 avril 2000 sur un projet qui a abouti à la loi du 26 juin 2000 visant à réduire de moitié l'effet dévolutif des votes exprimés en case de tête et à supprimer la distinction entre candidats titulaires et candidats suppléants pour l'élection des conseils provinciaux et communaux et du Parlement européen*, doc. Chambre, no 50-0666/001, p. 26; Ver también en el mismo sentido, el dictamen del Consejo de Estado, L. 30.125/VR du 13 juin 2000 sur une proposition qui a abouti au décret de la Communauté germanophone du 23 novembre 2000 «zur Abänderung des Grundlagengesetzes über die öffentlichen Sozialhilfzentren vom 8. Juli 1976», doc. Rat. D. Gem., 2000-2001, n°35/2.

⁴⁰⁰ Cass., de 27 de mayo de 1971, *Fromagerie Franco-Suisse Le Sky c. Etat Belge*, en *J.T.*, 1971, p.471

ejecución, y a ejercer todas las funciones públicas en todos los escalafones del gobierno⁴⁰¹. La revisión constitucional a favor de la paridad, entonces, encuentra su legitimidad en el derecho internacional.

1.2.2.3. Un nuevo catálogo constitucional (Bélgica)

En Bélgica, los debates sobre la introducción de la paridad llevaron a unos expertos a preconizar, a modo preliminar, la redacción de un nuevo catálogo de derechos fundamentales más preciso y adaptado a la realidad contemporánea - y no a la de 1831, fecha de la independencia del Estado - como se dotaron España, Italia, Alemania, Portugal, etc. En este sentido, el constitucionalista M. Verdussen citó a B. Kriegel para quien “la paridad no es la excepción sino la aplicación de la igualdad de los sexos. La paridad no exige de ningún modo una transformación del derecho constitucional sino el despliegue más amplio de los derechos humanos en el derecho político”⁴⁰².

Pretendieron que la fórmula “*derecho de mujeres y hombres a la igualdad*” redactada como tal e insertada en el marco general del texto constitucional, nada indica sobre la supremacía del sexo como criterio respecto a los demás (raza, minusvalía, religión, etc.). Si la disposición propuesta no se confronta a una real objeción constitucional, se corre el riesgo de generar una incoherencia en este sentido mientras que los jueces tendrán dificultades para controlar su aplicación y su respeto.

En fin, los expertos invitados en los debates emitieron varias observaciones sobre la igualdad entre los sexos en el acceso a los mandatos públicos. Afirmaron que “(...) conviene estar atento a la coherencia de la reglamentación sobre el equilibrio de hombres y mujeres en el acceso a los mandatos públicos. De dos cosas, una. Bien la Constitución consagra ella misma las reglas que tienden a garantizar tal equilibrio. Pero en este caso, lo hace completamente y no sólo para los gobiernos centrales (nacionales y federados) y los ejecutivos locales, como lo considera la proposición del Gobierno federal. Bien la Constitución se contenta con imponer al legislador el cuidado de adoptar él mismo esas reglas. Esta se inscribe en esta perspectiva y tiene el mérito de la coherencia”. Tal fórmula permite evitar las críticas de

⁴⁰¹ MERTENS DE WILMARS, Fr., op. cit., p.186. En su intervención en el marco de los trabajos de la revisión constitucional, el profesor M. Uyttendaele también evocó la predominancia del derecho internacional - incluyendo el Convenio Europeo de los Derechos Humanos - sobre la Constitución belga. La declaración revisional del Gobierno se funda en la introducción de un artículo nuevo relativo al derecho de hombres y mujeres a la igualdad. También se refiere a las incitaciones internacionales a favor de las medidas a tomar en este sentido, insistiendo, sin embargo, sobre la preservación del principio de proporcionalidad que éstas deben revestir (Ver *Rapport de Mmes VAN RIET et de T' SERCLAES*, op.cit., p.44.).

⁴⁰² KRIEGEL, B., *Philosophie de la République*, Plon, París, 1998 (citado por M. VERDUSSEN, op.cit.).

inconstitucionalidad de cara a las medidas coaccionantes adoptadas por el legislador, ya sean cuotas o paridad.

1.2.2.4. Las obligaciones constitucionales (España)

Los partidarios españoles de la paridad se apoyaron en las obligaciones constitucionales contenidas en el art.9.2 de la Constitución que convierte en deber de los poderes públicos superar los obstáculos que dificultan la igualdad entre los sexos y que confirma que las modificaciones paritaristas de la LOREG caben en el ámbito constitucional⁴⁰³. *“Legislar la paridad en las listas electorales es perfectamente posible. (...) Argumentos jurídicos a utilizar son el propio artículo 1.1 de la Constitución, que propugna como valor la igualdad; el artículo 14, igualdad ante la Ley; el artículo 23.2, el acceso a los poderes públicos en condiciones de igualdad; el 9.2, la obligación de los poderes públicos de remover las condiciones que impidan la libertad y la igualdad de los individuos. (...) La intervención del legislador para favorecer una participación política y representativa adecuada que salvaguarde el derecho de todas y de todos los ciudadanos a ejercer su derecho al sufragio pasivo en condiciones de igualdad está plenamente amparada en los artículos 6.1, 9.2, y 29.3 de la Constitución, además de en su artículo 14 y a todas luces en el 10.2, por la aplicación extensiva que dicho artículo hace a la luz del derecho comunitario y que es una obligación que se impone a todos los poderes públicos, sin olvidar además que las comunidades autónomas están habilitadas, a través de sus estatutos, para dictar sus respectivas normas electorales”*⁴⁰⁴.

Al considerar que las cuotas paritarias consisten en una acción (o discriminación) positiva, sus partidarios afirman que sirven para impulsar y promover la igualdad real a través del mandato del artículo 9.2 de la Constitución. *“(...) Están encaminadas a impulsar y promover la igualdad real y, en consecuencia, tendentes a eliminar las diferencias fácticas entre hombres y mujeres a través del mandato que se recoge en*

⁴⁰³ Intervención de la diputada Julio Reyes, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, *BOCG*, num.243, 8 de abril de 2003.

⁴⁰⁴ Intervención de la diputada del grupo parlamentario vasco, Sra. URÍA ETXEBARRÍA, *BOCG*, num.243, 8 de abril de 2003. La representante de CIU en los debates de 2003 también afirmó que: *“Cuando la Constitución habla de igualdad en el artículo 23.2 no deberíamos entender que lo hace de forma distinta a cuando reconoce el derecho fundamental de la igualdad en el artículo 14. Y reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto de la igualdad preconizada en el artículo 14 habilitan al legislador no sólo a tratar de manera diferente situaciones de hecho que no sean iguales, sino que dicen claramente que la igualdad material de la Constitución quedaría completamente vacía de contenido si el legislador aprobara normas indiferentes que perpetuaran desigualdades materiales reales. El propio Tribunal Constitucional va más allá y afirma, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de nuestra Carta Magna, que en nuestro Estado social de derecho los poderes públicos tienen el deber de actuar y remover los obstáculos que impidan la igualdad real y efectiva. En consecuencia han de otorgar un trato diferente a quien se encuentre en una situación de partida desventajosa”* (Intervención de la diputada del grupo parlamentario catalán de Convergència i Unió, Sra. PIGEM I PALMES, *BOCG*, num.243, 8 de abril de 2003, p. 12444).

el artículo 9.2 de la Constitución y que propugna dicha igualdad real⁴⁰⁵. La Exposición de los motivos de la ley recoge esta preocupación por alcanzar la igualdad efectiva por medio, entre otros, de una “presencia o composición equilibrada”⁴⁰⁶ y toma cuidado en indicar que el legislador ha optado por una fórmula adecuada con las exigencias contempladas concretamente por los artículos 9.2 y 14 de la Constitución.

Para los antiparitaristas, si dentro del campo de la igualdad caben acciones positivas de acuerdo con el art. 9.2 CE, la intervención del poder público debe cesar cuando se garantiza la igualdad en el punto de partida. “Las medidas han de eliminar/compensar las situaciones de desigualdad, pero no pueden incidir en el contenido de los derechos”⁴⁰⁷.

En el marco de un recurso y de una cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional recordó en su sentencia de 2008⁴⁰⁸ que la igualdad material recogida en el art. 9.2 de la Constitución se aplica también en el ámbito de la representación política; lo que caracteriza a un *Estado como social y democrático de derecho* que, con los valores del art. 1.1 de la Constitución son la base fundamental del orden constitucional. Además, siempre según el Tribunal, el art. 44 bis de la LOREG busca la efectividad del art. 14 de la Constitución en la representación política, puesto que los partidos tienen que contribuir a la igualdad material del 9.2 de la Constitución con la efectiva incorporación de las mujeres en las asambleas legislativas y los ejecutivos.

Sección 2: Naturaleza jurídica de la paridad y sus límites frente a la igualdad

El término de "paridad" designa una representación igual de mujeres y hombres en las instituciones elegidas del Estado. Se asocia a otra noción que hace más explícita su inscripción exclusiva en el campo de la ciencia política, la de la “*democracia*”

⁴⁰⁵ *Ibíd.*; ver también FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Granada, 2006; SEVILLA MERINO, J., VENTURA FRANCH, A., «Fundamento Constitucional de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia a la participación política», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2 (2007).

⁴⁰⁶ Sobre la elección del término “presencia”, v. SALDAÑA, M. N., “Transversalidad de la participación equilibrada de género en el marco internacional: Su recepción en la ley de igualdad española”, en MONTESINOS SÁNCHEZ, N. y ESQUEMBRE VALDÉS, M. (Coords. y eds.), *Mujeres en democracia. Perspectivas jurídico-políticas de la Igualdad*, Feminismo/s, nº 12, Universidad de Alicante, San Vicente del Raspeig, diciembre de 2008, pp.79-135.

⁴⁰⁷ V. el recurso de inconstitucionalidad presentado el 21 de junio de 2007, promovido por diputados del Grupo Parlamentario Popular; V. ATC 471/2007, de 17 de diciembre de 2007.

⁴⁰⁸ Ver STC 12/2008.

paritaria”⁴⁰⁹. La desigualdad de los sexos en la representación pondría en causa los fundamentos de la democracia representativa; la paridad pensada como una modalidad específica de la igualdad, supuestamente debería contribuir a refundar un sistema democrático deficiente que no ha podido integrar a la mitad de los ciudadanos.

En otros términos, la paridad constituye en el terreno político una obligación positiva impuesta a los actores del juego político y en particular a los partidos. Trata de subordinar la validación de una lista a la presencia de un *mínimum* cuantitativo de candidatos de cada sexo. Visto así, se puede incluir en el concepto de paridad el sistema de las "cuotas", aunque la doctrina no es unánime sobre esta cuestión y como sobre otras respecto a su naturaleza jurídica: ¿se trata de un nuevo principio o de un instrumento estratégico?, ¿una discriminación positiva u otro tipo de medida? ¿Un tratamiento preferencial en el marco de la igualdad de oportunidades o de resultados? (2.1)

Desde el punto de vista jurídico, tanto los debates parlamentarios como las diversas fuentes jurídicas – normativas, jurisprudenciales y doctrinales – belgas, españolas y francesas juntas, nos aclaran o por lo menos, nos orientan en la definición y en el alcance de la paridad.

Naturalmente, es un tipo de intervención jurídica muy difícil de manipular, por al menos, dos razones: la primera, porque constituye una obligación positiva que supone una colaboración efectiva de los destinatarios que generalmente se muestran reacios (¡se entiende porque son mayoritariamente hombres!); la segunda, reside en la idea de que este tipo de obligación proviene de la estrategia de la desigualdad compensatoria; o sea, no se trata ya de una simple "*igualdad-protección*" sino la "*igualdad-promoción*". Por lo tanto, la paridad se enfrenta en el terreno de la ciudadanía, dominada por la estricta igualdad abstracta y formal⁴¹⁰; concepto que destacará las dificultades de "combinación" entre la paridad y la igualdad así como el papel del juez en el control de aplicación de la paridad (2.2).

⁴⁰⁹ Sobre los aspectos políticos del concepto de la democracia paritaria, v. e.o. ACHIN, C. y BERENI, L., (dir.), *Genre et science politique*, Presses de Sciencepo, París, 2013; SLEDZIEWSKI, E., «La démocratie paritaire, étape nécessaire de la construction démocratique», en *Conférence européenne « Les femmes au pouvoir »*, Commission des communautés européennes, Atenas, 1999; ÍDEM, «L'identité des femmes dans la démocratie paritaire », en Conseil de l'Europe, *Groupe de spécialistes sur l'égalité et la démocratie. Rapport final d'activités*, Éditions du Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1996; LOMBARDO, E., "Desigualdad de género en la política: un análisis de los marcos interpretativos en España y en la Unión Europea", en *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 18, Abril 2008, pp. 95-120; MARTÍNEZ SEMPERE, E., «La legitimidad de la democracia paritaria», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 107, enero-marzo 2000, p. 142; SAAVEDRA RUIZ, P., (Dir.) *Hacia una democracia paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*, CELEM, Palermo, 1999; TAHON, M.-B., "La revendication de la démocratie paritaire", en *Politique et Sociétés*, Vol.17, n°1-2, 1998, pp.13-47; GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F., *La presencia de la mujer en la vida política y parlamentaria española: de la conquista del voto femenino a la democracia paritaria*, Instituto de Estudios Almerienses, Almería, 2005.

⁴¹⁰ DEMICHEL, Fr., "A parts égales: contribution au débat sur la parité", *Chronique, Rec. Dalloz-Sirey*, 12^e Cahier, 1996, p.95.

2.1. Naturaleza jurídica de la paridad: ¿principio o instrumento estratégico?

Determinar la naturaleza jurídica de la paridad consiste primero en posicionarla respecto al principio de igualdad. La cuestión trata de saber si tiene el rango de valor o de principio que pueda regir el conjunto de leyes que afectan a la representación y a la participación de las mujeres y de los hombres en las responsabilidades decisionales públicas (y privadas⁴¹¹).

Erigida en un principio, la paridad tendría un carácter “transcendental” en su ordenamiento jurídico en la medida en que su estatuto de principio – constitucional o general – proporcionaría una promoción de su aplicación más allá del ámbito político y una protección común a los otros principios que fundamentan el estado de derecho democrático (igualdad, libertad, etc.).

El Derecho de la UE y el Derecho del CEDH entienden la paridad como una acción/discriminación positiva y la definen como un instrumento estratégico para conseguir una igualdad real. Ni sus legislaciones, ni sus jurisprudencias respectivas, la consagran como un principio jurídico, sino como mucho, como un principio de naturaleza política.

Así, el Consejo de Europa la incluye en el concepto de democracia paritaria que implica la plena integración de la mujer, en las mismas condiciones de igualdad que el hombre y en todos los niveles y todos los aspectos de funcionamiento de una sociedad democrática, por *estrategias multidisciplinares*, entre las cuales está la paridad⁴¹². En cuanto al Derecho europeo, tanto el legislador como el juez comunitario han tratado la paridad como una “mera cuota” que consiste en un instrumento o una medida (estratégica) y que sirve, entre otras, a dar efectividad al principio de igualdad y de no discriminación entre los sexos⁴¹³.

En los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio constitucional de la igualdad es obstáculo a cualquier reconocimiento de la paridad entre los principios *jurídicos*, fundamentales o no. Si desde un punto de vista político la paridad tiene rango de principio, en el plan jurídico tiene un valor instrumental.

⁴¹¹ En efecto, la paridad se ha implantado como objetivo en la composición de los consejos de administración de determinadas empresas. V. *infra* los límites del campo de aplicación de la paridad.

⁴¹² V. la exposición de motivos de la *Recommandation CM/Rec (2007)17 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les normes et mécanismes d'égalité entre les femmes et les hommes*, adoptada el 21 de noviembre de 2007; v. también el *Informe final de actividades del Grupo de especialistas sobre la igualdad y la democracia*, Consejo de Europa, Estrasburgo 1996. El Consejo de Europa considera la paridad como una medida no transitoria sino definitiva y destinada a garantizar como compartir del poder político entre hombres y mujeres.

⁴¹³ TORRENTE GARI, S., “¿Hay un Derecho comunitario sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo? La Directiva 2002/73, de 23 de septiembre”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº47, 2004, pp.185-209; SAURUGGER, S., *Les approches sociologiques de l'intégration européenne: Perspectives critiques*, L'Harmattan, París, 2008.

En Francia, la constitución prevé en su art.3 que la ley favorece el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos electorales y funciones. Y según los términos del art.4, al.2, indica que los partidos contribuyen a la realización de este “principio” en las condiciones determinadas por la ley. Recordamos que el Consejo constitucional ya precisó que se trataba sólo de una facultad para el legislador el suprimir o limitar ciertas garantías de igual acceso sin remplazarlas obligatoriamente por garantías equivalentes⁴¹⁴. Por lo tanto, un principio de valor constitucional (para retomar los términos utilizados por la alta jurisdicción francesa en sus decisiones de 1982) ¿puede estar tributario de dicha facultad?

No obstante, con la revisión constitucional, la nueva disposición ha pasado del art.3 que figuraba en el título relativo a la soberanía al art. 1º, que se convertiría así en la fuente principal del principio de igualdad. Intercalado entre el Preámbulo y los títulos de la Constitución, el art.1º alimenta así el conjunto del texto constitucional⁴¹⁵. Si no se puede considerar que este “traslado” manifieste una generalización del “principio” de la paridad, una parte de la doctrina interpreta que ha sido consagrado como tal al mismo nivel que el principio, aunque permanece la excepción o la derogación a éste⁴¹⁶.

Este reposicionamiento en el texto constitucional del objetivo de paridad hace de él un principio regulador. Desde ahora, en la práctica, el legislador no puede sufrir más la censura de la jurisdicción constitucional cuando decida promover la paridad⁴¹⁷. Sin embargo, no es tan evidente que la paridad en sí tenga el rango de principio constitucional o general de derecho, al contrario que la igualdad entre hombres y mujeres. Ya, en 1997, el Consejo Constitucional consideró que “el principio constitucional de igualdad entre los sexos se impone al poder reglamentario sin que sea necesario que el legislador recuerde su existencia”⁴¹⁸. En realidad, sólo el igual acceso a los mandatos electorales y los cargos electivos formulado en el art.1º de la constitución consiste en un principio constitucional propiamente dicho. En virtud del principio reconocido por la alta jurisdicción constitucional, la paridad extrae su legitimidad constitucional de la voluntad o de la facultad del legislador en su utilización.

⁴¹⁴ V. *supra* CCF, décision n° 2003-476 DC du 24 juillet 2003; v. también DEBARD, Th., ROBBE, Fr., *Le caractère équitable de la représentation politique*, Editions L'Harmattan, París, 2005.

⁴¹⁵ PRÉLOT, P.-H., *op.cit.*

⁴¹⁶ ÍDEM; LEMAIRE, F., «La notion de non-discrimination dans le droit français: un principe constitutionnel qui nous manque», en *RFDA*, 2010, p.301.

⁴¹⁷ FARGUES, A., *Universalisme républicain, particularismes et droit public*, Tesis, Universidad de Lille 2, p. 332.

⁴¹⁸ Décision n°97-388, DC du 20 mars 1997, "Plans d'épargne retraite". Para un comentario sobre esta decisión, v. MOLFESSIS, N., «La prudence est définitivement de rigueur au Conseil constitutionnel...à l'encontre de la liberté contractuelle», en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 99. Ver también el art.3 del Preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946 que afirma que «la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme».

En cuanto al ordenamiento jurídico belga, la paridad se inscribiría en el marco del principio constitucional de la igualdad entre mujeres y hombres, consagrado en el art.10 de la Constitución. En efecto, en el proyecto de revisión constitucional, el Gobierno federal propuso la inserción de esta disposición con el fin de “*afirmar clara y expresamente el principio de la igualdad de las mujeres y de los hombres, de garantizarlo y de consolidar el fundamento de las legislaciones que permitan realizar esta igualdad de derecho en igualdad de hecho. Prevé que el legislador tome las medidas que favorezcan el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos públicos y electivos*”⁴¹⁹. Como en el sistema constitucional francés, el igual acceso a dichos mandatos es un principio constitucional cuyo modo de aplicación muestra el margen de apreciación del legislador, pero nada indica que la paridad en sí constituya un principio. Forma parte de los distintos instrumentos constitucionalmente admisibles que el legislador tiene a su disposición para favorecer el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los cargos y funciones representativos.

Así pues, tanto en Francia como en Bélgica, la igualdad entre mujeres y hombres de una parte y el igual acceso a los mandatos electivos por el medio de la ley por otra parte, son los principios que son las bases constitucionales de la paridad *stricto sensu*, aunque ésta se acopla, no sin dificultades, al precepto de igualdad y a sus exigencias de aplicación⁴²⁰.

Por su parte, el sistema constitucional español que ya encomienda al legislador a promover el principio genérico de igualdad, no postula la paridad ni como fin, ni como medio⁴²¹. Formalmente, la Ley Orgánica de Igualdad, en su primera disposición adicional que trata de la “representación o composición equilibrada”, no define ésta como principio cuyo tratamiento conceptual podría resultar complejo e incierto⁴²². El art.44bis de la LOREG consagra la paridad más bien como un “instrumento” constitucionalmente legítimo para el igual acceso de ambos sexos a los cargos públicos representativos. Así, aún más claro, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2008, indicó que el “*el equilibrio o la paridad que se refleja en el artículo 44 bis LOREG no se encuentra en la Constitución, por lo que puede hablarse de un interés general o de un valor infraconstitucional cuya*

⁴¹⁹ *Rapport fait au nom de la commission des affaires institutionnelles par Mmes van Riet et de t' Serclaes*, Senado, Doc. Parl., nº2-465/4, s.o., 6 de marzo de 2001, p.5.

⁴²⁰ V. *infra* los límites de la paridad.

⁴²¹ V. STC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2º. Para un comentario de la sentencia, v. e.o. BALLESTER PASTOR, M.A., “La sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la normativa ‘protectora’ de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico. El trabajo en las minas”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, nº27, 1993, pp. 47-52.

⁴²² V. Dictamen del Consejo de Estado sobre Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres, 22 de junio de 2006.

*preponderancia sobre la igualdad en el derecho a ser candidato sin discriminación por razón de sexo es harto discutible*⁴²³.

La paridad consiste en realidad en un método, una técnica jurídico-política y nada más. En los debates parlamentarios españoles de 2003, para los partidarios de la paridad, ésta constituye un “instrumento” para garantizar la presencia equilibrada de los sexos. Es más democrática y permite una mayor capacidad de elección. “*El concepto democracia paritaria se define como una representación equilibrada de hombres y mujeres, de forma que ninguno de los dos sexos tenga una presencia mayor del 60 ni menor del 40 por ciento y por tanto no se trata de conseguir la cuota del 40 por ciento para las mujeres*”. También se considera paridad la presencia de hombres y mujeres al 50 por ciento. (...) El objetivo es que llegue un momento en que no tengan que existir cifras definitorias de la equidad, porque de hecho existirá igualdad en el acceso y en la permanencia de las mujeres en la vida política”.

Ahora bien, los mismos partidarios de la paridad, consideran que ésta no tiene como finalidad compensar provisionalmente una desigualdad, sino que “*establece una representación definitiva y cuantitativamente igual de hombres y mujeres*”⁴²⁴. Así, la paridad no es un instrumento para la búsqueda de la igualdad entre géneros, sino un fin en sí mismo, un principio. Considerada así, la paridad sería “manchada” por una inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico español, como en los demás que la han integrado. Las limitaciones al principio de igualdad no servirían provisionalmente a la corrección de las desigualdades de hecho, sino que la diferenciación sería un elemento permanente del sistema. “*Los hombres y las mujeres no se fundirían en la noción de persona sino que permanecerían políticamente diferentes*”⁴²⁵.

En Francia como en Bélgica, la paridad resulta ser un incentivo potencial para proponer una traducción concreta de la igualdad de género. Por ejemplo, la puesta en marcha de acciones y discriminaciones positivas en la función pública revela una utilización estratégica de la paridad con el fin de promover la igualdad de sexos en la alta Administración francesa. Así, se ha referido a la paridad para preconizar medidas de acción positiva a favor de las mujeres en la alta función pública, de tal manera que aquellas medidas corresponden a la continuidad de la lógica paritaria⁴²⁶.

⁴²³ STC 12/2008, de 29 de enero. Ver especialmente el auto del 5 de mayo de 2007 del Tribunal de Santa Cruz de Tenerife.

⁴²⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y Garantías. La ley del Más débil*, ed. Trotta. Madrid, 1999, p.89.

⁴²⁵ ARANDA ÁLVAREZ, E., *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas” núm. 19, Dykinson, Madrid, 2001. El autor subraya que no se trataría tanto de conseguir un reparto equilibrado en el ámbito del cuerpo político. Más bien de lo que se trata es de establecer legalmente una representación paritaria entre hombres y mujeres. La paridad no puede entenderse como una inflexión provisional de la igualdad, sino que viene a sustituirla. Los hombres y mujeres dejan de ser ciudadanos intercambiables para ser representados con presencia paritaria.

⁴²⁶ V. LEPORS, A., *Piloter l'accès des femmes aux emplois supérieurs, 1^o rapport du Comité de pilotage pour l'égal accès des femmes et des hommes aux emplois supérieurs des fonctions publiques*, La Documentation française, París, 2001.

El carácter potencial de este incentivo traduce la naturaleza de la paridad: es un instrumento y no un principio, tal como lo dio a entender el Consejo constitucional francés por lo menos en dos ocasiones, a través de sus decisiones del 19 de julio de 2001 y 24 de julio de 2003⁴²⁷. En esta última, considera que el objetivo paritario es una opción, una facultad regida por una disposición de habilitación y no una obligación. Para el juez constitucional francés, la paridad es un “*instrumento al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres*”, y además en el marco de un campo de aplicación restringido como es la representación política y económica y social.

Los partidarios de la “democracia paritaria” afirman que ésta no tiene la finalidad de compensar temporalmente una desigualdad que afecta a las mujeres, sino que, de algún modo, instaura una representación numéricamente definitiva igual entre ambos sexos. Por lo tanto, según ellos, la paridad no es un instrumento sino “un fin en sí misma”.

Ahora bien, como ya lo han subrayado varios autores españoles y franceses, la confusión entre principio e instrumento a favor del primero, desembocaría en una diferenciación permanente en el ordenamiento jurídico, lo que resultaría difícilmente compatible con los sistemas constitucionales establecidos en base al principio de igualdad formal y substancial. Hacer de la paridad un principio consistiría en provocar una “inflexión definitiva” de la igualdad, lejos de buscar un reparto equilibrado entre hombres y mujeres.

En definitiva, en los ordenamientos jurídicos belga, español y francés, la paridad se recepciona, aun con dificultades⁴²⁸, no como un principio, sino como un instrumento jurídico como otros que estarían al servicio del principio (constitucional, supraconstitucional o general de derecho) de igualdad entre hombres y mujeres. Las constituciones y las jurisdicciones que la interpretan no admiten la paridad como tal entre los principios fundamentales de sus ordenamientos respectivos.

2.1.1. ¿Es o no una cuota?

La cuestión de saber si la paridad es o no una cuota, participa también en la determinación de su estatuto de principio o de instrumento. En efecto, si se trata de una cuota, debería indicar la naturaleza instrumental de la paridad. Si se trata de algo más o distinto de una cuota, habría aún la posibilidad de revestir la paridad como principio.

⁴²⁷ Respecto a estas decisiones, v. *supra* sección 1, 1.1.1

⁴²⁸ Ver infra la problemática de (in)compatibilidad de la paridad con el principio de igualdad.

Al inspirarse probablemente de los estudios de teoría y sociología política, las doctrinas francesa, belga y española se refieren generalmente a dos categorías de cuotas. La primera, menos obligatoria para los partidos, trata a menudo de cuotas de un 30 % de personas del mismo sexo, pero sin indicaciones relativas a su posicionamiento en las listas electorales. Fueron así los casos del proyecto de ley francesa que fracasó ante el Consejo Constitucional en 1982 y de la ley de las cuotas de 1994 en Bélgica. La segunda categoría es más estricta porque fija una cuota mínima y máxima así como un “sistema de cremallera”, es decir de alternancia que obliga un orden de presencia de los candidatos masculinos y femeninos en las listas, específicamente los candidatos del sexo infrarrepresentado. Es esta segunda categoría la que han adoptado Bélgica, España y Francia.

Ahora bien, desde una perspectiva política o sociológica, las cuotas de alternancia, propias de la paridad, parecen responder a una estrategia distinta de la que pretenden las cuotas. En efecto, éstas últimas tienden a mejorar la aplicación del principio de igualdad, mientras que a las cuotas paritarias corresponderían el objetivo de un reparto igualitario del poder decisonal⁴²⁹. La paridad, sería pues un concepto que traduce la igualdad de mujeres y hombres y que representa su manifestación. No se trataría de una “cuota de mitad”⁴³⁰.

La paridad se opondría a la lógica de las cuotas porque las mujeres no pueden ser consideradas como una categoría que necesitaría políticas específicas. Al otorgar un porcentaje mínimo de representación de mujeres en las listas electorales, la política de cuotas induce a considerar a las mujeres como una minoría, un grupo o una categoría específica a proteger y a promover. La paridad permitiría evitar el concepto de cuotas al replantear la organización de la vida en sociedad, la división sexual de las esferas pública, privada, económica y social, que generan la segregación de las mujeres. Se trataría, numéricamente, de mantener el “50-50” o más concretamente tantas mujeres como hombres en los lugares de decisión; tanto hombres como mujeres en las esferas “feminizadas”, por ejemplo, sectores como la educación infantil, la asistencia social, etc. Visto así, la paridad se confundiría con un principio como el de la igualdad y sobrepasaría su naturaleza instrumental.

En Bélgica, la paridad se inscribe en la continuación de la instauración de las cuotas electorales. Los propios trabajos parlamentarios, previos a la revisión constitucional de los art.10, 11, 11bis, testimonian la estrecha vinculación entre la paridad y la cuota. Tan estrecha, que los diputados y senadores tuvieron dificultades al distinguir ambos conceptos, por lo menos en el plano jurídico. Así, en el dictamen relativo a dicha revisión constitucional, Laurette Onkelinx, vicepresidenta del gobierno entonces, afirmó que ésta tenía como objetivo la realización de la democracia

⁴²⁹ Ver en este sentido, MARTÍNEZ SEMPERE, E., «La legitimidad de la democracia paritaria», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 107, enero-marzo 2000, p. 142.

⁴³⁰ V. SÉNAC-SLAWINSKI, R., «Parité-quotas: « la qualité » de l’ambivalence», en *laviedesidees.fr*, 18 de septiembre de 2008.

paritaria, sin por ello establecer una sociedad fundada en cuotas de “mitad-mitad”, sino más bien actuar a favor de una sociedad en la cual los ciudadanos son iguales, sea cual sea su pertenencia a un sexo. Rechazó la inscripción de la paridad en la constitución, al igual que las cuotas, “por no organizar de manera duradera una distinción basada en el sexo cuando las cuotas son medidas llamadas a desaparecer una vez alcanzado el objetivo, bajo pena de violar el principio general de igualdad de los ciudadanos”.

En cuanto al ordenamiento jurídico español, la democracia paritaria se declina en términos de “representación equilibrada” que, a su vez, se concreta en “reservas en las listas electorales”, en “cuotas paritarias” o también en sistema de “listas cremallera”⁴³¹. Ni la legislación, ni la jurisprudencia constitucional proceden a distinguir entre la paridad y las cuotas⁴³². Es más, la doctrina a favor y en contra de la paridad considera ésta como un objetivo incluido en las cuotas⁴³³. En otras palabras, la paridad no se disocia de las cuotas que es su fundamento, su “razón de ser”. Así para E. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, “*en definitiva, no se trata de otra cosa que de analizar si el sistema de cuotas, y dentro de él sus distintas modalidades, consiguen el fin pretendido, entendiéndolo por éste no la paridad en el seno de las Asambleas legislativas, sino la equiparación real de ambos géneros, masculino y femenino, en las oportunidades a la hora de participar activamente en la toma de decisiones políticas*”⁴³⁴.

En Francia, los paritaristas han reivindicado la distinción entre la paridad y las cuotas por diversos motivos ya evocados anteriormente⁴³⁵, como el que las mujeres no son una categoría a la que correspondería la aplicación de una cuota. Para ellos, la paridad “se distingue de la cuota por su filosofía misma”⁴³⁶. Esta oposición conceptual caracteriza, aun después de la revisión constitucional, varios discursos parlamentarios a favor y en contra de la paridad⁴³⁷, tal como lo ilustra el debate en la

⁴³¹ V. SALDAÑA, M.N., *op.cit.*, pp. 108-110.

⁴³² V. e.o. STC 12/2008, de 29 de enero.

⁴³³ MACÍAS JARA, M., *op.cit.* Cita, en otros autores, MARTÍNEZ SAMPERE, E., “La legitimidad de la democracia paritaria”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 107, 2000; SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los púlpitos, V Premio Cátedra Leonor de Guzmán. Diputación de Córdoba, Delegación de la mujer*. Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001; MACÍAS JARA, M., *La Democracia representativa paritaria*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2009; REY MARTÍNEZ, F., “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, en *La Ley*, Año XXI, núm. 4984, 2000.

⁴³⁴ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., “Una reflexión técnica al hilo de las leyes de paridad electoral”, en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, número 8, 2003, p.180.

⁴³⁵ V. *supra* Sección I, 1.1.1, la introducción de la paridad en Francia.

⁴³⁶ V. e.o. GASPARD, F., SERVAN-SCHREIBER, Cl. y LE GALL, A., *Au pouvoir citoyennes! Liberté, égalité, parité*, ed. Le Seuil, París, 1992; APPRILL, Cl., SLEDZIEWSKI, E., «La Cité et les femmes», en *Libération*, 11 de mayo de 1995. Rechazan la institución de cuotas de sexo que no les parece el medio apropiado para devolver a las ciudadanas el lugar que les corresponde de pleno derecho en el ejercicio de la soberanía.

⁴³⁷ V. por ejemplo la *Discussion en séance publique à l'Assemblée nationale du projet de loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*,

Asamblea nacional, en febrero de 2013, sobre el proyecto de ley rechazado por el Senado relativo a la elección de consejeros departamentales, municipales y a la modificación del calendario electoral⁴³⁸.

En el marco jurídico galo, la paridad no se distingue de las cuotas, por los menos a la vista de la jurisprudencia y de la doctrina constitucionales. Para el decano Vedel, “la paridad no es otra cosa que la institución de una cuota del 50%”⁴³⁹. Es más, la paridad consiste sólo en un objetivo que el legislador puede cumplir por la introducción de unas cuotas establecidas en un 50% para garantizar el igual acceso.

Por lo tanto, no entendemos las cuotas paritarias como otra cosa que unas cuotas que pretenden favorecer una presencia, por lo menos equilibrada de ambos sexos, en las listas electorales o como mucho, un acceso igual a los mandatos representativos políticos y socioeconómicos. En efecto, aunque los paritaristas ven política y filosóficamente en la paridad a la vez un principio y un método, desde el punto de vista jurídico, ésta se materializa técnicamente en una cuota, ni más ni menos.

2.1.2. Se trata de una discriminación positiva

En base a cuanto precede, la paridad, siendo una cuota dotada de una eventual especificidad, también es una discriminación positiva como cualquier medida que tiene a recuperar el desfase entre hombres y mujeres en el espacio decisional en la política, lo social y lo económico⁴⁴⁰. Por lo tanto, además de ser tratada como una medida positiva por el legislador – tanto de acción como discriminación –, el juez

primera lectura, segunda sesión del 25 de enero de 2000. La diputada M.-H. AUBERT afirmó que “la paridad no es una cuota, ni una ventaja, ni una discriminación positiva [...] otorgada a una categoría”.

⁴³⁸ Assemblée nationale, *Compte-rendu intégral*, 2ème séance, 20 février 2013, s.o. 2012-2013, *J.O.R.F.*, pp.2042-2076. Si para el diputado M. POUZOL, la paridad no tiene nada que ver con las cuotas y es la igualdad, según el diputado J. AUBERT, el proyecto de ley instaura en realidad una cuota: la paridad es una cuota basada en el género, pese la negación de los partidarios de dicho proyecto.

⁴³⁹ V. *Rapport du sénateur G. CABANEL, au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes*, Assemblée nationale, n°156, s.o., 1998-1999; ver también FATIN-ROUGE STEFANINI, M., «Les ‘discriminations positives’ en matière électorale aux États-Unis et en France», en *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 23, febrero de 2008.

⁴⁴⁰ Así, en Francia, cuando la paridad fue explícitamente justificada como un instrumento de igualdad por sus promotores, casi pasó desapercibida la introducción en el derecho electoral de la discriminación positiva. Incluso, quizás a la vista de la difícil compatibilidad con el principio de igualdad, una parte de la doctrina a favor de la paridad se posicionó en contra de la lógica de la discriminación positiva. Ver. BERENI, L. y LEPINARD, E., op. cit., p. 73.

constitucional la examina como tal, conforme a los criterios de validez jurídica de las discriminaciones positivas (razonabilidad, proporcionalidad, etc.)⁴⁴¹.

El sistema de las cuotas tiene como enfoque la aceptación o el rechazo de la discriminación positiva respecto al principio de igualdad porque con ésta, la igualdad parece evolucionar desde la igualdad ante la ley, hacia la igualdad de resultados⁴⁴², lo que también constituye un escollo en el terreno constitucional entre las interpretaciones formales y substanciales del principio de igualdad.

En otros términos, la paridad política no puede aparecer de otra manera que “*en filigrana*” del examen de las acciones o discriminaciones positivas: hasta ahora, no ha sido evocada como tal en el derecho europeo y en los derechos humanos con fuerza vinculante, es decir en sus legislaciones y en sus jurisprudencias respectivas⁴⁴³. Recordamos que, en la Unión Europea, las medidas positivas, por su origen, afectan las relaciones laborales y la actividad profesional en general. Mientras que en la protección de los derechos fundamentales, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos no extiende la cláusula electoral en derecho político y garantiza sólo un estándar mínimo.

En el marco del derecho internacional, las instituciones de la ONU, así como las de la Unión Europea y del Consejo de Europa, reconocen las cuotas y la paridad como discriminaciones positivas⁴⁴⁴.

Por ejemplo, el CEDAW de 1979 consagra por una parte la legitimidad de las discriminaciones positivas provisionales destinadas a realizar la igualdad de hecho entre ambos sexos en todos los ámbitos – incluso político -⁴⁴⁵ y exige, de otra parte, su implantación por los Estados miembros para promover el reparto de las responsabilidades políticas, sociales, económicas y culturales⁴⁴⁶. Fue relevado más tarde por las diversas resoluciones que siguieron a la Cuarta Conferencia Mundial sobre las mujeres de Beijing en 1995, que instaban a los Estados a adoptar medidas, incluso en los sistemas electorales si necesario, para alentar a los partidos políticos a

⁴⁴¹ Sobre los criterios de validez, ver supra las discriminaciones positivas e infra la validez de la paridad.

⁴⁴² V. infra la cuestión de la igualdad de oportunidades o de resultados. En esta lógica, se inscribe la idea de que las discriminaciones pueden identificarse como instrumentos de recuperación que, implícitamente, tienden a la asimilación de las mujeres a los hombres.

⁴⁴³ Al contrario, sí que ha sido evocada en diversas recomendaciones tanto del Consejo de Europa como de varias instituciones de la UE (Parlamento europeo, Comisión europea, etc.).

⁴⁴⁴ V. GASPARD, Fr., “Les enjeux internationaux de la parité», en *Politique étrangère*, I, 2000, pp. 197-211.

⁴⁴⁵ Art. 4, parte I del Convenio.

⁴⁴⁶ V. el art. 7 del Convenio. Para un análisis más detallado de los textos de las Naciones Unidas, ver SALDAÑA, M.N., *op.cit.*, p.79 y ss. quien cita, entre otras, la Recomendación General 23, sobre la «Vida Política y Pública», adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 16º Período de sesiones, 1997 (Doc. A/52/38) así como la Resolución A/RES/58/144, de 22 de diciembre de 2003, de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativa a la participación de la mujer en la política.

incorporar a las mujeres en los cargos públicos electivos⁴⁴⁷. Se recomendaron estrategias positivas, incluyendo cuotas, aunque no se mencionó el término de éstas.

En cuanto al Consejo de Europa, ya en 1989, preconizaba en el marco de la “democracia paritaria”, entre otras medidas provisionales y especiales, la instauración de las cuotas electorales al referirse al CEDAW⁴⁴⁸. En numerosos trabajos, consideraba que las discriminaciones positivas, incluyendo cuotas, eran un instrumento estratégico para conseguir la igualdad real en la vida política.

En 2003, el Comité de Ministros recomendó a los Estados miembros alcanzar un objetivo de 40% de participación de las mujeres en los cargos públicos electivos y en las candidaturas electorales⁴⁴⁹. Para ello, invitó a los Estados a plantearse la eventual modificación de su constitución y/o legislación y a la adopción de medidas de acción positiva, entendiendo por ahí la instauración de “*umbrales de paridad*”⁴⁵⁰ para las candidaturas en las elecciones a todos los niveles, con además, la introducción de un sistema de alternancia hombres-mujeres para las listas electorales en el marco de elecciones a la proporcional. En 2007, el mismo comité de Ministros adoptó una recomendación sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres⁴⁵¹, que indicó entre otros, los elementos que manifiestan el compromiso de los Estados a favor de la igualdad entre ambos en el ámbito político. En efecto, recordó que la participación en la vida pública y política constituye un derecho fundamental del que ambos sexos deben beneficiarse *sobre una base paritaria*⁴⁵². Como en 2003, la recomendación preconizó un umbral de paridad a alcanzar (40% mínimo para cada sexo) por medio de “*acciones positivas*”⁴⁵³ como la adopción de normas jurídicas incluso electorales, para garantizar la participación equilibrada de

⁴⁴⁷ V. *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 - 15 de septiembre de 1995*, Naciones Unidas, Nueva York, 1996. También la Unión Interparlamentaria anima a los Estados miembros a tomar medidas como las cuotas, que cualifica de medidas positivas para fomentar la participación de las mujeres en la vida política. Ver SALDAÑA, M.N., *op.cit.*, pp.88-91.

⁴⁴⁸ GASPARD, Fr., *ídem*.

⁴⁴⁹ Recomendación (2003)3 del Comité de Ministros sobre la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público, de 12 de marzo de 2003. El umbral del 40% fue establecido conforme a la resolución del Parlamento Europeo del 18 de enero de 2001 sobre la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión que, a su vez, se refirió al informe de la Comisión Europea sobre la realización de la recomendación 96/694 del Consejo del 2 de diciembre de 1996.

⁴⁵⁰ El término «umbral de paridad» fue definido en el informe final del *Grupo de especialistas sobre la igualdad y la democracia* como las disposiciones legales/estatutarias que consagran la regla de la paridad al establecer un porcentaje de presencia mínima de cada sexo. V. CONSEIL DE L'EUROPE, *Faire de l'égalité en droit une réalité dans les faits. Compilation de recommandations du Comité des Ministres dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 2001, p.142.

⁴⁵¹ Recomendación (2007)17 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, de 21 de noviembre de 2007.

⁴⁵² Párrafo 4, punto 31.

⁴⁵³ Párrafo 4, punto 15: «*Les éléments indiquant la volonté politique des Etats et leur engagement en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes à cet égard sont notamment les suivants: (...) iii. l'adoption/l'existence d'une législation permettant l'utilisation d'actions positives/de mesures temporaires spéciales pour surmonter les effets de la discrimination structurelle et historique et pour accélérer la réalisation de l'égalité de facto*».

ambos sexos en las asambleas y órganos electivos. Finalmente, respecto al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y su Protocolo nº12, la paridad materializada por las cuotas, puede encontrar su convencionalidad al identificarse con las discriminaciones positivas que dicho Protocolo reconoce en su preámbulo⁴⁵⁴.

En el derecho de la Unión Europea, aunque el tratado de Lisboa en su artículo 2 recuerda que la sociedad europea se caracteriza por la igualdad entre mujeres y hombres y la Carta de los derechos fundamentales de la UE consagra el derecho a la igualdad entre ambos sexos en todos los ámbitos, la paridad *stricto sensu* no es objeto de ninguna regulación en los ámbitos decisoriales político, económico y social para los Estados miembros. Sin embargo, está asimilada a las discriminaciones o acciones positivas tanto directamente como indirectamente a través de las cuotas reconocidas por la legislación y la jurisprudencia comunitaria⁴⁵⁵.

Así, en el derecho primario de la UE, no hay referencias explícitas a las acciones o discriminaciones positivas y menos aún a la asociación de éstas con la paridad, excepto el art.157 del TFUE⁴⁵⁶. En cuanto al derecho derivado, a través de las directivas, reconoce las discriminaciones positivas pero sólo como medidas derogatorias al principio de igualdad de tratamiento. Por ello, como cualquier excepción a la protección de un derecho individual, son de interpretación estricta al efecto que su campo de aplicación está muy delimitado y restringido a los campos laboral⁴⁵⁷, profesional⁴⁵⁸, social⁴⁵⁹ y, en una cierta medida, económico⁴⁶⁰. Pasan casi por alto la paridad como instrumento o supuesto principio.

⁴⁵⁴ Protocolo nº12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de octubre de 2000: "(...) *El principio de no discriminación no impide a los Estados Partes tomar medidas para promover una igualdad plena y efectiva, siempre que respondan a una justificación objetiva y razonable*". V. GONZALEZ, G., «Le Protocole additionnel nº12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer», en *R.F.D.A.*, 2002, pp. 113-123 (especialmente pp.119-120).

⁴⁵⁵ V. infra el apartado relativo al control del juez

⁴⁵⁶ Aunque el art. 157 TFUE, especialmente en su apartado 4, sirve de base a las acciones o discriminaciones positivas, la disposición europea se abstiene de definir las, al contrario de las directivas y de la jurisprudencia comunitarias.

⁴⁵⁷ V. el art. 2, par.3, Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), *D.O.U.E.*, L 204 de 26 de julio de 2006

⁴⁵⁸ V. el art. 5 de Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo, *D.O.U.E.*, L 180/1, de 15 de julio de 2010.

⁴⁵⁹ V. art. 6 de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, *D.O.U.E.*, L 373 de 21 de diciembre de 2004.

⁴⁶⁰ V. la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, COM (2012) 614 final - 2012/0299 (COD), Bruselas, 14 de noviembre de 2012.

En contra, las actas de las instituciones de la UE, sin efecto vinculante u obligatorio, preconizan las discriminaciones o medidas positivas concretándolas por las cuotas o la paridad⁴⁶¹. Sin embargo, debido a su debilidad jurídica (“*soft law*”), sus audaces declaratorias o programatorias no permiten asentar sus reivindicaciones entre los derechos fundamentales de la Unión Europea, aunque a menudo, contribuyen a los trabajos preparatorios de la legislación europea. En efecto, en el marco de la relación entre paridad y discriminación positiva, varias actas no vinculantes han precisado la relación entre ambas nociones e incluso han extendido su campo de aplicación fuera del ámbito político.

Así por ejemplo, en los trabajos preparatorios de la directiva europea sobre las cuotas de género en los consejos de Administración de sociedades cotizadas en la bolsa, se han estrechado los vínculos entre la paridad y las cuotas como acciones positivas cuya base legal se encuentra, por una parte, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su art. 23 reconoce que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del género menos representado, y por otra parte, en el artículo 157, apart.3, del TFUE⁴⁶². Esta directiva establece un objetivo de un 40 % de presencia del género menos representado entre los administradores no ejecutivos de empresas cotizadas en bolsa⁴⁶³. Cuando la cualificación sea idéntica, se deberá dar prioridad al género infra representado. Así pues, el objetivo de alcanzar al menos un 40 % de presencia del género menos representado en los puestos no ejecutivos, tendrá que ser alcanzado en 2020 para las empresas privadas y en 2018 para las empresas públicas.

En el derecho interno de los Estados que han incorporado la paridad, la acción (o discriminación) positiva es el término técnico que la define. En otras palabras, se trata de la traducción jurídica de un concepto “político”. Al igual que las cuotas, se considera la paridad ya como una discriminación positiva para rechazarla, ya como

⁴⁶¹ V. la recomendación del Consejo nº84/635/CEE, de 13 de diciembre 1984 relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer, *D.O.C.E.*, L 331/84, de 19 de diciembre de 1984. Apareta en la forma, a una guía de la promoción positiva a favor de las mujeres en la vida profesional y analiza los distintos tipos de acciones positivas. V. también la recomendación nº96/694/CE del Consejo de 2 de diciembre de 1996 relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión, *D.O.U.E.*, L 319 de 10 de diciembre de 1996; resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2012, relativa a la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea en 2011 (2011/2244(INI)), *D.O.U.E.*, C-251E de 31 de agosto de 2013, pp. 1–11.

⁴⁶² V. *supra* la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo precitada. V. también dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, *D.O.U.E.*, C 133, de 9 de mayo de 2013.

⁴⁶³ Las empresas con un porcentaje inferior (menos del 40 %) tendrán que realizar los nombramientos para cubrir dichos puestos en base a un análisis comparativo de las cualificaciones de cada candidato, aplicando criterios claros, inequívocos y no sexistas.

una acción positiva para darle un reconocimiento jurídico como a las otras acciones positivas⁴⁶⁴.

En Francia, en los debates públicos relativos a la adopción de la paridad en el ámbito electoral, la comisión de leyes del Senado se apoyó sobre la jurisprudencia del Consejo Constitucional de 1982 (decisión contra el proyecto de cuotas electorales) para atenerse a una concepción formal de la igualdad que define “mecánicamente” la paridad como una “discriminación positiva”⁴⁶⁵. Es más, a la vista de la evolución de la jurisprudencia constitucional, era posible definir la paridad como una discriminación positiva sin pasar por una revisión constitucional⁴⁶⁶. La paridad se inscribe en el marco de la igualdad de oportunidades⁴⁶⁷ y constituye un tratamiento preferencial, una medida de discriminación positiva. Es objetivamente discriminatoria para algunos ciudadanos de una categoría, cuyo contenido del principio de igualdad esta reducido al beneficio de otra categoría considerada desaventajada⁴⁶⁸.

En cuanto al derecho español, considera la paridad y sobre todo su aplicación, como una discriminación o acción positiva, aunque la doctrina está dividida en este punto. Según una parte de ella, “*es el caso de la cuota o reserva en las listas electorales. Estas medidas de acción positiva han de cumplir con el objetivo de aumentar la representación del colectivo femenino infravalorado y/o infra representado, al tiempo que eliminar un posible retroceso perpetuando las oportunidades y permitiendo la opción a resultados en términos de paridad*”⁴⁶⁹. Para otra parte

⁴⁶⁴ Sobre la presupuesta distinción entre las discriminaciones y acciones positivas, v. *supra*. Título 1, Capítulo 1, Sección 2; v. también *supra* al apartado relativo a las cuotas (Título 2, capítulo 1).

⁴⁶⁵ V. a propósito y más ampliamente de la jurisprudencia del Consejo Constitucional, el número de la revista *Pouvoirs* n° 105, 2003. V. también, FATIN-ROUGE STEFANINI, M., *idem*. En el informe de la comisión de la leyes, el portavoz de la derecha francesa afirmó que «aucune discrimination positive n’a, en revanche, jamais été acceptée dans le domaine du suffrage. En effet, si le préambule de la Constitution de 1946 donne à la loi la mission de “garantir à la femme dans tous les domaines des droits égaux à ceux de l’homme” – ce qui autorise, à certaines conditions, des discriminations positives, dans le domaine social en particulier –, l’article 3 de la Constitution de 1958, concernant spécifiquement la souveraineté nationale, interdit, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, toute distinction entre hommes et femmes pour la représentation politique». (Informe del senador Guy Cabanel por la comisión de leyes del Senado, n° 156, s.o., 1998-1999). Para comentarios sobre este informe, v. LEPINARD, E., «Faire la loi, faire le genre: conflits d’interprétations juridiques sur la parité», en *Droit et société*, 2006/1, n°62, pp. 45-66.

⁴⁶⁶ V. CALVES, G., «La parité entre hommes et femmes dans l’accès aux fonctions électorales: faut-il réviser la constitution?», en *CURAPP, Questions sensibles*, PUF, París, 1998, pp. 219-236; NUKATSUKA, Y., «Parité versus droit constitutionnel universaliste? Une réflexion à partir du cas français », en TSUJIMURA, M., LOCHAK, D. (dir.), *Égalité des sexes: la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union Européenne et États-Unis)*, Société de législation comparée, París, 2006, pp.136 y ss.

⁴⁶⁷ Sobre la igualdad de oportunidades, v. *infra* 2.1.3.

⁴⁶⁸ CALVES G., *La discrimination positive*, col. « Que sais-je? », n°3712, PUF, París, 2004; VERDIER, M.-F., «Egalité – parité, universalisme – différentialisme. Le droit de suffrage en France et le genre», en *Politeia*, n°19, 2011.

⁴⁶⁹ MACÍAS JARA, M., *op.cit.*, pp.229 y ss; V. también REY MARTÍNEZ, F., *op.cit.*, p. 58; SEVILLA MERINO, J., «Ley electoral y acción positiva», en *Parlamento y sistema electoral, VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 478; SÁNCHEZ-RODRÍGUEZ, F. y PUNZÓN MORALEDA, J.M., «Paridad, cuotas y acción positiva a

doctrinal, las exigencias del art. 44 bis de la LOREG no consisten en una medida de acción positiva sino de un instrumento para hacer efectiva la igualdad material reconocida en el art. 9.2 CE y para garantizar el acceso de la mujer a los cargos públicos representativos, así como el reparto equilibrado del poder entre los sexos⁴⁷⁰. En cuanto a la jurisprudencia, la cuestión de la naturaleza de la democracia paritaria y de la representación equilibrada ya fue examinada y comentada⁴⁷¹ a la luz de la acción/discriminación positiva en la sentencia 12/2008 del Tribunal constitucional de 29 de enero de 2008 y las sentencias posteriores de la misma alta jurisdicción⁴⁷². Así, respecto a la democracia paritaria y a la representación equilibrada, “(...) se recuerda que la doctrina constitucional ha aceptado la llamada ‘*discriminación positiva, acción afirmativa, acción positiva o acción compensatoria*’ a favor de la mitad femenina”⁴⁷³. En otra sentencia relativa a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, el Tribunal Constitucional recuerda otra vez la legitimidad de las acciones positivas a favor de la igualdad de sexos, “*destacando muy especialmente el ATC 309/2003, favorable a las medidas de paridad*”⁴⁷⁴. El

favor de la mujer: tres reflexiones desde la legitimidad social y la norma jurídica», en *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, nº38, 2005, pp. 155-200.

⁴⁷⁰ V. GARCÍA SORIANO, M.V., “El principio de presencia equilibrada en el art. 44 bis de la LOREG y el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad: análisis crítico de la última reforma de la LOREG”, en *Feminismo/s, Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, nº12, diciembre de 2008, p.153; RUIZ-RICO RUIZ, G. “Paridad y acción positiva en el Derecho electoral autonómico”, en GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. (Dir.), *El Derecho Electoral de las Comunidades Autónomas. Revisión y mejora*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 145-184; GARCÍA MAHAMUT, R., “Principio de igualdad y derecho de participación en los asuntos públicos en las reformas de la LOREG operadas en la VIII legislatura y en las propuestas de reformas pendientes”, en *Corts, Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 24, 2010, p. 122 y ss.

⁴⁷¹ BIGLINO CAMPOS, P., “Variaciones sobre las listas de composición equilibrada (Comentario a la STC 12/2008)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 83, 2008, pp. 277-299; ALARCÓN MARTÍNEZ, Mª. L., “Comentario a la STC 12/2008, de 29 de enero, sobre la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 22, 2008, pp. 605-624; ÍDEM, “La Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres y la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 142, 2008, pp. 105-137; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., TORRES MURO, I., “Iguales pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero)”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 7, 2008, pp. 13- 40; FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Representación política y democracia paritaria (a propósito de la Sentencia del TC 12/2008, de 29 de enero)”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 12, 2008, pp. 211-233; LOUSADA AROCHENA, J. F., “Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la declaración de su constitucionalidad”, en *Diario La Ley*, nº 6.918, 4 de abril de 2008, año XXIX, pp. 1-10.

⁴⁷² A propósito de dicha sentencia, v. los análisis doctrinales mencionados en nota precedente. Como caso, V. por ejemplo la cuestión de inconstitucionalidad del art. 44bis elevada por el juez del contencioso electoral relativo a la denegación por parte la Junta Electoral de Zona, de la proclamación de las listas del PP en el municipio de Garachico por estar integrada únicamente por mujeres. Unos de los motivos del juez era que el art.14 CE impedía que el legislador diera un trato distinto a las personas que se encontraban en la misma situación y que el art. 9.2 CE establecía la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad real. Pero, lo que en la cuestión se calificaba como «*discriminación positiva*», que en teoría debía beneficiar a las mujeres, en realidad les perjudica porque únicamente permitía que estas pudieran alcanzar un tope del 60% en las listas (cf. GARCÍA SORIANO, M.V., *op.cit.*, p.150).

⁴⁷³ FJ 8, de la STC 12/2008, de 29 de enero.

⁴⁷⁴ FJ 11, de la STC 13/2009, de 19 de enero. V. también el voto particular del juez Rodríguez-Zapata Pérez quien reitera sus objeciones en contra de las exigencias del art.44bis de la LOREG, ya

hecho de que la normativa no se limite a imponer un porcentaje mínimo del 40% de presencia en las candidaturas electorales para ambos sexos, sino que, al amparo de la facultad atribuida por art. 44 bis de la LOREG a los legisladores autonómicos de adoptar medidas suplementarias, se eleve ese porcentaje hasta el 50% para el caso de las mujeres, no implica la inconstitucionalidad de los preceptos, porque, según el Tribunal Constitucional, “tratándose de una medida de discriminación positiva en beneficio de la mujer” se ajusta a las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad exigidas por nuestra doctrina.

En un voto concurrente a dicha sentencia, uno de los jueces se pronunció a favor de la legislación autonómica vasca, matizando sin embargo su posición al recordar entre otros aspectos⁴⁷⁵ que por una parte, si la “representación equilibrada” comporta una medida formulada en términos neutros o bidireccionales porque afecta tanto a hombres como a mujeres, en realidad, se trata de una medida positiva que está sujeta al conjunto del principio de igualdad. Por otra, cualquier acción positiva “*debe ajustarse a un juicio global de constitucionalidad, por más que la intensidad de éste pueda variar atendiendo al tipo de medida, pero que siempre debe superarse*”⁴⁷⁶.

En el marco del derecho público belga, la paridad también se entiende como una acción o una discriminación positiva. En los trabajos parlamentarios previos a la revisión constitucional, los diputados no discutieron sobre la naturaleza de la paridad; la cuestión crucial era saber si la constitución como tal, podía tomarse como base suficiente o no, para la introducción de una discriminación positiva más radical que las cuotas electorales adoptadas en 1994. Ya en la adopción de éstas, el Consejo de Estado había insistido sobre la necesidad de establecer un fundamento constitucional a las discriminaciones positivas.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (antigua *Cour d'arbitrage*), ni define la paridad ni la califica directamente de acción o discriminación positiva

expresadas en su voto particular a la Sentencia 12/2008, de 29 de enero. En su FJ 5, el juez recordó que “*la STC 12/2008 destacó el carácter equilibrado y bidireccional de la paridad electoral establecida en la LOREG*”. El magistrado recordó a su vez, que “*esa lectura hábil se veía contradicha por el propio texto legal, que olvidaba ese equilibrio en su art. 44 bis 1 in fine cuando habilita a las Comunidades Autónomas para que, en la elección de miembros de sus Asambleas Legislativas, sus leyes reguladoras puedan ‘establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las elecciones de las citadas Asambleas Legislativas’*”. Así ha ocurrido ahora en las disposiciones finales cuarta y quinta de la Ley del Parlamento Vasco 4/2007 y por eso la Sentencia de la que [disintió] se ve obligada a reconocer ahora que estamos ante una medida de discriminación positiva a la que se debe aplicar un canon de razonabilidad y proporcionalidad (FJ 11). Y es que para que toda medida de acción positiva sea admisible debe cumplir la condición de no producir efectos retrodiscriminadores”.

⁴⁷⁵ Voto concurrente que formula el Magistrado don Pablo Pérez Tremps a la Sentencia precitada.

⁴⁷⁶ Según el juez, las normas vascas son constitucionales, pero “después de un análisis más riguroso en su intensidad del que lleva a cabo la Sentencia, que apunta a un control liviano de las medidas de acción positiva, por definición situadas en tensión con el citado principio de igualdad, todo ello teniendo presente que esas medidas temporales, cumplido su objetivo, deberán ser reformuladas, en una valoración que corresponde al legislador, pero que también puede ser objeto de control de constitucionalidad de este tribunal”.

pero tanto los parlamentarios como la doctrina se refieren a las sentencias constitucionales que legitiman dichas medidas positivas, mediante el respeto de ciertas condiciones⁴⁷⁷.

2.1.3. ¿Se trata de una aplicación de la igualdad de oportunidades de la igualdad de resultados?

La doctrina y la jurisprudencia de los ordenamientos jurídicos que han introducido, si no la paridad, diversas “medidas de diferenciación”, distinguen la “igualdad substancial o real” de la “igualdad formal”. Y en el seno mismo de la igualdad substancial, se destaca la “igualdad de oportunidades” de la “igualdad de resultados”⁴⁷⁸.

Respecto a estas distinciones ya ampliamente comentadas por la doctrina y sintetizada previamente en nuestro trabajo, la paridad se sitúa, en primer lugar, entre las medidas que sirven a la igualdad substancial como correctoras de una desigualdad cubierta por la igualdad formal (2.1.3.1). En segundo lugar, la polémica relativa a la compatibilidad de la paridad con el principio de igualdad descansa en parte, según sus detractores, sobre su asimilación con la igualdad de resultados y para sus partidarios con la igualdad de oportunidades (2.1.3.2).

2.1.3.1. Paridad como instrumento de igualdad substancial

En efecto, al ejemplo de cualquier medida positiva, la paridad se inscribe en el marco de la igualdad real. La doctrina, el legislador y, en su caso, la jurisprudencia constitucional de los sistemas políticos estudiados son unánimes en cuanto a este aspecto. Por su parte, las jurisprudencias europeas del TEDH y de la UE, a pesar de no haberse pronunciado sobre la paridad en sí, los jueces de Estrasburgo y Luxemburgo ya nos indican cómo la “catalogarían” al asimilar las cuotas de género a

⁴⁷⁷ V. Cconst., 11 de marzo 2009, *sentencia n°39/2009*, consid. B.41.2. en la cual la jurisdicción enumera las condiciones para la adopción de una medida de acción positiva: 1) debe haber una desigualdad manifiesta; 2) la desaparición de esta desigualdad debe ser designada por el legislador como un objetivo a promover; 3) la medida de acción positiva debe tener un carácter provisional, siendo de naturaleza a desaparecer una vez el objetivo alcanzado; 4) la medida de acción positiva no debe restringir inútilmente los derechos de otros. V. también las sentencias CARb., 27 de enero de 1994, n°9/94, consid. B.6.2 y CARb., 14 de julio de 1997, n°42/97, consid. B.20; MERTENS DE WILMARS, F., «La promotion de la condition politique de la femme dans l'Union européenne à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme», en *Annales d'études européennes de l'UCL*, 2000, p. 184.

⁴⁷⁸ Sobre las distinciones entre los conceptos de igualdad real y formal de una parte y entre igualdad de oportunidades y resultados de otra, v. título I, capítulo 1, sección 1.

las acciones y discriminaciones positivas que promueven la igualdad real o substancial entre hombres y mujeres⁴⁷⁹.

A nivel europeo, recordamos que la “lógica constitucional” del derecho de la UE incita al juez comunitario a apoyarse en una concepción filosófica y jurídica de la igualdad que es restrictiva frente a la igualdad substancial o real. La igualdad de hecho no debe romper la igualdad en derecho. En cambio, el Tribunal europeo de los Derechos Humanos, atento a desarrollar los derechos individuales, pero sin ambición constitucional, pretende proteger “*derechos no teóricos o ilusorios sino concretos y efectivos*”⁴⁸⁰; prevalece la eficacia de la protección de los derechos fundamentales sobre el formalismo jurídico.

Estas dos líneas jurisprudenciales han tenido cierta influencia en los ordenamientos jurídicos nacionales, además de los suyos propios, lo que se refleja en la doctrina de cada uno de ellos. Con un margen diferencial de admisibilidad, el juez comunitario siendo más estricto que el de los Derechos Humanos, ambos validan las medidas que favorecen una igualdad efectiva, real o substancial, entre hombres y mujeres. Así, aunque el juez de la UE no se ha pronunciado sobre la paridad o las cuotas de género en el derecho político, sí que ha reconocido no sin restricciones o dificultades, la validez jurídica de las cuotas sexuales en particular y de las acciones positivas en general, por el motivo de que realizan una igualdad substancial entre hombres y mujeres⁴⁸¹. Por su parte, la jurisprudencia de los Derechos Humanos ha admitido las acciones o discriminaciones positivas en el ámbito electoral, apoyándose, en particular, en la aplicación efectiva del art.14 CEDH relativo a la no discriminación y en el art.3 del Protocolo I relativo a las elecciones legislativas que “encarga los Estados en adoptar medidas positivas para organizar elecciones democráticas”⁴⁸².

Las jurisdicciones y los legisladores nacionales, inspirándose mutuamente, así como de las jurisprudencias europeas, han admitido la introducción de la paridad en sus ordenamientos jurídicos respectivos porque contribuye a la igualdad real o substancial, reconociendo los límites y los efectos perversos de la igualdad formal que esconden las desigualdades de hecho que afectan, en este caso, a las mujeres en el acceso a los mandatos y cargos públicos.

Así, en Bélgica, en la ya comentada revisión de la constitución para la introducción de la paridad y otras medidas positivas, los trabajos parlamentarios indicaron,

⁴⁷⁹ SURREL, H., «Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe», en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°57, 2004, pp. 141-174.

⁴⁸⁰ TEDH, *Airey c. Irlanda*, 9 de octubre de 1979.

⁴⁸¹ V. por ejemplo, en este sentido, las conclusiones del abogado general Saggio presentadas el 16 de noviembre de 1999, en el asunto Abrahamsson y Anderson contra Fogelqvist, (sentencia de 6 de julio de 2000, C-407/98, *Rec.*, 2000 p. I-5539); CHARPENTIER, L., “L'arrêt Kalanke expression du discours dualiste de l'égalité”, en *RTDE*, abril-junio 1996, p. 280.

⁴⁸² TEDH, 13 de junio de 1979, *Mme Mathieu Mohin y M. Clerfayt*, 2 de marzo de 1987. También está indicado en el preámbulo del Protocolo n°12, que el principio de no discriminación no impide a los Estados tomar medidas con el fin de promover una igualdad plena y efectiva.

refiriéndose tanto al derecho internacional (CEDAW, CEDH y UE) como a la legislación y a la jurisprudencia constitucional francesas, que el texto constitucional y la ley que se desprende “tienden a dar un fundamento a las medidas que tienen por objeto realizar esta igualdad ‘in concreto’ y a realizar la representación política igual, de las mujeres y los hombres”⁴⁸³. La Corte Constitucional belga, a pesar de no haberse pronunciado sobre la paridad, ha confirmado en varias ocasiones la constitucionalidad de las medidas positivas, como la cuotas electorales que, “con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, tienden a prevenir o a compensar desventajas”⁴⁸⁴. En cuanto al Consejo de Estado, reiteró respecto a la introducción de la paridad sus conclusiones de 1993 relativas a la ley de las cuotas de 1994⁴⁸⁵, afirmando que “(...) *no le parecía que la ley podía violar el principio de igualdad de los candidatos para avanzar hacia el objetivo, no obstante muy importante también, que constituyen la realización de una igualdad efectiva entre los sexos y su consecuencia: la participación de las mujeres en las asambleas políticas*”⁴⁸⁶.

En el ordenamiento jurídico español, el juez constitucional considera la representación equilibrada como una medida adecuada para la consecución del fin de promoción de la igualdad efectiva de la mujer y teniendo en consideración la experiencia constitucional en Francia y en Bélgica, afirma que es legítimo el fin de la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9.2, 14 y 23 CE)⁴⁸⁷. «El art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la

⁴⁸³ La senadora de Bethune, autora principal de la propuesta de la modificación constitucional, sugirió la inserción del calificativo “efectivo” al igual ejercicio de los derechos y libertades de hombres y mujeres como motivo que traducía la voluntad de poder obtener el respeto de la igualdad, no sólo en derecho, sino de hecho. La revisión constitucional parte de la constatación del fracaso de la concretización de la igualdad real entre hombres y mujeres. Además, la senadora subrayó, con el apoyo de varios expertos juristas, que esa inserción permitía fundamentar jurídicamente las acciones positivas para traducir la igualdad en los hechos. En cambio, para el gobierno federal, la igualdad efectiva aparecía más explícitamente en su formulación propuesta en el art. 11bis de la Constitución: “La loi, le décret ou la règle visée à l’article 134 garantissent aux femmes et aux hommes l’égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics” (M.B., 5 de mayo de 1999); V. también en este sentido la exposición de motivos de la ley de 17 de junio de 2002 que garantiza una presencia igual de hombres y mujeres en las listas de candidatos a la elección del Parlamento Europeo (M.B., 28 de agosto de 2002) así como las leyes de 18 de julio de 2002 relativas a la presencia igual de ambos sexos en las listas de candidatos a las elecciones regionales (M.B., 13 de septiembre 2002). Esas leyes imponen la obligación de alternancia de género entre los dos primeros puestos de la lista electoral y prohíben que la diferencia entre el número de candidatos (titulares o suplentes) de cada sexo sea superior a uno.

⁴⁸⁴ V. por ejemplo, CArb., 6 de octubre de 1994, sentencia n°157/2004, M.B., de 18 de octubre de 1994, fundamento B.77, p. 72407.

⁴⁸⁵ V. supra la ley Tobback-Smet de 1994.

⁴⁸⁶ CEtat, dictamen (inédito) L. 22.066/2 de 8 de marzo de 1993 sobre ante proyecto de ley que tiende a promover un reparto equilibrado de hombres y mujeres en las listas de candidaturas en las elecciones legislativas.

⁴⁸⁷ STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5. Sobre las referencias a Bélgica y Francia, v. e.o. FJ 2 así como los FJ 2 y 3 del voto particular del juez Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a esta sentencia.

vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material» (STC 12/2008, FJ 4).

El art. 9.2 CE, en definitiva, *«encomienda al legislador la tarea de actualizar y materializar la efectividad de la igualdad que se proyecta, entre otras realidades, en el ámbito de la representación, correspondiendo a este Tribunal Constitucional la función de examinar si las decisiones adoptadas al respecto son acordes con el marco constitucional aquí definido. (...) Del art. 9.2 CE, y de la interpretación sistemática del conjunto de preceptos constitucionales que inciden en este ámbito, deriva la justificación constitucional de que los cauces e instrumentos establecidos por el legislador faciliten la participación de todos los ciudadanos, removiendo, cuando sea preciso, los obstáculos de todo orden, tanto normativos como estrictamente fácticos, que la impidan o dificulten y promoviendo las condiciones garantizadoras de la igualdad de los ciudadanos. En este punto cabe añadir que la igualdad sustantiva no sólo facilita la participación efectiva de todos en los asuntos públicos, sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía»*⁴⁸⁸

En Francia, el legislador como el juez, también se refiere al Derecho comparado y al sistema belga, entre otros⁴⁸⁹, para apoyar la introducción de la paridad que toma en cuenta la diferencia hombres-mujeres en nombre de la igualdad material⁴⁹⁰. Tras la reforma constitucional, el Consejo constitucional francés se pronunció a favor de la paridad basándose en los trabajos preparatorios de la ley constitucional del 8 de julio de 1999 y afirmando que el constituyente quería permitir al legislador instaurar cualquier dispositivo que tendiera a hacer efectivo el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos y funciones electivos⁴⁹¹.

Esta paridad, al contrario que la igualdad formal, sirve a esta igualdad efectiva, real, material o substancial. Su legitimidad jurídica se fundamenta en la búsqueda de un igual acceso efectivo a los cargos electivos, legitimidad que no ha sido muy discutida por los partidarios y detractores de la paridad. Todos - incluyendo los jueces constitucionales de los distintos ordenamientos jurídicos - entendieron la vinculación entre ésta y la igualdad real. Ahora bien, esta unanimidad se detiene aquí, una vez se examina la paridad a la luz de la distinción entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultados.

⁴⁸⁸ STC 12/2008, FJ 4

⁴⁸⁹ A menudo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana relativa a las cuotas electorales está referida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español mientras que las jurisdicciones constitucionales francesa y belga se citan mutuamente a propósito de las cuotas y de la introducción de la paridad.

⁴⁹⁰ CLAPIÉ, M., «Parité constitutionnelle et égalité républicaine, (À propos de la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999)», en *Revue administrative*, n° 314, 2000, p. 150.

⁴⁹¹ V. el 7° fundamento jurídico de la Décision n° 2000-429 DC - 30 mai 2000 - Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives.

2.1.3.2. Paridad como instrumento de la igualdad de oportunidades

En efecto, como instrumento de igualdad real entre hombres y mujeres en el acceso a la vida pública, la doctrina se divide entre los promotores de la paridad que encuentran su legitimidad jurídica en la igualdad de oportunidades y sus detractores que la asocian con una igualdad de resultados poca compatible con el principio de igualdad. En cuanto a la jurisprudencia ya examinada, ella también refleja esa tensión que evolucionó, no sin dificultades y resistencias, desde el rechazo de la paridad por forzar unos resultados determinados en el marco de una competición (en este caso, de naturaleza electoral) a su aceptación no muy “segura o definitiva” entre los instrumentos provisionales que contribuyen eficazmente a unas oportunidades iguales entre ambos sexos para acceder a los mandatos y funciones electivas.

Como se ha expuesto anteriormente, el Derecho comparado y las referencias a los Derechos Humanos (CEDH) y al Derecho de la UE han contribuido a la asociación de la paridad con una u otra de ambas vertientes de la igualdad substancial.

Respecto al derecho de la UE, la sentencia *Kalanke* del tribunal comunitario, que tiene una lectura muy rigurosa del principio de igualdad, sirvió de apoyo a los detractores de la paridad porque consideraba la legislación de cuotas sexuales rígidas de reclutamiento en la función pública del Land de Bremen incompatible con el derecho comunitario. En efecto, para el mismo tribunal, la legislación substituye la igualdad de oportunidades por el resultado, es decir la imposición de la igualdad de representación⁴⁹².

En los debates de los trabajos preparatorios constitucionales y/o legislativos para la introducción de la paridad o en la jurisprudencia constitucional, a veces, sus detractores hacen referencia a esta sentencia (haciendo caso omiso de la evolución de la propia jurisprudencia comunitaria) para denunciar aquella “sustitución”. También argumentan en contra, invocando el derecho público de otros países que han debatido sobre las aplicaciones de la democracia paritaria. Así por ejemplo, en los debates españoles de 2003, el Partido Popular se pronuncia en contra de las cuotas o de la paridad que califica de “vergüenza francesa”, con motivo de que los partidos políticos franceses prefieren pagar las sanciones de incumplimiento de la ley electoral impuestas por la paridad. El “resultado francés”, no lo desea para la “España democrática”⁴⁹³.

Respecto a la jurisprudencia, el juez Rodríguez-Zapata Pérez, en su voto particular a la sentencia de 2008, critica que el art.44 bis de la LOREG, más que mejorar la posición de partida de las mujeres para que éstas puedan alcanzar un resultado

⁴⁹² Sobre la sentencia *Kalanke*, v. *supra* Título I, Capítulo 1, Sección 2.

⁴⁹³ Intervención de la diputada Sra. MATO ADROVER sobre las proposiciones en nombre del Grupo Parlamentario Popular sobre la reforma de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a cargos electos, en *BOCG*, nº243, 8 de abril de 2003, pp. 12447 y ss.

(acceder a cargos de representación política en igualdad de condiciones con los hombres), “antes que esto, lo que persigue, es imponer directamente un resultado, puesto que en un sistema de listas electorales cerradas con alternancia impuesta, la igualdad de oportunidades se transforma en igualdad de resultados”⁴⁹⁴.

Para el Consejo de Estado belga, el principio de igualdad en el ámbito electoral debe interpretarse muy estrictamente y la diferencia de trato en la ayuda financiera pública entre listas conformes y listas no conformes con cuotas de género, se manifiesta en un ámbito en el que cualquiera ruptura de equilibrio conlleva consecuencias graves. De hecho, si hay un ámbito donde una desigualdad, por mínima que sea, es insoportable, es el de la organización de una competición. Ahora bien, la competición electoral es uno de los aspectos esenciales del sistema democrático porque, en defecto de ésta, la rivalidad entre los partidos no tiene solución y deja de ser benéfica. “La igualdad entre competidores es lo propio de cualquier competición y el medio imprescindible de conservar su eficacia y su significación”⁴⁹⁵.

En Francia, las decisiones del Consejo constitucional niegan la validez de los proyectos de cuotas en 1982 y de paridad en 1999, pero no están motivadas por la confusión igualitaria entre las oportunidades y los resultados⁴⁹⁶. Será la doctrina contraria a la paridad electoral la que evocará esta problemática⁴⁹⁷.

En cambio, además de apoyarse en los ejemplos extranjeros, los partidarios de la paridad se refieren a la protección de los Derechos Humanos, como a las recomendaciones del Consejo de Europa que preconizan las medidas positivas, incluyendo la paridad en el marco de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres⁴⁹⁸. Respecto a la evolución de la jurisprudencia comunitaria⁴⁹⁹ y a la adopción de directivas o programas comunitarios de la UE que promueven la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, los partidarios de la paridad

⁴⁹⁴ FJ 3 del voto particular a la STC 12/2008, de 29 de enero.

⁴⁹⁵ CEtat, sección legislación, dictamen L. 22.066/2 de 8 de marzo de 1993 relativo al ante proyecto de la Ley Tobback-Smet (cuotas electorales).

⁴⁹⁶ V. *supra* las decisiones n° 82-146 DC del 18 de noviembre 1982 y n° 98-407 DC del 14 de enero de 1999, basadas respectivamente en la unidad y la soberanía del electorado, de una parte y en la necesidad de modificar la Constitución por otra.

⁴⁹⁷ V. e.o. LAGRAVE R.-M., «Une étrange défaite. La loi constitutionnelle sur la parité», en *Politix*, vol. 13, n°51, 2000, pp. 113-141; JENNINGS, J., «L'égalité», en DUCLERT, V. y PROCHASSON, Ch. (dir.), *Dictionnaire critique de la République*, Flammarion, París, 2002.

⁴⁹⁸ V. e.o. la exposición de motivos de la Recomendación (2003)3 del Comité de Ministros sobre la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público, de 12 de marzo de 2003. Recuerda la *Declaración de la segunda cumbre del Consejo de Europa* (octubre 1997) en la cual los jefes de Estado y de gobierno del Consejo de Europa subrayaron la importancia de “una representación más equilibrada de hombres y mujeres en todos los sectores de la sociedad, incluso en la vida política, e invitaron a continuar los progresos para alcanzar una real igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”.

⁴⁹⁹ V. las sentencias *Marschall* (sentencia 11 noviembre 1997, asunto C-409/95, *Rec.*, I-6363), *Badeck* (sentencia 28 marzo 2000, asunto C-158/97, *Rec.*, I-1875.), *Abrahamsson y Leif Anderson* (sentencia 6 julio de 2000, asunto C-407/98, *Rec.*, 2000, p. I-5539) y *Lommers* (sentencia 19 marzo 2002, asunto C-476/99, *Rec.*, I-2891.).

encontraron esa referencia para convencerse de la vinculación de ésta con dicha igualdad.

Las exposiciones de motivos de las legislaciones que han introducido la democracia paritaria, hacen eco del Derecho comunitario, de los Derechos Humanos y del Derecho comparado, asociándola con la igualdad de oportunidades⁵⁰⁰.

En los debates parlamentarios, como el de la revisión de la constitución belga para la introducción de la paridad, sus promotores apelan al Tratado de Roma que garantiza el “derecho a la igualdad” entre hombres y mujeres y a la posición favorable del Tribunal de Justicia sobre la práctica de las cuotas sexuales mediante el respeto de ciertas condiciones⁵⁰¹. Por otra parte, los mismos promotores evocan la sentencia “*affaire linguistique belge*” del TEDH, de 23 julio de 1968, que reconoce que determinadas desigualdades en derecho pueden tender a corregir unas desigualdades de hecho y que no son en este caso intrínsecamente contrarias a la interdicción de discriminación⁵⁰². Finalmente, los parlamentarios belgas, utilizan a menudo la referencia francesa para insistir en la necesidad de una modificación constitucional para por una parte consagrar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y por otra parte, para asentar constitucionalmente las medidas positivas que favorezcan la igualdad de oportunidades entre ambos sexos⁵⁰³.

En Francia, el término acordado para la modificación constitucional es el del *igual acceso* y no de igualdad de hecho. No va más allá que una igualdad de oportunidades que hay que favorecer⁵⁰⁴, mientras que en España los promotores de la modificación de la LOREG consideran que “*las medidas de acción positiva se establecen en función del concepto de interrepresentación, verdadero punto de partida que legitima el uso de estas medidas. Estamos ante un concepto de igualdad de oportunidades que incluye tanto el punto de partida como el resultado garantizado, no de un resultado igual privilegiado, sino de la posibilidad de que se pueda llegar a producir ese resultado final. En definitiva, si en el concepto de igualdad de oportunidades no se incluye la igualdad de resultados, se corre el riesgo de quedarse corto en la consecución de la igualdad real y efectiva. (...) La única medida para comprobar la igualdad efectiva de oportunidades es la comprobación*”

⁵⁰⁰ V. para España, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; para Bélgica, v. *Proposition de loi visant à modifier la législation électorale afin de favoriser l'égalité des chances entre les femmes et les hommes lors des élections*, 5 julio de 2012, *Chambre*, s.o. 2011-2012, doc.53, 2331/001; para Francia, v. *Projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes*, 18 de junio de 1998, Assemblée nationale, n°985, XI^e législature.

⁵⁰¹ V. *Rapport de Mmes VAN RIET et de T' SERCLAES sur la révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité*, 6 de marzo de 2001, Senado, doc. 2-465/4, s.o. 2000-2001, pp. 15, 27 y ss.

⁵⁰² *Ibid.*, p.27; v. TEDH, 23 de julio de 1968, *affaire linguistique belge*, Publ. Court, serie A, vol. 6, p. 34, § 10.

⁵⁰³ Informe de Sras. VAN RIET y de T' SERCLAES precitado, pp. 15-27 y pp.61 y ss.

⁵⁰⁴ V. LEPINARD, E., «Faire la loi, faire le genre: conflits d'interprétations juridiques sur la parité», en *Droit et société*, 2006/1 n°62, p. 64 y ss.

*de los resultados. No hay igualdad de oportunidades si no se logra una igualación en los resultados*⁵⁰⁵.

En las alegaciones a favor de la paridad ante el juez constitucional, también hay referencias a las diversas sentencias comunitarias que han marcado la evolución de su jurisprudencia a favor de las acciones positivas en el marco de la igualdad de oportunidades (STC 12/2008, de 29 de enero de 2008⁵⁰⁶, STC 13/2009, de 19 de enero 2009⁵⁰⁷, sentencia de la *Cour d'arbitrage* belga n° 157/2004 del 6 de octubre de 2004⁵⁰⁸, decisión del Consejo Constitucional francés n° 2003-468 DC de 3 de abril de 2003⁵⁰⁹, etc.).

No obstante, al margen del derecho comunitario, los magistrados constitucionales asientan la paridad en el marco de la igualdad de oportunidades. Así, para el juez español, *“el principio de composición equilibrada es un instrumento al servicio de la igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo pues informa la elaboración de las candidaturas; siendo ello así sólo cabría plantearse una eventual vulneración del contenido esencial del derecho fundamental proclamado en el art. 23.2 CE si su aplicación se efectuara en la fase de proclamación de candidatos electos, operando a partir de los resultados electorales”*⁵¹⁰.

Así pues, tanto el Derecho europeo (CEDH y UE) como los Derechos nacionales, parecen haber calificado la paridad – o su técnica equivalente en la democracia paritaria – de medida positiva que se inscribe en la igualdad de oportunidades. Sirve a ésta y no a la igualdad del resultado. Sin embargo, tanto el legislador como el juez, reconocen de cierta manera, la dificultad para delimitar definitivamente los contornos de cada una de estas igualdades; lo que afecta también, sino la definición de la paridad, por lo menos a su legitimidad jurídica.

⁵⁰⁵ Intervención de la diputada URÍA ETXEBARRÍA del Grupo Parlamentario Vasco sobre el proyecto de ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Congreso, 15 de marzo de 2007, *BOCG*, núm. 240, p. 12101.

⁵⁰⁶ V. las alegaciones del Abogado del Estado que recuerdan que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado también sobre la igualdad de trato, especialmente en sus Sentencias Kalanke, de 1995, y Marschall, de 1997, en tanto que el proyecto de Tratado de la Constitución Europea incluye diversas menciones a la igualdad entre hombres y mujeres.

⁵⁰⁷ En sus alegaciones, el Gobierno Vasco se refería especialmente a las sentencias Marschall y Badeck para asimilar su ley de cuotas electorales a las medidas compatibles con el Derecho comunitario.

⁵⁰⁸ V. fundamento B.78, y también CArb., 27 de enero de 1994, n°9/94, *M.B.*, 23 de marzo de 1994, p. 8059.

⁵⁰⁹ CCF, Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003 sur la loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, *Rec.*, 2003, p. 325.

⁵¹⁰ STC 12/2008, FJ 9.

2.1.4. Conclusión sobre la naturaleza jurídica de la paridad

De cuanto precede, tenemos una mejor idea de los contornos jurídicos de la paridad introducida en los ordenamientos belga, español y francés con las aportaciones de la interpretación doctrinal del Derecho del CEDH y de la jurisprudencia comunitaria en el ámbito de la igualdad y de sus instrumentos de aplicación.

Aunque tiene su propia definición al amparo de otras ciencias además que la del Derecho (sobre todo la ciencia política y los estudios feministas), éste la define en función del principio de igualdad, al cual ella no es un principio concurrente sino un *instrumento jurídico*, como otros, destinado a hacer efectiva la igualdad de mujeres y hombres en el acceso a los mandatos y funciones representativos.

Concretándose técnicamente en una *cuota* y aún con eventuales particularidades, la paridad es una medida positiva que algunos califican de *acción positiva* y otros de *discriminación positiva* al referirse a este tipo de discriminación. Que, en condiciones estrictas y circunstancias determinadas⁵¹¹ el Derecho admite para que el principio de igualdad sea *efectivo, real o substancial* y no formal.

La paridad se inscribe entonces en el marco de una igualdad real pero se limita a *favorecer* el igual acceso de las mujeres y de los hombres a la vida pública y no a garantizarlo. En otros términos, la paridad debe servir a *la igualdad de oportunidades* entre ambos sexos y no a la igualdad de resultados.

Ahora bien, este supuesto conceptual hay que completarlo destacando por una parte, los límites de su campo de aplicación y el control de su puesta en práctica y por otra sus límites conceptuales ya destacados respecto al principio de igualdad.

2.2. Los límites de la paridad

Como comentamos, el concepto de democracia paritaria con su traducción en términos concretos, las cuotas, no se ha implantado fácilmente en los sistemas electorales en particular ni en los ordenamientos jurídicos en general. Las razones de las polémicas de su implantación ya son conocidas.

Destacamos la mayor de estas razones: la conformidad con el principio de igualdad. En efecto, tal como se define la paridad, el ajuste de ésta con el principio de igualdad obliga a distinguir subcategorías de éste, como son la igualdad formal, substancial,

⁵¹¹ V. *infra* el control de proporcionalidad (2.2.2.).

de oportunidades y de resultados. Esta distinción convence a duras penas o bien poco en términos de igualdad. Quizás, frente a estos límites conceptuales, un concepto próximo al de la igualdad - la equidad - podría constituir un fundamento mejor para la paridad si ésta tiene virtudes distintas a las de una simple acción o discriminación positiva (2.2.3).

Pero, antes de llegar a esta conclusión, conviene destacar otros límites como el orden de aplicación y el control de la paridad. Por una parte, el campo de aplicación de la paridad está más o menos restringido según los ordenamientos jurídicos que la recepcionan (2.2.1). Por otra parte y en relación con este límite, la paridad plantea el control de su aplicación que se manifiesta a través de los criterios utilizados para juzgar las medidas positivas, entre los cuales, está el de la proporcionalidad (2.2.2).

2.2.1. Límites de campo de aplicación de la paridad

El campo de aplicación de la paridad está pues vinculado con la representatividad⁵¹². En este caso, se trata de la representación de hombres y mujeres en el acceso y en el ejercicio de mandatos y funciones electivos. Así pues, la aplicación de la paridad está marcada por tres límites en cuanto a: los destinatarios de la medida (2.2.1.1.), las circunstancias (2.2.1.2.) y la intensidad de su aplicación (2.2.1.3.).

2.2.1.1. Los destinatarios de la paridad

El primer límite, en apariencia evidente, consiste en que la paridad sólo tiene por destinatarios las mujeres y los hombres. Los constituyentes y/o los legisladores así como los jueces, se han definido sobre este punto, aunque los detractores de la paridad anuncian que si hoy se aplica al criterio de género, mañana se extenderá a otros criterios como la orientación sexual, las condiciones económicas y sociales, la raza o aun... la lengua.

Este último ejemplo de criterio nos invita sin embargo a cuestionar la evidencia del primer límite, porque la paridad fue introducida jurídicamente en el ámbito lingüístico mucho más antes que en el marco de la representación del género, de tal suerte que, para encontrar una jurisprudencia del TEDH que evoca favorablemente las cuotas, la paridad indirectamente o aun la discriminación positiva, hay que referirse a una primera sentencia de 1968, ¡“*asunto lingüístico belga*”⁵¹³!

⁵¹² V. *supra* a propósito de la representación “espejo”, Capítulo 2, Sección 1, 1.2.1.4.

⁵¹³ TEDH, 23 de julio de 1968, *affaire linguistique belge*, Publ. Court, serie A, vol. 6, p. 34.

En efecto, en Bélgica, marcado por la adopción del estatuto federal en 1993, el sistema político en particular y el conjunto del ordenamiento jurídico en general están regulados no sólo por el principio de igualdad, sino también por la “paridad lingüística” entre los francófonos y los flamencos en los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales, a los niveles federal y federados⁵¹⁴.

Y en conexión con la cuestión de la representatividad⁵¹⁵, la introducción de la paridad de género ha seguido “naturalmente” la filosofía de la paridad lingüística (ya en 1994 con las cuotas electorales), con las consecuencias complejas de funcionamiento institucional que una revisión constitucional hubiera generado al exigir, por ejemplo, una paridad sexual en el Consejo de ministros o sea, una doble paridad, sexual y lingüística. No ha sido así puesto que la Constitución belga prevé en su art. 11bis, que el Consejo de ministros y los Gobiernos federados cuenten con personas de sexo distinto. En definitiva, la experiencia belga en la representatividad lingüística “afloja” los límites en cuanto a los destinatarios de la paridad.

En Francia y España, la “parité” y la “representación equilibrada”, quedan vinculadas al género porque la Constitución francesa por su parte y la LOREG por la suya, defienden el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los cargos y funciones electivos. No obstante, entre ambos sistemas políticos, reside una diferencia en cuanto a su respectivo nivel de apertura (o de hermetismo) a propósito de una eventual extensión de la paridad a otros grupos o criterios de distinción que el del género.

En efecto, el marco jurídico francés está impregnado del universalismo republicano, influido aún por la jurisprudencia del Consejo constitucional de 1982, contraria a “cualquier división por categorías de electores o de elegibles”⁵¹⁶ al inscribir el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas en el primer artículo de la Constitución francesa que reconoce en todo caso la dualidad del ciudadano y la legitimidad de la representación de éste por ésta. “Los sexos no cuentan como categorías de población, sino son constitutivos de la existencia misma

⁵¹⁴ Tratándose de la estructura federal del Estado belga, en el poder legislativo federal, el Parlamento y el Senado están compuestos por grupos lingüísticos francés y neerlandés (art.43 Constitución); el Tribunal Constitucional (antigua Cour d'arbitrage) está regido por la estricta paridad lingüística con dos presidentes, francófono y flamenco (art. 142 Constitución y Ley especial de 9 de marzo de 2003). A nivel ejecutivo, el art. 99 de la Constitución impone la misma paridad en el seno del Consejo de ministros. En cuanto al poder judicial, el Consejo superior de justicia también se somete a dicha paridad (art. 151 Constitución). Sobre la regla de la paridad lingüística en las instituciones y organismos federales y federados belgas, v. e.o. REUCHAMPS, M., “La parité linguistique au sein du conseil des Ministres», en *Res Publica*, nº4, 2007, pp. 602-627; DELPEREE F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruylant-L.G.D.J, Bruselas-París, 2000; DUMONT P. y WINTER (De), L., “La formation et le maintien des gouvernements (1946-1999)”, en *Courrier hebdomadaire, C.R.I.S.P.*, nº1664, 1999, pp. 38-41.

⁵¹⁵ V. supra los argumentos comunes sobre la representación y la dualidad de los sexos (Capítulo 2, sección 1, 1.2.1.5).

⁵¹⁶ Decisión nº 82-146 DC de 18 de noviembre de 1982, *op.cit.*; LEBEN, C., *ibíd.*

de éstas y trascienden todas las categorías”⁵¹⁷. La “filosofía” en la cual se fundamenta la paridad francesa es el universalismo sexuado⁵¹⁸, que por una parte, representa a las mujeres y a los hombres juntos y no de manera distinta y por otra, rechaza el reconocimiento identitario de algunas minorías visibles⁵¹⁹. Como lo destaca la doctrina extranjera, el universalismo constitucional francés representa a las mujeres e ignora las minorías, los grupos o las categorías⁵²⁰.

En cambio, la redacción de los art. 9 y 14 de la Constitución española, así como la interpretación evolutiva de estas disposiciones por parte del Tribunal Constitucional, permiten pensar que la representación equilibrada (o la paridad) no se limita definitivamente al género. En efecto, más de una vez, la alta jurisdicción ha destacado que la Constitución no prohíbe cualquier diferenciación por norma según las *categorías* del art.14⁵²¹. De lo contrario, sería necesaria una reforma constitucional para introducir una disposición semejante a las de las constituciones francesa y belga, aunque en su sentencia de 2008, los jueces consideran que “*el principio de composición equilibrada de las candidaturas electorales se asienta sobre un criterio natural y universal, como es el sexo*”⁵²².

2.2.1.2. Las circunstancias de aplicación

El segundo límite, consiste en las circunstancias o el marco de aplicación que se impondrían a la paridad. Se trata de un instrumento de representatividad política aplicado en el ámbito electoral, en la “democracia paritaria”. A priori, la paridad se ciñe entonces a los mandatos y funciones electivos en la esfera pública y política. En otros términos, concierne a los candidatos y a las candidatas a unas elecciones que tienen por fin ejercer, en el seno de instituciones políticas, un mandato electoral como parlamentario (mandato de diputado o senador) o miembros de un ejecutivo estatal o local (función como presidente de gobierno o alcalde).

⁵¹⁷ Assemblée nationale, Compte-rendu intégral, 2ème séance, 20 février 2013, s.o., 2012-2013, *J.O.R.F.*, p.2053.

⁵¹⁸ V. *supra* los comentarios sobre el universalismo, Capítulo 2, sección 1, 1.2.1.1.

⁵¹⁹ Los recientes debates públicos y movimientos sociales a favor y en contra del matrimonio homosexual y lesbiano (“*Le mariage pour tous*”) ilustran la importancia de este universalismo francés que se caracteriza por el hecho de ser mujer u hombre.

⁵²⁰ ROSENBLUM, D., «Parity/Disparity: Electoral Gender Inequality of the Tightrope of Liberal Constitutional Traditions», en *University of California Davis Law Review*, vol. 39, marzo de 2006, p. 1152.

⁵²¹ V. e.o. las sentencias STC 136/1987 y 222/1992 citadas por la sentencia 12/2008, de 29 de enero de 2008.

⁵²² De hecho, para los jueces constitucionales, “no se trata, pues, de una medida basada en los criterios de mayoría/minoría (como sucedería si se tomase en cuenta como elementos de diferenciación, por ejemplo, la raza o la edad), sino atendiendo a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados” (STC 12/2008, FJ 5).

Para el Consejo de Europa, el “umbral de paridad” definido por su recomendación de 2003, debe aplicarse en “*la composición de los órganos consultivos del Estado (consejos, comisiones, grupos de trabajo, etc.), asambleas elegidas y, según el caso, jurados populares (u otras instancias judiciales), así como en las estructuras de los partidos políticos, de los sindicatos y en las instancias decisoriales de los medios*”⁵²³. La paridad del Consejo de Europa afecta las candidaturas en las elecciones locales, regionales, nacionales y supranacionales, en el marco de la participación de las mujeres en la toma de decisión política.

Sin embargo, la legislación comunitaria relativa a las acciones positivas, con el apoyo de la jurisprudencia del TJCE a propósito de las cuotas de género, paradójicamente extiende los límites del campo de aplicación de la paridad, más allá del ámbito público y político. De hecho, la representatividad sexual y las medidas positivas interesaban en primer lugar al entorno profesional⁵²⁴, aunque la jurisprudencia comunitaria se había pronunciado sólo sobre las cuotas de género y las medidas asimiladas en el marco de los cargos y empleos públicos no electivos⁵²⁵ y no había evocado hasta ahora las acciones positivas en el sector privado. No obstante, en su sentencia *Baddeck*, el TJUE indica que las acciones positivas sólo son lícitas en los ámbitos en que las mujeres están subrepresentadas⁵²⁶; lo que revela que la jurisdicción comunitaria no se ciñe a un sector determinado.

Ahora bien, el campo comunitario de aplicación de las cuotas de género y de la paridad se ha ampliado con la refundición de la antigua directiva 76/207/CEE por la directiva 2000/78/CE. Los Estados miembros pueden mantener o adoptar medidas positivas con el fin de *asegurar concretamente una plena igualdad entre hombres y mujeres*. Los términos de la nueva directiva permitirían así el uso de las cuotas y de la paridad en el marco laboral y del empleo. Además, como ya ha sido comentado, la Comisión europea formuló en noviembre 2012 una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada *a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas*⁵²⁷. Propuesta que fija como objetivo una cuota mínima del 40 % de cada sexo en el consejo de administración de dichas empresas. “Esta cifra se sitúa entre la «masa crítica» mínima del 30 %, que se ha considerado necesaria para producir un impacto

⁵²³ Rec (2003)3 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público adoptada el 12 de marzo de 2003, párrafo 3.

⁵²⁴ V. el art.157, apartado 3, del TFUE que es la base jurídica de todas las medidas vinculantes destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluida la acción positiva

⁵²⁵ En la jurisprudencia del TJCE, todos los asuntos afectan a los empleadores públicos que aplican medidas de acción positiva conforme una legislación nacional.

⁵²⁶ TJCE, 28 de marzo de 2000, *Baddeck*, C-158/97, *Rec.*, 2000, p.I-01875.

⁵²⁷ Subrayado por nosotros. V. *supra* notas 240 y 241.

duradero en la actuación de los consejos y la plena paridad de género (50 %)⁵²⁸. Finalmente, respecto al ámbito político, a menudo, las instituciones europeas han recomendado e invitado a los Estados miembros a tomar acciones positivas – entre otras, las cuotas - con el fin de garantizar una participación equilibrada de hombres y mujeres en las tomas de decisión política⁵²⁹.

En definitiva, aunque no ha sido objeto de un reconocimiento propio en el ordenamiento jurídico comunitario, la paridad, al igual que el conjunto de las acciones positivas en el sentido de la recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984 relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer⁵³⁰, aborda distintos ámbitos en los cuales la UE tiene por objetivo erradicar la discriminación y garantizar una igualdad efectiva entre las mujeres y los hombres. La paridad se inscribe en una política y en una estrategia integrada comunitaria de la igualdad de género. Si al principio, el campo de aplicación de las medidas afines a ella era el empleo y el entorno laboral, ahora los derechos primario y derivado de la UE han hecho rectificar los límites de éste y lo han extendido, tanto a la esfera pública como a la esfera privada, tanto a la representatividad en las instituciones políticas europeas y nacionales como en los medios sindicales y empresariales.

En cuanto a los ordenamientos jurídicos español, belga y francés, introdujeron la paridad o la representación equilibrada en el marco de la presencia y de la participación efectiva de las mujeres en la vida política y también, por lo menos en el caso de Francia, en otras esferas como son lo profesional y lo social. En otros términos, si las medidas paritarias enfocaron el proceso electoral y el ejercicio de los mandatos y funciones públicos, los mismos ordenamientos jurídicos las adoptaron no obstante, en referencia a un marco general de promoción y de protección - ¿específica?- entre mujeres y hombres, marco que un legislador y dos constituyentes establecieron al mismo tiempo que la adopción de éstas.

Así, en Francia, la revisión constitucional de julio 2008 fue la base para adoptar la ley del 27 de enero de 2011 relativa ésta a la representación equilibrada de las mujeres y los hombres en los consejos de administración y de vigilancia y a la igualdad profesional⁵³¹. Ley que prevé la instauración progresiva de cuotas para la

⁵²⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines*, COM (2012) 614 final, 14 de noviembre 2012, p.6.

⁵²⁹ V. a propósito SINEAU, M., *Parité. Le Conseil de l'Europe et la participation des femmes à la vie politique*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 2004.

⁵³⁰ Recomendación 84/635/CEE del Consejo de 13 de diciembre de 1984 relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer, n° L 331/34, *D.O.C.E.*, 19 de diciembre 1984, p.124.

⁵³¹ Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, *J.O.R.F.*, 28 de enero de 2011, p.1680. Dos años antes de la reforma constitucional, en una decisión del 16 de marzo de 2006, "*Parité dans le secteur privé*", el Consejo constitucional había anulado numerosos aspectos de la ley relativa a la igualdad salarial entre mujeres y hombres por el motivo que la ley creaba cuotas de 20% de mujeres en los consejos de administración y de vigilancia de sociedades privadas y empresas del sector público. El legislador había previsto disposiciones semejantes para la

feminización de las instancias dirigentes de las grandes empresas, así como un sistema de sanciones financieras en caso de su falta de respeto. También, entre otros ámbitos como el de la educación (escolar y superior) y el de la investigación, el legislador francés impone la paridad en la gobernanza de las distintas instituciones científicas y universitarias⁵³², así como en la finanza pública, con la paridad establecida en el órgano consultivo de *la Banque publique d'investissement* creado en 2012⁵³³ y aun en el sector deportivo con la paridad en la dirección del *Conseil national du sport*⁵³⁴.

En Bélgica, fuera del sector político, la paridad no tiene el mismo alcance legislativo que en Francia porque los órganos e instituciones públicos, como las organizaciones económicas y sociales, han establecido “de iure y/o de facto” la paridad o unas cuotas de género que tienden a ésta. Sin embargo, en algunos ámbitos, los legisladores federal y federados, intervinieron para extenderla a otros sectores. Así como en Francia, el Parlamento Federal introdujo en 2011 la garantía de la presencias de las mujeres en el consejo de administración de las empresas públicas autónomas, las sociedades cotizadas y la *Loterie Nationale*⁵³⁵. A nivel federado, por ejemplo, el Parlamento de la *Communauté française* adoptó en 2010 un decreto que promueve la participación equilibrada de ambos sexos en los órganos de las personas jurídicas de los designados por dicha entidad federada⁵³⁶. Estas personas jurídicas pueden actuar en los sectores de la competencia material de la *Communauté française* (educación, deporte, asuntos sociales, cultura, etc.) que establece la paridad en la designación de sus representantes en el seno de dichos órganos.

representación femenina en los comités de empresas, así como entre los delegados de personal, en las listas de candidatura en las elecciones de los miembros de los tribunales laborales y en los organismos paritarios de la función pública. Era la primera vez que el legislador francés intentó imponer unas cuotas en el sector privado. Respecto a dicha decisión, v. e.o. GESLOT, Chr., «Egalité devant la loi sociale et discriminations positives (Cons. Const. n° 2006-533 DC et n° 2006-535 DC)», en *Actualité juridique droit administratif*, 2006, pp. 1961-1967; CHALTIEL, Fl., «Le principe d'égalité entre les hommes et les femmes devant le Conseil constitutionnel: égalité ou équité?», en *Les petites affiches*, n°72, 11 de abril de 2006, pp. 5-7.

⁵³² V. el Código de la Educación modificado por la Ley n° 2013-660 de 22 de julio de 2013 relativa a la educación superior y a la investigación, *J.O.R.F.*, de 23 de julio de 2013, p. 12235 y la ley n° 2013-595 del 8 de julio de 2013 de orientación y de programación para la refundación de la escuela de la República, *J.O.R.F.*, de 9 de julio de 2013, p. 11379; V. también, el art. 2 del Décret n° 2013-782 du 28 août 2013 fixant les règles relatives à la composition et au fonctionnement des conseils des écoles supérieures du professorat et de l'éducation, *J.O.R.F.*, de 29 de agosto de 2013, p.14625.

⁵³³ V. el art. 6 de la ley n° 2012-1559 del 31 de diciembre de 2012 relativa a la creación del Banco público de inversión, *J.O.R.F.*, de 1° de enero de 2013, p. 44.

⁵³⁴ V. art. 1° del decreto n° 2013-289 del 4 de abril de 2013 que crea el Consejo nacional del Deporte, *J.O.R.F.*, de 6 de abril de 2013, p. 5750.

⁵³⁵ Ley de 28 de julio de 2011, *M.B.*, 14 septiembre de 2011, p.59600.

⁵³⁶ Decreto del Consejo de la Comunidad Francesa, del 15 de diciembre de 2011 que promueve la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los órganos de las personas morales designados por la Comunidad Francesa, en *M.B.* del 8 de febrero de 2012, p.9709. En Flandes, la representación mejor equilibrada de hombres y mujeres en los órganos de gestión y de administración de empresas, sociedades o asociaciones que dependen del Gobierno Flamenco, está regida por el decreto del Consejo Flamenco, del 13 de julio de 2007, en *M.B.* del 6 de agosto de 2007, p. 41109.

Así, las reformas constitucionales belga y francesa tenían un doble objeto. Primero, insertar una disposición proclamando la igualdad entre ambos sexos entre las garantías fundamentales⁵³⁷ o entre los valores constitucionales⁵³⁸. Segundo, prever constitucionalmente la posibilidad para el legislador de adoptar las medidas necesarias para favorecer un ejercicio igual del acceso a los mandatos electivos públicos⁵³⁹. Cada una de esas reformas ofrecía de suerte una base legal suficiente para desbloquear la oposición del juez constitucional al uso de las medidas positivas, incluyendo paridad entre ellas, en el ámbito de los cargos electivos públicos y al amparo de la igualdad entre ambos sexos.

Por su parte, en España, a falta de una reforma de la Constitución que ya proclamaba en su art.14 el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo y consagraba en su art. 9.2 la obligación de los poderes públicos a promover las condiciones de igualdad reales y efectivas del individuo y del grupo en el que se integra, el legislador español adoptó una ley orgánica *para una igualdad efectiva de mujeres y hombres*⁵⁴⁰. Dicha ley pretende cubrir *todos los ámbitos* en los que haya que garantizar la igualdad de género y autorizar a este fin las medidas positivas. En efecto, la exposición de motivos indica que el legislador prevé un marco general de “licitud constitucional” para la adopción de acciones positivas con el fin de conseguir la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en “*cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural*”⁵⁴¹. El principio de presencia o composición equilibrada, como acción positiva, se aplica a la representación de ambos sexos en órganos y cargos de responsabilidad⁵⁴². Si en este sentido, la ley se refiere a la representación política, nada impide pensar que, por dicha licitud constitucional, los legisladores nacional y

⁵³⁷ En Bélgica, se adoptó la revisión del título II de la Constitución con el fin de insertar un artículo nuevo relativo al derecho a la igualdad de las mujeres y de los hombres.

⁵³⁸ En Francia, la Constitución se refiere al preámbulo de la Constitución de 1946 que, en su tercer apartado, indica que la ley garantiza a la mujer, en todos los ámbitos, derechos iguales a los del hombre.

⁵³⁹ La revisión del título II de la Constitución belga también preveía la inserción de una nueva disposición relativa al derecho de las mujeres y de los hombres a la igualdad y que favorecería su igual acceso a los mandatos electivos y públicos. En Francia, la ley constitucional de 1999 indicaba que la ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos.

⁵⁴⁰ Sobre el contenido y el alcance de la LOIMH, v. e.o. SALA FRANCO, T (coord.), BALLESTER PASTOR, M.A. (coord.), BAÑO LEÓN, J.M. (coord.), EMBID IRUJO, J.M. (coord.), GOERLICH PESET, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008.

⁵⁴¹ V. artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en BOE núm. 71, 23 marzo 2007, p. 12611.

⁵⁴² V. e.o., los art.24, d) relativo a la a promoción de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de control y de gobierno de los centros docentes; art. 26, d) que exige que se respete y se garantice la representación equilibrada en los distintos órganos consultivos, científicos y de decisión existentes en el organigrama artístico y cultural; art. 27, e) sobre la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los puestos directivos y de responsabilidad profesional del conjunto del Sistema Nacional de Salud; art.29, al.2) que indica que el Gobierno promoverá el deporte femenino en todos los niveles, incluidos los de responsabilidad y decisión.

autónomicos puedan extender aquel principio de representatividad en otros ámbitos que el de la política.

2.2.1.3. La intensidad de aplicación

El tercer límite reside en la “intensidad” de aplicación de la paridad. Se trata de determinar su alcance a la luz de la cuestión de la igualdad de oportunidades y de resultados, en cuenta al tipo de cargo o función y a la manera de afectarlo. Al ser un instrumento de la representatividad, ¿la paridad se aplica sólo a los mandatos, funciones o cargos electivos o puede extenderse al conjunto de los empleos públicos (contractuales o no), y en una cierta medida a los empleos del sector privado?

El Derecho comunitario y su jurisprudencia nunca se han pronunciado al respecto, pero las sentencias del TJUE relativas a las acciones positivas concernían principalmente al acceso a empleos públicos, promociones y formaciones, cuyos ofertantes eran las autoridades públicas⁵⁴³. En ningún caso, el juez comunitario estableció una incompatibilidad entre las cuotas y el acceso a un empleo o a una formación por la naturaleza de éstos y menos aún respecto a la introducción de las acciones positivas en el ámbito político. A reserva de su licitud conforme con los criterios de validez de éstas – sobre todo el de la proporcionalidad –, la paridad podría aplicarse al acceso a cualquier función y cargo públicos electivos o no. En cuanto a una eventual aplicación en el sector privado, a los puestos de responsabilidad y su extensión al acceso a empleos, formaciones y promociones, debería ser admitida al menos en el principio.

En los sistemas francés, belga y español, la cuestión del alcance de la paridad o de la representación equilibrada, fue debatida en el marco de su materialización legislativa y valorada por el juez constitucional a la luz de principios como la eficacia y la proporcionalidad de la norma (que introduce la paridad) o aun la igualdad de oportunidades y de resultados.

En el caso de Francia, hasta la reforma constitucional de 2008, el Consejo Constitucional, seguido por el Consejo de Estado⁵⁴⁴, censuró varias disposiciones que introdujeron la paridad más allá del campo de aplicación delimitado por la Constitución⁵⁴⁵. Por ejemplo, invalidaba la medida en el acceso a los empleos públicos.

⁵⁴³ Sobre las sentencias comunitarias relativas a las discriminaciones positivas, v. *supra* Parte I, Título I, Capítulo I, sección 2.

⁵⁴⁴ V. la sentencia precitada *Lesourd* del Consejo de Estado.

⁵⁴⁵ V. por ejemplo las decisiones del CCF precitadas del 19 de julio de 2001 relativa a la elección de los magistrados del Consejo superior de la magistratura y n°2006-533 que invalidó las normas que favorecían una representación equilibrada de ambos sexos en el medio profesional.

La paridad estaba entonces limitada a los procesos electorales políticos y a la organización de los partidos políticos. Sin embargo, a pesar de dicha reforma constitucional y de la extensión de su campo de aplicación, y aunque la paridad pasa a ser un objetivo constitucional, impide la censura contra ella a condición de que se limite al acceso a mandatos electorales, funciones electivas y a puestos de responsabilidad profesional y social.

En otros términos, la paridad no puede aplicarse a la totalidad de los empleos públicos y menos aún a los privados. Se ciñe a las funciones o cargos de representatividad (política) y de toma de decisión (política, profesional y social). El alcance de la paridad parece estar reducido en cuanto al tipo de puesto o de función a ocupar⁵⁴⁶. La paridad sigue siendo una derogación al derecho fundamental a la igualdad con la consecuencia de una interpretación estricta de la competencia de habilitación constitucional del art. 1º de la Constitución. La igualdad es el principio y la paridad la excepción porque ésta no puede desviar la igualdad de oportunidades y confundirla con una igualdad de resultados.

En cuanto al ordenamiento jurídico belga, además de aplicar la paridad y la alternancia en el acceso a los mandatos electivos y públicos, el legislador tiene que prever la presencia de ambos sexos en la composición de los ejecutivos, a nivel federal, de las entidades federadas y de los poderes locales, así como de todos los órganos creados por éstos. Como se ha comentado anteriormente, ni la reforma constitucional, ni el legislador, se atrevieron a imponer una paridad numérica (50-50) ya que, en el caso de los órganos decisionales de las entidades federales, de la Región de Bruselas y de los municipios de ésta, existe una exigencia de paridad lingüística.

La presencia de ambos sexos en los ejecutivos públicos se rige por cuotas que pueden variar entre un 20 o 30 por ciento. Esta exigencia, añadida a la paridad, se explica por la necesidad de concretizar una mayor representación de las mujeres en los puestos de decisiones políticas y públicas que la ley de las cuotas electorales de 1994 no consiguió por la falta de obligación de alternancia en las listas de candidaturas. Ahora bien, a la hora de designar miembros en órganos directivos y consultivos, las autoridades públicas tienen que conformarse con dicha presencia de ambos sexos que, a veces de hecho, puede convertirse en la paridad⁵⁴⁷.

Más allá de la exigencia de la paridad y la alternancia hombre-mujer en las listas electorales (la “*tirette électorale*”) y de la presencia de ambos sexos en los ejecutivos públicos, el legislador sólo puede intervenir para fomentar la paridad, o más bien la igualdad de género en el conjunto de las esferas de la sociedad belga. El Estado no

⁵⁴⁶ Además de limitación, podemos también deducir que la paridad no se extiende a otros tipos de acceso como el de la formación, por ejemplo.

⁵⁴⁷ V. por ejemplo los decretos precitados de las entidades federadas que regulan la presencia de las mujeres y hombres en los órganos de las personas jurídicas que dependen de ellas.

puede interferir en los sectores cuyo “carácter privado” está protegido por la Constitución.

En España, la representación equilibrada o las cuotas sólo se atienen a la confección de las listas electorales. No se va más allá en la composición de los ejecutivos públicos a todos los niveles (nacional, autonómico, provincial y local). Ni siquiera hay una exigencia explícita de presencia de ambos sexos en éstos aunque la LOIHM de 2007 establece en su art. 16 relativo a los nombramientos realizados por los Poderes Públicos, que éstos *procuran atender al principio de presencia equilibrada* en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan. Sin embargo, la misma ley prevé en su art.11, al.2 relativo a las “acciones positivas” que además de los Poderes Públicos, las personas físicas y jurídicas privadas pueden adoptar estas medidas en el marco de la ley orgánica. La presencia equilibrada que ésta promueve y exige, en determinados casos, se extiende y se impone a todos los órganos consultivos y ejecutivos públicos, aunque se ofrece la posibilidad de aplicarse también en el sector privado. En efecto, con el fin de promover la igualdad efectiva en las empresas privadas, a semejanza de Francia y Bélgica, la ley orgánica, en su art. 75, impone un plazo de 8 años a partir de su entrada en vigor a las empresas obligadas a publicar cuentas no abreviadas para “incluir en su Consejo de Administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres”⁵⁴⁸.

Así pues, la presencia equilibrada, como la paridad en Francia y Bélgica, no se aplica a todos los empleos, públicos o no. Se impone en los órganos ejecutivos y consultivos de las instituciones, empresas y organizaciones públicas. El legislador español, nacional y autonómico, se abstiene de extender la obligación de imponer esta presencia equilibrada a todos los niveles de la sociedad, confiando más en las medidas incitadoras públicas (subvenciones, bonificaciones, etc.) y en la educación y concienciación de una presencia de ambos géneros en todas las esferas de la sociedad española.

En definitiva, el límite de la intensidad de la paridad y otras medidas semejantes radica en la presencia paritaria o equilibrada de mujeres y hombres en las estructuras decisionales y consultivas (porque éstas son a menudo vinculadas a las primeras). Ahora bien, nada de los textos constitucionales y legales de los países comparados impide su extensión al conjunto de los puestos, funciones y accesos en cada sector donde pueden/deben aplicarse esas medidas paritarias. En cambio, la intervención del juez (europeo o nacional, constitucional o no) establece un marco que influye en los legisladores y las autoridades administrativas en la confección y aplicación de la paridad. Así por ejemplo, el art.11, de la LOIMH estipula que “*tales medidas (...) habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido*

⁵⁴⁸ En la disposición adicional primera relativa a la presencia equilibrada de LOIMH, se indica que se entiende por composición equilibrada la presencia de las mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el 60% ni sean menos del 40%.

en cada caso”. El carácter razonable y la proporcionalidad de la medida constituyen realmente el límite de su intensidad.

Una vez determinados el destinatario y el campo de aplicación de la paridad, la legitimidad de ésta se confirmará si su intensidad está conforme con ambos criterios que sirven al control previo y posterior a su aplicación, control generalmente ejercido por el juez.

2.2.2. Dificultades con la cuestión de la proporcionalidad y su control

La validez jurídica de la paridad y otras medidas semejantes se somete, como cualquier acción positiva, a un examen o control de proporcionalidad que se efectúa en referencia al principio de igualdad y de no discriminación.

Este control se descompone en dos vertientes. Por una parte, existe el *control de la proporcionalidad* o proporcionalidad normativa. La proporcionalidad y el carácter razonable de la paridad, vinculados con la cuestión de su eficiencia, fueron así objetos, con un cierto enfoque jurídico, de varias observaciones en los debates parlamentarios y de los órganos consultivos e decisorios, previos a su instauración (2.2.2.1). En otros términos, la proporcionalidad está contenida en la norma legislativa. El caso español de la noción de representación y presencia “equilibrada” es ilustrativo en este sentido porque se impone al juez. Por otra parte, figura el propio *control de proporcionalidad* como técnica de control por parte de los jueces europeos y nacionales, quienes se han pronunciado sobre la legitimidad de las medidas paritarias o semejantes en base a los criterios desarrollados en este tipo de examen (2.2.2.2.).

Ahora bien, el control de proporcionalidad presenta ciertas dificultades con respecto al principio de igualdad a la hora de examinar las medidas paritarias. Los inconvenientes están vinculados en primer lugar, con los distintos niveles de intensidad del control que se definen en función del marco normativo y de la libertad de elección del autor de la decisión o de la acción. En segundo lugar, este control puede variar en función de la toma en consideración del contexto de aplicación de la paridad. En tercer lugar, es tributario, por una parte de la subjetividad de la interpretación del juez y por otra del riesgo de una sustitución de su decisión a la medida examinada, si ésta resulta ser desproporcionada. (2.2.2.3.).

2.2.2.1. Del carácter razonable y la proporcionalidad de la paridad en debate

En el marco de la elaboración legislativa de las medidas paritarias, se establece ya el control de “la proporcionalidad” que se presenta bajo dos formas distintas.

La primera consiste en la exigencia del respeto de una regla de proporcionalidad en el marco de la norma de representación política. En el caso de la paridad y de la representación equilibrada, la proporcionalidad toma un sentido más matemático cuya exigencia del control impondrá al juez, constitucional o no, un análisis “mecánico o silogístico”⁵⁴⁹. El segundo tipo de control de la proporcionalidad está contenido más o menos explícitamente en la norma que integra una obligación de proporcionalidad. La paridad y otras acciones positivas constituyen el “mantillo” de este tipo de control porque afecta a los derechos y a las libertades fundamentales bajo términos como “razonable”, “equilibrado”, etc. La razón radica en la ausencia del carácter absoluto de éstos, la obligación de conciliación entre ellos o con otras exigencias, como el interés general, por ejemplo⁵⁵⁰.

Más que la cuestión del carácter razonable de paridad, es la de su proporcionalidad que fue objeto de debates parlamentarios previos a su implantación en los sistemas políticos comparados, bien por la evidencia de la “razonabilidad” de la medida en cuanto al objetivo a perseguir, bien por la asociación o integración de este aspecto en la cuestión de la proporcionalidad de la paridad.

Así, en el marco de los trabajos parlamentarios belgas previos a la revisión constitucional, varios constitucionalistas destacaron que la paridad absoluta en todos los órganos de carácter político conllevaría una radicalidad incompatible con el principio de igualdad⁵⁵¹. Recordaron que, de hecho, la evolución del régimen democrático belga se había caracterizado hasta la ley de 1994 (ley de cuotas electorales) por una disminución constante, léase un rechazo, de todas las limitaciones en el ejercicio de un mandato público, en función de la edad, la situación socio-económica, la nacionalidad o el sexo.

Para ellos, era excesivo constitucionalizar una discriminación de derecho en detrimento de los hombres o de cualquier otro grupo de ciudadanos no protegido, porque sería hacer de la paridad no un objetivo a cumplir sino más bien una obligación jurídica intangible. Apoyándose en un dictamen de la sección de

⁵⁴⁹ V. por ejemplo en Bélgica la Ley general de no discriminación de 10 de mayo de 2007, *M.B.*, de 30 de mayo de 2007.

⁵⁵⁰ V. en este sentido la jurisprudencia francesa que se refiere al interés general como justificativo y que sirve también de apoyo al principio de equidad, muy desarrollado en la jurisprudencia administrativa (Cf. *infra* Parte 2, Título 1, Capítulo 2).

⁵⁵¹ V. por ejemplo, las consideraciones del Pr. UYTENDAELE en *Rapport fait au nom de la commission des affaires institutionnelles par Mmes van Riet et de t' Serclaes*, op.cit., p.49.

legislación del Consejo de Estado⁵⁵², insistieron en el carácter estricto del principio general de igualdad en el ámbito electoral. El remedio a una desigualdad de hecho debe hacerse en el respeto del principio de igualdad y de cara al principio de proporcionalidad. En otras palabras, restablecer la igualdad en detrimento de una categoría de la población víctima de una discriminación, no puede tener como consecuencia generar de manera desproporcionada una discriminación en detrimento de “otra categoría” de personas.

Además, según varios parlamentarios contrarios a la paridad, el término “garantizar” no presentaba la “virtud de moderación” que exigía el respeto del principio de proporcionalidad al considerar que se recurría a un concepto de ciencia política, es decir, al procedimiento de decisión política cuyos contornos jurídicos son muy inciertos, lo que presenta un inconveniente mayor y a fortiori, con el motivo de la obligación por parte del legislador de garantizar la igualdad efectiva de hombres y mujeres candidatos electorales. Ello puede llegar a una generalización de la paridad en las esferas no previstas por la Constitución ni por el legislador. Por lo tanto, los mismos parlamentarios consideraron que, haciendo eco a la igualdad de oportunidades, el término “favorecer” era más conforme con la proporcionalidad porque permitía una adaptación legal con la evolución de la sociedad y no afectaba al principio inmanente de la libertad democrática que exige, de manera general, que ninguna distinción de cualquier naturaleza se haga entre los ciudadanos en el acceso y el ejercicio de los mandatos públicos.

En Francia, los debates relativos a la paridad también se focalizaron en la proporcionalidad, principalmente a propósito de las sanciones previstas por el legislador en caso de no respeto de la norma paritaria en el ámbito electoral⁵⁵³. Pero se orientaron más aún sobre el marco mismo del control de proporcionalidad. En efecto, los parlamentarios franceses cuestionaron el alcance del margen de apreciación del Consejo constitucional que podía considerar, al controlar un proyecto de ley, que esté no favorecería suficientemente el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los cargos públicos y que, de un cierto modo, podía sustituirse en el Parlamento. Por ello, los trabajos parlamentarios dejaron al legislador la posibilidad de actuar y adoptar las medidas “mejor adaptadas al objetivo y al caso concreto”.

En el parlamento español, la cuestión de la proporcionalidad tuvo el mismo alcance que en Bélgica y en Francia. En efecto, también fue discutido que la paridad obligatoria por ley en las candidaturas electorales fuera estrictamente necesaria para lograr el fin de la paridad, es decir, que no existan otras posibilidades igualmente eficaces y menos gravosas para su consecución. Así, los partidarios de la paridad reconocieron que la constitucionalidad de las medidas de acción positiva “en su

⁵⁵² C'Etat, dictamen L.28.197/1 de 16 de febrero 1999, *doc. Chambre*, 1998-1999, n°2057/1, (33), 38-39; V. MERTENS de WILMARS, F., *op.cit.*

⁵⁵³ Sanciones financieras para los escrutinios uninominales y con escrutinio, sanción de no registro de listas electorales en las elecciones con escrutinio de listas, etc.

acepción global”, dependía de la proporcionalidad de la finalidad perseguida y de la efectividad de dichas medidas que, según ellos, son el verdadero punto de partida que legitima su uso: el “concepto de inter-representación”⁵⁵⁴. Por contra, para los detractores de la paridad, “el balance de los beneficios de la medida, en relación con el fin propuesto y de los perjuicios que crea en los bienes y derechos con los que entra en conflicto, no arroja un resultado indiscutible”.

Ahora bien, con el afán de respetar el equilibrio entre las medidas de promoción y de protección de la igualdad y otros principios constitucionales como la libertad, el legislador español ha adoptado una disposición en la LOIHM que consagra la validez de las acciones positivas, entre las cuales se encuentra la presencia o representación equilibrada de las mujeres, por lo tanto que sean *razonables y proporcionadas* en relación con el objetivo perseguido *en cada caso*⁵⁵⁵. Se entiende que la proporcionalidad se examinará, de una parte por la conformidad de la medida en sí con el objetivo y, por otra parte, a partir de la situación concreta en la cual se aplica esta última. En otras palabras, una presencia o representación equilibrada impuesta de manera sistemática y sin carácter “provisional o temporal” sería considerada como una medida desproporcionada.

2.2.2.2. El control de proporcionalidad de las medidas paritarias

El control de proporcionalidad, como técnica de control del juez, está presente en todos los sistemas jurídicos. Aparece como una constante consustancial con la función de juzgar la lógica de un acta o una acción y se adapta al análisis de la racionalidad de las relaciones entre la norma y los hechos o entre los motivos y el objetivo perseguido.

Todas las jurisdicciones internacionales y nacionales que proceden a este tipo de examen insisten en el hecho de que la diferenciación debe fundarse en un criterio objetivo, razonable y pertinente o adecuado con el objetivo perseguido cuya legitimidad está examinada más o menos explícitamente por ellas. En fin, algunas investigan las consecuencias esperadas de dichas diferenciación.

Sin entrar en el examen del principio de proporcionalidad en sí, mantendremos aquí la idea de coherencia entre una medida (legislativa o administrativa) y su objetivo. De esta definición, se deducen dos exigencias del control del juez europeo o nacional. Primero, el medio utilizado debe ser necesario al objetivo que pretende perseguir. Segundo, las consecuencias “nefastas” de la aplicación de este medio (el

⁵⁵⁴ V. la intervención de la diputada URÍA ETXEBARRÍA del Grupo Parlamentario Vasco sobre el proyecto de ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, *op.cit*, pp. 12100-12101.

⁵⁵⁵ Art. 11, LOIMH.

perjuicio de los derechos fundamentales como la igualdad y la libertad) deben corresponderse con la importancia de este objetivo.

El juez europeo – de los Derechos Humanos y del Derecho comunitario – ha contribuido al desarrollo de la proporcionalidad que rápidamente fue consagrada como principio jurídico, más aun como principio general de derecho⁵⁵⁶. En efecto, en Derecho comunitario, su utilización se ha encontrado reforzada por la jurisprudencia del TJUE y la fuerza vinculante de la Carta de los derechos fundamentales de la UE (art. 52). Por su parte, el sistema europeo de los Derechos Humanos se refiere a este principio en varias disposiciones del CEDH⁵⁵⁷. Al igual que el juez comunitario, el de los Derechos Humanos recuerda en su abundante jurisprudencia que todo tratamiento diferenciado no tiene justificación objetiva y razonable si no existe una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo pretendido”⁵⁵⁸.

Como se ha comentado anteriormente, al igual que el juez europeo, los jueces nacionales constitucionales y administrativos se han dedicado en varias ocasiones al ejercicio del control de proporcionalidad de las acciones positivas⁵⁵⁹. Sobre la cuestión particular de la paridad y de la presencia equilibrada de ambos sexos, las distintas jurisdicciones nacionales han evocado el respeto del principio de proporcionalidad antes de la adopción de las mismas y las han examinado a la luz de este último.

En España, influido por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, el Tribunal Constitucional descompone el principio de proporcionalidad en tres elementos distintos que conjuntamente constituyen la base del examen de ésta: *adecuación* (la medida ha de ser adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente lícito), *necesidad* (la medida ha de ser necesaria sin que exista una alternativa menos gravosa) y *proporcionalidad en sentido estricto* (las ventajas que se obtienen con la medida han de ser mayores que las desventajas que la misma genera)⁵⁶⁰. Al respecto de estos tres elementos del test de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional sin embargo no enfocó detenidamente el examen de la representación equilibrada

⁵⁵⁶ V. en este sentido, TJCE, sentencia *Johnson*, 15 de mayo de 1986, *aff. 222/84, Rec.*, 1651, pt 38. El Tribunal recuerda que cuando los Estados derogan el ejercicio de un derecho fundamental como la igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres, tienen que respetar el principio de proporcionalidad que forma parte de los principios generales de derecho.

⁵⁵⁷ V. e.o. art. 8.1, 9.2, 10.2 y 11.2, CEDH. Sobre el control de proporcionalidad en el CEDH, V. VAN DROOGHENBROECK, S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, FUSL, Bruylant, Bruselas, 2001; MUZNY, P., *La technique de proportionnalité et le juge de la CEDH, essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, Aix-en-Provence, 2005.

⁵⁵⁸ V. e.o. TEDH, 9 de julio de 2013, *Altinay c. Turquía* que cita varias sentencias anteriores.

⁵⁵⁹ V. supra las condiciones de aplicación de las acciones o discriminaciones positivas (Parte I, Capítulo 2)

⁵⁶⁰ Sobre el principio de proporcionalidad y su control por el Tribunal Constitucional en el Derecho español, V. e.o. ROCA TRÍAS, E. y AHUMADA RUIZ, M.A., *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, Reunión de tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España, Roma, 24-27 de octubre de 2013.

recurrida en varias ocasiones. En otros términos, no procedió a un análisis exhaustivo en este sentido.

En efecto, fue la ya comentada sentencia constitucional 12/2008 del 29 enero que respaldó definitivamente la representación equilibrada en las listas electorales, confirmada después en otras sentencias⁵⁶¹. En la sentencia de 2008, el Tribunal confirmó a su vez la validez constitucional de esta medida al destacar, entre otras cosas, que es legítimo el fin de la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política, refiriéndose a los arts. 9.2, 14 y 23 de la Constitución.

Además, consideró que era razonable la exigencia legal y limitada de una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100 y sin imposición de orden alguno de presencia en las listas electorales, contemplándose excepciones para las poblaciones de menos de 3.000 habitantes y una dilación en la efectividad de la ley orgánica hasta 2011 para las comprendidas entre 3.000 y 5.000, que excluía sólo las formaciones políticas “unisexuales”. En fin, para los jueces constitucionales, la medida era inocua para los derechos fundamentales “de quienes, siendo sus destinatarios, los partidos políticos, no eran, por definición, titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo”. Así pues, la imposición de equilibrio sexual constituía una “limitación proporcionada y por tanto, constitucionalmente legítima”⁵⁶².

En su sentencia 13/2009, el mismo tribunal confirmó su doctrina – reiteradamente lo hizo en 2011⁵⁶³ - respecto a la constitucionalidad de la presencia equilibrada (elevada al 50% para las mujeres por el legislador autonómico vasco) al considerar que esta medida positiva se “se ajust[aba] a las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad”⁵⁶⁴. Sin embargo, a diferencia de la sentencia de 2008, los jueces argumentaron más el control de proporcionalidad al afirmar en primer lugar que la medida era adecuada para la consecución del fin de promoción de la igualdad efectiva de la mujer. En segundo lugar, era proporcional en sentido estricto, porque no comportaba “el sacrificio innecesario de un derecho fundamental sustantivo”. La diferencia entre los porcentajes mínimos/máximos de presencia de género, no podía ser considerada como excesiva respecto a la necesidad de corregir una situación permanente de desequilibrio entre los sexos. En tercer lugar, esta medida en concreto, sólo se justificaba “en la realidad de las circunstancias sociales del

⁵⁶¹ Sentencias de 2009 y 2011.

⁵⁶² STC 12/2008, FJ 5.

⁵⁶³ V. STC 40/2011 de 31 de marzo de 2011, FJ 8 que indica que la obligación de igual presencia de hombres y mujeres en listas electorales andaluzas “(...) satisface las exigencias constitucionales, en primer lugar porque es legítimo el fin de la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9.2, 14 y 23 CE); en segundo término, porque resulta razonable el régimen instrumentado por el legislador que se limita a exigir una composición radicalmente igualitaria entre hombres y mujeres; y, finalmente, porque es inocuo para la actividad de los partidos políticos a quienes se dirige la norma, los cuales no son, por definición, titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo”.

⁵⁶⁴ STC 13/2009, FJ 11.

momento en que se adopta[ba], de manera que su misma eficacia habr[ía] de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfruta[ba]”⁵⁶⁵. En definitiva, para no extenderse más en este punto, el Tribunal consideró que se trataba de una medida “sólo constitucionalmente aceptable en tanto que coyuntural, en cuanto responde a la apreciación por el legislador de una situación determinada”.

En Francia, con la misma prudencia que Tribunal Constitucional español de no inmiscuirse en la función del legislador, el Consejo Constitucional francés siempre ha evitado el control de proporcionalidad, a no ser que tuviera que sancionar un “error manifiesto de apreciación” en el caso de que no se produjeran los efectos anunciados de la norma para justificar la diferencia de tratamiento⁵⁶⁶.

Así, en su decisión relativa a la paridad en ley de los modos de elección de los consejeros generales y de la Asamblea Córcega, el Consejo Constitucional recordó que no le incumbía sustituir su apreciación respecto a la del legislador, salvo error manifiesto⁵⁶⁷. No debía “escarbar” si el objetivo que éste se había asignado no podía ser afectado por otras vías una vez que las modalidades contempladas por la ley no eran manifiestamente inapropiadas al objetivo perseguido. Aunque reconoció que el legislador entendía garantizar la representación más fiel posible del cuerpo electoral, no podía, “en el estado del derecho aplicable”, admitir la paridad y tenía que referirse a su jurisprudencia de 1982⁵⁶⁸. Al no poder intervenir, los jueces constitucionales indicaron entre las líneas que para integrar la paridad había que reformar la Constitución.

Desde la revisión constitucional de 2008, el Consejo constitucional se ha pronunciado cuatro veces sobre las medidas paritarias y siempre se ha remitido a la facultad que tiene el legislador para tomar cualquier dispositivo incitativo u obligatorio que tienda a hacer efectivo el igual acceso de ambos sexos a mandatos electorales y funciones electivas, siempre que garantice “la conciliación entre las disposiciones constitucionales y las demás reglas y principios de valor constitucional que el constituyente no quiere derogar”⁵⁶⁹. Así como de añadir que, según su jurisprudencia constante, no dispone del poder de apreciación, ni de decisión de igual

⁵⁶⁵ Ídem.

⁵⁶⁶ Sobre el control de proporcionalidad en Francia, V. e.o. KALFLECHE, G., «Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives: les figures du contrôle de proportionnalité en droit français», en *Les Petites affiches*, n°46, 2009, pp. 46-53; GOESEL-LE BIHAN, V., «Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel: présentation générale», en *Les Figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, LPA, 5-3, 2009, p. 62; IDEM, «Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel», en *Le réalisme en droit constitutionnel*, Cahiers du Conseil constitutionnel, 2007, pp. 141-145.

⁵⁶⁷ Decisión n°98-407 DC de 14 de enero de 1999.

⁵⁶⁸ V. *supra* Decisión n°82-146 DC de 18 de noviembre de 1982 que censuró el proyecto de ley que pretendía introducir cuotas electorales.

⁵⁶⁹ V. decisiones n° 2013-667 DC de 16 de mayo 2013, n° 2010-608 DC de 24 de junio de 2010, n° 2010-611 DC de 19 de julio 2010, n° 2010-618 DC de 9 diciembre 2010.

naturaleza que el del Parlamento y que no puede substituirse a éste en cuanto a la determinación de los objetivos y de los medios utilizados para conseguirlos.

En definitiva, en el control de proporcionalidad en el ámbito de la igualdad y de la instauración de la paridad de género, el juez constitucional francés se muestra muy prudente al limitarse como mucho a la verificación de la adecuación entre los medios empleados y los fines perseguidos.

En Bélgica, la cuestión de la proporcionalidad de las normas paritarias o semejantes, fue examinada tanto por el Consejo de Estado – a nivel consultivo por su sección legislativa – como por el Tribunal Constitucional. Lo que fue objeto de control de proporcionalidad no era la naturaleza de las cuotas y de la paridad sino más bien las sanciones que acompañaban a esas medidas en caso de su no respeto.

En el ya mencionado dictamen L. 22.066/2 de 8 marzo de 1993 del Consejo de Estado, relativo al proyecto de ley de las cuotas electorales, que preveía que una lista contraria a las exigencias de éstas perdiera ciertas ventajas financieras destinadas a los candidatos y partidos políticos, la dificultad era la diferencia de tratamiento en materia de ayuda financiera pública otorgada, entre las listas “conformes” y “no conformes”. El Consejo se refirió a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto al control de proporcionalidad entre el objetivo de esta diferenciación y los medios para conseguirlo, jurisprudencia según la cual hay que tener en cuenta la “naturaleza de los principios en causa”. Entre otras, a la vista de esta condición, el Consejo de Estado concluyó que no le parecía que la ley podía infringir el principio de igualdad de candidato(a)s para avanzar hacia el objetivo, también muy importante ya que lo constituyen la realización de una igualdad efectiva entre los sexos y su consecuencia: la participación de las mujeres en las asambleas políticas. En otros dictámenes, el mismo Consejo subrayó que la sanción debía ser proporcional al objetivo perseguido⁵⁷⁰. Como el Consejo Constitucional francés, preconizó la necesidad de modificar la Constitución para insertar expresamente el principio de una representación equilibrada de hombres y mujeres en las listas electorales⁵⁷¹.

En cuanto al Tribunal Constitucional, inspirándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, enuncia el principio según el cual se viola el principio de igualdad y de no discriminación si está demostrado que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados “necesarios en una sociedad democrática” y el objetivo legítimo perseguido por la medida en causa⁵⁷². En varias sentencias citadas, la alta jurisdicción belga se ha pronunciado sobre los elementos de su control de proporcionalidad de las acciones positivas, precedido por

⁵⁷⁰ CEtat, dictamen L. 22.885/2 de 17 de noviembre de 1993.

⁵⁷¹ CEtat, dictámenes L. 22.885/2 de 17 noviembre 1993 y L. 29.910/2 de 3 de abril de 2000.

⁵⁷² V. e.o. Ccons., sentencias n°145/2012 de 6 de diciembre de 2012, *M.B.*, 25 de enero de 2013, p. 3855; n° 89/2011 de 31 de mayo 2011, *M.B.*, 10 de agosto de 2011, p. 45511; n° 12/2008 de 14 de febrero de 2008, *M.B.*, 26 de febrero de 2008, p. 11912; *CArb.*, n° 157/2004 de 6 de octubre de 2004, *M.B.*, 18/10/2004, p.72399.

un test de comparabilidad que consiste en averiguar si las categorías de situaciones al respecto de la medida examinada son suficientemente comparables⁵⁷³. El control de proporcionalidad en sí, averigua por su parte, si la medida presenta una justificación objetiva, si la diferenciación persigue un objetivo legítimo y finalmente, si la medida es pertinente respecto a dicho objetivo y a la proporcionalidad de los medios utilizados para alcanzarlo⁵⁷⁴.

En definitiva, en el marco de los recursos constitucionales contra las normas paritarias – en el sentido más amplio - los jueces constitucionales españoles y franceses hacen uso del control de proporcionalidad con algún recelo. Recelo que se manifiesta por parte de las jurisdicciones francesas y españolas con el reenvío de la determinación del objetivo de la medida a la responsabilidad del legislador. De ningún modo quieren sustituirlo. Mientras los jueces belgas, quizás influidos por sus homólogos alemanes, sensibles al sistemático control de proporcionalidad⁵⁷⁵, sí que indican hasta las consecuencias del mismo, concretando en su caso, la solución para corregir los “errores manifiestos” del legislador al adoptar una medida de paridad o de presencia equilibrada.

2.2.2.3. Los inconvenientes del control de proporcionalidad a geometría variable

Ahora bien, incluso en el caso belga, como en los casos francés y español, el control de proporcionalidad de las medidas paritarias en particular hace aparecer dificultades que pueden desnaturalizar la supuesta sujeción de la paridad al principio de igualdad y de no discriminación. Y aunque éstas no son las propias del control de proporcionalidad de la paridad, tienen su importancia a propósito de ésta, porque contribuyen a la idea de que tanto en el plan conceptual como a nivel de la aplicación y del control, la paridad presenta una dudosa compatibilidad con el principio de igualdad. En efecto, el control de proporcionalidad puede llevar a una concepción de “geometría variable” de la paridad y en definitiva, y hasta el mismo principio de igualdad si se considera que ambos están – o deben estar – estrechamente vinculados.

Por geometría variable, se entiende que la validez jurídica de la paridad y de su aplicación respecto al principio de igualdad puede variar debido a las dificultades inherentes al control de proporcionalidad. Éstas se traducen en los distintos niveles de intensidad de control (2.2.2.3.1), los ámbitos y circunstancias de aplicación de la

⁵⁷³ Ídem.

⁵⁷⁴ V. Ccons., sentencia nº17/2009, de 12 de febrero de 2009, consid. B.9, al.2, *M.B.*, 12 de marzo de 2009, p.21696.

⁵⁷⁵ VV.AA., *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français: actes du colloque organisé par les Barreaux de Liège et de Lyon le 24 novembre 1994*, Ed. du jeune barreau, Lieja, 1995.

paridad (2.2.2.3.2) y la subjetividad de la interpretación del juez en el ejercicio de ese control (2.2.2.3.3).

2.2.2.3.1. Variación de niveles de intensidad del control de proporcionalidad

El control de proporcionalidad de las medidas paritarias, en particular, y de las acciones positivas, en general, varía de intensidad, por una parte, en el seno de los Estados, en función de la posición dominante respecto a la cuestión de la paridad, la cual puede justificar una extensión del margen de apreciación⁵⁷⁶(a). Por otra parte, la intensidad del control se define en función del marco normativo y de la libertad de elección del autor de la decisión o de la acción (b).

(a) Variación según posición dominante

Así, en el primer caso, a nivel europeo y bajo la influencia de los Estados, el Tribunal de justicia de la UE ha adoptado una posición mucho más conciliadora con las acciones positivas y la paridad que en el pasado, refiriéndonos a su polémica sentencia *Kalanke*, gracias al control de proporcionalidad que es parte del acervo comunitario y que fue mantenido por las directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE cuyo campo de aplicación puede ampliarse debido a la flexibilidad del principio general de la proporcionalidad.

En efecto, en principio, los jueces de Luxemburgo optaron por una lectura liberal de los textos que permitían la adopción de tratamiento preferencial de las mujeres, lectura que fue inmediatamente restringida a “las medidas con objetivo preciso y limitado de eliminar las desigualdades de hecho”⁵⁷⁷.

En el asunto *Kalanke*, el juez comunitario no procedió al control de proporcionalidad de las cuotas de género de la Administración pública alemana, ateniéndose a una interpretación estricta de la disposición de la directiva europea que permitía las acciones positivas, siendo una derogación al principio de neutralidad en materia de no discriminación⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ FLAUSS, J-F., *Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme*, ed. Bruylant, Bruselas, 1998.

⁵⁷⁷ Los límites sustanciales de los dispositivos comunitarios relativos a la acción positiva, fueron incluidos en la directiva europea de 1976 sobre la igualdad de tratamiento y fueron desarrollados en varias sentencias del TJCE en las cuales éste optó una aproximación a la vez extensiva y restrictiva (V. TJCE, 25 de octubre de 1988, *Comisión c. Francia*, as. 312/86, *Rec.*, 1988, p. 6315).

⁵⁷⁸ TJCE, 17 de octubre de 1995, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, *Rec.*, 1995, p. I-03051.

En su jurisprudencia ulterior, con los asuntos *Marschall* y *Badeck*, el TJCE abandonó parcialmente esa posición estricta a favor de una aproximación más abierta con el asunto *Abrahamsson*, a partir del cual, en vez de tratar las medidas positivas de género caso por caso, adoptó un control general de proporcionalidad que mantuvo en el asunto *Lommers*. Según la misma jurisdicción, “(...) en virtud de una jurisprudencia reiterada, al determinar el alcance de cualquier excepción a un derecho fundamental, como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres, es necesario respetar el principio de proporcionalidad que exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido de este modo”⁵⁷⁹.

En cuanto al sistema europeo de los Derechos Humanos, el Protocolo nº12 del CEDH indica que el principio de no discriminación no impide a los Estados partes tomar medidas con el fin de promover una igualdad plena y efectiva. De hecho, la jurisprudencia de Estrasburgo ha reconocido que la apreciación de la licitud de cualquier acción positiva es tributaria de las soluciones nacionales en la medida en que el juez procede a un control de proporcionalidad, que a menudo, le conduce a juzgar las diferencias de tratamiento lícitas, constituyendo así el vector del mantenimiento del statu quo. Si es verdad que gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades, según el TEDH, los Estados están teóricamente mejor situados que él para determinar dichas soluciones⁵⁸⁰. Afirma respetar en principio la manera en que las autoridades públicas nacionales conciben los imperativos de la igualdad efectiva, salvo si el juicio de ellas aparece manifiestamente desprovisto de base razonable.

En definitiva, siendo guardianas de los instrumentos normativos de proclamación de los derechos y libertades, ambas jurisdicciones europeas pasaron de una interpretación estricta a un control de proporcionalidad de las medidas llamadas a rectificar las desigualdades de hecho entre hombres y mujeres. En efecto, están divididas entre el ejercicio obligado de la interpretación y el inevitable realismo que les hace conceder a los Estados un margen de apreciación con el fin de determinar en qué medida, tales diferencias de situación justifican tales diferencias de tratamiento jurídico.

Por tanto, el control de proporcionalidad varía en función de la importancia de los intereses estatales en juego o de la posición dominante en el seno de los Estados a propósito de la cuestión en causa, al ser quienes pueden justificar una extensión del margen de apreciación. Por este hecho, es una especie “desambiguación de Jano”, esto es, susceptible de actuar indistintamente en sentidos opuestos.

⁵⁷⁹ Observamos que, en el asunto *Lommers*, el control de proporcionalidad no contradice las sentencias *Marschall* y *Badeck*, incluso podría considerarse como un ejemplo del control de proporcionalidad, lo que confirmó el TJUE en el asunto *Briheche* (TJUE, 30 de septiembre de 2004, as. C-319/03, *Rec.*, 2004, p. I-08807).

⁵⁸⁰ TEDH, 12 de abril 2006, *Stec y otros c. UK*, *Rec.*, 2006-VI.

En el marco de las jurisprudencias nacionales, también se puede detectar el alcance de la evolución de las ideas dominantes o “ambiente”, sobre el control de proporcionalidad de las medidas paritarias, aunque influyen sobre todo otros factores que abordamos a continuación.

Así, en el caso español, aunque el Tribunal Constitucional recordó que el Derecho internacional y del Derecho comparado - a los cuales se referían las partes a favor y en contra de la representación equilibrada (art.44bis de la LOREG) – no forman el “canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal”⁵⁸¹, en su sentencia de 12/2008 de 29 de enero, no negó la importancia del primero como criterio interpretativo de los derechos fundamentales, refiriéndose a los textos y a la jurisprudencia del CEDH y de la Unión Europea⁵⁸². Pese a la destacada singularidad del ordenamiento jurídico español y considerado así como el “único canon de constitucionalidad”, el somero control de proporcionalidad del Tribunal se apoyó en varias ocasiones en los textos internacionales para subrayar la transcendencia de los valores fundamentales de los Estados democráticos que son, entre otros, la igualdad y la solidaridad entre hombres y mujeres.

Más evidente fue el cambio de posición del Consejo Constitucional francés, aunque sabemos que era reacio a ejercer el control de proporcionalidad. En efecto en 1982, rechazó el proyecto de cuotas por los motivos que ya sabemos – cuyo principal era el de la indivisibilidad del electorado – y casi dos décadas después reconoce la legitimidad e indirectamente la proporcionalidad de la paridad, haciéndose eco también del contexto internacional, las experiencias extranjeras y los debates parlamentarios relativos a la introducción de ésta en la constitución⁵⁸³. Es más, señaló que no podía admitir las medidas paritarias sin revisión constitucional y por tanto tenía que remitirse a su jurisprudencia de 1982. Como lo subrayó la doctrina, las nuevas disposiciones constitucionales seguían sin impedir obstáculos para el legislador a la hora de imponer y extender las medidas paritarias⁵⁸⁴. Le incumbía al juez constitucional zanjar en lugar del poder constituyente, función que no es la suya.

(b) Variación de intensidad según marco normativo y libertad del legislador

En la jurisprudencia constitucional comparada se destacan dos constantes. El control de proporcionalidad se realiza a partir de un análisis fraccionado en tres etapas sucesivas que intensifican el grado del control en función del margen de acción que

⁵⁸¹ SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5; 235/2000, de 5 de octubre, FJ 11, citadas por la sentencia STC 12/2008.

⁵⁸² FJ 2. En cuanto al derecho comparado, los jueces españoles desestimaron la pertinencia de, entre otras, la referencia francesa por el motivo de las dificultades de adaptación constitucional que la afectó y su diferencia con la particularidad del sistema español más abierto a las medidas positivas para la igualdad de hombres y mujeres.

⁵⁸³ CCF, decisión nº407 DC de 14 de enero de 1999.

⁵⁸⁴ GHEVONTIAN, R., «Note sous 98-407 DC», en *RFDC*, 37-1999, p. 142; SCHOETTL, J.-É., «Note sous 98-407 DC», en *AJDA*, 1999, p. 149.

la ley otorga al juez⁵⁸⁵. En otros términos, la intensidad del control depende del marco normativo y del nivel de obligatoriedad que se impone al autor de la decisión o de la acción. Cuanto más alto sea dicho nivel, más alta será la intensidad del control de proporcionalidad que obligará al legislador a justificar y explicar los motivos de la adopción de las medidas paritarias. Es además sintomático que el poder discrecional esté delimitado por normas constitucionales y orgánicas de habilitación, más precisas, como son los artículos 11 de la LOIMH española, 1 y 4 de la Constitución francesa y el art.11bis de la Constitución belga.

Quizás responden así a la dinámica de los tribunales constitucionales en el ejercicio y la intensidad de su control de proporcionalidad. En efecto, control que implica a menudo una incursión siempre más importante del juez en los sectores en los cuales rehusaba intervenir antes como es el de la representación política.

Conlleve, desde nuestro punto de vista, el inconveniente del riesgo potencial de transformarse en “caja de pandora” por la generación de resultados distintos o incluso contrarios, entre varios controles de proporcionalidad en un mismo ordenamiento jurídico o no, nacional y/o supranacional.

2.2.2.3.2. Ámbitos y circunstancias de aplicación

Muchas decisiones de los tribunales constitucionales evocan la existencia de un principio general de proporcionalidad sin indicar claramente a qué se aplica. El control de constitucionalidad de las libertades y derechos fundamentales cubre un campo de aplicación tan amplio del que ningún ámbito puede escapar. Consecuentemente, el control de proporcionalidad ha tomado amplitud y ha investido ámbitos que a menudo estaban compartimentados. No obstante, obliga al juez a entender con precisión las especificidades del marco en el cual se inserta el control de proporcionalidad y sus límites.

Los ámbitos de aplicación de la paridad son diversos. Así pues, el juez que examina las cuotas sexuales aplicadas en las listas electorales o en los consejos de administración de determinadas empresas, debe adaptar el control de proporcionalidad a la diversidad de los sectores de la sociedad. En otros términos, aunque tanto en sentido más amplio como el más estricto, la paridad en sí trasciende cualquier ámbito de aplicación, los criterios del control de proporcionalidad ¿tienen también los mismos contenidos y alcances en cualquiera de ellos o, al contrario, se ajustan al contexto y a la realidad de cada uno?

⁵⁸⁵ PHILIPPE, X., «Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères: l'exemple du contentieux constitutionnel», en *Revista Studii Juridice Universitare*, n°1-2, 2011, pp.30-45.

Y desde esta cuestión, surge otra relativa al principio de igualdad que constituye la referencia para el juez que ejerce aquel control. Control que trata la proporcionalidad de las medidas paritarias pero también todo tipo de medida correctora de desigualdad que concierne a otros colectivos o grupos cuya característica de discriminación es la lengua, la raza, la edad, las ideas religiosas y filosóficas o las condiciones socioeconómicas. Dicho de otra forma, ¿el control de proporcionalidad debe tener en cuenta las supuestas especificidades de la igualdad de género a la hora de aplicarse a la paridad? o en contra, ¿debe tratar ésta como el instrumento del principio de igualdad separado de cualquier peculiaridad?

Ambas cuestiones destacan este segundo tipo de inconvenientes que presenta el control de proporcionalidad de las medidas paritarias al amparo (del principio) de la igualdad. En efecto, la variabilidad de los ámbitos de su aplicación puede tener por consecuencia que los resultados de su control sean diversos y conduzcan a una dilución o “fragmentación” del principio de igualdad en varias igualdades, entre las cuales, la de género. Ésta presentaría indubitablemente especificidades que harían que no sea una igualdad idéntica a las demás “por su vinculación con mentalidades, usos, estructuras sociales que tienen una obligación sociológica que la afecta”⁵⁸⁶.

Cada una de las altas jurisdicciones europeas y nacionales, se ha enfrentado a estas dos vertientes de dificultad al examinar la proporcionalidad, tanto de las medidas paritarias, como de las acciones positivas tomadas a favor de las mujeres discriminadas.

En el marco de los Derechos Humanos, respecto a la primera cuestión, la jurisprudencia del TEDH afirma que los Estados son los más indicados para determinar, si y en qué medida, unas diferencias entre situaciones y otras análogas justifican unas distinciones de tratamiento jurídico⁵⁸⁷. La amplitud del margen de apreciación nacional⁵⁸⁸ - que varía consecuentemente según las circunstancias, el contexto y los ámbitos de aplicación de la paridad - se ajusta a un control “europeo” de proporcionalidad flexible aunque, “(...) sólo unas consideraciones muy fuertes pueden llevar al TEDH a estimar compatible con el CEDH una diferencia de tratamiento exclusivamente fundada en el sexo”⁵⁸⁹. En otros términos, al dejar esa latitud de apreciación a la responsabilidad de los Estados, el juez de Estrasburgo entiende que su control de proporcionalidad variará, sino en su contenido, por lo menos en su alcance y su intensidad⁵⁹⁰ según los ámbitos de igualdad que tiene que juzgar. Así en una sentencia relativa a una discriminación sexual en un caso de baja

⁵⁸⁶ RAMBAUD, P., « L'égalité des sexes en droit communautaire », en *Daloz Chron.*, 1998, p. 111.

⁵⁸⁷ TEDH, 17 de febrero de 2011, *Andrle c. Republica Checa, Rec.*, 2011.

⁵⁸⁸ TEDH, 27 de marzo de 1998, *Petrovic c. Austria, Rec.*, 1998.

⁵⁸⁹ TEDH, 24 de junio de 1993, *Schuler-Zraggen c. Suiza*, serie A nº 263. El TEDH indica además que sólo hay razones imperiosas que puedan justificar una diferencia de tratamiento en este fundamento (21 de febrero de 1997, sentencia *Van Raalte c. Países Bajos*); v. también e.o. SUDRE, F., MARGUENAUD, J-P, ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., GOUTTENOIRE, A. y LEVINET, M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, P.U.F., París, 2003.

⁵⁹⁰ Sobre las variaciones de intensidad del control de proporcionalidad, v. *supra* 2.2.2.

parental en el ejército ruso⁵⁹¹, el TEDH consideró que le incumbía tener en cuenta la evolución de la situación de los Estados y reaccionó, por ejemplo, al “consenso susceptible de emerger en cuanto a las normas a alcanzar”⁵⁹².

Sin embargo, respecto a la cuestión del principio de igualdad o de las distintas igualdades, el TEDH no trataría la paridad de otra manera que cualquier acción positiva adoptada por los Estados miembros por el motivo de ser instrumento de una igualdad de género. En efecto, a pesar de la poca abundancia jurisprudencial relativa a la igualdad de género⁵⁹³, el alto tribunal se refiere a la cláusula general de no discriminación del CEDH, en su art. 14, y del art. 1 del Protocolo nº12 que prevé que el “goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. El sistema del CEDH entiende la igualdad como un principio general y no otorga especificidades a la igualdad de género. Por tanto, el control de proporcionalidad del TEDH, de una paridad, no puede ser condicionado en su intensidad o en su alcance por los “rasgos” de la igualdad: el género. Es además revelador, que en sus sentencias relativas a ésta, el tribunal utiliza “*mutatis mutandis*” asuntos ya sentenciados en otros ámbitos que el de la igualdad entre hombres y mujeres⁵⁹⁴.

En cuanto al control de proporcionalidad por parte del juez comunitario, cualquier derogación a la igualdad de género debe limitarse a lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido. El principio general de proporcionalidad exige la conciliación, en toda la medida de lo posible, del principio de igualdad con las exigencias del objetivo legítimo perseguido⁵⁹⁵. No obstante, como sucede en el marco del CEDH, los Estados disponen, según las circunstancias, de un cierto margen de apreciación⁵⁹⁶, lo que da a entender que el control de proporcionalidad pueda variar en sus criterios o su intensidad teniendo en cuenta de este margen. Por ello, los legisladores o constituyentes otorgan a los poderes públicos y al sector privado, la facultad de adoptar medidas paritarias⁵⁹⁷, pero en conformidad con lo establecido por la ley y bajo el control del juez. Las sentencias *Marschall y Badeck* relativas a las acciones positivas, son ilustrativas en este aspecto aunque, a pesar de

⁵⁹¹ TEDH, 22 de marzo de 2012, *Konstantin Markin c. Rusia*, Rec., 2012.

⁵⁹² TEDH, 31 de marzo de 2009, *Weller c. Hungría*, Rec., 2009.

⁵⁹³ A día de hoy, se han publicado veintisiete sentencias del TEDH directamente vinculadas con la cuestión de la igualdad de género, la primera de las cuales data del año 1985 (TEDH, 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*).

⁵⁹⁴ V. por ejemplo la sentencia del TEDH, 22 de enero de 2008, *E.B. c. Francia*, en la cual el Tribunal recurrió especialmente a su jurisprudencia relativa a discriminaciones lingüísticas (TEDH, 23 de julio de 1968, *asunto lingüístico c. Bélgica*, Rec., serie A nº 6).

⁵⁹⁵ TJCE, 15 de mayo de 1986, *Johnston*, aff. 222/84, Rec., 1651, pt 38.

⁵⁹⁶ TJCE, 17 de octubre de 1995, *Leifer e.a.*, aff. C-83/94, Rec., I-3231, pt 26.

⁵⁹⁷ Sobre la facultad de habilitación francesa, v. e.o. PAUVERT, B., *Droit constitutionnel: théorie générale, Ve République*, Studyrama, 2004, pp. 322-347. En el caso español, la ley orgánica de igualdad instaura el art.44 bis de la LOREG en el marco de esta habilitación prevista por el art.11 precitado.

haberse pronunciado casi exclusivamente en asuntos de acceso a empleos, formación y promoción⁵⁹⁸, el TJUE indica que las medidas positivas, para ser lícitas, por una parte, no deben otorgar automática e incondicionalmente la prioridad a las candidatas que tienen una cualificación igual que sus competidores masculinos. Y por otra, cada candidatura debe ser objeto de una apreciación objetiva en base a criterios no discriminantes hacia las mujeres. El juez comunitario mantiene el sustrato de control de proporcionalidad pendiente y tributario de los hechos analizados, también en otros sectores como lo habían presagiado las conclusiones del Abogado General Saggio del asunto *Abrahamsson*⁵⁹⁹: “(...) La eventual desproporción entre la medida compensadora y el contexto social en que actúa (pienso, *por ejemplo, en una diferencia insignificante entre los porcentajes de presencia femenina y masculina en una empresa o en un sector público*⁶⁰⁰) puede hacer desaparecer los requisitos que legitiman la acción positiva, requisitos que están vinculados necesariamente a elementos facticos. Incumbe al juez nacional apreciar la existencia de tales requisitos”. Un tal examen de proporcionalidad tiene consecuencias diferentes en función del tipo de medida examinada y de su eventual conciliación con el principio de igualdad⁶⁰¹.

Respecto a la cuestión de una eventual especificidad de la igualdad de género, el Tribunal de Luxemburgo, aunque se apoya en las directivas que tratan de la igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres y de la no discriminación, se refiere al principio general de igualdad en el marco del control de proporcionalidad, haciendo la distinción entre la igualdad de resultado y “el concepto restringido de igualdad de oportunidades”⁶⁰² en el cual se inscribiría la proporcionalidad de la medida paritaria. El juez comunitario considera que el principio de igualdad tiene un alcance general que se concreta en los distintos sectores indicados por las directivas europeas. Su control de proporcionalidad exige la máxima conciliación entre el principio de igualdad y el objetivo perseguido con los medios necesarios y apropiados a este último⁶⁰³. No atiende a las supuestas peculiaridades de la igualdad de género.

Como en las jurisdicciones europeas, el control de proporcionalidad de los tribunales constitucionales relativo a las medidas paritarias y similares, será abstracto o concreto. En el primer caso, puede funcionar cuando la exigencia de proporcionalidad es normativa. El juez sería llevado a pronunciarse sobre comparaciones o relaciones de proporción. Así, si se trata de un control de

⁵⁹⁸ V. también *op.cit.* la sentencia *Katarina Abrahamsson y Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*.

⁵⁹⁹ Conclusiones del Abogado General Saggio presentadas el 16 de noviembre de 1999, asunto C-407/98, *Katarina Abrahamsson y Leif Anderson contra Elisabet Fogelqvist, Rec.*, 2000 p. I-05539.

⁶⁰⁰ Subrayado en itálico por nosotros.

⁶⁰¹ V. también las conclusiones del Abogado general Maduro presentadas el 29 de junio de 2004, *Serge Briheche*, asunto C-319/03, *Rec.*, 2004 p. I-08807.

⁶⁰² TJCE, 19 de marzo de 2002, *Lommers*, asunto C-476/99, *Rec.*, 2002, p.I-02891; 30 de septiembre de 2004, *Serge Briheche*, asunto C-319/03, *Rec.*, 2004, p. I-08807.

⁶⁰³ Ídem.

proporcionalidad “matemático” – como la imposición de cuotas o “umbrales de paridad” – la ausencia de situación concreta no impide la efectividad de éste⁶⁰⁴.

Por su parte, el control de proporcionalidad “concreto” de las normas paritarias constituye el ámbito de predilección del juez constitucional porque la relación entre los hechos, la decisión (del legislador) y el objetivo perseguido, se concibe más cómodamente en el marco de la ejecución de las normas. Las normas quedan idénticas pero la racionalidad de su realización se analiza en función de su contexto, el Derecho político, el Derecho económico, el Derecho social, etc. El control de proporcionalidad puede adaptarse así a cualquier tipo de situación, a cualquier sector del ordenamiento jurídico. Permite también distinguir las soluciones y adaptarlas a cada contexto.

Ahora bien, la multiplicidad de los sectores en los cuales el juez ha de controlar la paridad conlleva una doble consecuencia. Primera, en los controles de proporcionalidad concretos, es muy difícil determinar el peso de cada elemento de los que hay llevado al control de proporcionalidad. Segunda, aunque tiene su explicación “desde el interior”, este control, desde el exterior, puede generar un sentimiento de irracionalidad o arbitrario si ésta insuficientemente motivado.

La fuerza del control de proporcionalidad radica en su adaptación a cada situación pero hay que tener en cuenta que su eficiencia depende del dominio del juez de los datos que éste analiza en el marco de dicho control. No se trata sólo de una cuestión de intensidad de control o de poderes del juez, sino también de práctica o dominio del tema. El grado del control de proporcionalidad puede ser restringido. Si el juez conoce el ámbito de su intervención debido a la frecuencia de sus intervenciones, su control tiene probabilidades mayores de efectividad más que en los sectores donde el grado de control será más alto, pero con una intervención poco frecuente, como sucede en el caso de las cuotas y medidas paritarias.

2.2.2.3.3. Subjetividad del juez en el control de proporcionalidad

La última dificultad, que no es la menos importante que destacamos, es la subjetividad del control de proporcionalidad que, a veces, algunos autores han cualificado de aleatoria y aproximativa⁶⁰⁵.

Se entiende la subjetividad por la intervención de factores propios del juez de dicho control que, con su sensibilidad y su función, puede llevarlo más allá de los límites

⁶⁰⁴ V. en este sentido las sentencias precitadas del Tribunal Constitucional español relativas a la introducción de las cuotas electorales por el art.44bis de la LOREG.

⁶⁰⁵ V. e.o. LOCHAK, D., “Réflexions sur la notion de discrimination”, en *Droit social*, 1987, p.780.

inherentes al control de proporcionalidad. De hecho, en el ámbito de las medidas positivas y la paridad, el papel del juez y la tentación de transformarle en legislador, han sido objeto de los debates parlamentarios a la hora de introducir la paridad en el ordenamiento jurídico. Los tribunales se han encontrado con cuestiones delicadamente técnicas como la determinación de los elementos concretos de comparación, la necesidad de buscar la existencia de desigualdades de hecho y la toma en consideración de las diferencias fisiológicas entre hombres y mujeres. Con esa experiencia, los jueces toman decisiones inspirándose de sus propios juicios de valor, sin por lo tanto posicionarse como expertos. Esto puede a veces interferir en una supuesta unidad jurisprudencial – entre los ordenamientos nacionales y supranacionales – de los criterios de proporcionalidad.

La posición de los jueces constitucionales respecto a las cuotas electorales es esclarecedora en este punto. En efecto, consideran que una representación y cualquier decisión política basada en la división necesaria de la sociedad en dos sexos, es perfectamente constitucional con motivo del equilibrio: la igualdad radical del hombre y la mujer, lo que es determinante para la definición del contenido de las normas y actos las asambleas legislativas. Es más, “(...) exigir a quien quiera ejercer una función representativa y de imperio sobre sus conciudadanos que concurra a las elecciones en un colectivo de composición equilibrada en razón del sexo es garantizar que, sea cual sea su programa político, compartirá con todos los representantes una representación integradora de ambos sexos que es irrenunciable para el gobierno de una sociedad que así, necesariamente, está compuesta”⁶⁰⁶. A esta concepción más de naturaleza política que jurídica, formulada por la alta jurisdicción española, se opone, aunque en otro campo distinto a la política, la jurisprudencia comunitaria que, en su control de proporcionalidad, no admite una promoción sistemática y prioritaria a un sexo subrepresentado (las mujeres) con cualificaciones iguales a las del otro sexo (los hombres)⁶⁰⁷. Paradójicamente, dos controles de proporcionalidad, una misma cuestión a resolver (la subrepresentación femenina en un sector de la sociedad), dos concepciones distintas...

Sin embargo, el inconveniente mayor propio de la función del juez en el control de proporcionalidad consiste en una decisión que puede llevar a éste a substituir con su decisión la del legislador si ésta sale del marco de la intervención legal. Aunque no sea lo propio de la cuestión de la paridad y de la igualdad de género, este tipo de control es potencialmente peligroso porque permite al juez – a cubierto del respeto del Derecho – inmiscuirse en determinadas esferas como la política y es susceptible de generar un “gobierno de jueces” o por lo menos, de pronunciarse sobre “orientaciones de la sociedad”. En otras palabras, creemos que el control de proporcionalidad hace desplazar el centro decisional que haría del juez constitucional un coautor de la decisión. Este peligro potencial explica el rechazo del Consejo

⁶⁰⁶ STC 12/2008, 29 de enero 2008, FJ 7.

⁶⁰⁷ V. e.o. TJCE, 30 de septiembre de 2004, *Serge Briheche*, asunto C-319/03, *Rec.*, 2004, p. I-08807.

Constitucional francés a decidir sobre las cuotas electorales por medio de un control de proporcionalidad⁶⁰⁸.

En cuanto al Tribunal Constitucional español, también tomó, con toda prudencia, en consideración todos los parámetros de su posición respecto a la introducción de la representación equilibrada en las listas electorales. En efecto, afirma que “(...) resulta así evidente la diversidad de las cuestiones constitucionales que suscita la reforma cuestionada, todas ellas de la mayor trascendencia por afectar a elementos muy sensibles del régimen electoral, que es tanto como decir del modelo de Estado democrático. Esa misma diversidad *exige de nosotros el mayor cuidado*⁶⁰⁹ en la identificación de la perspectiva de enjuiciamiento que haga posible el planteamiento más correcto del problema constitucional de fondo”⁶¹⁰.

Por otra parte, los tribunales, tanto europeos como nacionales, tienen tendencia a limitar el poder discrecional de las autoridades públicas y a exigir de ellas justificaciones de su actuación legislativa y administrativa. Respecto al control de proporcionalidad de las medidas paritarias o positivas, hay por lo tanto un riesgo de que los jueces impongan su percepción de las cosas en nombre del principio o del control de proporcionalidad cuando se trata más de una elección preferencial que de una elección exclusivamente basada en criterios jurídicos. La jurisprudencia constitucional española es ilustrativa a este propósito. En efecto, en su sentencia STC 12/2008, los jueces apelaron a consideraciones de ciencia política y no jurídica al afirmar un presupuesto teórico según el cual, toda decisión política democrática debe ser tomada en el marco de una representación equilibrada de ambos sexos en las instancias de donde emana⁶¹¹, presupuesto teórico que sin duda, crea polémica en la literatura de ciencia política⁶¹².

En fin, como lo han dejado entrever las distintas sentencias europeas y nacionales, relativas a las acciones positivas de género, la acción del legislador no se nutre sólo del Derecho para hacer efectivo el principio de igualdad y de no discriminación. La componente jurídica, si es prevalente, también se combina en el caso de la paridad con otras de naturaleza política, social, histórica, etc. que a menudo son complejas y a veces, contradictorias. Así por ejemplo, para los jueces constitucionales españoles convertidos en demógrafos o sociólogos, la representación equilibrada prevista en el art. 44 bis de la LOREG no es una medida basada en los criterios de mayoría o

⁶⁰⁸ V. *supra* las decisiones del CCF *Quotas par sexe I, II y III*.

⁶⁰⁹ Subrayado por nosotros

⁶¹⁰ STC 12/2008, 29 de enero 2008, FJ 3.

⁶¹¹ STC 12/2008, 29 de enero 2008, FJ 5.

⁶¹² A propósito de esta teoría, V. e.o. BERENI L. y LEPINARD, E., *op.cit.*, pp.71-98; FRAISSE, G., *La Contreverse des sexes*, PUF, París, 2001; TAHON, B., «Citoyenneté et parité politiques», en *Sociologie et sociétés*, vol. 31, n° 2, 1999, pp. 73-87. Para una crítica de esta teoría, V. e.o. LAGRAVE, R.-M., «Une étrange défaite. La loi constitutionnelle sur la parité», en *Politix*, Vol. 13, n°51, 2000, pp. 113-141.

minoría, sino un criterio universal – el sexo – que divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados⁶¹³.

Ahora bien, el control de proporcionalidad jurídico llevado al límite en referencia con el principio de igualdad, podría no tomar en consideración estos elementos tan capitales para la concretización de los objetivos perseguidos por las medidas paritarias. La decisión del Consejo constitucional francés de 1999 que rechazó la paridad por motivo del “entonces estado del derecho” indica el malestar del juez por haberse “encerrado” en un razonamiento exclusivamente jurídico, referido al principio de igualdad, iniciado ya con su decisión de 1982.

En conclusión, el principio y el control de proporcionalidad, llamado por algunos “concepto nómada”, aunque reenvía al respeto del principio de igualdad, también tiene una cierta autonomía interpretativa que debería ir más allá del Derecho. Debe tener en cuenta consideraciones no jurídicas y no encerrarse en un mecanismo dogmático y “equilibrista” basado en distinciones de igualdad, a veces contradictorias y a menudo poco convincentes⁶¹⁴. Retomando la expresión “geometría variable”, que se define como inconveniente del control de proporcionalidad para la paridad, esa geometría sería pues al contrario una fuerza, al considerar las medidas paritarias en particular y positivas en general, no respecto al principio de igualdad sino a la equidad como principio jurídico⁶¹⁵.

⁶¹³ STC 12/2008, ídem.

⁶¹⁴ Nos referimos, entre otros, a la ya comentada distinción entre la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados que, en el ámbito de la igualdad de género, conlleva confusiones y polémicas de interpretaciones desde la sentencia comunitaria *Kalanke* que tuvo una cierta transcendencia en las jurisprudencias nacionales relativas a las cuotas sexuales y a las acciones positivas en general.

⁶¹⁵ V. *infra* el control de proporcionalidad de la paridad respecto al principio de la equidad.

PARTE II

LA PARIDAD AL AMPARO DE LA EQUIDAD

En pos de una igualdad real entre ambos sexos en las riendas de las decisiones de cualquier índole, la paridad se sitúa a mitad camino entre un principio general de derecho – el principio de igualdad – y un concepto que linda con éste desde los padres de la filosofía y que, al amparo de la búsqueda de una sociedad justa, se ha convertido poco a poco en un principio jurídico: la equidad.

En efecto, si la paridad ha suscitado mucha polémica, ha sido por la cuestión de su incompatibilidad con el principio de igualdad. Para salir del “impasse” conceptual o de los caminos tortuosos que llevan a un ajuste jurídico incierto, la equidad como principio general de derecho puede acogerse, eliminando así las incertidumbres a veces cubiertas por conceptos jurídicos poco convincentes.

Los anglosajones llaman a ésta “*equity*”, mientras designan “*equality*” para referirse a la igualdad. A la poca diferencia de vocales y consonantes entre ambos términos, le corresponde una razón de cercanía, aunque inefable, que se percibe a la hora de examinar su naturaleza, sus aplicaciones y el control de éstas. Sin embargo, ese mismo examen desvela las diferencias existentes entre la igualdad y la equidad, diferencias que no las oponen sino que las combinan o asocian (Título I).

De la complementariedad entre el omnisciente principio de igualdad y la equidad (que merece ser erigida en principio de mismo rango), la paridad y el conjunto de las acciones o discriminaciones positivas constituyen así un instrumento dotado de una base jurídica sólida para cumplir el objetivo de realizar un *equilibrio*. La paridad busca así el equilibrio de representación o de presencia de ambos sexos en la vida política y en todos los ámbitos de la sociedad.

En otros términos, la paridad (re)plantea otra lectura del principio de igualdad al servir a otro principio, el de la equidad. Abre la puerta a una mejor comprensión jurídica y aceptación social de todas las normas y decisiones que tienden hacia una sociedad más justa (Título II).

TITULO I

LA EQUIDAD,

TAN CERCA Y TAN DIFERENTE DE LA IGUALDAD

Con la introducción de las acciones positivas y más aun de la paridad, asistimos a una renovación del debate sobre la existencia y el alcance del concepto – ¿o principio? – de la equidad; debate que hasta hace poco, tuvo una amplitud considerable.

Una parte de la doctrina de los ordenamientos jurídicos que han adoptado una lectura radicalmente dinámica de la igualdad, pretende no sólo atenuar ésta última por la equidad, sino más bien lo que no es lo mismo, substituir pura y simplemente la igualdad por la equidad. Las razones de estos giros en contra de una tradición antigua y solemnemente (re)afirmada en las constituciones europeas, se inscriben en un contexto muy diferente de lo que prevalecía hasta los años setenta con el inicio de las dificultades de la “generosa igualdad” del Estado Providencia⁶¹⁶.

Aunque la doctrina principalmente y la jurisprudencia ocasionalmente, incorporan la equidad como “justificación” de la introducción de la paridad, hay debate para saber si la equidad puede erigirse como principio al mismo nivel que el de la igualdad y si hay antagonismo o complementariedad entre ambas.

En primer lugar, habrá que definir en el plan de las ideas conceptuales la equidad, destacar sus similitudes y sus diferencias con el principio de igualdad y aclarar las relaciones entre ambos (Capítulo 1).

Ahora bien y en segundo lugar, la equidad tiene una base jurídica que necesita definirse al ser cada vez más una referencia, tanto para el juez como para la Administración pública o el legislador, en la adopción de las acciones positivas en general y de las medidas paritarias en particular. Esta equidad tiene una naturaleza y un desarrollo continuo como dan prueba el Derecho internacional y el Derecho comparado, gracias entre otras a las medidas paritarias y a otras acciones positivas (Capítulo 2).

⁶¹⁶ Sobre la crisis y la restructuración del Estado Providencia o de bienestar, v. e.o., SOTELO, I., *El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*, ed. Trotta D.L., Madrid, 2010; ANTÓN, A., *Restructuración del Estado de bienestar*, ed. Talasa ediciones, Madrid, 2009; MAJZA, B., «Equité et droits fondamentaux», en *C.R.D.F.*, n° 1/2002, pp. 80-89.

Capítulo 1

El concepto de la equidad

Definir la equidad no es tarea cómoda. En efecto, la equidad, por su dimensión subjetiva, llama a un sentimiento cuya intensidad varía de un individuo a otro. En este sentido, si el concepto de equidad ha generado polémicas, las decisiones judiciales y administrativas fundadas en la equidad son generalmente indiscutidas.

¿Por qué esta paradoja de desacuerdo conceptual desaparece en sus manifestaciones particulares? Es porque no existe un concepto general definitivo, al menos en el sentido abstracto del término. La equidad, que es ante todo un sentimiento y una forma de ver las cosas, intenta definirse sin percibir que la plétora de definiciones equivale a una constatación de carencia.

La equidad nos reenvía a las condiciones de realización de la justicia o del Derecho pero puede alejarse del marco normativo para concretar mejor sus objetivos. La justicia, sentencia penas o recompensas conforme con las leyes establecidas y la equidad se pronuncia conforme con las circunstancias variables de una acción. Deducida de la ley natural, la equidad es la regla y el fundamento de los deberes humanos⁶¹⁷. Se refiere a los imperativos de la conciencia propia del sistema de valores de cada uno. Aunque es universal como la igualdad, la equidad es una noción subjetiva, difícilmente puede reducirse a una definición global.

Desde un punto de vista filosófico, la valorización de la equidad sólo es posible en el marco de la idea de una imperfección esencial (y no sólo puntual) de la ley. Y por contra, las teorías que otorgan la preeminencia al principio de legalidad en la definición del derecho o de la justicia, deberían ser conllevadas a rechazar la noción de equidad o al menos a limitar su alcance⁶¹⁸.

Considerada como un principio moral o de justicia (distributiva o no) desde la Antigüedad hasta nuestros días, la equidad ha sido paulatinamente recibida por las teorías contemporáneas que han apoyado su introducción en el Derecho positivo, al confrontar el Estado Providencia y sus teorías igualitarias con las clamantes injusticias que éstas no han erradicado, o peor aún, han reforzado (Sección 1).

Tan cercanas y no obstante tan diferentes son la igualdad y la equidad como son vecinas las ideas de Igualdad y de Justicia. Muchos aspectos que las acercan se manifiestan a través de la cuestión de la participación de las mujeres a la gobernanza, tanto política como económica. Ahora bien, los mismos aspectos revelan los límites de las semejanzas entre la equidad y la igualdad. Por tanto, este estado de hecho explica la

⁶¹⁷ JESTAZ, Ph., *L'équité*, recueil Dalloz, París, 1972.

⁶¹⁸ SAMI ZAKI, M., «Définir l'équité», en *Archives de Philosophie du droit, tome 35, Vocabulaire fondamental du droit*, Sirey, 1990, p.97.

importancia del reconocimiento de la equidad sobre la misma base que la igualdad para el encuadramiento ajustado de las medidas paritarias (Sección 2).

Sección 1: Los orígenes de la equidad

La consagración de la equidad en una noción “tangible” en el derecho fue lenta a pesar de su pronta introducción en las reflexiones filosóficas relativas a la Justicia, la Igualdad, el papel de los poderes en su normalización, ejecución e interpretación.

Desde la Antigüedad, ya existe el largo conflicto conceptual entre la equidad y la igualdad, así como el desarrollo de numerosas teorías de la equidad. Ahorrándonos todas las reflexiones sobre éstas hasta hoy, nos limitaremos a destacar los modelos que los filósofos políticos consideran como los polos en que se inscriben las teorías de la equidad. Uno de ellos trata de la equidad como la justicia que va más allá de la ley escrita.

Será el modelo que fundó el “descubrimiento” de la equidad, mientras que los modelos siguientes hasta pasada la segunda mitad del siglo XX, la relegaron a su negación o por lo menos a su exclusión de la esfera jurídica, tratándola como una obligación moral (1.1).

No obstante, no podemos hacer caso omiso de los contextos o diversos factores que ya dieron argumentos, ya reforzaron los fundamentos teóricos de la equidad y su puesta en práctica en el ámbito jurídico respecto al principio de igualdad (1.2).

1.1. De un concepto filosófico a una obligación jurídica

“Descubierta” por Aristóteles y la filosofía antigua como valor político y de justicia (1.1.1), la equidad, será negada y ocultada en el ámbito jurídico hasta principios del siglo XX (1.1.2).

Con el auge de ideas radicales como el fascismo o el totalitarismo, fue un periodo en el cual, si no estaba ausente, por lo menos estaba aún condenada en Europa (1.1.3).

Al otro lado del Atlántico, el concepto de equidad ha sido “redescubierto” en los sistemas político-jurídicos con la influencia de una corriente de pensamiento relativa a la teoría de la justicia que lo ha delimitado y definido en relación a la igualdad (1.1.4).

1.1.1 El “descubrimiento” de la equidad

La primera elaboración de la noción de equidad fue obra de Aristóteles quien distingue la equidad y lo equitativo de la justicia y de lo justo. Diferencia dos tipos de justicia: la justicia en sí y la equidad⁶¹⁹.

En principio, la justicia consiste en aplicar la ley, que por definición, es general. Al contrario, cuando hay un caso fuera de la regla general, la justicia exige la sustitución del propio legislador para sustituir o corregir la ley. Como tal, la equidad no es superior a la justicia: es esta especie de justicia que permite comprender la irreductibilidad de la justicia a la legalidad.

Para Aristóteles, el juez se hace interprete de lo que haría el legislador para únicamente corregir las insuficiencias de la ley respecto a casos concretos. La equidad corresponde pues a la competencia del magistrado o al Derecho y no al legislador o a la política⁶²⁰.

En el mundo griego antiguo, las dos grandes corrientes opuestas, una de inspiración aristocrática, la otra de espíritu democrático, se planteaban en el mismo terreno de la polémica y se reclamaban ambas afines a la “isotès” o a la equidad⁶²¹. En realidad, el mismo concepto sirve para designar dos contenidos opuestos. La corriente aristocrática se refiere a la equidad en el interior de un sistema jurídico fundado sobre la desigualdad de derechos. Entonces, la equidad es una disposición moral que incita a los pudientes a ayudar a los más débiles, manteniendo a éstos en su estatuto jurídico inferior. Por contra, la equidad democrática es la realización en sí de la igualdad de derechos.

Una primera ambigüedad se desvanece si la equidad que nos interesa es la equidad democrática. Pero otra ambigüedad nace al tiempo que nuestra sociedad muestra que la igualdad de derechos no basta para realizar la igualdad de oportunidades. Aristóteles lo ha entendido al escribir que “lo justo es lo que es conforme con la ley y lo que respeta la igualdad”.

El filósofo griego subraya así las dos condiciones necesarias para el planteamiento de una proposición justa. La primera condición sería de naturaleza procesal en la medida en que la obligación de conformar los actos de la autoridad pública con una norma general, previamente establecida, es una protección fundamental contra lo arbitrario.

⁶¹⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, v. 1129b: “lo justo es lo legal y lo equitativo, y lo injusto lo ilegal y lo no equitativo” y 1130b: “hemos definido lo injusto como lo contrario a la ley y la desigualdad, y lo justo como lo legal y equitativo”. V. MUINELO COBO, J.C., *La invención del derecho en Aristóteles*, ed. Dykinson, Madrid, 2011.

⁶²⁰ La filosofía platónica presenta también la equidad como correctora de las imperfecciones legislativas, pero es el gobernante (y no el juez) quien debe ser su agente. En ambas filosofías, el respeto de la legalidad domina los regímenes políticos y distingue los regímenes legítimos de los que no lo son.

⁶²¹ VERNANT, J.-P., *Les origines de la pensée grecque*, PUF Quadrige, París, 1995.

Pero nada garantiza que esta protección procesal - la igualdad ante la ley - permita alcanzar la justicia en el sentido de situación de menor desigualdad. La segunda condición consiste en definir por ley los objetivos de justicia, lo que puede contradecir la universalidad de la ley⁶²². La forma equitativa de la igualdad no debe apreciarse sólo en función de la regla de derecho, sino también en función de la alteridad⁶²³.

1.1.2. Negación y ocultación de la equidad

Hasta cierto punto, en la época moderna de la Historia, se ocultó y se negó la equidad porque su uso por los reyes y parlamentos sirvió muy a menudo de coartada para sus decisiones tomadas lejos de una idea de igualdad y más cercanas a lo arbitrario.

Hobbes, filósofo inglés, fiel a su visión autoritaria del derecho, no podía admitir la equidad de Aristóteles. Para él, es la autoridad la que hace la ley y no la verdad. En el *Leviatán*, preconiza el respeto del sentido literal de la ley porque la intención del legislador siempre está supuestamente conforme con la equidad. “Si el texto de la ley no autoriza plenamente una sentencia razonable, el juez debe completarlo por la ley de la naturaleza, o si el caso es difícil, aplazará su decisión hasta que haya recibido un mandato más preciso”⁶²⁴. Hobbes no creía en la existencia de un “hombre equitativo” y aún menos en la idea de una equidad como fundamento de la ley o como eventual corrección de ésta salvo autorización expresa del soberano⁶²⁵.

Montesquieu, pensador francés, está considerado a menudo como un positivista. Su posición sobre la cuestión de la equidad responde a Hobbes, distinguiendo el hecho del derecho: “lo que es y lo que tiene que ser”. Para el autor de *L'Esprit des Lois*, en Derecho, la equidad debía tener dos aspectos: por una parte, debía ser fundadora de las leyes⁶²⁶ y por otra, la equidad no debía tener ningún efecto corrector⁶²⁷. Respecto a los hechos, Montesquieu constató la complejidad de la realidad y reconoció que en general, los legisladores se inspiran rara vez en estas relaciones de equidad que ignoran al elaborar las leyes en “un caos poco racional”. En cuanto al efecto corrector y a la intervención del juez, Montesquieu distinguía un papel diferente de la equidad en el

⁶²² JOUANJAN, O., «Réflexions sur l'égalité devant la loi», en *Droits* n°16, 1992, p.131.

⁶²³ GOYARD-FABRE, S. y SEVE, R., *Les grandes questions de philosophie du droit*, PUF, 1986, p. 198.

⁶²⁴ El *Leviathan*, Capítulo XXVI.

⁶²⁵ V. e.o. RODRÍGUEZ FEO, J., *Thomas Hobbes. Tratado Sobre El Hombre*, Editorial UNED, Madrid, 2009; GONZÁLEZ GALLEGU, A., *Hobbes o la racionalización del poder*, Edicions Universitat Barcelona, 1981.

⁶²⁶ En el Libro I, Capítulo I, escribió: «avant qu'il y eut des lois faites, il avait des rapports de justice possible. Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les a établis».

⁶²⁷ En el capítulo XI, enunció: «les juges de la nation ne doivent être que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur».

sentido de la comprensión y la tolerancia de la aplicación de la ley según los regímenes.

Para él, la equidad estaba presente en la Monarquía puesto que en ese régimen, los jueces, como tales árbitros, deliberaban juntos y modificaban sus opiniones para acordarlas con los demás. En democracia, la manera de juzgar era predeterminada “para no herir el amor y la pasión igualitaria” de los ciudadanos que querían ser juzgados según la ley. En contra, en los regímenes totalitarios, la equidad como comprensión no tenía su lugar porque el objetivo del Derecho era la severidad y las decisiones de los jueces eran arbitrarias. Montesquieu otorgaba así a la equidad un estatuto variable según los regímenes jurídicos. En el ámbito jurídico, contribuyó a las críticas de la posición tradicional aristotélica ya atacada por Hobbes y negada por el filósofo Kant.

La posición de Kant sobre la cuestión de la equidad es compleja. Para él, la equidad debía ser excluida de la esfera del Derecho “estricto” pero reconocida en la moral y consagrada como guía de la conciencia del juez. La Doctrina del derecho es elocuente sobre este aspecto. En el apéndice de la introducción de la “*Doctrina del derecho*”, se evoca la existencia de un derecho en su sentido estricto y de un derecho equívoco. El derecho en el sentido estricto era vinculado con la idea y la posibilidad de obligar. Sin embargo, reconoce que representa también un derecho en el sentido amplio (*jus latum*) donde la facultad de obligar no puede ser establecida por ninguna ley.

Ahora bien, de este derecho estricto, existen dos tipos: la equidad y el derecho de necesidad. Respecto a la equidad, Kant escribió que ningún principio sirve para “convocar” los otros principios al simple cumplimiento de su deber ético. En realidad, quien exige algo al referirse a este principio, se apoya en su derecho con la precisión de que le faltan las condiciones que el juez necesita para poder determinar en qué medida o de qué manera podrá dar satisfacción a sus pretensiones. En otras palabras, para Kant, la equidad no es un concepto jurídico porque es demasiado imprecisa para poder emitir una sentencia⁶²⁸. Es una “divinidad muda cuya voz no puede ser escuchada ante un tribunal”⁶²⁹.

No obstante, Kant no rechaza la equidad porque la aplica al derecho administrativo y la reenvía al ámbito de la conciencia. En efecto, indica que un tribunal de la equidad contiene en sí mismo una contradicción. Es únicamente ahí donde se trata de los derechos propios del juez y de las disposiciones que puede tomar respecto a su

⁶²⁸ Kant utiliza el ejemplo siguiente: “quien, como socio, en una sociedad mercantil establecida en base “a partes iguales en beneficios”, ha sufrido más pérdidas en proporción que los demás, puede según la *equidad* exigir de la sociedad más que un reparto a partes iguales. Simplemente, en virtud del derecho propiamente dicho (estricto) en la medida en que se supone que un juez que interviene en el caso, no dispone de los datos precisos para definir la parte que le incumbe en función del contrato (partes iguales)».

⁶²⁹ VÁZQUEZ-ROMERO, J.M., “Aequitas, la divinidad muda: en torno a la referencia equívoca de la virtud en la filosofía práctica kantiana”, en *BAJO PALABRA. Revista de Filosofía. II Época*, nº8, 2013, pp. 97-111.

persona, que tiene el derecho y el deber de “prestar atención” a la equidad. Si el lema de la equidad es: “*el derecho más estricto es la mayor injusticia*”, ésta, para Kant, se presenta como reductible a una simple exigencia moral⁶³⁰.

Por tanto, la equidad descubierta por Aristóteles y retomada por los juristas europeos fue negada por los pensadores modernos, pero esta negación se operó en formas distintas según los autores. Hobbes le rechazó una existencia consecuente. Montesquieu demostró que existía poco en el derecho positivo, salvo en aquellos regímenes que reconocen una forma de elite judicial. Kant la relegó a la esfera de la moral y de la conciencia profesional, autorizando al juez a tenerla en cuenta pero sin referirse explícitamente.

De estos modelos, el concepto de la equidad en derecho se ha enturbiado y el derecho positivo occidental actual ha heredado esta confusión, lo que explica las dificultades de reconocimiento explícito de ésta por los juristas a quienes les cuesta reconocerla y admitirla como tal, debido a su aspecto “demasiado impreciso”.

Tanto Aristóteles como Kant, consideran el carácter necesario y problemático, al mismo tiempo, de la noción de equidad. La equidad es problemática porque sólo tiene sentido si es excepción a la ley cuya preeminencia aparece como un presupuesto de las exigencias de la justicia o del Derecho. Sin embargo, es un concepto necesario porque destaca la insuficiencia de la ley o del Derecho cuya aplicación estricta puede en sí misma ser fuente de injusticia.

1.1.3. De la negación a la condena europea de la equidad

Hasta la primera mitad del siglo XX, se negó a la equidad su integración al Derecho positivo, pero en el periodo entre las dos guerras mundiales, el pensamiento jurídico fue dominado por la oposición de dos autores quienes marcaron la filosofía del Derecho: Hans Kelsen (1881-1973) y Carl Schmitt (1888-1985). Por razones distintas, ambos rechazaron la equidad y le negaron cualquier forma de existencia.

Para Kelsen, en la teoría general del Derecho y del Estado, el ordenamiento jurídico es sólo un sistema de normas, un conjunto de reglas dotado de una unidad y el concepto de reglas jurídicas es el concepto clave de la ciencia del Derecho⁶³¹. En su doctrina del

⁶³⁰ No se puede remediar este mal por medio del derecho, pese a que lo que está en juego es una exigencia del derecho que proviene únicamente del tribunal de la conciencia, mientras que toda cuestión de derecho debe ser llevada ante un tribunal civil.

⁶³¹ V. KELSEN, H., (trad. por García Máynez, E.), *Teoría general del derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.

derecho natural y el positivismo jurídico, Kelsen condena radicalmente la equidad como fundadora del derecho⁶³².

Las normas del derecho positivo no valen por su origen en un principio rotundamente bueno, equitativo y justo, sino porque han sido creadas de una cierta manera y ejecutadas por una cierta persona. El Derecho es sólo la expresión de la voluntad humana. Su fundamento no tiene nada que ver con el derecho natural, porque éste, como orden natural, no fue creado por un acto humano⁶³³.

El papel del jurista, debe pues consistir para Kelsen, en analizar, describir y clasificar las distintas formas de proceder de esta creación humana que es el Derecho y nada más. La equidad no existe ni siquiera en la conciencia del magistrado. Tampoco la equidad puede oponerse a la ley porque sólo puede existir por delegación de ésta. Su posición se explica por el objetivo de evitar que algunos – los nazis, por ejemplo - tomaran el Derecho como instrumento político de su idea de la justicia⁶³⁴. La equidad depende de la ideología o de la visión política de cada uno, lo que puede llevar a la destrucción del Derecho. Por su carácter indeterminado la noción de equidad es demasiado peligrosa para la democracia.

Desde el lado opuesto, Carl Schmitt condena también la equidad inspirándose en los pensadores reaccionarios como Joseph de Maistre o Nietzsche⁶³⁵. Para él, el juez no decide nunca al aplicar una norma a un caso particular. En realidad, cuando los jueces deciden, lo hacen en función de valores que disfrazan después bajo una forma universal⁶³⁶. Crítica al “derecho burgués” precisamente por las referencias continuas que hace a la equidad y que son en realidad unos engaños, al igual que la supuesta neutralidad del derecho liberal cuyo único objetivo es salvaguardar los ideales de la burguesía de negocios⁶³⁷. Como para Kelsen, el Derecho es la marca de una voluntad, pero una voluntad de engañar. Y la equidad esta consecuentemente condenada por su participación al engaño, engañando doblemente, puesto que además pretende encontrar su origen en un derecho supuestamente universal.

Con el fin de la segunda guerra mundial, la descolonización, el auge y después el declive del Estado de bienestar, reaparece la equidad en el terreno del pensamiento y en la esfera jurídica.

⁶³² Respecto al pensamiento jurídico de Kelsen, v. e.o. HERRERA, C.-M., *La philosophie du droit de Hans Kelsen: une introduction*, Presses Université Laval, 2004.

⁶³³ BOBBIO, N., «Kelsen et les sources du droit», en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 27, Sirey, 1972, pp. 135-147.

⁶³⁴ KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, ed. Reus, Madrid, 2009.

⁶³⁵ Para un estudio sobre la obra de Schmitt, v. e.o. CAMPDERRICH BRAVO, R., *Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt, 1919-1945*, ed. Universitat de Barcelona, 2006; FREUND, J., *Vista de conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, ed. Strduhart & CIA, 2002.

⁶³⁶ SCHMITT, C., *Teología política* (trad. Conde, F.J. y Navarro Pérez, J.), ed. Trotta, D.L., Madrid, 2009.

⁶³⁷ IDEM, “Ethique de l’Etat et Etat pluraliste”, en *Parlementarisme et démocratie*, ed. Seuil, París, pp.130-149.

1.1.4 El “redescubrimiento” de la equidad

Leo-Strauss (1899-1973), filósofo americano, redescubre la equidad como equidad de valor al desear restablecer la idea de justicia, recordando que ésta ni puede ni debe confundirse con una sociedad comercial, ya que su objeto es más elevado y que éste debe permitir entre otras cosas mejorar a los ciudadanos⁶³⁸.

En su obra *Derecho Natural e Historia*⁶³⁹, indica la necesidad del derecho natural. Rechazarlo sería decir que todo derecho es positivo, en otras palabras, que el derecho es determinado exclusivamente por los legisladores y los tribunales de los distintos países. Ahora bien, es evidente que existen leyes o decisiones injustas. Al admitir tales decisiones, se implicaría que hay un jalón entre lo justo y lo injusto que, es independiente del derecho positivo y que le es superior. Para Leo-Strauss, el ejemplo de Aristóteles demuestra que se puede admitir el Derecho natural sin creer en una justicia propiamente divina. Milita entonces por un derecho natural y una equidad “laica” y escribe que la ley debe estar depositada en manos de la categoría de hombres que pueden optimizarla de manera equitativa en el espíritu mismo del legislador y si es necesario, completarla por la presión de las circunstancias que el legislador no habrá podido prever.

En Francia, el filósofo Michel Villey (1914-1988), considera que el derecho debe ser esencialmente la obra de los juristas, pero crítica la contradicción de los positivistas sobre la cuestión de su actitud demasiado rígida respecto a la ley⁶⁴⁰. Al creer en la importancia de los principios, estima que el arte del jurista no es “aplicar la regla” y que “la regla es medio del derecho, y nunca el derecho en sí”⁶⁴¹. Hay que seguir el derecho positivo en virtud del derecho natural. Villey considera que el Derecho debe ser flexible y adaptado a las circunstancias; la rigidez es imposible. El juez debe buscar más allá de la regla legal y forjar nuevas reglas para adaptar su sentencia al caso concreto siempre nuevo. Las reglas jurídicas no pueden ser criterios preestablecidos que se imponen al juez.

⁶³⁸ Veremos más adelante que frente a este fundamento demasiado impreciso, Rawls propone como base para la equidad unos principios sociales.

⁶³⁹ STRAUSS, L., VALLESPÍN, F. (trad. Leiva Morales, A. y da Costa García, R.), *Derecho Natural e Historia*, ed. Círculo de Lectores, S.A., 2000. Para un estudio más amplio de la obra de Strauss, v. e.o. ZUCKERT, C. y M., *The truth about Leo Strauss: political philosophy and American democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 2006

⁶⁴⁰ VILLEY, M., *Seize essais sur la philosophie du droit*, Ed. Dalloz, París, 1969. V. también del mismo autor, *La Formation de la pensée juridique moderne*, PUF, col. Quadrige, París, 2003; *Philosophie du droit, Définition et fins du droit, Les moyens de droit*, Dalloz, París, 2001; *Le Droit et les Droits de l'homme*, PUF, col. "Questions", París, 1983, reed. 1998.

⁶⁴¹ *Réflexions sur la philosophie du droit. Carnets. Textes préparés par M A Frison Roche et C. Jamin*. Preface. B Kriegel et F.Terré, PUF, París, 1995, p 59.

Como Aristóteles, Villey piensa que la ley es sólo pedagógica y por ello no debe ser una obligación. Así pues, para él, el uso de la equidad es necesario y prefiere valorar el discernimiento y el diálogo, como remedios a situaciones arbitrarias, que sufrir el “ciego rodillo” de la ley positiva erigida en juez único. En efecto, “la equidad no es la antítesis del derecho positivo sino su finalización, el último acto de esa empresa colectiva”⁶⁴².

Strauss y Villey fueron así adeptos de una equidad entendida en el sentido aristotélico como fundadora que puede permitir al juez moderar la ley.

1.2 Los factores de integración de la equidad en el Derecho

En el contexto contemporáneo, el debate filosófico-jurídico relativo a las relaciones entre los conceptos de igualdad y de equidad no ha sido el producto de una “generación espontánea”. En efecto, la introducción de la equidad en los ordenamientos jurídicos es el producto de una notable evolución conceptual que, desde varias décadas que fue influido en su conjunto por factores ideológicos (1), sociales y económicos (2).

1.2.1 El factor ideológico

Durante mucho tiempo, relegada a un segundo plano, la equidad ha adquirido un papel predominante desde la mitad del siglo XX.

El factor o contexto ideológico del desarrollo de la equidad fue marcado por dos acontecimientos mayores. El primero, tuvo sólo una importancia limitada e indirecta por el declive y la pérdida del crédito de una corriente de pensamiento: el marxismo. Corriente de pensamiento que, ubicando en su centro no sólo la conquista sistemática de la igualdad concreta, sino también y sobre todo la reducción continua de las desigualdades sociales, había tenido un papel considerable tanto en el marco constitucional y político del principio igualitario como en la defensa decidida de éste contra los ataques intermitentes de los ultraliberales.

El segundo acontecimiento, más importante, que ejerció una influencia más crucial, directa y decisiva, aun reside en la difusión y la popularización del pensamiento de un autor anglosajón, John Rawls cuyo pensamiento ya es conocido y ha sido objeto de

⁶⁴² VILLEY, M., *Philosophie du droit. Définition et fins du droit. Les moyens du droit*, Dalloz, París, 2001, p 326.

numerosos estudios⁶⁴³. Se inscribe en la continuidad de las teorías contractualistas desarrolladas por Locke, Rousseau y Kant. El filósofo norteamericano J. Rawls se propone en efecto buscar cuales son los principios de justicia “que las personas libres y racionales, deseando favorecer sus propios intereses, e instaladas en una posición inicial de igualdad, aceptarían y que, según ellas, definirían los términos fundamentales de su asociación”⁶⁴⁴.

Según Rawls, existen dos principios que constituyen lo que llama la “teoría de la justicia como equidad”, que “deben servir como regla para todos los acuerdos ulteriores” y “especificar todas las formas de la cooperación social con las cuales se puede comprometer”.

El primer principio define en cierta manera los fundamentos del orden civil y político. Cada persona debe tener un derecho igual al sistema total más amplio de libertades básicas iguales para todos, compatibles con un mismo sistema para todos.

El segundo principio, más polémico, define más bien los fundamentos del orden social: las desigualdades económicas y sociales deben ser tales que sean (a) el mayor beneficio de los más desaventajados en el límite de un justo principio de ahorro, y (b) estén vinculadas a unas funciones y posiciones abiertas a todos, conforme con el principio de la justa igualdad de oportunidades.

Para Rawls, existe un orden de prioridad entre esos dos principios y también en el segundo entre las dos proposiciones citadas. El primer principio (igual libertad) prevalece sobre el segundo. Y en el seno de éste último, la primera proposición (principio de diferencia) depende de la segunda (principio de igualdad de oportunidades).

Ahora bien, si analizamos el contenido de estos principios a la luz de la jerarquización realizada por Rawls, llegamos a varias conclusiones que interesan en el desarrollo de nuestro estudio respecto a la relación entre la paridad, la igualdad y la equidad.

La primera, una medida que llevaría a restringir la libertad o a reducir la igualdad de oportunidades con motivo de obtener, como objetivo o resultado, la mejora de las condiciones de vida de los más desfavorecidos, no podría ser en modo alguno, justa y equitativa. La segunda, una medida que llevaría a aumentar las desigualdades sociales, al mismo tiempo que mejoraría las condiciones de los más desfavorecidos, debería ser considerada como justa y equitativa. En otros términos, para Rawls, hay desigualdades

⁶⁴³ MEYER, M., "Rawls, les fondements de la justice distributive et l'égalité", en LADRIERE (J.) y VAN PARIJS, P., *Fondements d'une théorie de la justice. Essais critiques sur la philosophie politique de John Rawls*, Louvain-la-Neuve, 1984; IDEM, *Qu'est-ce qu'une société juste? Introduction à la pratique de la philosophie politique*, ed. Seuil, París, 1991; HOFFE, O., *L'Etat et la justice (John Rawls et Robert Nozick)*, ed. Vrin, París, 1988; AUDARD, C., "Principes de justice et principes du libéralisme: la «neutralité» de la théorie de Rawls", en *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls (collectif)*, ed. Seuil, París, 1988.

⁶⁴⁴ V. MEYER, M., *idem*.

ilegítimas y contrarias a la justicia y la equidad. Son por una parte, las que podrían afectar las libertades que figuran en el primer principio, las que constituyen lo que se llaman los “bienes primarios” y la igualdad de acceso a los puestos y a los empleos enunciada por la igualdad de oportunidades. Y por otra parte, aquellas que resultan de un proceso de repartición en el que los más desfavorecidos no se benefician.

Pero al contrario, también existen desigualdades que son perfectamente legítimas y conformes con la justicia y la equidad. Son las que dieron como resultado las condiciones mejoradas de los desfavorecidos. Para justificar esta situación, Rawls utiliza el principio de la eficacia que no es incompatible con la equidad.

El pensamiento de Rawls continúa influyendo en los promotores del concepto de equidad. Se presenta como una tentativa de conciliación de las exigencias de libertad y de solidaridad, igualdad y eficacia, de justicia y competitividad.

Permite desplazar el debate sobre la paridad, desde el terreno de la igualdad hasta el de la equidad. Si hay desigualdades justas y desiguales y si la situación se basa en la eficacia, no hay en consecuencia motivos para no sustituir la igualdad por la equidad. En esta perspectiva lo que hay que alcanzar no es la igualdad - porque ésta puede ser incompatible con la eficacia - sino más bien la equidad, puesto que ésta última no sólo es compatible con la desigualdad, sino también es una condición de la eficacia⁶⁴⁵.

1.2.2 El factor económico y social

La crisis del Estado de Bienestar y la recesión global también han influido en el planteamiento del debate relativo a la introducción de la equidad en el marco de los principios jurídicos. Se trata de un factor contextual muy conocido y ampliamente estudiado⁶⁴⁶.

Para nuestro propósito, destacamos varias dificultades, sobre todo financieras, que afectan entre otros a los sistemas de protección social en la mayoría de los países occidentales desde hace por lo menos dos décadas debido a la crisis económica: el desempleo, que castiga ante todo a los jóvenes, a las mujeres y a las personas poco cualificadas y que tiene consecuencias directas para el Estado como el aumento sensible de las prestaciones económicas para el beneficio de los desempleados y la disminución consiguiente del volumen de cotizaciones, el aumento continuo de los gastos sanitarios y del déficit crónico del régimen de seguros de enfermedad, así como

⁶⁴⁵ Sobre el concepto de la eficacia y la equidad como su condición, v. e.o MINC, A., *Les prophètes du bonheur: Une histoire personnelle de la pensée économique. Essais Français*, Grasset, París, 2004.

⁶⁴⁶ V. e.o. SOTELLO, I., op.cit.

en los países industrializados y de la Unión Europea, el futuro incierto del régimen de las pensiones debido a la curva demográfica negativa, etc.

A esas diversas constataciones, podemos añadir que el Estado, siendo él mismo afectado por la crisis financiera, no puede asumir más el papel de regulador tal como lo tenía al ser Estado de bienestar, ni asumir una función tradicional de transferencia y de compensación de los déficits.

Un contexto tan negativo ha obligado a reformar profundamente nuestro sistema de protección social y más allá, ha permitido entender cómo unos han sido llevados a preconizar la promoción del concepto de equidad en detrimento del principio de igualdad debilitado por las circunstancias socioeconómicas⁶⁴⁷.

1.2.3 El factor ético-jurídico

En fin, el factor contextual ético-jurídico acaba de dar sentido a la eclosión del concepto de la equidad, al menos desde dos puntos de vista. Primero, esta eclosión se vincula a un fenómeno que afectó a la estructura de la sociedad occidental desde hace más de veinte años: el crecimiento agudo de las desigualdades sociales.

De hecho, si bien en los años de crecimiento 1945-1975 estas desigualdades estaban reducidas, a partir de la crisis económica de los años setenta se invirtió el movimiento. Esta situación ha tenido por consecuencia acreditar la idea de que la aplicación del principio de igualdad no era necesariamente sinónima de reducción de las desigualdades, después de haber reforzado el sentimiento de que era necesario referirse a otro principio más susceptible de reanudar el vínculo social y reformar “*el pacto de Leviatán*” entre los ciudadanos y el Estado: el principio de equidad.

Sin embargo, el segundo punto de vista, considera que esta eclosión conceptual se une sobre todo a un replanteamiento creciente de la manera misma en que se organiza y funciona el sistema global de protección social. Replanteamiento que se fundamenta aquí, no sólo en los efectos económico y financiero de éste sobre el nivel de vida de la población y el estado general del país, sino también sobre las negaciones, siempre más evidentes, que causa en realidad a los principios mismos que supuestamente lo fundan: solidaridad, igualdad y equidad.

De ahí, la necesidad de romper con el principio igualitario y de referirse a la equidad, porque, como principio, es el único que presenta la ventaja de ser sinónimo de justicia. Así, al trasplantar la equidad en el ámbito de la democracia paritaria, el derecho a participar activamente como electoras y elegidas en la proporción equivalente a la presencia de hombres y mujeres en la sociedad, es una cuestión de justicia y de la

⁶⁴⁷ ÍDEM.

propia democracia: “una democracia sin la participación en equidad de las mujeres es deficitaria, no es una democracia completa”⁶⁴⁸.

En definitiva, si el concepto de equidad, consolidado por esos factores, ha sido establecido en el campo de las ideas, queda por examinar las semejanzas y las diferencias existentes entre la igualdad y aquel. Teniendo claro las delimitaciones entre ambos conceptos, resultará más cómodo determinar la naturaleza y el desarrollo jurídico de la equidad, así como su alcance respecto a las medidas paritarias.

Sección 2: Semejanzas y diferencias entre igualdad y equidad

Igualdad, equidad: dos términos cercanos y no obstante diferentes. Ambas se posicionan aquí respecto al Derecho positivo con el fin de caracterizar la equidad en el ordenamiento jurídico.

Principio o no, la equidad contribuye a la concretización de la igualdad entre colectivos más que entre individuos. Es complementaria a la igualdad⁶⁴⁹. Su naturaleza tiene mucha semejanza con ésta por el objetivo que persigue cada una (2.1) pero también se distingue de ella, por lo menos, en cuanto a su alcance respectivo (2.2).

Sin embargo, las diferencias entre la equidad y la igualdad no reflejan incompatibilidad. Al contrario, destacan la necesaria asociación entre igualdad y equidad para legitimar, consolidar y desarrollar todos los instrumentos jurídicos que tienden a la realización de una “justa igualdad de tratamiento y a la no discriminación”.

2.1. Las semejanzas entre igualdad y equidad

Aunque los trabajos de John Rawls⁶⁵⁰ permitieron de reanudar el debate sobre la igualdad, no hizo falta esperar sus escritos para que la igualdad y la equidad fueran analizadas conjuntamente⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ ALBERDI J., citado por MACÍAS JARA, M., op.cit., en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, IV, 2011, p.245.

⁶⁴⁹ Adelantamos por una parte que su complementariedad no significa su inferioridad respecto a la igualdad y por otra, que por su posición, la equidad destaca el carácter superfluo de las subcategorías de la igualdad (igualdades formal, substancial, de oportunidades, de resultados, etc.).

⁶⁵⁰ V. MINC, A., *La France de l'an 2000, Rapport officiel*, ed. Odile Jacob/ La Documentation française, París, 1994.

⁶⁵¹ V. CHRISTOPHE TCHAKALOFF, M-F., *Le principe d'égalité*, en *AJDA*, 1996, p. 168. Según algunos autores, la equidad se analiza como una derogación del principio de igualdad. V. en este

De manera neutra, la equidad recibe una definición que contiene la noción de igualdad. La equidad sería una justicia a base de igualdad, o más bien “la igualdad con una justa dosis de desigualdad”⁶⁵². La referencia a la noción de justicia no es anodina porque otorga a la igualdad una concepción más concreta. En efecto, la equidad ha dejado a la igualdad la posibilidad de abrirse a reglas más cercanas de las realidades.

A menudo, la referencia a la equidad aparece cuando se trata de analizar: las desigualdades presentes y la afirmación según la cual deben ser combatidas. Permite garantizar una igualdad entre hombres y mujeres haciendo coincidir “igualdad jurídica e igualdad substancial”⁶⁵³.

La semejanza es tal, que incluso en algunos ordenamientos jurídicos existe una confusión por lo menos etimológica entre ambos conceptos. Así, en muchos sistemas jurídicos latinoamericanos (Chile, Bolivia, Costa Rica, Méjico, etc.), la “equidad de género” se entiende como la defensa de la igualdad del hombre y la mujer en el control y el uso de los bienes y servicios de la sociedad. Basada en la igualdad de oportunidades y en las medidas positivas que favorezcan a éstas, se extiende a la paridad entre hombres y mujeres en el ámbito político. La equidad de género consiste en estandarizar las oportunidades existentes para repartirlas de manera justa entre ambos sexos⁶⁵⁴.

Utilizar la noción de equidad con el fin de permitir la realización de la igualdad, es hacer de la igualdad una “igualdad equitativa” o una igualdad más concreta y más “exigente”⁶⁵⁵. Hasta el punto que algunos autores confunden la igualdad substancial con la equidad⁶⁵⁶. La exigencia de equidad afecta a todas las políticas que tienden a romper la igualdad de derechos para restablecer la igualdad de oportunidades a beneficio de individuos o grupos desfavorecidos⁶⁵⁷.

En otros términos, en una sociedad democrática, el principio de igualdad no es el sinónimo de la uniformidad. Inevitablemente está atemperado para tener en consideración las necesidades de todos los ciudadanos, incluso de quienes, debido a

sentido AUBIN, E., *L'essentiel du droit des politiques sociales*, ed. Gualino, Coll. Les carrés, París, 2005.

⁶⁵² V. KAYSER, P., *Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité*, en *RRJ*, 2001, p. 15.

⁶⁵³ V. LETTERON, R., «L'action positive en faveur des femmes», en *Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité*, op.cit., p. 65.

⁶⁵⁴ Sobre la equidad de género en América Latina, v. e.o. SCHMUKLER, B., *Derechos de la mujer y desarrollo incluyente*, en CALVA, J.L., *Derechos y políticas sociales*, UNAM, Méjico, 2007, pp.95-108. Respecto a la equidad de género en la política, v. e.o. VV.AA., *Equidad de género y derecho electoral en Méjico*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Méjico, 2009.

⁶⁵⁵ FITOUSSI, J.P. y ROSANVALLON, P., *Le nouvel âge des inégalités*, Le Seuil, París, 1996.

⁶⁵⁶ V. COSTA-LASCOUX, J., «Les échecs de l'intégration, un accroc au contrat social», en *Pouvoirs*, septiembre 2004, p. 19.

⁶⁵⁷ CONSEIL D'ETAT, *Rapport public sur l'égalité*, La Documentation française, París, 1996, p. 85.

su condición – el género, por ejemplo – o su situación, se queden fuera del alcance de las reglas establecidas. Esta igualdad en la diferencia se nombra equidad.

2.2. Las distinciones

La equidad no tiene las mismas funciones que la igualdad. No impone comportamiento preciso a la autoridad que toma una decisión. Interviene en el resultado de la interpretación – la del juez, de la Administración o del legislador - y no en la labor misma de interpretación. Indica la no conformidad de la situación concreta con una norma y depende de lo que debe ser la justicia. La equidad es entonces un juicio de valor llevado sobre los efectos prácticos de la norma, determinándose por el contexto ideológico, económico y social⁶⁵⁸.

Como concepto teológico, se opondría entonces a la igualdad que no dependería del orden de los fines perseguidos por la sociedad, sino del tipo de medios empleados. Sin embargo, esta distinción no es tan sencilla porque la igualdad conlleva necesariamente una “visión sustancial” de la sociedad, sino además porque la equidad tiende a concretizarse en las aplicaciones inmediatas, tanto en las sentencias del juez – ordinario, administrativo o constitucional – como en las decisiones de la Administración pública.

Desde un punto de vista normativo, las diferencias entre ambos conceptos radican en que la igualdad está contenida en la ley y la equidad está “al lado” de ella., La dualidad se debe a que la equidad no corresponde al contenido de una norma, a diferencia de la igualdad. La equidad aún está fuera del Derecho positivo y subjetivo porque no se trata de una norma en sí. La igualdad y la equidad no se manifiestan al mismo nivel en el análisis del Derecho positivo.

La igualdad se erige en principio general de derecho. Las referencias a la igualdad, como principio directamente aplicable “normalmente” son numerosas y constantes, aunque la interpretación de su significado evolucione. Corresponde siempre a una norma jurídica, nacional o internacional. Da la medida de la normalidad de una situación, es una regla. Por medio de la jurisprudencia, la igualdad se expresa negativamente y prohíbe ciertas desigualdades, no todas. Suponiendo que existen desigualdades legítimas enunciadas por el legislador o por el juez que tiene más margen de apreciación de los casos particulares, es ahí donde interviene la equidad.

En definitiva, la equidad no debe entenderse como un sinónimo de la igualdad. Tampoco debe entenderse como opuesta a la igualdad porque sería “contraproducente”, teniendo en cuenta su necesaria complementariedad.

⁶⁵⁸ V. *supra* en el mismo capítulo, los factores de integración de la equidad (Sección 1, 1.2.).

En efecto, a pesar de que la equidad es tan importante como la igualdad, aquella no implica el cuestionamiento de la función reguladora de esta última. En efecto, si el principio de diferenciación otorga una prioridad a las mujeres discriminadas, por ejemplo, no está en la perspectiva de circunscribir la lucha contra las desigualdades, más bien al contrario, en hacerla difundir más ampliamente, a partir de estas categorías a otras. Además, los principios de justicia asocian, sin duda alguna, una obligación con la referencia igualitaria, un imperativo de mejora de la situación de los discriminados, con el fin de abolir la idea de la igualdad “por abajo”. Sin embargo, en tanto que esta condición sea cumplida, continúa la función reguladora del principio de igualdad.

La equidad refuerza la regla adaptándola a situaciones en las que el Derecho positivo no puede aportar soluciones satisfactorias y tiende a mejorar la aplicación de la norma. La equidad puede implicar así la modificación de la regla general con el fin de adaptarla a una situación particular, a completar la regla general con la ayuda de reglas particulares (un decreto, una circular) o el abandono de la regla general a favor de otra regla en un caso particular.

Cuando las autoridades o el juez intervienen en términos de equidad – aunque se “ignore” el vocablo – ésta significa la corrección del Derecho por modificaciones necesarias, el asesoramiento del Derecho por la ejecución de los poderes discrecionales de tales juez o autoridades y la interpretación del Derecho al construir un argumentario basado en la finalidad de la ley o de la constitución.

Capítulo 2

Hacia la consagración de un principio jurídico

El principio de igualdad enunciado en el Derecho positivo y consagrado por la jurisprudencia, se “codea” con el concepto de equidad a menudo afirmado y poco definido en cuanto a su contenido y su alcance.

Después de una larga tradición jurídica fundada sobre la legalidad, distinguimos hoy en día la equidad de la igualdad con el fin de destacar cómo la ley o el Derecho pueden y deben alejarse de una interpretación literal del principio de igualdad para alcanzar mejor sus propios fines que quedan sin embargo fundamentalmente igualitarios. Por ello, se propone acercar, bajo la apelación general de “principio de equidad”, varios procedimientos de reducción de desigualdades: las medidas positivas, incluida la paridad. Por ello, se considera la equidad como un principio funcional (Sección 1).

Principio o no, la equidad ocupa un espacio en los ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales, generalmente por medio del impulso y las interinfluencias de sus tribunales respectivos. Del Derecho internacional y comparado se desprende la idea de la preponderancia creciente de la equidad en la actuación y en la interpretación jurídica (Sección 2).

Sección 1: Naturaleza jurídica de la equidad

En el marco del Derecho, la equidad alcanza una naturaleza que ha de situarse respecto al principio de igualdad. En otros términos, se trata de determinar si la equidad consiste en un instrumento, una práctica o un método de “igual” rango que la paridad; ¿Es una acción positiva? o en cambio, ¿la noción de equidad tiene el estatuto de principio – general o no – de derecho del mismo alcance y fuerza que el principio de igualdad? Será esta cuestión la que trataremos en primer lugar (1.1.).

Por su naturaleza y siendo una noción jurídica compleja, la equidad dispone de un campo de aplicación cuyos contornos son a delimitar en relación con otro(s) concepto(s) jurídico(s) y habrá que analizar si éstos lo condicionan o no. En efecto, según sea, podremos juzgar de la fuerza o de la intensidad de la equidad en el Derecho. Además, habrá que tomar en consideración el peligro de una excesiva preponderancia de la equidad respecto a la igualdad. Precaución que también contribuye a delimitar el ámbito del concepto de equidad (1.2.).

1.1. ¿Instrumento o Principio?

La equidad está compartida entre dos imperativos contradictorios. De una parte, se sitúa la rigidez de estricta aplicación del Derecho, que permite el control de la legalidad de una decisión por una autoridad jurisdiccional. De otra, en cambio, está la flexibilidad, inherente a la adaptación de la regla a cada caso concreto.

En la medida en que el Derecho se subordina a la búsqueda de la justicia, la equidad está estrechamente vinculada con su aplicación. Interviene para contribuir a la adecuación de una regla abstracta a una situación concreta. Constituye a la vez la finalidad y el instrumento en función del cual el derecho se aplicará concretamente.

Como principio, la equidad “justifica” el equilibrio de una situación desigual. Constituye a la vez, una forma de concretización parcial del principio de igualdad de derechos (la que se refiere a una situación real de principio de desigualdades de hecho) y a un tipo de objetivo intermedio entre la igualdad abstracta y la igualdad concreta. Así, la equidad designa entonces un Estado social de la democracia, en el que las condiciones están inicialmente desequilibradas a pesar de la afirmación de la igualdad de derechos y de un proceso político de uniformización relativa de estas situaciones para alcanzar un objetivo abstracto de igualdad por un tratamiento diferenciado.

Bajo la influencia de las jurisprudencias administrativas y constitucionales nacionales⁶⁵⁹, el principio de igualdad se ha flexibilizado a favor de la equidad considerada al principio como una simple “noción moral” y que poco a poco ha tomado la configuración de un principio jurídico.

El carácter tardío de su recepción como principio de derecho se debe a una especie de prohibición, reminiscencia de los viejos miedos que generaba lo arbitrario de su utilización por la justicia del Antiguo régimen⁶⁶⁰. También se hizo con mucha circunspección porque, al contrario del principio de igualdad cuya realización está subordinada a la existencia de una norma general que determine sus modalidades de aplicaciones y las eventuales diferencias de tratamiento que apoya, la apreciación en “equidad” se efectúa supuestamente fuera de la aplicación de las reglas legislativas o reglamentarias. A cambio de la igualdad, la equidad no permite definir una regla directamente aplicable.

⁶⁵⁹ V. *supra* las referencias a las jurisprudencias relativas a la igualdad de oportunidades y a la igualdad substancial (Parte I, Título 1, Capítulo 1, Sección 1).

⁶⁶⁰ Con la Ilustración y el racionalismo de los siglos XVII y XVIII, el Derecho inició su codificación y su constitucionalismo con el fin de limitar la libertad de los jueces frente a los textos. En Francia, las prevenciones contra la equidad son antiguas como lo confirma una ordenanza de proceso civil del 20 de abril de 1667 que puso fin a la facultad de las Cortes soberanas del Antiguo Régimen de apartarse en sus juicios de la letra de la ley. V. a propósito ROYER, J-P., *Histoire de la justice en France*, Col. Droit fondamental, 2ªed., PUF, París, 1996.

Por ello, el principio de equidad consiste en una simple referencia, un añadido, un principio complementario que tiene un rol de sustitución para paliar las carencias de los principios fundamentales que tienen un papel estricto en la aplicación del principio de igualdad⁶⁶¹. Si el principio de igualdad no es siempre absoluto y las diferencias de tratamiento pueden aplicarse cuando las circunstancias las justifican, el principio de equidad consiste en una concepción equitativa de la igualdad, dejando al legislador los términos y los ámbitos para establecer medidas correctoras de desigualdades, como la paridad y otras medidas positivas⁶⁶².

Entendida también como instrumento jurídico, la equidad tiene funciones que contribuyen a definirla como complementaria de la igualdad. Y no debilita la regla de derecho asentada por ésta. Más bien la refuerza adaptándola a las situaciones donde el Derecho positivo no puede aportar una solución satisfactoria. Cumpliendo el espíritu de la ley, busca mejorar la aplicación de la norma. Su “ámbito” es la complementariedad y su referencia la finalidad de la ley. La “técnica” de la equidad y las aplicaciones instrumentales que deriven de ella, están en adecuación con las evaluaciones realizadas por los poderes públicos en la reducción de las desigualdades. Se debe entender la equidad como una regla accesorio, un conjunto de líneas de conducta, un medio de interpretación de las otras reglas de derecho.

En la práctica, la equidad tiene por lo menos una triple función: puede corregir la dureza de una norma, completarla cuando presenta carencias e interpretarla cuando no está clara⁶⁶³.

Como correctora del Derecho, la equidad sólo ofrece una solución: la modificación de las reglas. En efecto, incumbe a una asamblea legislativa hacer conocer su intención y cuando está clara y explícita, la ley debe ser aplicada a pesar de cualquier consideración de Derecho natural de justicia o de equidad. Si los tribunales no tienen otra elección que la de aplicar la ley cuando no presenta ninguna ambigüedad, otras instituciones de un ordenamiento jurídico democrático tienen, en contra, el poder de recomendar la modificación de una ley si ésta conlleva consecuencias no equitativas (función legislativa).

En su función de completar el Derecho y la igualdad, la equidad presta sus servicios si la ley es demasiado general. Esta función de complemento se realiza por los poderes discrecionales de la Administración pública. Se trata, en suma, de una forma de equidad a invitación del legislador (función administrativa), en el sentido en que éste deja a la Administración pública la tarea de garantizar la igualdad concreta, justa y eficiente en el marco de la aplicación de la ley. Sin embargo, hay que destacar que el

⁶⁶¹ ROBERT, J., “Egalité et équité: le point de vue du Conseil constitutionnel”, en LAMBERT, T.(dir.) *Egalité et équité, Antagonisme ou complémentarité?*, ed. Economica, París, 1999.p.28.

⁶⁶² V. *infra* bajo el mismo título, capítulo 2, sección 2. 2.2.

⁶⁶³ Sobre las funciones de la equidad, v. e.o. FOULETIER, M., *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, París, 2003; FALCON TELLA, M. J., *Equidad, Derecho y Justicia*, editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 133-188.

empleo del término “equidad” en el texto de una disposición legislativa, no es automáticamente reconocido administrativamente como una autorización para atenuar o evitar las prescripciones de la ley y a veces, de hecho, se considera sólo como un aspecto de procedimiento.

En fin, la tercera función de la equidad consiste en la búsqueda de la finalidad de la ley para descubrir la primera intención de su autor, ya que ni el legislador ni la Administración pública la permiten explícitamente. Se trata de interpretar el Derecho por medio del juez (función judicial) para adaptar la regla a los casos particulares. Unos autores oponen la equidad del juez, que se ejerce en el marco asignado por la ley -equidad escrita- a la que se inscribe en el poder general de ponderación del juez, o sea, el poder de definición del caso concreto, de la medida justa de las cosas – equidad no escrita⁶⁶⁴. Si el concepto de equidad permite atenuar los efectos de una ley por la interpretación de su letra, se convierte ya en una meta política cuando se la invoca para indicar la obsolescencia de una regla y permitir así no aplicarla⁶⁶⁵.

El artífice del desarrollo de la equidad como principio e instrumento de derecho ha sido fundamentalmente el juez porque aparece como si fuera inseparable del acto mismo de juzgar, ya que es una parte insoslayable del juicio que permite a éste arbitrar los intereses presentes en los casos concretos⁶⁶⁶. El juez - y el legislador, más tarde - hace que la equidad añada al principio de igualdad una exigencia de eficacia suplementaria que se concreta jurídicamente. En otros términos, la equidad está en el centro de la actividad de los jueces porque no sólo “dicen el derecho” sino sobre todo “hacen justicia”.

El salto cualitativo de la naturaleza jurídica de la equidad tiene su origen en las jurisdicciones administrativas cuando actúan en el ámbito de la “responsabilidad de la Administración”⁶⁶⁷. El sistema de la responsabilidad sin consideración de la falta, que encuentra su fundamento teórico en el riesgo o en la igualdad ante los cargos públicos, constituye así la expresión más directa del principio de equidad. El juez administrativo ha añadido consideraciones de equidad al “corpus jurídico” de su decisión. Éstas

⁶⁶⁴ V. e.o. LAFAY, F., *La modulation du droit par le juge. Étude de Droit privé et sciences criminelles*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2006.

⁶⁶⁵ V. *infra* los límites de aplicación de la equidad en el Derecho (1.2), así como más adelante la intervención del juez en la aplicación de la equidad.

⁶⁶⁶ En este sentido, v. *supra* el origen de la equidad (Capítulo 1, sección 1). Aristóteles afirmaba que lo equitativo es un correctivo de la justicia legal. La razón es que la ley siempre es algo general y hay casos particulares para los cuales no es posible imponer un enunciado general que se aplique con certeza; V. COMBARNOUS, M., “L’*équité* et le *juge administratif*”, en *Justices*, nº9, enero-marzo 1998, p.783.

⁶⁶⁷ Sobre las teorías de la responsabilidad administrativa y de la responsabilidad sin consideración de falta y sus relaciones con el principio de equidad, v. respecto al ordenamiento español, RIVERO, E. y FERNANDO, M., *Equidad, derecho administrativo y administración pública en España*, ed. Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011; respecto a Francia, v. e.o. PI-FANG, W., *Egalité et équité en droit administratif français*, Faculté de droit, Université René Descartes, París, 2006; respecto a Bélgica, v. e.o. BOUVIER, Ph., *Éléments de droit administratif*, ed. Larcier, Bruselas, 2002. V. también *infra* los comentarios relativos a la equidad en Derecho internacional y en Derecho comparado (Capítulo 2, sección 2), así como el Título II.

aparecen a tres niveles: en la interpretación de las normas, en la creación de reglas jurisprudenciales y en la aplicación individual de las normas a los casos en tela de juicio.

1.2. Los límites de aplicación de la equidad en el Derecho

La equidad – como principio o instrumento – tiene un ámbito de aplicación cuyos límites se calcan sobre los de la igualdad debido a su relación complementaria. A ejemplo del principio de igualdad, la equidad saca su legitimidad jurídica de la ponderación – ¿o la proporcionalidad? – y de la eficacia de su aplicación.

Aunque no puede definirse como una norma directamente aplicable, la equidad tiene a veces más fuerza que las propias reglas a las cuales se enfrenta. De un cierto modo, por sus tres funciones – legislativa, administrativa y judicial – la equidad puede trascender los campos material y normativo de cualquier ordenamiento jurídico que aplique e intérprete dinámicamente el principio de igualdad.

Ahora bien, por muy comprensiva y justificada que sea, la equidad llevada al extremo, puede presentar unos efectos perversos que generarían una productividad contraria, tanto para ella como para el principio de igualdad.

De hecho, una dificultad reside en que, como manifestación de la justicia que tiende a garantizar la uniformidad y la universalidad de los derechos, el principio de equidad podría contribuir a marginalizar ciertas categorías de individuos no afectados por las medidas tomadas, fraccionando así al infinito las subcategorías beneficiarias de dispositivos particulares⁶⁶⁸. En este sentido, de la paridad de género en el marco electoral, el principio de equidad podría cubrir medidas paritarias a favor de las candidatas mayores de cuarenta cinco años y desempleadas. También constituye en el mismo tiempo, un obstáculo a la evaluación relativa de los dispositivos tomados en el interés general; el argumento de éste está siendo a menudo utilizado para apoyar la equidad⁶⁶⁹.

Además, la política de equidad, si se inscribe en el tiempo, arriesga igualmente de desarrollar una cultura de asistidos o derechohabientes: una categoría de personas que rechazan reconocer haber alcanzado la igualdad y que reivindican un derecho acervo a ser asistidos⁶⁷⁰. En efecto, la realización del principio de equidad puede desembocar,

⁶⁶⁸ MAJZA, B., *op. cit.*, pp. 80-89.

⁶⁶⁹ Sobre el interés general y su relación con la equidad, v. e.o. FOULETIER, M., *op.cit.*; CINTURA, P., «L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif», en *Revue internationale de droit comparé*, vol. 24, n°3, julio-septiembre, 1972, pp. 657-676; CONSEIL D'ETAT, *op.cit.*, pp. 79-91.

⁶⁷⁰ LE POURHIET, A-M., "Discriminations positives ou injustice?", en *RFDA*, n°14, mayo-junio 1998, p.522; ÍDEM, «Pour une analyse critique de la discrimination positive », en *Le débat*, n° 114, marzo-abril 2001, pp. 166-177.

en el mejor de los casos, actuando en prioridad a favor de las mujeres (o de los hombres) reservándoles un tratamiento específico y transitorio con el resultado óptimo de satisfacer la igualdad de oportunidades entre ambos sexos y en el peor de los casos, generalizando las prestaciones al introducir una especie de selectividad sexual en el acceso a unas prestaciones del Estado que, con un sistema de umbral (una cuota), pueda generar nuevas desigualdades.

Otro efecto negativo de una aplicación excesiva del principio de equidad es perseguir un objetivo de uniformización⁶⁷¹, de “disolución cultural”, para llegar a una igualdad de hecho. Las discriminaciones positivas, instrumentos de la equidad, pueden contradecir ciertas reivindicaciones identitarias sociales. Hoy las mujeres o las personas de color, mañana las lesbianas y los homosexuales o ¿las mujeres de color lesbianas? La equidad tiende a la asimilación según un modelo preconcebido, ignorando cualquier diferenciación y sobre todo el “derecho a la diferencia”.

En fin, con la equidad, podría caerse en la tentación de querer que esta visión igualitarista – por el motivo de la recesión mundial, ya varios Estados de bienestar se hacen selectivos – esté a favor de una visión “meritocrática neoliberal” en nombre de la eficacia. También sería posible continuar la lucha contra las “desigualdades injustas” y desarrollar unas formas de equidad, manteniendo un nivel aceptable de desigualdades necesarias para garantizar el dinamismo de una sociedad⁶⁷². Pero esta manera de aprehender y concebir esas desigualdades conlleva a abandonar los principios que han estructurado el modelo tradicional de nuestro ordenamiento jurídico fundado sobre la igualdad. Las desigualdades están percibidas como inevitables, pero al menos, es necesario combatirlas y no acomodarse con ellas.

En definitiva, el principio de equidad tiene un carácter complementario al principio de igualdad porque por sus rasgos contingentes, con fundamentos teóricos inciertos, no permite por sí solo la protección de los Derechos fundamentales, aunque su flexibilidad constituye en sí un activo para incidir en la regla de derecho. La equidad se hace eco de todo lo que el Derecho anterior ignoraba y cuyas nuevas necesidades exigían su reconocimiento. La equidad, al permitir “humanizar” el Derecho, compensa las reglas con sus insuficiencias no sólo técnicas sino también éticas.

⁶⁷¹ MAJZA, B., *op.cit.*, p.81.

⁶⁷² En este sentido, reenviamos a J. Rawls y su ya comentada Teoría de la Justicia. En una obra posterior, *Justice as Fairness: A Restatement* cuya traducción al español se titula *Justicia como equidad: una reformulación* (ANDRES DE, Fr. (trad.), *La Justicia como equidad: una reformulación*, Ediciones Paidós, 2002), Rawls reacciona a las críticas de su teoría, matizando entre otros sus principios de justicia al indicar que cada persona tiene el mismo derecho indefectible a un esquema totalmente adecuado de iguales libertades básicas, el cual debe ser compatible con el mismo esquema de libertades para todos; y que las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: primero, deben de ser el resultado de cargos y puestos abiertos para todos bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades; y segundo, deben de resultar en el beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de la diferencia). También enumera las instituciones públicas que estarían presentes en una sociedad justa y equitativa.

Sección 2 Desarrollo de la equidad en el Derecho internacional y comparado

El concepto de equidad ha adquirido su naturaleza jurídica no sin dificultades por el motivo de su supuesto antagonismo o incompatibilidad con el principio de igualdad. Su lenta recepción en el Derecho, ha sido ante todo la obra del juez y/o de las administraciones públicas enfrentadas a las situaciones particulares y concretas que sufrían discriminaciones o desigualdades generadas por normas generales que, si formalmente preconizaban la igualdad, en realidad, discriminaban por ese mismo “formalismo”.

En el marco del Derecho internacional, respecto a las acciones y discriminaciones positivas, la equidad se ha desarrollado por la fuerza de la práctica o la necesidad de resolver concretamente las desigualdades con instrumentos jurídicos más eficientes o por los menos inspiradores para los ordenamientos jurídicos nacionales (2.1). En cuanto al Derecho comparado, éste nos ofrece varios ejemplos que ilustran a niveles diferentes la recepción de la equidad y su relación con el principio de igualdad en los Derechos nacionales (2.2).

2.1. Equidad en Derecho internacional

Como en Derecho nacional, la equidad en Derecho internacional reposa sobre tres principios: equivalencia, proporcionalidad y finalidad.

Como en Derecho nacional, la equidad destaca fundamentalmente por su relación con el juez internacional – el del CEDH o de la UE – salvo en los casos donde, por la vía de un control de “constitucionalidad” o de un mecanismo de protección de los derechos humanos, el respeto de la equidad es una de las condiciones de la validez de las legislaciones nacionales. Pero también esta hipótesis se reduce, como en los ordenamientos jurídicos nacionales, a una sanción de la equidad por el juez internacional.

Como en Derecho nacional, si la equidad presenta un interés en derecho internacional, es sólo porque puede manifestarse con ocasión de la aplicación del Derecho, aunque existe la facultad, poco ejercida, de pedir a un juez pronunciarse sobre la única y exclusiva equidad⁶⁷³.

En realidad, en derecho internacional, la equidad tiene un papel importante en la aplicación de las normas jurídicas a medida que éstas son enunciadas en términos muy

⁶⁷³ V. por ejemplo el art.38, al.2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

generales - véanse en principios generales⁶⁷⁴. Si se excluye el caso del ordenamiento jurídico de la UE, que por su carácter *sui generis* tanto en su legislación como en su jurisprudencia, deja poco margen al concepto de equidad, el Derecho internacional, incluidos los Derechos Humanos, permite y obliga al juez a pronunciarse sobre éste, detrás de principios generales como la proporcionalidad⁶⁷⁵, por ejemplo. La razón es que, a menudo, los tratados, convenios o protocolos internacionales, dan a orientaciones o en el mejor de los casos, establecen un marco jurídico que deja una libertad más o menos amplia de los Estados en la elección de los medios para alcanzar sus objetivos⁶⁷⁶. Por tanto, la equidad en la aplicación del derecho, mencionada como tal o practicada sin nombrarse, tiene por delante un campo muy amplio por medio de un tratado internacional o la intervención de juez correspondiente. Así en las cuestiones de discriminaciones en el marco de los derechos humanos, a menudo, llegamos a apreciaciones equitativas de la igualdad de hecho⁶⁷⁷.

En el Derecho internacional, se ha confirmado la subordinación de los principios de la equidad al Derecho. En los casos más extremos, esta subordinación es simplemente formal. Es una regla jurídica que reenvía expresamente a principios equitativos que no precisa de otra manera, pero aunque formal, esta incursión de la equidad en el derecho tranquiliza porque los principios están salvos.

En cambio, si la equidad es portadora de un principio de finalidad, recibe una nueva dimensión que no es tanto adaptar la regla jurídica a las situaciones individuales concretas como descubrir en la regla misma una finalidad que, por cierto, la completa, pero que también limita los derechos que derivan. Aquí, no es más que el camino hacia la aplicación concreta que la regla se precisa. Es por la búsqueda de un plan más general además por su subordinación a las finalidades que le han inspirado.

En definitiva, en la práctica internacional, la equidad no está ausente en la aplicación del derecho, en particular por parte del juez. No sólo la menciona, sino también insiste con abundantes argumentaciones para situarla en el marco del derecho. Sin embargo, guarda una gran discreción sobre lo que es y sobre la manera de operar, discreción que se explica sin dificultades.

Las referencias directas e indirectas a la equidad son relativamente numerosas en el marco de la aplicación del Derecho internacional, mucho más que en los ordenamientos jurídicos nacionales⁶⁷⁸. Todo el vocabulario y la técnica de la

⁶⁷⁴ Entendemos los principios generales en su sentido propio y tal como suelen interpretarse como principios comunes a los derechos nacionales que son trasplantados en el Derecho internacional. Por tanto, el carácter muy general de las normas aumenta y genera consecuentemente más juicios basados en la equidad.

⁶⁷⁵ Sobre la proporcionalidad, v. *supra* Parte I, Título 2, Capítulo 2, sección 2, 2.2.2.2.

⁶⁷⁶ V. por ejemplo la CEDAW y sus instrumentos o la CEDH y la jurisprudencia del TEDH que renvía a la responsabilidad de los Estados y de sus jueces.

⁶⁷⁷ V. e.o. en este sentido la jurisprudencia de la Corte permanente de justicia internacional y sus dictámenes consultivos nº6 y 7.

⁶⁷⁸ V. *infra* la recepción de la equidad en el Derecho comparado (2.2).

búsqueda de las discriminaciones prohibidas en materia de derechos humanos conducen a apreciaciones de hecho que se sitúan en el marco de la equidad.

Ahora bien, centrándonos en la cuestión de los derechos fundamentales con el enfoque sobre la igualdad entre hombres y mujeres y la no discriminación, conviene constatar que pocas convenciones y tratados evocan explícitamente la equidad como correlativo del principio de igualdad, siendo la aplicación de la equidad inherente a los derechos protegidos.⁶⁷⁹

2.1.1. En las convenciones y tratados internacionales

En el caso de la CEDAW de 1979⁶⁸⁰ que en su art.4 avala las medidas positivas a favor de las mujeres en cualquier ámbito de la sociedad – incluido político - es interesante saber que en las discusiones relativas a los términos, muchas delegaciones – entre otras, la de la Santa Sede - preconizaron la introducción del concepto “equidad” en lugar de la igualdad, que finalmente se mantuvo porque ofrecía más garantías y sobre todo obligaciones internacionales a cargo de los Estados partes de la convención. Aun, pese a ello, existen confusiones, más conceptuales que lingüísticas, entre equidad

⁶⁷⁹ No obstante, por efecto de la traducción y de la implantación de la terminología jurídica en lengua española, existe el concepto de equidad entre hombres y mujeres utilizado en los sistemas jurídicos latinoamericanos que reaparece en la versión española de los textos internacionales y que, puede generar confusiones en cuanto al alcance jurídico entre los términos de equidad y de igualdad. Según varios autores como Alda Facio, en América Latina, se prefirió el primero al segundo porque la igualdad estaba entendida como refiriéndose a una igualación de las mujeres a los hombres para que ellas pudieran gozar de los mismos derechos. Por ello, se creyó que si se hablaba de “equidad” en vez de “igualdad” quedaría claro que lo que se pretendía no era una igualdad formal, sino una igualdad real. No obstante, la sustitución del término igualdad por el de equidad no fue benéfica porque la equidad era considerada sólo como una meta social fácilmente eludible en términos de obligaciones legales, al contrario del principio de la igualdad. V. FACIO, A., *Declaración Universal de Derechos Humanos: texto y comentarios inusuales*, ed. ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, Caracas, 2001

⁶⁸⁰ V. el preámbulo de la CEDAW en el cual los Estados partes afirman estar: “(...) Convencidos de que el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la *equidad y la justicia* contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer”; Art. 4, al. 1, de la misma Convención indica que: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a *acelerar la igualdad de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”. V. también UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Participation des femmes à la vie politique. Bilan de l'évolution au sein des parlements nationaux, des partis politiques, des gouvernements et de l'Union interparlementaire, cinq ans après la quatrième conférence mondiale sur les femmes*, Série «Rapport et documents» n°35, UIP, Ginebra, 1999. En su anexo n°1 titulado “Plan de acción”, se preconizaban, respecto a las instancias de decisión, disposiciones de igual acceso para ambos sexos incluyendo la instauración de medidas estrictamente provisionales de acción positiva como una cuota. En este caso, ésta no debía focalizarse en las mujeres sino que, en un *espíritu de equidad* (subrayado por nosotros), la proporción de los representantes de cada sexo no debía ser inferior a un porcentaje determinado.

e igualdad⁶⁸¹; confusiones que benefician a la parsimonia de las actuaciones a favor de la igualdad efectiva entre ambos sexos⁶⁸².

En la Recomendación general nº 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW, referente a medidas especiales de carácter temporal, el Comité CEDAW indica que “(...) en el proceso de nombramiento, selección o elección para el desempeño de cargos públicos y políticos, también es posible que haya que tener en cuenta otros factores aparte de las cualificaciones y los méritos, incluida la aplicación de los principios de *equidad*⁶⁸³ democrática y participación electoral”⁶⁸⁴. Deteniéndonos sobre esta observación del Comité, resulta difícil aclararnos sobre la naturaleza o por lo menos el alcance de la equidad. En efecto, dicha recomendación no precisa lo que entiende por la “aplicación del principio de equidad democrática”. Entendemos, por interpretación extensiva, que esta aplicación incumbe a las cuotas y a la paridad por el motivo que éstas son medidas temporales que otorgan un trato preferencial a las mujeres en el ámbito político.

Por otra parte, cinco años tras la Cuarta Conferencia Mundial sobre las mujeres (Beijing, 1995), se impuso la necesidad de aclarar los términos y sus alcances respectivos. Así la igualdad de género implica que los comportamientos, las aspiraciones y las necesidades distintas de ambos sexos son, de manera igual, tomados en cuenta, valorizados y estimulados⁶⁸⁵. Ello no significa que hombres y mujeres deban llegar a ser idénticos, sino que sus derechos, sus responsabilidades y sus oportunidades no deban depender ya del hecho de ser nacido varón o mujer⁶⁸⁶. En cuanto a la equidad “de género”, ésta, significa que un tratamiento imparcial debe ser otorgado a ambos sexos en función de sus necesidades respectivas. Ese tratamiento puede ser idéntico o diferente pero debe ser equivalente en términos de derechos, ventajas, obligaciones y posibilidades⁶⁸⁷.

⁶⁸¹ Sobre las confusiones presuntamente lingüísticas y conceptuales entre equidad e igualdad en el marco del CEDAW, v. por ejemplo CEDAW /C/SR.721, *Comité pour l'élimination de la discrimination a l'égard des femmes, 35^o session, Compte rendu analytique de la 721^e séance*, Naciones Unidas, Nueva York, 16 de mayo de 2006.

⁶⁸² También existen convenciones que se limitan a preconizar el objetivo, dejando así a los Estados partes la total libertad de actuación. V. en este sentido los art. 2 y 3, de la Convención sobre los derechos políticos de la mujer adoptada por la Asamblea General de la ONU, del 20 de diciembre de 1952; art.4, de la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer adoptada por la Asamblea General de la ONU del 7 de noviembre de 1967.

⁶⁸³ Subrayado por nosotros.

⁶⁸⁴ Punto 23, de la recomendación.

⁶⁸⁵ UNESCO, *Egalité et équité entre les genres. Tour d'horizon des réalisations de l'UNESCO depuis la Quatrième Conférence mondiale sur les femmes (Beijing, 1995)*, París, mayo de 2000.

⁶⁸⁶ *ABC of Women Worker's Rights and Gender Equality*, OIT, Ginebra, 2000, p. 48.

⁶⁸⁷ *Ibid.*

2.1.2. En el Derecho del CEDH

En Europa, en el marco de la protección y de la salvaguardia de los Derechos humanos por el Consejo de Europa, la aplicación de la equidad es inherente a los derechos protegidos. El propio Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH) evoca en su art. 6 el respeto del principio de la equidad en materia procesal, esto es el derecho a tener un proceso equitativo⁶⁸⁸.

Sin embargo, en cuanto a la igualdad entre mujeres y hombres, a menudo, aparece de manera implícita en las recomendaciones de las instituciones del Consejo de Europa⁶⁸⁹. Así, por ejemplo, en el seguimiento de la recomendación Rec (2003)3 del Consejo de Ministros, dentro del marco de la sensibilización a la democracia paritaria, se preconizaron acciones estatales nuevas que, frente a las resistencias, debían ser tomadas en varios frentes y enfocar diversos objetivos como las políticas y los programas que tienden a crear las condiciones sociales de la participación “equitativa” de las mujeres y de los hombres en la vida pública y política⁶⁹⁰.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal europeo de los Derechos humanos (TEDH)⁶⁹¹, la equidad en la cuestión de la igualdad de género, no ha sido explícitamente aún el objeto de una sentencia del juez de Estrasburgo. Al considerar

⁶⁸⁸ La equidad, en el sentido del art. 6 depende fundamentalmente de saber si, en un proceso penal o civil, los demandados se han beneficiado de posibilidades suficientes para hacer entender su causa y contestar a las pruebas que consideran como falsas, y no de saber si los tribunales nacionales han adoptado una decisión justa o no. Implícitamente, la equidad engloba el proceso acusatorio, la igualdad de armas, la presencia y la publicidad, etc. V. VITKAUSKAS, D. y DIKOV, G., *La protection du droit à un procès équitable par la Convention européenne des droits de l'homme*, Série des précés sur les droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2012

⁶⁸⁹ V. por ejemplo, Recommandation 1290 (1996), *Suivi du Sommet de Copenhague sur le développement social*, adoptée par l'Assemblée parlementaire, le 20 mars 1996. En su primera disposición, recuerda a los Estados miembros sus compromisos en cuanto a lograr la igualdad y la equidad entre hombres y mujeres (pt.1.5); EG-S-PA (2000)7, *Actions positives dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes. Rapport final d'activités du groupe de spécialistes sur les actions positives dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2000, p.94; Recommandation CM/Rec(2008)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la prise en compte dans les actions de santé des spécificités entre hommes et femmes (adoptée par le Comité des Ministres le 30 janvier 2008,

lors de la 1016e réunion des Délégués des Ministres).

⁶⁹⁰ TAVARES DA SILVA, R., *Démocratie paritaire: une réalisation encore lointaine. Étude comparative sur les résultats des premier et deuxième cycles de suivi de la Recommandation Rec (2003) 3 du Conseil de l'Europe sur la participation équilibrée des femmes et des hommes à la prise de décision politique et publique*, Direction générale des droits de l'homme et des affaires juridiques, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2010, pp. 74-75.

⁶⁹¹ V. por ejemplo, TEDH, 21 de febrero de 1997, *Van Raalte c. Payses Bajos*, Rec., 1997-I; TEDH, *Avis consultatif sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme (n°2)*, 22 janvier 2010, Rec., 1/100; 13 de noviembre de 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, Rec., 2007-IV; 15 de febrero de 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, Rec., 2005-II.; 4 de abril de 2006, *Bompard c. France*, Rec., 2006-IV. Ahora bien, la jurisprudencia del mismo tribunal es mucho más prolija en cuanto al respecto de la equidad entendida en el art.6, del CEDH. V. VITKAUSKAS, D. y DIKOV, *op.cit.*, pp. 131-133.

que la equidad se inscribe en el concepto de la proporcionalidad⁶⁹², en algunos casos, los Estados sólo disponían de un margen de apreciación extremadamente reducido, véase inexistente, sobre todo cuando la discriminación sexual aparecía evidente para el TEDH⁶⁹³, que se contentaba sólo con recordar que la progresión hacia la igualdad de los sexos era un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa y que sólo unas consideraciones muy fuertes podían conducir a estimar compatible con el CEDH una diferencia de tratamiento exclusivamente fundada en el sexo⁶⁹⁴.

En definitiva, el CEDH es el único instrumento internacional que tiene por fundamento la equidad ampliamente utilizada en la construcción jurisprudencial del Convenio. Por una parte, se establece un margen de apreciación que queda a los Estados para determinar los límites de su injerencia y, por otra, está consagrada la regla de proporcionalidad⁶⁹⁵.

2.1.3. En Derecho de la UE

De su lado, en el Derecho de la UE, la equidad en el marco de la igualdad de género ha sido mencionada varias veces en diversas resoluciones así como en recomendaciones y otros textos adoptados por las instituciones europeas sin, por lo tanto hacer de ella el objeto central aunque se ha reconocido el vínculo entre la equidad y la igualdad entre ambos sexos. En general, esa relación conceptual figura, entre otros, en el ámbito económico y social⁶⁹⁶, laboral⁶⁹⁷ o educacional⁶⁹⁸, etc.⁶⁹⁹.

⁶⁹² Sobre las relaciones entre el principio de la proporcionalidad y la equidad, v. supra Parte I, Título 2, Capítulo 2, Sección 2.

⁶⁹³ V. a propósito SCHOKKENBROEK, J., "The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation", en *H.R.L.J.*, 1998, p. 23.

⁶⁹⁴ TEDH, 22 de febrero 1994, *Burghartz c. Suisse*, § 27; V. las observaciones de LEVINET, M., en SUDRE, F. (dir.), «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», en *R.U.D.H.*, 1994, p. 267.

⁶⁹⁵ PETTITI, L-E. "Le rôle de l'équité dans le système juridique de la Convention européenne des droits de l'homme", en *Justice, médiation et équité*, ed. *La Documentation française*, Colloque «Droit et démocratie», París, 1992, pp.35-45.

⁶⁹⁶ V. e.o. en este sentido COM/2009/0694 final, *Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Igualdad entre mujeres y hombres — 2010 SEC(2009) 1706*. En ese documento figuran los imperativos del tratado de Lisboa y en el que la Comisión subraya que «l'égalité des genres n'est pas seulement une question d'équité sociale, pero que también constituye una «condition préalable à la réalisation des objectifs de croissance durable, d'emploi, de compétitivité et de cohésion sociale»; v. también Dictamen del Comité económico y social sobre la propuesta de directiva del Consejo que modifica la directiva 86/378/CEE de 24 de julio de 1986 relativa a la igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, *D.O.*, C-18 de 22 de enero de 1996, pp. 132-134; Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 6 de diciembre de 1994, relativa a la participación equitativa de las mujeres en una estrategia de crecimiento económico orientada hacia la intensificación del empleo en el seno de la Unión Europea, *D.O.*, C-368 de 23 de diciembre de 1994, p.3.

⁶⁹⁷ COM/2006/0092 final, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, *Una hoja de ruta para la igualdad*

En la jurisprudencia comunitaria, fue en el asunto Kalanke de 1995⁷⁰⁰ que el Tribunal de justicia de la UE (ex-TJCE) se pronunció – explícita y parcialmente- por primera vez sobre la equidad del tratamiento diferenciado entre hombres y mujeres⁷⁰¹. La jurisdicción alemana de reenvío, consideraba que el régimen de cuota era compatible con las normas constitucionales alemanas al indicar que si, en principio la prioridad debía ser otorgada a la mujer en caso de promoción, la equidad debía sin embargo conducir, llegado el caso, a hacer una excepción a este “privilegio”⁷⁰².

La decisión del tribunal de Luxemburgo ya comentada⁷⁰³ estableció un marco estricto para la cuestión de la equidad porque, aunque admitía la legitimidad de una ventaja específica de determinadas medidas a favor de las mujeres en el marco laboral y profesional, cualquier derogación al derecho a la igualdad de tratamiento debía ser objeto de una interpretación estricta y estar en contra de una prioridad absoluta e incondicional a favor de las mujeres en una nominación o en una promoción. En efecto, la jurisdicción comunitaria consideró las cuotas a favor de las mujeres como la “regla” y la derogación eventual a ésta – a favor de los hombres – como la equidad. En otros términos, desnaturalizó la acción positiva en calidad de medida equitativa.

La condena comunitaria de las cuotas alemanas de 1995 marcó la pauta basada en una concepción restrictiva de la “igualdad real” y, consecuentemente, de las medidas “equitativas” a favor del sexo subrepresentado. Recordemos que la dureza de la sentencia Kalanke era tal que la Comisión Europea se vio obligada a comunicar una “interpretación oficial” de aquella con el fin de apaciguar el revuelo doctrinal y de salvar la legitimidad de las acciones positivas⁷⁰⁴.

entre las mujeres y los hombres 2006-2010. Trata, entre otras, de la flexibilidad de las condiciones laborales de ambos sexos indicando que las políticas de conciliación deben servir con equidad tanto a los hombres como a las mujeres.

⁶⁹⁸ V. e.o. Resolución del Parlamento Europeo de 8 de marzo de 2011 sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea — (2012/C 199 E/08).

⁶⁹⁹ V. p.e. Resolución del Consejo de la Unión Europea y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el Consejo el 17 de marzo de 2008 relativa a la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea (2008/C 75/01), *D.O.*, C-75 de 26 de marzo de 2008, p. 1-4.

⁷⁰⁰ TJCE, 17 de octubre de 1995, asunto *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, *Rec.*, 1995, p. I-03051.

⁷⁰¹ Aunque el TJUE nunca ha consagrado un principio general de equidad, sino como mucho una “exigencia general de equidad” (V. TJCE, 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhelm*, as. 14/68, *Rec.*, 1969, p. 15.), otros principios generales de derecho comunitario – la proporcionalidad, por ejemplo - que ha desarrollado constituyen un terreno de predilección para la equidad. Destacamos sin embargo ya las conclusiones del abogado general Lenz del 31 de mayo de 1989 sobre una cuestión prejudicial en materia de igualdad de tratamiento entre los trabajadores masculinos y femeninos (Asunto 109/88, *Rec.*, 1989 p. 03199). En su punto 23, el abogado general consideraba que el tribunal debía pronunciarse conforme a unas reglas jurídicas, y “no sólo en función de consideraciones de equidad”.

⁷⁰² Punto 9, de la sentencia Kalanke.

⁷⁰³ V. e.o. CHARPENTIER, L., *op.cit.*, pp. 281.

⁷⁰⁴ COM/96/0088 Final, *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 v. Freie Hansestadt Bremen*.

Ahora bien, en su jurisprudencia posterior⁷⁰⁵, el TJUE matizó su posición al admitir las medidas específicas si éstas no presentaban un carácter automático ni incondicional, basando su decisión en criterios de legitimidad (del objetivo perseguido) y, sobre todo, de proporcionalidad. Pero no esconden la prudencia del tribunal que generalmente ha demostrado hasta ahora en su aproximación que merma el principio de equidad porque la jurisprudencia comunitaria considera en definitiva que esas medidas deben constituir el último recurso a adoptar por los Estados miembros.

En definitiva, los criterios de utilización de las acciones positivas identificables – y de la equidad – en su jurisprudencia, parecen más estrictos que los del TEDH que, atento a desarrollar los derechos individuales, afirma vigorosamente que protege “derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos”⁷⁰⁶ o sea, hace prevalecer la eficacia de la protección – la equidad – sobre el formalismo jurídico⁷⁰⁷.

A menudo, en otras ocasiones, el TEDH ha empleado en este sentido la noción de justo equilibrio al dosificar entre el interés general y los intereses individuales (el balancing test). Esta relación entre el objetivo de reducir las desigualdades y la derogación razonable al principio de igualdad de derechos, ya se efectúa en los Estados antes de adoptar las medidas positivas por vía legislativa o reglamentaria o aun antes de controlar éstas por vía judicial.

Incumbe al legislador y al juez nacional conciliar ambos tipos de interés, a veces contradictorios, al hacer prevalecer el principio de igualdad. Sin embargo, la equidad que trata de hacer nacer, lógicamente, el deseo de una igualdad concreta, impone que la igualdad de derechos deba a veces adaptarse con cierta flexibilidad, con cierto “requilibrio”, para que se restablezca una igualdad de hecho.

Por lo tanto, la hostilidad histórica que pesa en algunos países contra la “equidad de los jueces” – en Francia, por ejemplo – y las dificultades que conocen las jurisdicciones internacionales para hacer reconocer su autoridad y su utilidad, podrían justificar que un tribunal internacional dude en aventurar una afirmación que sería ocasión de nuevas críticas. Sin embargo, en un proceso más o menos evolutivo de las culturas jurídicas que “tintan” los ordenamientos nacionales y sus magistrados, el juez de Luxemburgo o de Estrasburgo – por no comentar otras sentencias de jurisdicciones internacionales en otras regiones del mundo – no quedan indiferentes al desarrollo y a la importancia de la equidad como principio auxiliar o secundario del principio de igualdad. Una sensibilidad a esa realidad que también comparten los ordenamientos jurídicos nacionales.

⁷⁰⁵ V supra las sentencias precitadas *Marschall, Badeck, Abrahamsson, Lommers*; v. también las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas el 29 de junio de 2004, asunto C-319/03, *Serge Briheche c. Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale y Ministre de la Justice, Rec.*, 2004 p. I-08807.

⁷⁰⁶ TEDH, 9 de octubre 1979, *Airey*, Serie A, nº 32, § 26.

⁷⁰⁷ Sobre la comparación entre las jurisprudencias respectivas de los TEDH y TJUE respecto a las cuotas electorales a favor de las mujeres, v. e.o. MERTENS de WILMARS, F., op.cit., en *Annales d'études européennes*, pp. 184-188.

2.2. En el Derecho Comparado

En el marco del Derecho comparado la referencia a la equidad aparece en la práctica de manera diversa. En situaciones determinadas comparables, se hallan, en algunos casos, referencias a la sola equidad mientras que en otros, se encuentra la equidad asociada a otros conceptos jurídicos (por ejemplo asociada a la eficacia). Incluso, el desarrollo intenso del control de proporcionalidad en el marco del contencioso constitucional comparado, demuestra hasta qué punto ésta se sitúa cerca – cuando no está considerada como tal – de la noción de equidad⁷⁰⁸.

Es a partir de los años ochenta y sobre todo los noventa, cuando los derechos positivos nacionales empezaron a incorporar el principio de equidad al mismo tiempo que desarrollaron las acciones y discriminaciones positivas. A menudo, los gobiernos hicieron que las asambleas legislativas adoptaran disposiciones de todo tipo con el fin de facilitar la concretización de la igualdad en beneficio del género desfavorecido. En el conjunto de los sistemas jurídicos, el razonamiento adoptado en equidad, tanto por el legislador como por el ejecutivo, ha constituido un complemento de la igualdad.

Entendida tal como la definimos⁷⁰⁹ - como principio o concepto jurídico - la equidad tiene referencias menos numerosas en los derechos nacionales aunque el reconocimiento de la equidad en los ordenamientos jurídicos es relativamente antiguo, por lo menos en determinadas ramas del Derecho, como la administrativa⁷¹⁰.

En cuanto a los tres ordenamientos nacionales que nos interesan - el francés (2.2.4), el español (2.2.3) y el belga (2.2.2) – han incorporado la equidad, tanto implícitamente, es decir bajo otro vocablo, como explícitamente. De manera general, su introducción o su reconocimiento tenía como fin cubrir y fomentar jurídicamente todas las medidas adoptadas para erradicar las desigualdades, o más bien las injusticias que afectan a los individuos por su pertenencia a categorías – exceptuando el género que no lo es – como las de la etnia, la lengua, la condición socioeconómica, la minusvalía, etc.

En otros términos, el renovado interés por la equidad, ha acompañado todas las intervenciones legales, administrativas y judiciales que calificamos en su sentido más amplio, de acciones o discriminaciones positivas que se presenten, por ejemplo, bajo la forma de cuotas o de la paridad. Intervenciones ampliamente inspiradas del Derecho anglosajón – principalmente, norteamericano – al menos en su principio y dejando las peculiaridades del Derecho europeo continental (2.2.1).

⁷⁰⁸ PHILIPPE, X., *op.cit.*, p. 36.

⁷⁰⁹ V. *supra* Sección 1 relativa a la naturaleza de la equidad.

⁷¹⁰ “El derecho administrativo francés es un derecho de equidad fundamentado en la prerrogativa de la Administración, hecho por el juez y organizado según la teoría del acto” (HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de Droit public*, 8ª ed., Paris, 1914). V. también CARRE DE MALBERG, R., «La distinction de l'État légal et de l'État de droit», en *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 1, ed. Sirey, París, 1920, pp. 488-493.

2.2.1. En Derecho anglosajón (breve incursión)

El Derecho anglosajón merece una breve incursión porque, por medio de la jurisprudencia de sus jueces y el ideario de justicia (“*fair*”) de la sentencias de éstos, ha desarrollado el principio de “*equity*” o “*justice as equity*” en el sentido de una aplicación flexible de las normas legales empleada para obtener un resultado justo (“*fair*”). Así, el sistema jurídico del «*equity*» elaborado históricamente en paralelo con el Common Law, con la evolución del lenguaje, se llama «*natural justice*» para evocar la equidad tal como la entendemos en el continente, es decir como complementaria al Derecho, a la igualdad.

Ahora bien, se trata aquí de ver si el concepto anglosajón corresponde al concepto continental de la equidad. Dicho de otra forma, ¿existe una comparación posible entre ambos conceptos en el marco del desarrollo de las medidas positivas, llamadas acciones o discriminaciones? Desde la orilla del viejo continente, el vínculo entre éstas y la equidad está prácticamente casi establecido. ¿Ocurre lo mismo en el Derecho anglosajón?⁷¹¹

Siendo los sistemas anglosajones muy amplios y diversos⁷¹², nos enfocamos sobre el ordenamiento estadounidense que ha introducido sistemas de cuotas y destacamos algunas diferencias relativas a nuestras cuotas de género y la paridad en el ámbito electoral.

El Derecho de los EE.UU. tiene ya una tradición de medio siglo de “*affirmative actions*” que han sido emuladas en Europa y han generado también severas críticas doctrinales – sobre todo en Francia – que apuntaban a los riesgos de una deriva hacia un “comunitarismo a la americana”, iniciada con las legislaciones sobre la paridad y las cuotas electorales⁷¹³.

⁷¹¹ Como inciso, recordamos que, en un sentido más estricto, éste está dividido en dos partes distintas, el “Common Law” y el “Equity” que se presenta como un conjunto de reglas o de principios jurídicos que forman un apéndice a las reglas generales del derecho enunciado en el Common Law. Constituye un aglomerado de soluciones a los disfuncionamientos del Common Law. El principio fundamental del equity puede formularse en el adagio “*equity follows the law*”. El objetivo del equity nunca ha consistido, al contrario del Common Law, en la formulación de reglas nuevas que los jueces debían aplicar en consecuencia. Se trata en definitiva de un sistema legal y judicial paralelo al Derecho del Common Law con el fin de suplir las carencias y la rigidez de éste. Inspirándose en los imperativos de conciencia moral, la equity está esencialmente hecha para defender los derechos de las personas (“*trust*”) y tiene más vínculo con la intención que con la forma. No rechaza otorgar un derecho porque el formalismo del procedimiento no ha sido respetado y no permite que un prejuicio quede sin remedio. V. BELLOUBET-FRIER, N., «Le principe d’égalité», en *AJDA*, 1998, p. 152.

⁷¹² TUNC, A., «L’équité en droit anglais et en droit américain», en VV.AA., *Justice et équité*, col. Justices. Revue Générale de Droit Processuel, ed. Dalloz, París, 1998.

⁷¹³ Respecto a las críticas francesas de los efectos perversos de las políticas de «*affirmative actions*» en EE.UU., v. e.o., CALVES, G., *L’affirmative action dans la Jurisprudence de la Cour suprême des*

Ahora bien, en el sistema electoral norteamericano no existen políticas de “*affirmative action*” ni a favor de las mujeres ni a favor de otros grupos discriminados. Aquí radica ya la diferencia fundamental entre el Derecho estadounidense y los Derechos europeos que se han dotados de medidas positivas en materia de representatividad sexual. El principio de neutralidad en el derecho U.S. es hostil a las cuotas que se traducirían por una obligación de resultado⁷¹⁴, sobre todo en el ámbito electoral. Aunque están establecidos mecanismos a favor de la representación de las minoridades, no hay dispositivo parecido a las cuotas españolas o a la paridad franco belga.

Para resumir una comparación paradójica entre las situaciones europeas y americana sobre la cuestión de la representación, si por ejemplo en Francia el universalismo constitucional representa a las mujeres e ignora a las minoridades, en cambio, el multiculturalismo americano que intenta favorecer la representación de las minorías étnicas o raciales, ignora a las mujeres en política en nombre del principio de neutralidad⁷¹⁵. En la política, éste principio que deriva de la cláusula de igual protección de las leyes, se asocia con el del “*laisser-faire*”. Como en Europa, el principio de representación universal se impone pero, a fin de remediar las discriminaciones del pasado, se adoptaron medidas como el “*Redistricting*”⁷¹⁶ sólo a favor de minorías étnicas y raciales (negros, hispánicos, indios, etc.). Aunque fueron criticadas, la flexibilidad de éstas constituye la baza principal en comparación con las cuotas, porque no imponía obligaciones a los partidos políticos ni a los ciudadanos mismos. En cambio, un sistema tal fundado en el establecimiento de las circunscripciones electorales no es aplicable a la situación de las mujeres.

En realidad, con la adopción de la XIX enmienda en 1920 contra el rechazo o la restricción del derecho de voto a las mujeres, los partidos adoptaron cuotas en su organización interna⁷¹⁷. Ahora bien, nunca la igualdad de género en materia de representación política fue una prioridad, debido en parte a las críticas opuestas a la política de “*affirmative action*” en su conjunto y por la sospecha de comunitarismo que

États-Unis (Le problème de la discrimination positive), ed. LGDJ, París, 1998; SABBAGH (D.), *L'égalité par le droit (Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis)*, ed. Economica, París, 2003.

⁷¹⁴ CALVES, G., « Les politiques françaises de discrimination positive: trois spécificités », en *Pouvoirs*, 2004, pp. 30–34.

⁷¹⁵ No obstante, si el principio de neutralidad reenvía a la objetividad de la actividad estatal y engloba, entre otras exigencias, la imparcialidad, la tolerancia y la...paridad (!), tiene una relación estrecha con los principios de igualdad y de libertad, pero éstos no se confunden con ella. Las medidas positivas adoptadas por el Estado, por esencia no son neutras. La obligación de neutralidad, no es absoluta entonces y en consecuencia, exige a menudo un balance de intereses. V. en este sentido, SUNSTEIN CASS, R., “Neutrality in Constitutional Law (With Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)”, en *Columbia Law Review*, 1992, pp. 1-52.

⁷¹⁶ Sobre el redistricting, v. e.o. SABBAGH, D., «La représentation électorale des minorités éthno-raciales aux États-Unis», en *Revue internationale de politique comparée*, n° 3, 2004, pp. 457–469

⁷¹⁷ COSTAIN, A., «Quotas in American Politics», en *Debate: Egalitäre Demokratie: zur Quotenregelung / La démocratie paritaire: les quotas féminins en politique / Egalitarian Democracy: Women's Quotas in Politics*, *Swiss Political Science Review*, 1999, vol. 5, n° 1, pp. 106–110; ANDERSEN, K., *After Suffrage: Women in Partisan and Electoral Politics before the New Deal*, University of Chicago Press Chicago, 1996, p. 84.

genera. Aun siendo contestada la obligación de las cuotas en el ámbito de los derechos cívicos, no fue planteada en materia de representación política en la cual domina el “laissez-faire” que supone que sea otorgada una gran libertad a los partidos políticos⁷¹⁸.

Además, desde un punto de visto constitucional, el Tribunal supremo aplica a cualquier distinción basada en el sexo el “*test de intermediate scrutiny*”⁷¹⁹ que significa que ésta, introducida por el legislador, debe disponer de un vínculo sustancial con un *interés público importante*⁷²⁰. “To withstand constitutional challenge, (...) classifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives”⁷²¹. El Tribunal exige que la diferenciación sea verdadera y que no sea una pura hipótesis ni una coartada para preservar una regla contestada. Es más, esta distinción no puede proceder de una generalización de las cualidades, capacidades o preferencias respectivas de los hombres y de las mujeres⁷²². El juez constitucional americano considera que la igualdad constituye el verdadero límite al legislador cuando éste realiza diferencias de tratamiento entre ambos sexos⁷²³. La “equality” tiene una sustancial intensidad, aún más que en las cuestiones raciales, étnicas o minoritarias.

Aunque las cuotas electorales no encuentran su aplicación para las mujeres, es interesante saber en qué principio jurídico – ¿“equity”, “equality” o ambos? - se basan las medidas parecidas y establecidas a favor de otros grupos o de las mujeres en otros ámbitos que la política⁷²⁴.

En realidad, al igual que en el viejo continente, el fundamento jurídico de la affirmative action radica en la “equity” entendida en el sentido de justicia. En efecto, tal como estaba instituida en el derecho norteamericano por la ley sobre los Derechos Civiles de 1964 y la Orden Ejecutiva nº11246, dicha “action” ha sido reformulada en términos de inclusión equitativa. En otras palabras, la equity ha sido el elemento clave para sobrepasar las discriminaciones encubiertas basadas en criterios constitucionalmente recusados y para permitir la adopción de las “affirmative actions”.

⁷¹⁸ V. en contra BECKER, M., “Patriarchy and Inequality Toward a Substantive Feminism”, en *University of Chicago Legal Forum*, 1999, nº21, p. 59. El autor proponía la adopción de un «Voting Rights Act for Women» para imponer cuotas en materia de representación política así como la paridad en el senado.

⁷¹⁹ El Tribunal Supremo procede a tres tipos de examen o test relativos a la igualdad en función de la importancia o sensibilidad de la diferenciación: “rational relationship”, “intermediate” y “strict scrutiny”. Sobre estos tipos de examen, v. e.o., CALVES, G., *L’affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Le problème de la discrimination positive*, ed. LGDJ, París, 1998, pp. 193-209.

⁷²⁰ V. e.o., las sentencias más conocidas *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 1996; *Graig v. Boren*, 429 U.S. 190, 1976; sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional del Tribunal Supremo de EE.UU. en materia de “affirmative actions”, v. e.o. CALVES, G., *op.cit.*, ed. LGDJ, París, 1998.

⁷²¹ Sentencia *Graig v. Boren*, *op.cit.*, 197.

⁷²² V. sentencia *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 533, 1996.

⁷²³ SUNSTEIN CASS, R., “The Anticaste Principle”, en *Michigan Law Review*, 1994, pp. 2410-2455.

⁷²⁴ V. KESSLET-HARRIS, A., *In pursuit of equity: women, men, and the quest for economic citizenship in 20th Century America*, ed Oxford University Press, New York, 2001.

En definitiva, la exigencia de la “equity” consiste en el restablecimiento de una igualdad de oportunidades a favor de grupos determinados y en situaciones determinadas. Operada desde hace casi cincuenta años por la escuela del derecho americana, esta “equity”, a través de la adopción de la “affirmative action”, ha llevado a distinguir la *forma procesal* de la igualdad – que afecta a la igualdad de derechos – de la *forma equitativa* de la igualdad, que afecta a la igualdad de oportunidades y que en realidad procura la igualdad de resultados. Igualdad de resultados incompatible con la lógica electoral estadounidense.

2.2.2 En el Derecho belga

En el ordenamiento jurídico belga, la equidad expresada como principio general de derecho no siempre coincide con la aplicación rigurosa de la ley⁷²⁵ aunque, según la jurisprudencia del Tribunal de casación, una teoría que expresa una regla de equidad no está siempre desprovista de fundamento legal⁷²⁶.

De hecho, es notorio que los jueces belgas prefieran recurrir a otros mecanismos que a la propia equidad (como la responsabilidad civil, por ejemplo) para corregir situaciones injustas aunque no la descartan absolutamente cuando han de pronunciarse en “equidad” (*ex aequo et bono*⁷²⁷) o cuando la utilizan bajo otro vocablo⁷²⁸. Así, su jurisprudencia utiliza diversas figuras jurídicas concretas, como la fuerza mayor⁷²⁹, la proporcionalidad o aun la razonabilidad⁷³⁰, consideradas como “la expresión de una filosofía general de la razón y de la equidad” y sobre todo siendo por lo tanto un

⁷²⁵ V. en este sentido sentencia de Ccass., 26 de mayo 2003, R.G., n° S010108F. El Tribunal de casación hizo prevalecer la norma legal sobre una teoría que no es un principio general de derecho y que no se basa en una disposición legal; v. también CEtat, 13 de marzo 1985, en *Adm. Publique*, 1985, p. 29, para quien las razones de equidad, por muy loables que sean, no pueden prevalecer sobre el texto mismo del reglamento (o de la ley) que no prevé posibilidad alguna de derogar por tales motivos. Sobre la recepción de la equidad en el derecho belga, v. e.o. TUNC, A., *Aux frontières du droit et du non-droit: l'équité*, éd. Nouvelle maison d'édition, Marcinelle, 1977.

⁷²⁶ Respecto a la sentencia precitada, en sus conclusiones, el primer abogado general J.F. Leclercq observó que “sin duda, la prevalencia del principio de legalidad, para ser correcta en derecho, puede tener desagradables consecuencias desde el punto de vista de la equidad. El administrado que se enfrenta a este principio puede no obstante intentar evitarlo, basándose en el derecho común de la responsabilidad civil”.

⁷²⁷ V. por ejemplo Tribunal de apelación, Lieja, 30 de noviembre 2010, n° 1993/RG/32107; Ccass., 06 de octubre 2003, *Office national des pensions c. V.T y C.L.*, n° S030009F.

⁷²⁸ V. e.o. Cconst., n°28/2013 de 7 de marzo de 2013, *M.B.*, 5 de junio de 2013, pt B.1.3.

⁷²⁹ V. DEKKERS, R., *La force majeure et le cas fortuit en droit belge*, Association internationale pour l'enseignement du droit comparé, Bruselas, 1962.

⁷³⁰ Respecto a la proporcionalidad, la razonabilidad y la jurisprudencia belga, v. *supra* nuestros comentarios relativos a la cuestión de compatibilidad de la paridad con estos principios jurisprudenciales (Parte I, Título 2, Capítulo 2, Sección 2, 2.2.2).

concepto “general” y abstracto que deja al juez un cierto margen de apreciación ante un caso concreto⁷³¹.

Limitándonos a la cuestión del género y de las medidas de su aplicación, para los tribunales belgas, la equidad tiene cuenta de circunstancias que no fueron consideradas como pertinentes en la regla general y abstracta y que, por consiguiente, no fueron erigidas en “hecho de derecho”.

Así, para la alta jurisdicción constitucional, las reglas constitucionales de la igualdad y de la no discriminación no excluyen que sea establecida una diferencia de tratamiento entre ciertas categorías de personas a condición de que el criterio de distinción sea susceptible de justificación objetiva y razonable. Por medio de tal justificación, esta diferencia debe apreciarse teniendo cuenta el objetivo y los efectos de la medida criticada, así como la naturaleza de los principios en causa. Y para insistir en el carácter complementario de la equidad, el Tribunal Constitucional afirma que el principio de igualdad está violado cuando se establece que no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo enfocado⁷³².

Por su parte, en la justicia administrativa, el Consejo de Estado considera que el principio de la equivalencia aparece como un simple principio de equidad que, siendo igual cualquier cosa, puede inspirar útilmente la acción administrativa, pero no es una regla de derecho a la cual no se puede derogar sin exceso de poder⁷³³.

En cuanto a la legislación, tanto federal como federada⁷³⁴, evoca con cierta parsimonia, la equidad como uno de los elementos de intervención del juez o de la Administración pública, en particular en materia de tratamientos diferenciados a favor de las mujeres⁷³⁵.

⁷³¹ V. a propósito M. E STORME que escribió que: «Le droit est la mise en œuvre de la justice. La sécurité juridique et l'équité étant deux optiques unilatérales de la justice, on ne peut promouvoir exclusivement ni l'une ni l'autre sans compromettre la justice» (*Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel in het Belgisch verbintenissenrecht*, Gantes- Bruselas, 2004, p. 3).

⁷³² V. C.Arb., 24 de junio 1993, n°422/93 (pt B.5.), en *Journal des tribunaux*, 1993, p. 622. Para la alta jurisdicción, en el caso en que no haya otra jurisdicción competente, la sección de Administración del Consejo de Estado se pronuncia en equidad por sentencias, teniendo en cuenta todas las circunstancias de interés público y privado (pt. B.3.2.).

⁷³³ V. C.Etat, 1 de octubre 1986, en *Adm. Publique*, 1986, p. 121.

⁷³⁴ V. e.o. el decreto del Gobierno flamenco de 17 de julio de 2000, *Besluit van de Vlaamse regering tot vaststelling van de criteria, de voorwaarden en de nadere regelen volgens welke subsidies worden verleend met betrekking tot het VESOC-actieplan voor acties rond de man/vrouw-problematiek*, M.B., 21 septiembre de 2000, p. 32048.

⁷³⁵ V. por ejemplo, Loi du 19 mars 2013 relative à la Coopération au Développement, M.B., 12 abril de 2013, p. 22563.

2.2.2. En Derecho Español

La equidad también se ha desarrollado como concepto auxiliar de justicia – quizá no como principio o por lo menos reconocido como tal – en combinación con el principio general de la igualdad⁷³⁶. Así, “La igualdad abstracta de los derechos ha demostrado cuáles son sus limitaciones en lo que concierne a las mujeres. (...) Debe ser completada con la equidad para poder corregir e incluso superar la simple aplicación de la ley general en la forma de administrar justicia y en la elaboración de leyes, decretos y en la aplicación de medidas teniendo en cuenta la realidad de cada caso”⁷³⁷.

La Constitución en su art.9.2, ya es un crisol promotor para la eclosión jurídica de la equidad puesto que la disposición constitucional fomenta la adopción de medidas correctoras de desigualdades de hecho. En otros términos, consiste en los cimientos de las acciones y discriminaciones positivas que, respecto al principio de igualdad – consagrado en el art. 14 – estarían cubiertas por la equidad. Para encontrar una mención directa a la equidad en el texto constitucional, hay que limitarse sólo a una disposición relativa a un reparto equitativo de los recursos públicos (art. 31.2, Const.).

En cuanto a la equidad propiamente dicha, el Derecho positivo español la ha integrado en distintas ramas suyas⁷³⁸, empezando por el art. 3.2, del Código civil que regula las fuentes del derecho y que establece que “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”. A contrario sensu, implica que la equidad puede ser utilizada pero a condición de ser acompañada de una norma escrita⁷³⁹.

También la equidad, ha aparecido en la legislación a veces generando confusiones con el principio de igualdad por ser considerada como similar, véase sinónimo de éste. A

⁷³⁶ Sobre la equidad en el ordenamiento jurídico español, v. e.o. RIVERO Y SERN, E., MATÍAS MARCOS, F.P. y CLAVERO ARÉVALO, M.F., *Equidad, derecho administrativo y administración pública en España*, ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2011; FALCÓN Y TELLA, M.J., *Equidad, Derecho y Justicia*, ed. Univ. Ramón Areces, Madrid, 2005; pp. 287-469; PEREZ LUÑO, A.E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, ed. Ley, Madrid, 2010; MORA, M.(Dir.), GILES, R. y SALDAÑA, M.N.(Cds.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de Género: Perspectiva Sistemática de la Igualdad desde el Derecho Público*, ed. Atelier Editorial, Barcelona, 2010; BELLOSO MARTÍN, N., “Perspectivas filosófico-jurídicas en el ordenamiento español: la equidad”, en *Estudios sobre el ordenamiento jurídico español: libro conmemorativo del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Burgos, 1996, pp. 741-760; RUIZ RICO, M., *La equidad en el derecho español*, ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, Granada, 1986.

⁷³⁷ MARTÍNEZ SAMPERE, E., “La legitimidad de la democracia paritaria”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 107, 2000, pp. 133-149.

⁷³⁸ Sobre la integración de la equidad en los distintos campos del Derecho español, v. referencias citadas en la nota 517.

⁷³⁹ Además del art. 3.2, existen otras disposiciones del Código Civil que se refieren a la equidad en el mismo sentido tales como los art. 1.154 y 1.690 de Código Civil.

menudo, esta curiosa coincidencia conceptual se halla tanto en las exposiciones de motivos de las leyes adoptadas a nivel nacional como a nivel autonómico.

Así por ejemplo, a nivel nacional, en el marco de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la mejora de la calidad educativa⁷⁴⁰, encontramos numerosas referencias a la equidad como equiparación a la igualdad o un tipo de desigualdad compensatoria⁷⁴¹. Es más, el legislador español parece reconocer a la equidad un estatuto de principio que “*garantice la igualdad de oportunidades para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación, la inclusión educativa, la igualdad de derechos y oportunidades que ayuden a superar cualquier discriminación y la accesibilidad universal a la educación, y que actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que se deriven de cualquier tipo de discapacidad*”⁷⁴².

En cuanto a la legislación autonómica, destacamos la ley asturiana 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género, que, en el marco de la participación de las mujeres a la vida política, indica en su preámbulo que, “para seguir avanzando en materia de igualdad, es preciso que mujeres y hombres tengamos las mismas oportunidades de participar en lo público y compartamos en condiciones de equidad el espacio público y el privado. Para alcanzar estos objetivos, plantea como estrategia la incorporación del principio de igualdad entre mujeres y hombres a todas las políticas públicas y articula una serie de instrumentos para hacerlo posible”⁷⁴³.

⁷⁴⁰ BOE, nº 295, 10 de diciembre de 2013, p. 97858.

⁷⁴¹ V. también la exposición de motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, BOE, nº 299, 15 de diciembre de 2006, p. 44142.

⁷⁴² V. también la Resolución de 23 de abril de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sobre criterios, recomendaciones y condiciones mínimas para la elaboración de los planes de prevención de las situaciones de dependencia y promoción de la autonomía personal; datos básicos del sistema de información del SAAD y Catálogo de referencia de servicios sociales, BOE, nº117, 16 de mayo de 2013. Dicha resolución exige que los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia, deban tener en cuenta, entre otros principios, la igualdad y la *equidad con perspectiva de género*. Entiende que las administraciones públicas, en sus correspondientes planes de prevención de la dependencia, garantizarán “que tanto la valoración de riesgos y necesidades de las personas y grupos sociales como, en su caso, el acceso a las prestaciones y servicios, se realizarán con arreglo a *criterios de equidad e igualdad efectiva de oportunidades*, con la finalidad de evitar la discriminación por razón de sexo (...). En especial, los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia tendrán en cuenta las distintas necesidades de mujeres y hombres - tanto en personas afectadas como en quienes las cuidan- teniendo presente la feminización de la dependencia y adoptando, mientras sea necesario, medidas específicas para mujeres, tendentes a corregir la especial vulnerabilidad por razón de género en cuanto a riesgos de exclusión vinculados a la discapacidad y la dependencia”.

⁷⁴³ Punto 7, en BOE, nº106, 4 de mayo de 2011, p. 44779; V. también el art. 52 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, en BOE, nº38, de 13 de febrero de 2008, p. 7761. Dicha disposición prevé que los poderes públicos andaluces integren la perspectiva de género en las actuaciones de desarrollo rural, contemplando las necesidades de las

El legislador invita a pensar que la equidad engloba el conjunto de medidas compensatorias que tienden a una igualdad real o a una igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Por su parte, la jurisprudencia en los distintos sectores del Derecho positivo español también se ha desarrollado en torno de la equidad.

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha construido una doctrina relativa a la equidad pero fundamentalmente entendida como elemento del principio de igualdad de las partes en el proceso (penal o civil)⁷⁴⁴.

No obstante, al contrario de las leyes, la jurisprudencia parece distinguir claramente la equidad de la igualdad. La primera debe ser interpretada como refiriéndose a la legalidad ordinaria consagrada en el art. 3.2, Cciv. y no al derecho a la segunda. Para la jurisdicción constitucional, así como para las jurisdicciones civiles⁷⁴⁵, la equidad sirve sólo para aplicar las reglas jurídicas cuando éstas acuden expresamente a ella, mientras que la igualdad consiste en un derecho fundamental⁷⁴⁶. Además reiteran su insistencia sobre el carácter supletorio de la equidad aunque se hallan por doquier sentencias del Tribunal Supremo que otorgan a ésta un criterio interpretativo⁷⁴⁷. En fin, el juez español confina la equidad – en cuanto a la interpretación y en la aplicación de las leyes - a una situación de virtualidad y de eficacia ante un vacío legal⁷⁴⁸, pero le niega rotundamente – de momento – el estatuto de fuente de derechos(s)⁷⁴⁹.

Ahora bien, si entendemos que la equidad se manifiesta por medio de principios, mejor reconocidos por el juez español - como el de proporcionalidad, por ejemplo – tenemos la tentación de afirmar que su jurisprudencia se muestra más abierta que sus homologas extranjeras en cuanto a la validación jurídica de medidas positivas. Medidas positivas que la equidad integra como medidas compensatorias de una “igualdad formalmente injusta”.

mujeres y que permitan su “plena participación con equidad” en los procesos de desarrollo rural y contribuyan a “una igualdad real de oportunidades entre mujeres y hombres”.

⁷⁴⁴ En materia penal, el TC ha forjado su jurisprudencia relativa a la equidad sobre la doctrina del TEDH. V. a propósito, BALLAGUER CALLEJON, M^a L., *Igualdad y Constitución española*, ed. Tecnos, Madrid, 2010, pp. 40-43.

⁷⁴⁵ V. en sentido las sentencias del Tribunal Supremo que por una parte, insisten en que la equidad sea expresamente prevista por leyes y, por otra, una vez establecidas las situaciones de potencial aplicación por éstas, que sea aplicada con estricta prudencia y restricciones (ATS, 291/2004, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2001).

⁷⁴⁶ V. TC, auto nº58/1983, de 16 de febrero de 1983, FJ 3º.

⁷⁴⁷ V. e.o. STS 17529/ 1993, de 14 de mayo de 1993.

⁷⁴⁸ V. a propósito STS 867/1992, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 1992.

⁷⁴⁹ Entendido como fuente de derecho positivo y como generadora de derechos subjetivos.

2.2.4. En Derecho francés

Como era de esperar, la equidad choca con los principios muy anclados en el Derecho francés como son la universalidad y sobre todo la igualdad⁷⁵⁰. En efecto, el ordenamiento jurídico francés está impregnado de la prevalencia de la Ley, de las reglas escritas, basadas ellas mismas en la igualdad y que los jueces han de velar en su correcta aplicación.

No obstante, el legislador quizá consciente de la necesidad de conformar el Derecho con la realidad o lo substancial, reenvía siempre más a la equidad que encontramos explícita e implícitamente en varias disposiciones del Código Civil⁷⁵¹, entre otros. Es más, uno de los redactores más eminentes de dicho código, J. E. Portalis⁷⁵², no dudó escribir que «cuando la ley está clara, hay que seguirla; cuando está obscura, hay que profundizar las disposiciones. Si nos faltan leyes, hay consultar los usos y la equidad. La equidad es el regreso a la ley natural en el silencio, la oposición o la obscuridad de las leyes positivas»⁷⁵³. Ahora bien, a pesar de la brecha abierta a favor de la equidad por uno de los padres del Código Civil, el derecho privado francés, caracterizado por la prevalencia de la Ley, limita el margen de actuación de los jueces. Éstos tienen que conformarse con las reglas de derecho y no pueden referirse a la equidad si el legislador no lo ha autorizado⁷⁵⁴. Y el Tribunal de casación vela por el respeto de esta regla, al censurar las decisiones de fondo basadas en consideraciones vinculadas exclusivamente con la equidad.

En cambio, el derecho administrativo francés se abrió muy pronto a la noción de equidad porque fue ella la que empujó al Consejo de Estado en su labor de plantear progresivamente las reglas de derecho administrativo, desde el famoso fallo *Blanco*⁷⁵⁵ que creó y liberó la jurisprudencia administrativa de la influencia de la

⁷⁵⁰ Paradójicamente, la doctrina francesa es muy abundante respecto a la introducción de la equidad en el Derecho. V. e.o. LAMBERT, T. (dir.), *Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité*, ed. Economica, París, 1999; ALBIGES, Ch., *De l'équité en droit privé*, París, LGDJ, 2000; CADIET, L., «L'équité dans l'office du juge civil», en *Justices*, n°9, 1998, pp. 87 y ss.; FOULETIER, M., *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, París, 2002; PAVIA, M. -L. y otros, *L'équité dans le jugement. Actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCOP, les 3 et 4 novembre 2000*, Ed. l'Hartmann, París, 2001, TERRE, F., *Réflexions sur un couple instable: égalité et équité*, en *APD*, 2008, p. 25; SANSZ DE ALBA, P., *Sur quelques aspects de l'équité*, thèse, Université d'Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, 1960.

⁷⁵¹ V. e.o. los art. 278, 280-1, 565, 1135 Cciv. y más implícitos, los art.641, al. 6, 645, 1152, al. 2, 1244, al. 2, 1374 y 1966 Cciv.

⁷⁵² Jean-Étienne-Marie Portalis (1746 – 1807) fue jurista y político durante el periodo de la Revolución Francesa y del primer imperio. V. a propósito, LEDUC, E., *Portalis: une grande figure de l'histoire napoléonienne*, ed. E.Leduc, París, 1991; GERHARD, U., *Debating Women's Equality: Toward a Feminist Theory of Law from a European Perspective*, Rutgers University Press, 2001.

⁷⁵³ *Discours préliminaire sur le projet de Code civil, présenté le 1er pluviôse an IX*.

⁷⁵⁴ V. en este sentido el art. 12, del Nuevo Código de procedimiento civil.

⁷⁵⁵ Tribunal des conflits, 8 février 1873, *M. Blanco contre Manufacture des tabacs de Bordeaux*, Rec. Lebon, p.61; v. e.o. BRAIBANT, G., "Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat", en *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, París, 1989.

jurisprudencia civil. Es más, la doctrina administrativa considera la equidad como el fundamento común a los principios de la jurisprudencia administrativa⁷⁵⁶.

El juez administrativo, conciliador del interés público y del interés privado, ante tal disyuntiva, debe reconocer a cada uno la parte que le pertenece gracias a la justicia natural. Por ello, el derecho administrativo ha sido llevado a tomar constantemente el carácter que marca y define una tal concepción: la equidad. En otras palabras, la “esencia del derecho administrativo es constituir un derecho de equidad, capaz de alejarse de la rigidez de los textos del derecho público y del derecho privado”⁷⁵⁷.

Ante el tribunal administrativo francés, la equidad se desarrolla con la noción de interés general como tela de fondo, escribiendo así sus “letras de nobleza” en el ámbito de la responsabilidad del poder público⁷⁵⁸. Con cierta circunspección, el mismo juez ha extendido progresivamente la equidad a otros sectores del derecho administrativo⁷⁵⁹, debiendo pronunciarse primero en derecho y no en equidad⁷⁶⁰.

De su lado, el juez constitucional considera el principio de equidad sólo como una simple referencia⁷⁶¹, un añadido, un principio complementario que tiene un rol supletorio para paliar las carencias de los principios fundamentales que tienen una función estricta en la aplicación del principio de igualdad. Es verdad que reconoce que éste no es absoluto y que algunas diferencias de tratamiento pueden aplicarse cuando las circunstancias lo exigen. La alta jurisdicción constitucional se conforma con la simple concepción equitativa de la igualdad y deja al legislador el cuidado de indicar los ámbitos en los que se adoptan las medidas positivas (cuotas, paridad, etc.).

Así pues, el Consejo Constitucional, se ha pronunciado por lo menos en una veintena de decisiones referidas más o menos explícitamente a la equidad y en distintos ámbitos: penal⁷⁶², fiscal⁷⁶³, educacional⁷⁶⁴, sanitario⁷⁶⁵, generacional⁷⁶⁶ y sobre todo electoral. Así, por ejemplo, en su decisión 2000-438 DC de 10 de enero de 2001⁷⁶⁷, consideró como conforme a la Constitución la ley orgánica destinada a mejorar la

⁷⁵⁶ V. e.o. CINTURA, P., «L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif», en *Revue internationale de droit comparé*, n°3, 1972, pp. 657-676.

⁷⁵⁷ SANDEVOIR, P., *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, París, 1964, p. 309.

⁷⁵⁸ V. CÉtat, 21 de junio de 1895, *Cames, Rec.*, 1895, p. 509, Concl. ROMIEU, note HAURIOU.

⁷⁵⁹ WOEHRUNG, J.M., «L'équité et le contentieux administratif», en WOEHRLING, J.M. (dir.), *Les transformations de la justice administrative*, Economica, Publications de l'LD.L., París, 1995, p. 217.

⁷⁶⁰ CÉtat, 6 de julio de 1956, *Dame Monfort, Rec.*, 1956, p.296.

⁷⁶¹ ROBERT, L., "Egalité et équité: le point de vue du Conseil constitutionnel", en LAMBERT, Th. (dir.), *op.cit.*, p. 28.

⁷⁶² CCF, Decisión n° 2011-190, QPC de 21 de octubre de 2011, *J.O.R.F.*, de 22 octubre de 2011, p. 17969.

⁷⁶³ CCF, Decisión n° 2012-662, DC de 29 diciembre de 2012, *J.O.R.F.*, de 30 de diciembre de 2012, p. 20966.

⁷⁶⁴ CCF, Decisión n° 2005-512, DC de 21 de abril de 2005, *J.O.R.F.*, de 24 de abril de 2005, p. 7173.

⁷⁶⁵ CCF, Decisión n° 93-332, DC de 13 de enero de 1994, *J.O.R.F.*, de 18 de enero de 1994, p. 925.

⁷⁶⁶ CCF, Decisión n° 97-388, DC de 20 de marzo de 1997, *J.O.R.F.*, de 26 de marzo de 1997, p. 4661.

⁷⁶⁷ CCF, Decisión n° 2000-438, DC de 10 de enero de 2001, *J.O.R.F.*, de 16 de enero de 2001, p. 784.

equidad de las elecciones en la asamblea de la Polinesia francesa. La idea matriz de la ley consistía en tener en cuenta las evoluciones demográficas respecto a la jurisprudencia constitucional relativa a la igualdad de sufragio. Basándose en una decisión anterior⁷⁶⁸, el Consejo autorizó la toma en cuenta, de manera limitada, de imperativos de interés general susceptibles de atenuar el alcance de la regla fundamental por la que las bases electorales deben ser esencialmente demográficas.

Dicha decisión constitucional, adoptada en la misma época que otra relativa a la paridad electoral⁷⁶⁹, refleja la posición de la alta jurisdicción respecto a la vinculación entre la equidad y la igualdad por una parte y entre la equidad y las medidas limitadas y provisionales que llamamos acciones y discriminaciones positivas, por otra.

En efecto, el propio Consejo constitucional admite que el principio de igualdad no se aplica con la misma intensidad ni con las mismas reglas de una materia a otra y añade que esta variación de intensidad radica a veces en las contradicciones entre la jurisprudencia constitucional y la voluntad política. Contradicciones que fueron superadas por una revisión constitucional, refiriéndose entre otras a la paridad hombres-mujeres en la vida política⁷⁷⁰. Entendemos que el Consejo Constitucional parece abrir la vía a un reconocimiento de la equidad – sin nombrarlo - y del papel de ésta en el desarrollo y la legitimidad de las medidas positivas que engloba.

⁷⁶⁸ CCF, Decisión n° 86-208 DC de 1 y 2 de julio de 1986, *Rec.*, p. 78, cons. 21.

⁷⁶⁹ V. supra Parte I, Título 2, Capítulo 2.

⁷⁷⁰ V. CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Les discriminations positives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Exposé présenté lors de la visite au Conseil constitutionnel d'un groupe d'universitaires britanniques*, septiembre de 2004.

TITULO II

LA PARIDAD Y UNA NUEVA LECTURA DEL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD

Los elementos de nuestra reflexión ya están planteados: un principio de igualdad atropellado por sus variantes polémicas y sus aplicaciones siempre más contradictorias, por lo menos en apariencia; una paridad a la cual algunos le dan la “unción” de principio jurídico, cuando en realidad, se trata de una medida de acción positiva; y en fin, una equidad apenas reconocida por esconderse detrás de ciertos conceptos jurídicos y que, no obstante, merece erigirse entre los principios de derecho.

Presentados así, dichos elementos podrían hacernos pensar que nuestro propósito consiste en destruir los fundamentos de la igualdad y sustituirla por la equidad al formular ésta como un principio del mismo calibre que aquella.

Aunque es grande la tentación de revolucionar más de doscientos años de “igualdad universalista” – a partir de la *Déclaration universelle des droits de l’homme et du citoyen* – la sensatez y la humildad nos obligan a conformarnos con desenredar la relación entre la igualdad y todas las medidas que pretenden algo más que la corrección de unas situaciones desiguales: un equilibrio, una cierta idea de la justicia (Capítulo I).

Ahora bien, el desenlace es pacífico porque estas medidas, con la paridad en primer lugar, se inscriben en el marco de la equidad que se caracteriza por la búsqueda de un equilibrio entre el objetivo de una igualdad y las realidades desiguales. Equidad que, elevada al rango de principio, sólo pretende la complementariedad con el principio de igualdad (Capítulo 2).

La paridad materializa esta conexión entre ambos principios y sobre todo, contribuye por una parte a una nueva aprehensión de la igualdad y por otra, a la adhesión social a normas que sirvan a una sociedad más justa.

Capítulo 1

La paridad y sus límites con el principio de igualdad

A la luz del principio de igualdad, la paridad se enfrenta a las contingencias de los fundamentos de aquel principio. En efecto, por su universalismo, por la prevalencia de su formalismo y por el carácter discutible de sus declinaciones⁷⁷¹, la igualdad integra difícilmente la paridad porque ésta, en su esencia, pretende corregir una desigualdad o mejor dicho, un desequilibrio para (r)establecer una situación equitativa.

En definitiva, este delicado encaje conceptual tiene sus orígenes en dos diferencias existentes de pretensiones y de tipología entre igualdad y paridad. La primera radica en los objetivos perseguidos por cada una. Si tienen un fundamento común formado por los hechos, la paridad va no obstante más allá de las exigencias del principio de igualdad (Sección 1).

La segunda diferencia radica en el hecho de que la igualdad y la paridad se distinguen en cuanto a su naturaleza jurídica. Mientras que la primera tiene rango de principio de derecho – general - tanto en el Derecho internacional como en la mayoría de los ordenamientos nacionales, la segunda consiste en un instrumento, una medida de acción positiva, que ha sido consagrada en pocos sistemas jurídicos (Sección 2).

Sección 1: La paridad más allá de las pretensiones del principio de igualdad

El desfase “encubierto” entre la igualdad y la paridad tiene en su origen un fundamento común, sin que haya cuestión alguna de confusión o de punto de comparación (1.1). Ese punto de partida que ambas comparten, no da lugar a una búsqueda paralela de un mismo objetivo. En efecto, a cada una le ha sido asignado un fin diferente aunque puedan aparecer semejanzas.

Por tanto, la pretensión fundamental de la igualdad consiste en tratar de manera igual las situaciones semejantes y de manera distinta las situaciones diferentes⁷⁷² (1.2.) mientras que la paridad tiende a un trato equivalente entre aquellas situaciones (1.3.).

⁷⁷¹ V. *supra* Parte I, Título I, Capítulo 1, Sección 1.

⁷⁷² Esta afirmación tradicional relativa a la igualdad contiene no obstante importantes matices. V. *infra* 1.2.

1.1. Un punto de partida común: el examen de comparación

Tanto la igualdad como la paridad comparten una situación de partida negativa. En un caso, se trata de una discriminación, en otro, de un desequilibrio. En ambos casos, dicha situación lo es de hecho, aunque pueda tener un trasfondo teórico.

Así, por ejemplo, en la primera situación, las mujeres que se ven excluidas de la *Cofradía de Pescadores de El Palmar* (España) están *discriminadas* por el motivo de su género⁷⁷³. En la segunda, una vez reconocido su igual derecho al de los hombres en formar parte de dicha asociación, suponemos que su presencia en la junta directiva es nula o muy reducida, se trata de un *desequilibrio* que tendrá que corregirse eventualmente por la adopción de medidas a favor de una representación equilibrada.

La *Cofradía de Pescadores de El Palmar* fundada en 1238 es una asociación de derecho privado que se dedica, principalmente, a la explotación de la riqueza piscícola de la Albufera. Entre las normas consuetudinarias que la rigen, algunas suponen que el derecho a pescar – el “redolí” – en L'Albufera es atribuible a los hijos y nietos varones de los cofrades. En 1997, unas mujeres solicitaron su ingreso en dicha asociación con el fin de darse de alta como patronas pescadoras, solicitud que fue rechazada por la junta directiva, por motivo de que las solicitantes no reunían los requisitos exigidos para tramitar la correspondiente alta en la *Cofradía*. En realidad, nunca se había admitido a las mujeres única y exclusivamente por el hecho de ser mujeres, aunque se haya tratado de aparentar como una cuestión de formalidades basadas en normas de derecho hereditario.

El Tribunal Supremo hubo de pronunciarse en 2001 sobre el recurso introducido por la *Cofradía* contra la sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de 24 de abril de 1999 que ya confirmaba el derecho de las mujeres a formar parte de dicha asociación. A su vez, el Tribunal rechazó también el recurso de la *Cofradía* apoyándose en varios fundamentos jurídicos relativos a la prohibición por sexo tanto en el ordenamiento español como en el Derecho internacional y en particular en el ámbito laboral. Se destaca la singularidad de la sentencia por referirse, por una parte, al derecho estadounidense y a las “affirmative actions”, en general, y a la resolución del Tribunal Supremo americano del asunto *United States vs. Virginia*, de 1996⁷⁷⁴ que permitió el trabajo de la mujer en las fuerza armadas de Virginia, “con todo lo que significaba el quebrar unos usos y tradiciones que para la mentalidad del americano medio, eran intocables”⁷⁷⁵. En fin, la alta jurisdicción recordó la jurisprudencia comunitaria que, por medio de la sentencia *Coloroll Pension Trustees*, prohíbe

⁷⁷³ V. RAMÓN FERNÁNDEZ, F., *El ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar y la transmisión hereditaria del “redolí”*, Colección oberta Ciències socials, Universitat de Valencia, Valencia, 2001.

⁷⁷⁴ Sentencia *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 533, 1996.

⁷⁷⁵ STS 811/2001, de 08 de febrero de 2001.

discriminaciones sexuales entre los trabajadores por parte y en el seno de las autoridades públicas así como en el sector privado⁷⁷⁶.

Así pues, en las situaciones de la igualdad y de la paridad, hay una ruptura inicial – la desigualdad y el desequilibrio – con lo que contemplan la igualdad y la paridad. Ruptura que se observa a la hora de proceder al examen de comparabilidad entre dos personas, dos o más grupos de personas, dos situaciones, etc. El examen no es sólo sobre las características respectivas de ambas personas, ambos grupos de personas o de situaciones implicados en la comparación, sino también sobre el tipo de trato que se les está aplicando. Ahora bien, este análisis que en general incumbe al juez, se limita a constatar una diferencia que aún no cualifica de desigualdad o de desequilibrio.

Tanto en el marco de la igualdad como en el de la paridad, el proceso de comparabilidad tiene sólo en esta etapa una connotación técnica. Así pues, ésta se apoya en observaciones que competen a otra índole distinta a la del Derecho. Es verdad no obstante, que la igualdad se inscribe principalmente en una perspectiva jurídica, mientras que la paridad se analiza al amparo de la política -¿oportunidad política?

Cuando se trata de la igualdad, el examinador se ayuda por ejemplo de la Filosofía y de la Historia – en sus respectivas variantes política y jurídica – tal como lo hizo el Abogado General Sharpston en sus conclusiones relativas al asunto *Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH)* ante el TJUE, refiriéndose a la igualdad aristotélica⁷⁷⁷ y consideraciones históricas⁷⁷⁸. En cambio, en el caso de la paridad – como las demás medidas positivas – se tomarán en cuenta, a veces ciegamente, los datos estadísticos ofrecidos por las ciencias sociales, políticas, etc. aunque ese tipo de referencias dice más bien de la actuación del legislador que del juez, desconfiado del contenido de los datos en este examen de comparabilidad.

En realidad, este examen no permite pronunciarse de manera definitiva desde el prisma de la justicia que sostiene la igualdad así como la paridad⁷⁷⁹. De hecho, la justicia se manifestará más allá de la comparación. La desigualdad y el desequilibrio serán injustos cuando se demuestre que están causados por una diferenciación o una

⁷⁷⁶ TJCE, 28 de septiembre de 1994. *Coloroll Pension Trustees Ltd contra James Richard Russell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton y Coloroll Group plc.*, C-200/91, Rec., 1994, p. I-04389.

⁷⁷⁷ V. conclusiones del Abogado general Sharpston previas a la sentencia del TJCE, 22 de mayo de 2008, *Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, C-427/06, Rec., 2008 p. I-07245, párrafo 44.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, párrafo 45; V. por ejemplo STC 13/2009, de 19 de enero de 2009, FJ 11º en el cual afirma que el “(...) tratamiento diferenciado encuentra justificación suficiente en cuanto pretende corregir una situación *histórica* de discriminación de la mujer en la vida pública”.

⁷⁷⁹ Esta observación es válida también para el examen de la paridad al amparo de la equidad.

asimilación – las mujeres a los hombres, por ejemplo – sin que estén *justificados*⁷⁸⁰ por un motivo válido.

En definitiva, las agresiones injustificadas a la igualdad y a la paridad serán las únicas que afectarán a la justicia. No obstante, la justificación eventual de una desigualdad llamada “discriminación” y de un desequilibrio llamado “subrepresentación”, ya es objeto de dos perspectivas que distinguen la igualdad y la paridad.

1.2. La igualdad o la pretensión de la identidad

La igualdad y la identidad son nociones a la vez cercanas y antinómicas⁷⁸¹. Cercanas porque la igualdad, en su sentido original - universal y formal - implica la identidad de los derechos para cada sujeto⁷⁸². La identidad se entiende aquí como el trato idéntico de situaciones idénticas o al revés, el trato distinto de situaciones distintas. Las mismas reglas se aplican a las mismas situaciones. Antinómicas porque la igualdad no permite la toma en consideración de los aspectos factuales y materiales de las situaciones que le sean sometidas. El particularismo induce a una diferenciación de trato en la regla de derecho, lo que es contrario a los fundamentos de la igualdad. En otros términos, la sola identidad que la igualdad reconoce, es la de “identicidad” de las situaciones y no la de elemento diferencial.

La pretensión a la identidad marca en realidad los límites de la igualdad porque enfoca sólo las situaciones idénticas con el fin de recibir un mismo trato⁷⁸³. Ahora bien, aquellas son más bien el hecho de una abstracción generada por el formalismo de la igualdad, aunque la jurisprudencia deja entrever los elementos de una identidad “relativa” de situaciones que la igualdad contemplaría.

En el caso de una identidad perfecta al cual aspira la igualdad, la jurisprudencia es poco fecunda. Así por ejemplo, el TJUE se refiere a veces a esta identidad pero “merodeando” en sentencias que tienen poca relevancia o que están suplantadas por otras sentencias que se refieren a la identidad relativa⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ Para la Real Academia Española, son “conformes a justicia y razón” u “obran según justicia y razón”.

⁷⁸¹ V. CHARPENTIER, L., *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, en *RTDE*, n°2, 1996, p. 281.

⁷⁸² Art.6 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme et du Citoyen* (1793).

⁷⁸³ LUCHAIRE, F., “Un janus constitutionnel: l'égalité”, en *RDJ*, 1986, p. 1229.

⁷⁸⁴ V. e.o. TJCE, 23 de febrero de 1983, *Kommanditgesellschaft in der Firma Wagner GmgH*, C-8/82, *Rec.*, 1983, pt. 18; TJCE, 11 de marzo de 1982, *De Pascale*, C-164/80, *Rec.*, 1982, p. 909, pt. 20.

En cuanto al TEDH, utiliza poco el vocablo de “situaciones idénticas” y cuando lo hace, a menudo se sitúa fuera del campo del art. 14 CEDH⁷⁸⁵. Ahora bien, el mismo tribunal tuvo ocasión de recordar que la constatación de la discriminación sólo es posible si se demuestra que las situaciones tratadas de manera distinta eran análogas o comparables, y en el caso concreto, concluyó que la situación de las demandantes era idéntica⁷⁸⁶.

Por su parte, en las jurisprudencias nacionales, la identidad perfecta ha sido poco objeto de sentencias por las mismas razones. Es más, los jueces nacionales no tienen en cuenta la “intensidad” de la identidad - perfecta o relativa - cuando no la rechazan abiertamente⁷⁸⁷. De ello, surgirá una doble consecuencia respecto a la pretensión de la identidad en la igualdad.

La primera se manifiesta en la incompatibilidad, o por lo menos, en límites de las medidas positivas. Éstas necesitan de la constatación de una diferencia de situación que sea reconocida por el legislador y el juez. Ahora bien, éste tiene la tendencia a reducir los casos de diferencia extendiendo la identidad relativa, llamada también la equivalencia de situaciones.

La segunda afecta a la cuestión de la otra identidad ya evocada, la que distingue a los individuos entre ellos en base a criterios como la raza o el sexo, por ejemplo. La pretensión a la identidad en el marco de la paridad, refleja el desfase entre ésta y la igualdad por el hecho de poder categorizar a los individuos - negro-blanco, hombre-mujer, etc. - sin tener en cuenta todas las diferencias de sus situaciones.

En definitiva, la razón misma de la igualdad ofrece un espacio muy reducido, véase nulo, para poner en práctica medidas de reajuste para conformar las normas con los hechos. Su supuesta apertura a la paridad, que más de unos han “descubierto” en la jurisprudencia europea e interna, en realidad ha debilitado su esencia al introducir, por una parte, formas de igualdad no muy pacíficas - substanciales, de resultados, etc. - y, por otra, variaciones de “intensidad” del carácter idéntico de las situaciones que el mismo juez tiene dificultad en valorar.

⁷⁸⁵ V. e.o.TEDH, 25 de agosto de 1987, *Lutz c. Alemania*, 9912/82, Série A., p. 123; TEDH, 23 de marzo de 2002, *SA Immeubles groupe Kossier c. Francia*, 38748/97; TEDH, 21 de marzo de 2002, *APBP c. Francia*, 38436/97, en *JCPG.*, 2002, I, p. 157; TEDH, 16.04.2002, *SA Dangeville c/ Francia*, Rec., 2002-III.

⁷⁸⁶ TEDH, 23 de octubre de 1997, *National and provincial building sty, the leeds permanent building sty et the yorshire building sty c. Reino Unido*, Rec., 1997-VII, apdo. 88.

⁷⁸⁷ En Bélgica, v. e.o. CArb., 16 novembre 2000, n° 114/2000, *M.B.*, 7 décembre 2000, p. 40955; Cass., 13 janvier 1997, *Pas.belge*, n° 28, 1997; en España, v. e.o., STS 5755/2013, de 26 de noviembre de 2013, FJ 5°; STC 22/2010, de 27 de abril de 2010, *BOE*, n°129, de 27 de mayo de 2010; STC 122/2008, de 20 de octubre de 2008, *BOE*, n° 281, de 21 de noviembre de 2008; en Francia, v. e.o. CCF, Décision n°2013-685, 29 décembre 2013, *JORF*, 30 décembre 2013, p.22188.

1.3. La paridad o la pretensión a la equivalencia

En cuanto a la paridad, ésta se fundamenta principalmente en la cuestión de la identidad entendida aquí como el reconocimiento de la diferencia (1.3.1.). A esta pretensión vienen a incorporarse otras que marcan la diferencia con la igualdad: la equivalencia de los derechos (1.3.2.), el equilibrio (1.3.3.) y finalmente la justicia (1.3.4.).

Veremos que estas pretensiones u objetivos que asignamos a la paridad corresponden a la función de la equidad como principio complementario al principio de igualdad.

1.3.1. La identidad como criterio diferencial

La pretensión de la paridad consiste en principio en el reconocimiento de identidades distintas ya evocado y debatido con vehemencia en el marco de la legislación de la medida paritaria⁷⁸⁸. Al igual que las demás acciones o discriminaciones positivas que enfocan las diferencias raciales, étnicas o socioeconómicas, por ejemplo, la paridad sirve a la diferencia identitaria sexual. Ir en contra de este reconocimiento o reconocerle poca relevancia sería un hecho de desequilibrio, véase de...desigualdad(!) si seguimos la posición de los paritaristas⁷⁸⁹.

Así pues, la idea de la democracia paritaria se inscribe en el respeto de la “diversidad” que fue el “leitmotiv” de los debates parlamentarios relativos tanto a su introducción en los ordenamientos nacionales como a las políticas públicas en general. En efecto, desde los años 1980, diversas teorías políticas defienden la oportunidad, incluso la necesidad de reconocer las identidades diferentes. Algunas de ellas han contribuido al desarrollo de la legislación antidiscriminatoria – internacional⁷⁹⁰, europea⁷⁹¹ y nacional – basada en la exigencia de este reconocimiento⁷⁹². Es más, participaron en la eclosión de la llamada “política identitaria” que consiste en el reconocimiento político y jurídico de las diversidades de todo tipo, incluida a fortiori, la diversidad sexual.

Por lo tanto, la pretensión principal de la paridad se distingue de la igualdad porque reivindica, véase exacerbe, la exigencia del reconocimiento de la identidad sexual.

⁷⁸⁸ V. *supra* Parte I, Título 2, Capítulo 2, sección 2.

⁷⁸⁹ V. *supra* Parte I, Título 2, Capítulo 2, sección 1.

⁷⁹⁰ V. e.o. el CEDAW de 1979.

⁷⁹¹ Respecto al Consejo de Europa, v. e.o. el Protocolo n° 12 al CEDH; en cuanto a la Unión Europea, v. e.o. las directivas precitadas contra las discriminaciones, así como la Carta de los Derechos fundamentales de la UE.

⁷⁹² V. en este sentido TAYLOR, Ch., “The Politics of Recognition”, en *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1994.

Ahora bien, al igual que las otras medidas positivas, la paridad ha generado numerosas críticas enfocadas sobre la oportunidad o la justificación de esta exigencia. ¿Tiene ésta por efecto favorecer o, al contrario, perjudicar las otras pretensiones de la paridad como la equivalencia o el equilibrio, etc.?⁷⁹³ Esa búsqueda de la identidad, ¿no consiste en una visión simplista y minimalista de las características de un grupo, en este caso, el de las mujeres? En fin, hay quienes afirman que la paridad cosifica – en el sentido de la reificación - la existencia de este grupo al fomentar su exclusividad y su polarización con otros grupos, los hombres en primer lugar pero no necesariamente sólo ellos.

En definitiva, la paridad pretende en principio la identificación sexual de los titulares de los derechos en una perspectiva representativa, en la cual se inscribe hoy en día la gobernanza política y mañana los otros sectores, comenzando por lo económico⁷⁹⁴.

1.3.2. La equivalencia

A la pretensión identitaria, viene añadiéndose la pretensión a la equivalencia de los derechos. Puesto que la paridad refleja el dualismo sexual en la vida política como en otros ámbitos de la sociedad, el reconocimiento identitario exige un reconocimiento de derechos equivalentes entre mujeres y hombres, y no derechos iguales.

La noción de equivalencia no es desconocida. Tanto el derecho del CEDH como el de la UE recurren a ella a la hora de tener en consideración varias situaciones semejantes sin ser por lo tanto idénticas⁷⁹⁵. En esta perspectiva, nos situamos otra vez en una pretensión distinta a la de la igualdad.

Esta equivalencia se entiende más aun porque exige un trato distinto en el ejercicio de los derechos – el de participar en las funciones y cargos electivos – y porque tiene por criterio de diferencia la identidad sexual. Trato distinto que, para explicar y asentar su legitimidad, aproximamos a la igualdad, esforzándonos no obstante en distinguir ésta de la equivalencia. En otros términos, el hecho de tratar

⁷⁹³ En España, unas autoras como A. Valcárcel o C. Amoros se oponen enérgicamente a la asociación de la identidad con la defensa de intereses diferentes basada en el criterio sexual. Critican en este sentido el “feminismo de la diferencia” que pretende la representación por grupo de las mujeres construida sobre la idea de que sólo ellas pueden entender y defender bien sus propios intereses. V. e.o. AMORÓS, C., “Igualdad e identidad”, en VALCÁRCEL, A., *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pp. 29-48.

⁷⁹⁴ V. *supra* los comentarios relativos a las cuotas sexuales en las empresas cotizadas en bolsa (Parte 1, Título 2, Capítulo 2)

⁷⁹⁵ Sobre la noción de equivalencia en el Derecho comunitario, v. e.o. las sentencias TJCE, 10 de febrero de 1994, *Courage*, C-398/92, Rec., p. I-476; TJCE, 26 de septiembre de 1996, *Data delecta and Forsberg*, C-43/95, Rec., I-4661; TJCE, 15 de septiembre de 1998, *Edis*, C-231/96, Rec., p.I-4951. V. también OLIVER, P., “Le règlement 1/2003 et les principes d’efficacité et d’équivalence”, en *CDE*, 2005, n° 3-4, p. 351.

diferentemente a dos individuos o grupos de individuos sobre el criterio del sexo – con el presupuesto de que éste fue la causa de la discriminación – obliga a la satisfacción de una equivalencia de derechos, y no a una igualdad de estos.

En nombre de esta equivalencia, se instauran las acciones positivas, como las cuotas o la paridad, que tienden a garantizar el goce efectivo de las mujeres y de los hombres de sus derechos. Por tal diferencia, ambos sexos participan paritariamente en la vida política, pero ellas, con una ayuda normativa que fuerza el alcance efectivo de su derecho – el de ser candidatas a una función electiva – y ellos, con una restricción supuestamente provisional del ejercicio del derecho político a ser candidatos elegibles.

En otras palabras, la paridad pretende una equivalencia de derechos y no una igualdad de éstos. Refiriéndonos a la terminología española, nos acercamos así a la idea de la equiparación de los derechos entre hombres y mujeres. Se ha introducido una modificación en el procedimiento del ejercicio del derecho a la representación política con el fin de establecer una equiparación entre ambos sexos en los derechos⁷⁹⁶. Equiparación o equivalencia que da cuenta del reconocimiento de la identidad de género.

En fin, la pretensión a la equivalencia tiene su importancia no sólo en el marco de la distinción entre la paridad y la igualdad, sino también en el procedimiento del examen de validez por parte del juez respecto a la medida paritaria. En efecto, la equivalencia resulta de la “identidad” de las consecuencias jurídicas de las situaciones respectivas de las mujeres y de los hombres. Así pues, lo importante no es la identidad abstracta del contenido de una norma o de la situación, sino la identidad de los resultados concretos como una representación equilibrada de ambos sexos en los lugares decisionales de todos los sectores de la sociedad.

Este matiz nos aporta un elemento comparativo propio del control de comparación en el ámbito de la igualdad. En efecto, la equivalencia nos obliga a considerar dos situaciones a la vez jurídicas y factuales – la de las mujeres y la de los hombres – en sus aspectos concretos – una subrepresentación y una sobrerrepresentación⁷⁹⁷. La equivalencia trata ambas situaciones de la misma manera para un resultado similar pero no igual. Es más, permite una sustitución, es decir la sustitución concreta de un derecho por otro.

⁷⁹⁶ V. en este sentido MACÍAS JARA, M., “El principio de presencia equilibrada en la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, IV, 2011, p 245. Para la autora, “(...) es la propia presencia equilibrada de ambos géneros en todos los ámbitos y niveles, con independencia de los valores que asuman y que manifiesten, lo que generará justicia social. Por eso, la igualdad está en otra parte, en otro pacto”.

⁷⁹⁷ JOUANJAN, O., “Egalité”, en ALLAND, D. y RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, París, 2003, p. 585.

Para el juez, a la hora de valorar las medidas positivas, la equivalencia contribuye a la determinación de una base común de comparación completa y adecuada entre dichas situaciones que asocian los elementos jurídicos con los elementos de hecho. Como para la igualdad, la paridad supone *prima facie* comparar situaciones concretas para detectar las discriminaciones a combatir con la ayuda de una medida positiva que permita, a pesar de la diferencia, una equivalencia de derechos, una equivalencia entre los individuos⁷⁹⁸.

En definitiva, la equivalencia de la paridad tiende a reducir la distancia existente entre mujeres y hombres. Justifica la diferencia de trato si establece y mantiene un equilibrio entre ambos grupos.

1.3.3. El equilibrio

Haciendo eco de la idea de justicia integrada en el concepto mismo de la medida positiva⁷⁹⁹, el objetivo de equilibrio asignado a la paridad refleja, por una parte, su estrecha relación con la equivalencia y por otra, una mejor adecuación entre la medida paritaria y la equidad en lugar de la igualdad⁸⁰⁰.

La paridad pretende - o debería pretender – una *representación equilibrada* de ambos sexos en algunos o en todos los sectores de la sociedad (política, economía, educación, cultura, defensa, etc.). El equilibrio que la medida contempla, consiste en algo más que una simple operación aritmética realizada al final de un procedimiento de asignación o de una elección.

En otras palabras, no pretende llegar a un resultado cuantitativo de cincuenta por ciento de mujeres y de cincuenta por ciento de hombres presentes en los órganos decisoriales y consultivos, en términos absolutos. El equilibrio no impone una igualdad que suele ser entendida en este caso como una igualdad de “resultados”. Su exigencia, más realista y más conforme con la libertad del electorado y de los elegibles, consiste en un acceso y en un ejercicio equitativos del derecho a la participación en la gobernanza.

Tanto las instituciones internacionales como los Estados que han promovido la democracia paritaria, han enfocado la representación en el equilibrio y no en la igualdad. Así pues, en su recomendación de 2003 relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en la toma de decisión política y pública, el Consejo de Europa definió el equilibrio como una representación de al menos 40%

⁷⁹⁸ En este sentido, reenviamos al examen judicial de las acciones y discriminaciones positivas (cf. *supra* Parte I, Título I, Capítulo 1).

⁷⁹⁹ V. *infra* 1.3.4.

⁸⁰⁰ V. *infra* Capítulo 2.

de cada sexo en cualquier órgano decisonal político y público, siendo libre el 20% restante. Este umbral era considerado como una vía de acceso a un equilibrio cuantitativo y cualitativo⁸⁰¹. Para la organización europea de los derechos humanos, la democracia paritaria se define por un equilibrio de la presencia de ambos sexos en todas las instituciones, siendo en definitiva, otro modo de repensar y mejorar la democracia⁸⁰².

Por su parte, la UE también ha considerado el equilibrio de género en el proceso decisonal como objetivo declarado y han sido adoptadas en este sentido recomendaciones o resoluciones, inspirándose en la definición de la participación equilibrada propuesta por el Consejo de Europa⁸⁰³.

En cuanto a los ordenamientos jurídicos que han adoptado la paridad – en su sentido amplio - la *representación equilibrada* constituye la pretensión más eficaz para justificarla. Así, en España, con la ocasión de la cuestión de constitucionalidad de la LOIMH de 2007, el Tribunal Constitucional señaló que la medida introducida por dicha ley - composición equilibrada de la presencia de mujeres y de hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el 60% ni sean menos del 40%⁸⁰⁴ - no establecía “(...) una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo a un sexo sobre otro), *sino una fórmula de equilibrio entre sexos*⁸⁰⁵, que tampoco [era] estrictamente paritaria, en cuanto que *no impon[ía] una total igualdad*⁸⁰⁶ entre hombres y mujeres, sino la regla de que unos y otras no podrían integrar las candidaturas electorales en una proporción inferior al 40 por 100 (o lo que es lo mismo, superior al 60 por 100). Su efecto, pues [era]

⁸⁰¹ Recomendación (2003)3 del Comité de Ministros sobre la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público, de 12 de marzo de 2003; v. también Resolución 1348 (2003) sobre la representación equilibrada entre hombres y mujeres en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

⁸⁰² V. SINEAU, M., *Parité. Le Conseil de l'Europe et la participation des femmes à la vie politique*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 2004, p. 47.

⁸⁰³ Recomendación 96/694/CE del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión, *D.O.U.E.*, L 319, 10 de diciembre 1996, p. 11; Resolución del Parlamento Europeo sobre las mujeres y la toma de decisiones, *D.O.U.E.*, C 346, 4 de diciembre de 2000, p. 82; Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012, sobre la representación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones políticas: calidad e igualdad, *D.O.U.E.*, C 251 E, 31 de agosto de 2013, pp. 11-18.

⁸⁰⁴ Sobre el concepto de la representación equilibrada en España, v. e.o. DELGADO, I. (ed.), *Alcanzando el equilibrio: el acceso y la presencia de las mujeres en los parlamentos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; RUBIO CASTRO, A., “El principio de presencia equilibrada en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva”, en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV*, 2011, pp. 223-249; BIGLINO CAMPOS, P., “Variaciones sobre las listas de composición equilibrada (Comentario a la STC 12/2008)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 83, 2008, pp. 277-299; GARCÍA SORIANO, M.V., “El principio de presencia equilibrada en el art. 44 bis de la LOREG y el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad: análisis crítico de la última reforma de la LOREG”, en *Feminismo/s, Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, nº12, diciembre de 2008, p. 153; MACÍAS JARA, M., “El principio de presencia equilibrada en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá, IV*, 2011, pp. 223-249.

⁸⁰⁵ Subrayado por nosotros.

⁸⁰⁶ Ídem.

bidireccional, en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo⁸⁰⁷.

En base a las consideraciones del juez constitucional español, podemos concluir que la representación equilibrada o la paridad no son medidas correctoras con el fundamento de restablecer una *igualdad* – numérica o no - entre hombres y mujeres en los recintos y ejecutivos decisoriales. El equilibrio promovido por la paridad subraya en realidad un pleno ejercicio de la ciudadanía que no ignora la identidad de sus actores: hombres y mujeres.

1.3.4. La justicia

Tomando la expresión del juez constitucional español, la paridad no constituye una fórmula matemática que impondría una igualdad de cuotas más allá de cualquier procedimiento electoral y/o nominal⁸⁰⁸. En realidad, la paridad está sujeta a la ideología de la libre competencia y de la meritocracia en el marco de una justicia distributiva que no llega a una igualdad de resultados⁸⁰⁹.

La equivalencia y el equilibrio reflejan esa idea de justicia que ofrece, a todas y a todos, la oportunidad dar voz a su representación y participación efectiva en el ejercicio de los poderes. Y sólo se trata de una oportunidad. No de resultados. No es la cuestión obtener obligatoriamente un parlamento compuesto por mitad de mujeres y otra mitad de hombres. Imponer de este modo una “paridad absoluta” convertiría en hacer de ésta un instrumento, sin duda alguna, de una igualdad implacable pero una igualdad injusta respecto a los hombres y a las mujeres.

En efecto, más que contribuir a mejorar el funcionamiento democrático de nuestras instituciones y de nuestra sociedad en general, la paridad numérica contribuiría a la imposición de una igualdad artificial o formal definitiva – ¡esa misma igualdad que supuestamente la paridad pretende combatir! – que haría del género un elemento mismo de la abstracción del concepto de ciudadano⁸¹⁰. Y esa misma abstracción, lejos de corresponder a una *justa* representación y participación de ambos sexos en la gobernanza, cubriría otras y nuevas situaciones *injustas* respecto a grupos de individuos en su seno respectivo – sería el caso por ejemplo de los grupos homosexuales, lesbianos, bisexuales, transexuales, etc.

⁸⁰⁷ STC 12/2008, de 29 de enero de 2008, FJ 3º.

⁸⁰⁸ Respecto a la vinculación entre las acciones positivas y la justicia, v. e.o. LE POURHIET, A.M., *Discriminations positives ou injustice?*, en *RFDA*, 1998, p. 519.

⁸⁰⁹ V. en este sentido MARQUES-PEREIRA, B., “Quotas ou parité: Enjeux et argumentation” en *Recherches féministes*, vol. 12, n° 1, 1999, pp. 103-121.

⁸¹⁰ V. *infra* sección 2.

Sin entrar en consideraciones avanzadas, podríamos decir que en realidad, la paridad se encuentra en el cruce entre distintas maneras de aprehender la justicia. Así por ejemplo, a la vista del principio de igualdad, ésta puede entenderse, de manera clásica, como siendo una justicia conmutativa que comporta un elemento de igualdad aritmética⁸¹¹. En este caso, la paridad – como cualquier medida positiva - no tendría su razón de ser, puesto que se dedica a sobrepasar un simple marco matemático y universal, con el fin de concretar un equilibrio representativo y participativo de ambos sexos en la gobernanza. Esta distinción nos aclara pues las pretensiones respectivas de la igualdad y de la paridad. Mientras que la primera busca una igualdad ciega a las diferencias, la segunda busca un equilibrio entre las identidades masculina y femenina.

En suma, a la diferencia de la igualdad formal, la justicia se convierte en un objetivo concreto a realizar⁸¹². La paridad, como las otras medidas positivas, constituye una baza para materializar esta justicia distributiva, llamada también justicia social⁸¹³. Participa en la idea según la cual la justicia no consiste en una jerarquía de bienes ni en una distribución de recursos, sino ante todo en el establecimiento de una relación sin dominación entre los sujetos de derecho.

Sección 2: Incoherencias y confusiones entre paridad e igualdad

A la luz de lo que precede y de lo destacado previamente, las dificultades de adecuación de la paridad con el principio de igualdad reflejan más allá que una cuestión de incompatibilidades coyunturales que se solucionarían con arreglos discutibles desde el punto de vista de la coherencia. Indican en realidad que la paridad – y las otras medidas positivas – relevan o deberían relevar de otra perspectiva, de otro principio que el de la igualdad.

Por tanto, para acabar con la relación antinómica o por lo menos, de difícil encaje entre la paridad y el principio de igualdad, subrayamos las incoherencias por una parte (2.1.) y las confusiones existentes por otra (2.2.) entre la medida paritaria y el principio de derecho.

⁸¹¹ TERRÉ, F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 4^e édition, 1998, p. 14.

⁸¹² CONSTANTINESCO, V., “La justice dans l’Union Européenne”, en *Philosophie politique*, n° 9, 1996, p. 99.

⁸¹³ Sobre el concepto de la justicia social y su alcance, v. e.o. SELEME, H., *Las fronteras de la justicia distributiva: una perspectiva rawlsiana*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011; ROSANVALLON, P., *La société des égaux*, Édition du Seuil, París, 2011; BOUDON, R., “Justice sociale et intérêt général: à propos de la théorie de la justice de Rawls”, en *RFSP*, 1975, pp. 193-221.

2.1. Incoherencias entre el principio y la medida

La problemática de la conformidad de las medidas de discriminación y de acción positivas con el principio de igualdad ha sido brevemente evocada en la primera parte de este estudio y la doctrina a este propósito es muy abundante⁸¹⁴. No obstante, focalizándonos en la paridad en sí y en su relación con la igualdad, destacaremos al menos tres tipos de incoherencias que inducen al error de asociar la medida con el principio. Así pues, nos encontramos con una doble incoherencia entre la igualdad y la paridad: de naturaleza (2.1.1) y de alcance (2.1.2.).

2.1.1. Incoherencia de naturaleza entre el principio y la medida

La primera incoherencia es considerable en el sentido en que se oponen un principio general de derecho y una medida supuestamente a su servicio, pese a que algunos le otorgan una naturaleza de principio que ya hemos relevado previamente⁸¹⁵. La contradicción entre ambas tiene varias y múltiples facetas.

El concepto de “principio general de derecho” o “principio general” procede de la jurisprudencia administrativa de los Consejos de Estado francés y belga⁸¹⁶ y del Código civil español (art. 1.4). Y ganando importancia en los sistemas jurídicos⁸¹⁷, se trata de un “(...) inicio: pero más en particular un inicio en el orden ideal, un inicio

⁸¹⁴ V. *supra* Parte I, Título 1, Capítulo 2. Además de las referencias precitadas, v. también e.o. ABIKHZER, F., “La discrimination positive en France: un concept mort-né? L’avenir juridique d’une conception identitaire”, en *RRJ*, 2005, vol. 1, p. 2081; LETTERON, R., “Les droits des femmes entre l’égalité et l’apartheid juridique”, en *L’évolution du droit international, Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Ed. A. Pedone, París, 1998, p. 281; IDEM, “L’action positive en faveur des femmes”, en LAMBERT, Th., *Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité*, Economica, París, 1999, p. 65; STEELE, S., “Les effets pervers de l’affirmative action”, en CALVÈS, G. (dir.), *Les politiques de discrimination positive, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d’actualité mondiale*, n°822, 1999, p. 37.

⁸¹⁵ V. *supra* Parte I, Título 2, capítulo 2.

⁸¹⁶ En Francia, el concepto apareció a través de tres fallos del Consejo de Estado: CÉtat, 26 octobre 1945, arrêts *Aramu, Belloir et Mattei*, Rec. pp. 213-215; en Bélgica, fue introducido en septiembre de 1970 por el procurador general Ganshof van der Meersch en un discurso titulado “*Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*” que pasó revista a una serie de reglas que procedían de distintas ramas del derecho que han sido cualificadas como “principios” o “principios generales” (V. a este propósito JAUMOTTE, J., “Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative”, en BLERO, B., *Le Conseil d’État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 593-697).

⁸¹⁷ En cambio, los términos de la redacción del art. 1.4, CCiv español hacen pensar que los principios generales de derecho tienen sólo una función supletoria respecto a la ley e incluso a la costumbre. La segunda fuente supletoria de la ley son los principios generales del Derecho. Sobre el contenido dudoso de dichos principios en Derecho español, v. e.o. JIMÉNEZ PARÍS, T.A., *Las fuentes supletorias de la ley y la aplicación de las normas jurídicas*, Universidad Complutense, Madrid, 2011; JIMÉNEZ CANO, R.-M., “Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español”, en *Revista telemática de filosofía del derecho*, n°. 3, 1999-2000, pp. 1-18.

en el orden de las ideas más que en el encadenamiento cronológico de los hechos. En el ordenamiento jurídico, considerado como tal, los principios generales son así pues proposiciones fundamentales que, en esta esfera, no se deducen de ninguna otra”⁸¹⁸.

Como normas jurídicas formuladas en términos generales, los principios generales se imponen al Derecho positivo porque suelen ser considerados como fundamento original de éste, tal como el principio de igualdad. Es más, a diferencia de una norma – y más aún si se trata de una medida – como la paridad, el principio de derecho no presupone algo preexistente, mientras que ésta sí que deriva de un principio. En nuestro caso, deriva de un “principio equivocado” – el de la igualdad – cuando su origen se halla en otro principio: el de la equidad. Por lo tanto, la igualdad es determinante como principio en la actuación jurídica de los sujetos de derecho y no la paridad que es un criterio valorativo de ella misma. Es el principio de igualdad el que sirve de guía a quienes aplican e interpretan las normas – paritarias o no – y el que les ayuda a solucionar los casos singulares.

Por otra parte, la paridad, como medida, traduce la expresión de un imperativo instrumental – establecer un equilibrio representativo de género - cuya existencia está determinada por un principio que tiene un marco funcional más amplio.

También, la medida paritaria y el principio de igualdad se diferencian porque éste no se replantea por estar en contradicción con aquella. En cambio, la paridad puede enfrentarse al principio de igualdad o de soberanía del electorado, por ejemplo. Es más, puede oponerse a otra medida del mismo rango y de la misma categoría jurídica, así como a otra medida positiva (cuotas electorales, incentivos financieros, etc.). En este caso, se trata de antinomias; una norma que desplaza a otra. Ahora bien, entre el principio de igualdad y la paridad, la incoherencia de naturaleza se ubica justamente en una contradicción enfocada en el tiempo. En efecto, la igualdad está inscrita en la permanencia, véase en una dimensión intemporal, mientras que la paridad, al ser una acción o discriminación positiva, tiene por vocación tener fecha de caducidad una vez alcanzado el objetivo del equilibrio representativo asignado.

En definitiva, la paridad no puede pretender instituirse como un principio efímero o por lo menos tributario de unas circunstancias que le son previas - es decir una subrepresentación de género – ni de circunstancias posteriores – el equilibrio o la paridad absoluta alcanzada. Como cualquier acción o discriminación positiva, la instauración y el mantenimiento de la paridad dependen de una constatación de hechos discriminatorios, de una valoración en términos de proporcionalidad y de oportunidad de las medidas correctoras a adoptar y del cumplimiento o no del objetivo. El caso de las cuotas electorales en Bélgica es ejemplar a este propósito. Introducidas en la legislación electoral de 1994 y a la vista de los resultados poco

⁸¹⁸ BUCH, H., “La nature des principes généraux du droit”, en *Revue de droit international et de droit comparé*, 1962, pp. 54-58.

significativos que suponían generar, las cuotas fueron sustituidas por otra medida positiva: la paridad.

2.1.2. Incoherencia de alcance: oportunidad vs. inmutabilidad

En cuanto al alcance respectivo del principio de igualdad y de la norma paritaria, existe también una contradicción o por lo menos una diferencia difícilmente conciliable entre ambos. En efecto, por alcance, entendemos que la igualdad trata de la legalidad y de la neutralidad del principio que la contiene, mientras que la paridad enfoca la oportunidad de su implantación y el marco político que la sostiene.

En términos absolutos, el conjunto de las acciones y discriminaciones positivas funciona como el principio de los vasos comunicantes en el sentido de que éstas otorgan oportunidades a una categoría de individuos en detrimento de otra categoría. La justificación de este “movimiento” radica en una situación de inicio desequilibrada. La medida positiva sólo actúa sobre esta situación torcida sin por lo tanto perjudicar a las personas que no estaban discriminadas. Se dará pues por entendido que la paridad se inscribe en una lógica de apreciación de oportunidad, a saber, la oportunidad de elección de un tipo de medida – la paridad – en vez de otra, así como la oportunidad de restringir los derechos de unos con el fin de mejorar los de otros.

Además de la oportunidad técnica que la caracteriza, la paridad se confunde con todos los instrumentos al servicio de una ideología o de una corriente política determinada⁸¹⁹. Así pues, algunos han reconocido la paridad igual que las otras medidas positivas en el “solidarismo”, que consiste en una doctrina política y social general a mitad camino entre el colectivismo y el liberalismo.

Inspirándose del derecho de las obligaciones contractuales⁸²⁰ y basada en la solidaridad colectiva⁸²¹, esta corriente modera el uso de la libertad con el fin de preservar una igualdad o un equilibrio que pueda servir de guía a la instauración de las medidas positivas. Éstas se fundamentan en una ideología política que no es incompatible con el ideal de justicia social que el solidarismo contractual encarna en

⁸¹⁹ En este sentido, v. *supra* nuestros comentarios relativos a la distinción terminológica entre acción y discriminación positiva (Parte I, Título I, Capítulo 2).

⁸²⁰ V. e.o. ARNAUD, N., “Une doctrine de l’Etat tranquillisante: le solidarisme juridique”, en *ADP*, 1976, p. 150; GRYNBAUM, L., NICOD, M., “Avant propos”, en L. GRYNBAUM y M. NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Economica, Coll. Etudes juridique, n° 18, París, 2004; MAZEAUD, D., “Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle?”, en *L’avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Ed. du jurisclasser, París, 1999, p. 603; JAMIN, C., “Plaidoyer pour le solidarisme contractuel”, en *Le contrat au début du XXIème siècle, Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, París, p. 441.

⁸²¹ MERCAT-BRUNS, M. (dir.), *Personne et discrimination: perspectives historiques et comparées*, Dalloz, Coll. Actes, París, 2006.

el ámbito jurídico, del mismo modo que no lo es con las ideas de lealtad, de solidaridad que constituyen su base⁸²².

En cambio, el principio de igualdad es inmutable frente a las oportunidades técnicas y políticas. El universalismo y el formalismo que identifican la igualdad en sus fundamentos se manifiestan por la neutralidad y la legalidad que guían dicho principio. Probablemente, ambas nociones no sobrepasan el marco jurídico y seguramente no toma en cuenta la cuestión de oportunidad de adopción o no de las medidas positivas. En este sentido, lo han entendido, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense como las jurisdicciones europeas – TEDH y TJUE – y nacionales. Se remiten al autor de la ley paritaria en cuanto a la valoración, otra que jurídica, de su adopción⁸²³.

En definitiva, la incoherencia de naturaleza entre el principio de igualdad y la paridad se suelda también con una contradicción entre lo que las sostiene respectivamente en cuanto al término – corto, medio, largo o sin – y a la oportunidad.

2.2. Confusión terminológica

Como ya lo señalamos, la paridad es un vocablo matemático con el cual resulta difícil transigir⁸²⁴, vocablo que define la mixidad necesaria en los lugares de poder que deberían ser es la imagen aproximativa. Por ello, según los partidarios de la paridad, ésta se ha convertido en el equivalente político del principio de igualdad⁸²⁵.

Sin embargo, ellos mismos reconocen la inoportunidad de la asimilación de la paridad a la igualdad porque ésta es un concepto claro y radical y porque la paridad se ha transformado en una palabra genérica en la que cabe todo lo que tiene que ver con la igualdad de sexos⁸²⁶. A la igualdad universalista y abstracta, se opone una paridad basada en la identidad y en lo concreto. Es más, llegan a admitir el efecto negativo de la superposición de ambos términos porque es una causa de malentendidos que nosotros cualificamos de incoherencias. La paridad no es la igualdad...

Aun así habría una vinculación entre la igualdad y la paridad, ésta marca a aquella sólo desde el exterior, a través de la aritmética (“50-50”) y nada más. La paridad, en efecto, no da ningún contenido a la igualdad y lleva, a menudo, a interpretaciones

⁸²² MAZEAUD, D, *ibíd.*

⁸²³ V. *supra* Parte I, Título 1, Capítulo 2.

⁸²⁴ Sobre este aspecto, v. MELIN-SOUCRAMANIEN, F., “La parité n’est pas l’égalité... (brèves remarques sur les limites aux discriminations positives)”, en *D., Trib.*, 2006, p. 873.

⁸²⁵ FRAISSE, G., “La parité, un mot bon à tout faire”, en *Travail, genre et sociétés*, 2002, n° 7, pp. 117-121.

⁸²⁶ *Ibid.*

que nos confirman la contradicción entre el principio y la medida. Así, al suponer que la paridad designa a la igualdad, en realidad enfoca el reparto del poder. Algunos se aventuraron a presentar la paridad como ¡un valor añadido de la igualdad! Ahora bien, ¿cómo se puede concebir una medida que representa algo más que la igualdad y que, al mismo tiempo, sirve a esta última?

En definitiva, la confusión terminológica entre igualdad y paridad refuerza las incoherencias enunciadas previamente, poniendo el acento en la contradicción entre la igualdad y la paridad en términos de principio y de medidas.

Capítulo 2

Le paridad al servicio de la complementariedad entre la igualdad y la equidad

Difícilmente encajable con el principio de igualdad, la paridad, al igual que las otras medidas positivas, se inscribe en la noción de equidad, medidas que son sólo una concepción equitativa de la igualdad⁸²⁷. Algunos afirman en este sentido que si el legislador instaure acciones y discriminaciones positivas, lo hace por “razones de equidad”⁸²⁸.

Ahora bien, hay que reconocer que John Rawls, el padre de la *Teoría de la justicia redistributiva* y uno de los promotores más importantes de la equidad, nunca había establecido formalmente el vínculo entre ésta y las discriminaciones positivas. En realidad, las ideas del filósofo norteamericano han influido significativamente en las reflexiones doctrinales actuales aunque éstas no las han respetado íntegramente.

Más que una noción, la equidad, como principio jurídico, ha sido – y lo será siempre más – el generador de las medidas positivas. Constituye así la referencia, en complementariedad con el principio de igualdad, para su introducción en el ordenamiento jurídico. De algún modo, *igualdad* y *equidad* son ambos los principios que asientan todas las acciones y discriminaciones positivas – incluida la paridad – adoptadas para erradicar las discriminaciones a la luz de la igualdad y los desequilibrios injustos a la luz de la equidad (Sección 1).

Sin duda alguna, el recurso a la equidad permite consolidar la base jurídica de la paridad. Pero, siendo una aplicación del principio equitativo, ésta ha contribuido de manera definitiva al replanteamiento de la lectura del principio de igualdad, por una parte, y por otra, de ir más allá que esta consecuencia al otorgar una naturaleza “consustancial” al principio de equidad. En otros términos, la paridad participa en la renovación del papel de la igualdad en el marco de la justicia por aclaraciones conceptuales y gracias al reconocimiento de la equidad como principio jurídico (Sección 2).

⁸²⁷ V. e.o. ROBERT, J., “Le principe d’égalité dans le droit constitutionnel francophone”, en *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 3 - novembre 1997, pp. 1-16.

⁸²⁸ HAQUET, A., “L’action positive, instrument de l’égalité des chances entre hommes et femmes”, en *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 2, avril-juin 2001, pp. 305-333.

Sección 1: El desarrollo de una doble base jurídica: igualdad y equidad

Por haber desmontado el vínculo supuestamente intrínseco de la paridad – y otras medidas de acción o de discriminación positiva – con la igualdad, nos incumbe apoyarla en uno o varios fundamentos jurídicos.

Una solución consiste en reforzar o crear una sólida articulación entre la igualdad y la equidad, con el fin, por una parte, de preservar el fundamento del Estado de Derecho democrático que es el principio de igualdad en su sentido clásico – es decir universal y formal o más bien, la igualdad ante la ley – y de resolver o al menos reducir, las desigualdades y los desequilibrios que éstos generan.

Encontraremos así las primicias de articulación entre igualdad y equidad en las normas, incluyendo las más importantes desde el punto de vista de la jerarquía normativa (1.1.), aunque el desarrollo de esta doble base jurídica ha sido obra de los tribunales (1.2.).

1.1. La doble base normativa

Desde el punto de vista normativo, la articulación de la igualdad con la equidad ya existe pero con ciertas dificultades en cuanto al desarrollo de sus funciones respectivas. En efecto, a veces, el autor de la regla de derecho se enreda en confusiones terminológicas que generan tanto creaciones conceptuales artificiales o poco relevantes, como bloqueos de aplicación por motivo de que el resultado del control de fondo y de forma de dicha regla – a priori o a posteriori – impide a ésta surtir sus efectos⁸²⁹.

Pese a estos apremios, el binomio igualdad-equidad aparece siempre más en los textos internacionales (1.1.1.) y en las legislaciones nacionales (1.1.2.). Así, una mayor concienciación normativa respecto a la idea de una justicia efectiva y la toma en consideración de informaciones de otra índole que no se jurídica – datos estadísticos, sociológicos, históricos, por ejemplo – han contribuido a esta significativa necesidad de aclarar y mejorar la combinación del principio de igualdad con el principio de equidad.

⁸²⁹ V. *infra* las consideraciones relativas a la doble base jurisprudencial (1.2.) y a las aplicaciones jurisprudenciales en adelante (sección 2).

1.1.1. En Derecho internacional

En el ámbito internacional del Derecho, haciendo caso omiso de la confusión entre los términos de equidad e igualdad que ya hemos destacado⁸³⁰, son abundantes las referencias a ambos conceptos. Por ello, enfocando la cuestión paritaria, fijamos nuestra atención de nuevo sobre los ordenamientos jurídicos supranacionales que han desarrollado o respaldado las medidas de acción y de discriminación positiva, es decir la ONU a través de la CEDAW y otros convenios (1.1.1.1.), el Consejo de Europa (1.1.1.2.) y la Unión Europea (1.1.1.3.).

1.1.1.1. La doble base “onusiana” (ONU)

En cuanto a la promoción de la igualdad de género y a la protección contra cualquier discriminación en contra de las mujeres bajo el mandato de la ONU, la CEDAW y otros instrumentos internacionales correspondientes aprobados en su seno, incluyen disposiciones sobre las medidas positivas temporales para lograr la igualdad.

Como ya hemos indicado, desde la Declaración y el Plan de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing de 1995⁸³¹, la “participación equilibrada” se inscribe en el marco jurídico de las Naciones Unidas. Inspiradora de las cuotas belgas – y de otros países a continuación – y, más tarde, de la representación equilibrada española, tiende a establecer una igualdad efectiva entre ambos sexos a través del cambio de las estructuras políticas y públicas⁸³² por el alcance de la “masa crítica”, es decir, el 30% de mujeres en todos los ámbitos y todos los niveles de participación a la gobernanza.

A este nivel, ya podemos observar que, por una parte, hay confusión entre los medios y los resultados puesto que se impone un resultado – la masa crítica – en los órganos decisionales y no como mero objetivo a alcanzar, y por otra, esta confusión refleja el carácter equitativo de las medidas preconizadas para conseguir el resultado asignado.

Hasta la adopción de la “Declaración de Beijing”, los instrumentos internacionales trataban la igualdad de género en general y la misma igualdad en la participación a la vida política en el marco de un principio de igualdad, aun impregnado de formalismo y del universalismo que fundamenta los Derechos Humanos contemporáneos⁸³³.

⁸³⁰ V. supra Título I, Capítulo 1, Sección 2.

⁸³¹ V. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing, septiembre de 1995, Naciones Unidas, Nueva York, 1996 (A/CONF.177/20/Rev. 1).

⁸³² El concepto de participación equilibrada fue inventado por la socióloga MOSS KANTER, R., *Men and Women of the Corporation*, Basic Books, New York, 1977.

⁸³³ V. e.o. Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 20 de diciembre de 1952, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 640 (VII), de 20 de

Así, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1952, aprobada por las Naciones Unidas, tiene como finalidad reconocer la igualdad de derechos políticos y civiles con el hombre⁸³⁴. Dicha convención se inscribe entonces, como muchas disposiciones internacionales y nacionales, en el marco de la prohibición de la discriminación por razones de sexo. En otros términos, proclamó el goce de los derechos políticos de la mujer en igualdad de condiciones que el hombre y la no discriminación. Predominaba entonces el principio de igualdad en su aprehensión “clásica”. Los textos internacionales en la materia, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, siguieron también la referencia universalista de la igualdad – proclamada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 – aunque reconocieron la necesidad de lograr una igualdad efectiva⁸³⁵.

Pese a la constatación de la necesidad de concretar los derechos políticos de la mujer, el impulso de la adopción de medidas positivas sólo fue materializado con la CEDAW de 1979⁸³⁶. Había que convertir en la práctica y en la realidad, las posibilidades teóricas de participación política a través de “medidas especiales de carácter temporal”⁸³⁷ que unos llaman “affirmative actions” y otros, “acciones o medidas positivas”. En efecto, el enfoque de la igualdad formal no era suficiente para lograr la igualdad “sustancial” de la mujer con el hombre.

Tampoco bastaba garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. En realidad, había que tener en cuenta las diferencias biológicas que hay entre ambos sexos y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. Por ello, la Recomendación general n° 25 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) preconiza que en determinadas situaciones, es necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias⁸³⁸.

En el ámbito político, aunque el Comité CEDAW ha adoptado una recomendación específica sobre esta cuestión⁸³⁹, la recomendación n° 25 requiere el establecimiento de una *estrategia*⁸⁴⁰ efectiva que tienda a reducir la subrepresentación de la mujer y a redistribuir el poder entre ambos sexos⁸⁴¹.

diciembre de 1952; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (art.25); v. también supra Parte I, Título II, Capítulo 2, Sección 1.

⁸³⁴ V. e.o. el preámbulo de la Convención sobre los derechos políticos de la mujer precitada.

⁸³⁵ V. también el art. 25, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁸³⁶ Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981.

⁸³⁷ Art. 4, párrafo 1, de la CEDAW.

⁸³⁸ V. Recomendación general n° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.

⁸³⁹ Recomendación general 23, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 16° período de sesiones, 1997, U.N. Doc. A/52/38.

⁸⁴⁰ Subrayado por nosotros.

⁸⁴¹ Recomendación n° 25, apdo. 18.

De lo que precede, se puede deducir así la combinación entre el principio de igualdad y el de equidad. La CEDAW es un instrumento jurídico dinámico, lo que implica que va más allá de la igualdad formal y que integra, expresa e implícitamente, la equidad a través, por una parte, del significado y del alcance de dichas medidas especiales en la convención, y por otra parte, de las recomendaciones del Comité CEDAW a los Estados Partes. Así por ejemplo, invita a los Estados a tener en cuenta otros factores aparte de las cualificaciones y los méritos, incluida la aplicación de los principios de equidad democrática y participación electoral⁸⁴².

También se traduce la combinación igualdad-equidad por medio del reconocimiento de las diferencias biológicas existentes entre ambos sexos, así como las diferencias elaboradas por la sociedad y la cultura⁸⁴³. Por ello, el Comité CEDAW indica que en determinadas situaciones es necesario tratar a las mujeres y a los hombres de manera distinta con el fin de equilibrar esas diferencias. En otras palabras, nos hace referencia a la identidad de los grupos a favor de los cuales se instauran las medidas positivas⁸⁴⁴, así como el equilibrio que éstas pretenden restablecer. Y no la igualdad.

En fin, quizás inhábilmente, la convención y las recomendaciones generales exigen que las mujeres tengan las mismas oportunidades que los hombres, con el fin de conseguir la igualdad de resultados⁸⁴⁵ que es la supuesta “culminación lógica de la igualdad sustantiva o de facto”⁸⁴⁶. Imponen a los Estados unos resultados cuando en realidad, la igualdad de oportunidades tiene vocación a “dejar libertad” a las circunstancias que no obligan a una igualdad de resultados.

Resulta en efecto, llamativo que, en los textos de la ONU, se determine de antemano un conjunto de exigencias relativas a la presencia de las mujeres para que tengan “una oportunidad justa y equitativa de competir en la obtención de todos los cargos públicos, tanto electivos como no electivos, promoviendo el equilibrio de género en todos los cargos públicos, incluidas las delegaciones ante las Naciones Unidas y otras reuniones y conferencias internacionales”⁸⁴⁷.

⁸⁴² Apdo. 23, de la recomendación precitada

⁸⁴³ “Las necesidades y experiencias permanentes determinadas biológicamente de la mujer deben distinguirse de otras necesidades que pueden ser el resultado de la discriminación pasada y presente cometida contra la mujer por personas concretas, de la ideología de género dominante o de manifestaciones de dicha discriminación en estructuras e instituciones sociales y culturales. Conforme se vayan adoptando medidas para eliminar la discriminación contra la mujer, sus necesidades pueden cambiar o desaparecer o convertirse en necesidades tanto para el hombre como la mujer. Por ello, es necesario mantener en examen continuo las leyes, los programas y las prácticas encaminados al logro de la igualdad sustantiva o de facto de la mujer a fin de evitar la perpetuación de un trato no idéntico que quizás ya no se justifique” (apdo.11, Recomendación general n°25).

⁸⁴⁴ Respecto a la vinculación entre la paridad y la identidad, v. *supra* Capítulo I, Sección 1, 1.2.

⁸⁴⁵ Apdo. 8, de la recomendación precitada.

⁸⁴⁶ Apdo. 9, ídem.

⁸⁴⁷ Resolución A/RES/58/144, de 22 de diciembre de 2003, de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativa a la participación de la mujer en la política.

En definitiva, el alcance dinámico de la CEDAW se destaca por una combinación entre la igualdad y la equidad, quizás desequilibrada a favor de ésta por la importancia otorgada a la identidad biológica de ambos sexos y la confusión entre la igualdad de oportunidades y de resultados, sin contar con las referencias al equilibrio y a la justicia.

Ahora bien, esta dinámica convencional no surte efectos directos a favor de los justiciables porque sus disposiciones obligan sólo a los Estados partes a tomar todas las medidas útiles, de manera que, sin medida de ejecución concreta, no pueden aplicarse en el ordenamiento jurídico interno. Los jueces de éste lo saben, y a la hora de pronunciarse sobre la validez de una paridad o de una cuota, demuestran cierta prudencia, por no decir reacia al referirse a dicha convención porque ésta replantea la lectura “clásica” del principio de igualdad⁸⁴⁸.

Así, en el marco de la cuestión y del recurso de inconstitucionalidad presentados ante el Tribunal constitucional español en 2008, en relación con el art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general⁸⁴⁹, los jueces recordaron que: “(...) fuera de los mandatos genéricos en favor de la igualdad entre hombres y mujeres, los convenios internacionales no se pronuncian, en principio, sobre los concretos instrumentos utilizables por los Estados para darles cumplimiento”⁸⁵⁰.

Además, aunque afirmaron no querer entrar en valoraciones sobre los sistemas jurídicos extranjeros, los jueces españoles aprovecharon la ocasión para destacar las dificultades constitucionales francesas relativas a las cuotas y a la paridad y subrayar la singularidad del aparato constitucional español por el contenido del art. 9.2, CE, “canon constitucional único” respecto a los ordenamientos de los países vecinos. Es verdad, hay que reconocer la perfecta combinación entre los art. 14 y 9.2, CE que, a nuestro modo de entender, refleja la del principio de igualdad, inscrito en la primera disposición con la equidad, cuya base jurídica constitucional es la segunda.

⁸⁴⁸ V. en este sentido en Francia, Cour administrative d'appel de Paris, 5ème Chambre, 31 janvier 2013, inédit, *Rec. Lebon*, 2013: “(...) Considérant, d'autre part, que Mlle B... ne peut utilement contester la décision fixant le pays de destination en invoquant les stipulations des articles 2 et 16 de la convention des Nations-Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes qui requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire leurs effets à l'égard des particuliers” (apdo. 14); en Bélgica, CArb., 4 novembre 1998, n° 110/98, M.B., 19 novembre 1998.

⁸⁴⁹ V. *supra*, Parte I, Título II, Capítulo 2.

⁸⁵⁰ STC 12/2008, de 29 de enero de 2008, FJ 2º.

1.1.1.2. La doble base en los Derechos humanos del Consejo de Europa

La vinculación entre la igualdad y la equidad aparece también en numerosos instrumentos del Consejo de Europa, tanto en los producidos por el Comité de Ministros como por la Asamblea Parlamentaria. Por su parte, el texto mismo del CEDH y el protocolo correspondiente que se refiere a las medidas positivas, también evocan la doble base jurídica de éstas.

Así por ejemplo, recientemente en 2013, por medio de la Comisión para la igualdad entre las mujeres y los hombres, el Comité de Ministros adoptó la “Stratégie 2014-2017 pour l'égalité entre les femmes et les hommes”⁸⁵¹ que incluye, entre otros objetivos estratégicos, la garantía de *participación equilibrada* de las mujeres y de los hombres en la toma de decisiones políticas y públicas.

Por una parte, recordó las recomendaciones ya adoptadas en este ámbito⁸⁵² que aluden tanto al principio de igualdad como a las medidas necesarias para el establecimiento de un equilibrio de representación y de participación política de ambos sexos. Por otra, los Ministros evocaron la recomendación de 2007 relativa a las normas y a los mecanismos de igualdad entre las mujeres y los hombres⁸⁵³ que consiste en una aproximación multisectorial en la aplicación de las normas y que combina - por lo que concierne a la participación de las mujeres a la gobernanza política - la obligación de respeto del principio de igualdad y de prohibición de cualquier discriminación sexual⁸⁵⁴ con la necesidad de tomar medidas que tiendan al equilibrio entre ambos sexos en el ejercicio de funciones y cargos electivos⁸⁵⁵.

En cuanto al Convenio Europeo de los Derechos Humanos, ya hemos subrayado la conexión entre el principio de igualdad que lo sustenta y la equidad que interviene en distintos aspectos del mismo convenio. Aquí la importancia de la vinculación entre ambos principios radica sobre todo en la obra del Tribunal de Estrasburgo, por los criterios de validez jurídica que emplea en el examen de las medidas positivas adoptadas por los Estados partes, supuestamente atentatorias a las libertades individuales⁸⁵⁶.

⁸⁵¹ CM(2013)136 final 6 novembre 2013, Commission pour l'égalité entre les femmes et les hommes (GEC) – Stratégie 2014-2017 pour l'égalité entre les femmes et les hommes.

⁸⁵² Recommandation Rec (2003)3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la participation équilibrée des femmes et des hommes à la prise de décision politique et publique; Recommandation 1899 (2010)1 de l'Assemblée parlementaire, “Augmenter la représentation des femmes en politique par les systèmes électoraux”; Recommandation 1413 (1999) de l'Assemblée parlementaire, “Représentation paritaire dans la vie politique”.

⁸⁵³ Recommandation CM/Rec(2007)17 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les normes et mécanismes d'égalité entre les femmes et les hommes (adoptée par le Comité des Ministres le 21 novembre 2007, lors de la 1011^e réunion des Délégués des Ministres).

⁸⁵⁴ V. Normas generales, apdo. 1, Recomendación precitada.

⁸⁵⁵ V. Normas específicas, apdo. 5, Idem.

⁸⁵⁶ V. *supra* Título I, Capítulo 2, Sección 2, 2.1.2. y también *infra* 1.2.1.

1.1.1.3. La doble base en el Derecho de la UE

En cuanto al Derecho de la Unión Europea, la prevalencia del principio de igualdad está reflejada tanto en el derecho primario como en el derecho derivado. Y los jueces comunitarios velan, incluso refuerzan esta predominancia. No obstante, la legislación europea deja entrever la importancia del binomio “igualdad-equidad” en diversos sectores que forman parte de su competencia, como la cooperación al desarrollo, la educación⁸⁵⁷, la cohesión económica y social o la coherencia territorial⁸⁵⁸, el empleo⁸⁵⁹, etc.

Así, el reciente reglamento comunitario – adoptado en marzo de 2014 - que instituye un instrumento financiero para la cooperación al desarrollo de países terceros, indica los programas geográficos para los ámbitos de cooperación que señala. Entre los sectores de cooperación, figuran expresamente la “Igualdad de género, emancipación e igualdad de oportunidades para las mujeres”, bajo las cuales, el reglamento cita el fomento de la igualdad de género y de la equidad⁸⁶⁰. En otras palabras, el legislador comunitario reconoce, por lo menos, la existencia de esta relación entre la equidad y la igualdad que debe regir, en este caso concreto, proyectos de cooperación a financiar por la UE.

También en términos de igualdad y de equidad, recordamos la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora del reequilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas, por la que se establecen medidas afines⁸⁶¹. La propuesta tiene por objeto “promover la igualdad de género en la toma de decisiones económicas y aprovechar plenamente el vivero de candidatos capacitados existente, a fin de alcanzar una *representación de los géneros más equitativa* en los consejos de administración de las empresas”.

⁸⁵⁷ V. e.o. Reglamento de la UE, nº1288/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013 por el que se crea el programa “Erasmus+”, de educación, formación, juventud y deporte de la Unión y por el que se derogan las Decisiones nº1719/2006/CE, 1720/2006/CE y 1298/2008/CE, L 347, *D.O.U.E.*, 20 de diciembre de 2013, pp. 50-72.

⁸⁵⁸ V. por ejemplo, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social Europeo — Libro Verde sobre la cohesión territorial: convertir la diversidad territorial en un punto fuerte”, COM(2008) 616 final, C- 228, *D.O.U.E.*, de 22 de septiembre de 2009, pp. 123-129.

⁸⁵⁹ Por ejemplo, v. Decisión del Consejo de 15 de julio de 2008 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, L 198, *D.O.U.E.*, de 26 de julio de 2008, pp. 47-54; Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 25 de mayo de 2007 — “Crear la igualdad de oportunidades para la plena participación de todos los jóvenes en la sociedad”, C 314, *D.O.U.E.*, de 22 de diciembre de 2007, pp. 1-3.

⁸⁶⁰ Reglamento de la UE nº233/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014 por el que se establece un Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo para el período 2014-2020, L 77, *D.O.U.E.*, de 15 de marzo de 2014, pp. 44-75.

⁸⁶¹ COM(2012) 614 final, Bruselas, 14 de noviembre de 2012. V. también *supra* Parte I, Título II, Capítulo 2, Sección 2, 2.1.1.

Así pues, los ejemplos no faltan en cuanto a una mayor presencia de la combinación igualdad-equidad aunque están sometidos o podrían serlo a la criba de las sentencias del juez comunitario.

1.1.2. En el Derecho comparado

Desde la perspectiva normativa, el Derecho comparado es menos prolijo que en la jurisprudencia porque el principio de equidad suele intervenir de manera supletoria cuando el legislador o el autor de la regla no responden a las desigualdades o desequilibrios que afectan a los grupos de individuos y a estos últimos.

Sin embargo, los legisladores nacionales son conscientes de la necesidad de responder a las distintas crisis – económicas, sociales y políticas ⁸⁶²- que en definitiva, minan la legitimidad misma del Estado de derecho y de sus instituciones. Por tanto, poco a poco, hacen abiertamente uso del binomio “igualdad-equidad”, prevaleciendo el principio de igualdad y abriéndose a la inclusión del principio de equidad a título supletorio, con el fin de cubrir jurídicamente la metodología y el alcance de las acciones y discriminaciones positivas. Por tanto, encontramos reglas de rango menor y mayor en la jerarquía normativa de los ordenamientos jurídicos nacionales belga, español y francés.

En el ordenamiento jurídico belga, las pocas normas que evocan claramente una relación entre ambos principios en el ámbito de igualdad de género, se limitan en particular a los sectores sociales, laborales o a la cooperación internacional.

Así, por ejemplo, en el sector social, en la Comunidad Francesa de Bélgica, existe una estructura institucional llamada “Office de la Naissance et de l'Enfance (O.N.E.)”⁸⁶³ competente para todas las cuestiones relativas a la infancia y a la juventud. En el marco del contrato de gestión de dicho organismo⁸⁶⁴, el legislador federado prevé que éste ha de acoger a los niños en sus guarderías con el fin, entre otros, de garantizar la *igualdad de oportunidades* entre hombres y mujeres en el mercado laboral⁸⁶⁵. Además, el O.N.E. ha de garantizar una oferta diversificada de plazas en medios de acogida accesibles a todos y que se enfoque en la igualdad de trato, la equidad respecto a los usuarios y la eficiencia de los recursos públicos⁸⁶⁶.

⁸⁶² Reenviamos a la introducción del estudio relativa a la crisis de la representación política (cf. *supra* introducción del estudio).

⁸⁶³ El organismo fue creado por el *Decret de la Communauté française du 17 juillet 2002, portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, M.B., 2 août 2002.*

⁸⁶⁴ *Ministère de la Communauté française, Premier contrat de gestion de l'Office de la Naissance et de l'Enfance 2003-2005, du 28 février 2003, M.B., 19 avril 2004, pp. 22650-22663.*

⁸⁶⁵ Art. 38, del contrato de gestión.

⁸⁶⁶ Art. 40, del contrato de gestión.

En el marco laboral, destacamos el caso de un convenio colectivo de trabajo que interesa al conjunto de los empleados de la industria alimentaria en Bélgica y que trata de las condiciones laborales y de las remuneraciones⁸⁶⁷. El texto apela tanto a la igualdad de trato en la remuneración entre hombres y mujeres como a la equidad en materia de condiciones laborales. Recordamos que en su naturaleza y su alcance, el convenio colectivo de trabajo, tiene en Bélgica, bajo ciertas condiciones, la misma importancia jurídica que una ley ordinaria.

En cuanto a la cooperación internacional, el legislador federal adoptó en marzo de 2013 una ley relativa a la cooperación belga al desarrollo⁸⁶⁸ que pretende inscribirse en los principios y convenciones de las Naciones Unidas relativos al desarrollo, al medioambiente, así como a los derechos humanos en todas sus dimensiones. Por ello, entiende que dicho desarrollo debe ser duradero y, por lo tanto, debe conciliar la preservación del medioambiente, la eficacia económica y la *equidad social*. Además considera que debe, entre otros, garantizar una transición justa hacia métodos de producción duraderos y promover *la igualdad entre hombres y mujeres*⁸⁶⁹.

Probablemente, los legisladores federal y federados, así como las autoridades administrativas, han adoptado también otras normas que toman en consideración la vinculación entre los principios de igualdad y de equidad. Para detectar estas reglas, es imprescindible analizar todo el trabajo de elaboración de las mismas – trabajo parlamentario si trata de leyes en su sentido amplio.

En cuanto a España, tanto la legislación estatal como la autonómica, no mencionan expresamente la asociación entre los principios de igualdad y de equidad, aunque sí la descubrimos en el contenido mismo de algunos textos, como por ejemplo en la ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía⁸⁷⁰. Así pues, en la exposición de motivos, el legislador autonómico indica que los poderes públicos andaluces tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para promover la igualdad de derechos de las mujeres y de los hombres. “La igualdad formal debe llenarse de contenido a través de una actuación decidida de todos los poderes públicos y de una progresiva concienciación social e individual. Ésa es la finalidad esencial de esta ley, que pretende contribuir a la superación histórica de la desigualdad de la mujer en Andalucía”. Más adelante en la misma ley, respecto a la condición de las mujeres en el medio rural (art. 52), prevé que “los poderes públicos de Andalucía integrarán la perspectiva de género en las actuaciones de desarrollo rural, garantizando que estas intervenciones contemplen las

⁸⁶⁷ Convention collective de travail du 6 octobre 1997, conclue au sein de la Commission paritaire pour les employés de l'industrie alimentaire, relative aux conditions de rémunération et de travail (Convention enregistrée le 2 mars 1998 sous le numéro 47239/CO/220), *M.B.*, 27 septembre 2009.

⁸⁶⁸ Loi du 19 mars 2013 relative à la Coopération belge au Développement, *M.B.*, 12 avril 2013, pp. 22563-22569.

⁸⁶⁹ Art. 2, 12º, de la ley precitada.

⁸⁷⁰ Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, *BOE* núm. 38, de 13 de febrero de 2008, pp. 7761-7773.

necesidades de las mujeres, permitan su plena *participación con equidad* en los procesos de desarrollo rural y contribuyan a una *igualdad real de oportunidades entre mujeres y hombres*”.

En fin, en el ordenamiento jurídico francés, la combinación entre la igualdad y la equidad tampoco aparece tal cual en los dispositivos legislativos, con una sola excepción que conozcamos: la ley orgánica n° 2001-40 relativa a la mejora de la *equidad* de las elecciones en la asamblea de la Polinesia francesa⁸⁷¹. Esta misma ley fue objeto de control del Consejo constitucional, control que comentaremos más adelante⁸⁷².

Así pues, los poderes públicos franceses, en realidad, tienen la tendencia en acudir a la equidad para resolver una problemática jurídica o para llevar a cabo una política pública. Algunos autores se han dedicado a determinar en este sentido si la equidad combinada con la igualdad se ha limitado a unos ámbitos circunscritos del Derecho o si afecta al conjunto del Derecho francés⁸⁷³.

1.2. La doble base jurisprudencial

Cuando el legislador no intenta dejar espacio a la equidad, no puede impedir al juez recurrir a ella si es necesario para colmar una laguna del Derecho. Los tribunales del Common Law usan la *equity* al igual que la *equality*. En el marco de la jurisprudencia, ya hemos detectado la presencia de la equidad, tanto en el procedimiento de análisis de los hechos y de la interpretación de la regla de derecho, como en la ponderación y la valoración de las medidas adoptadas en el caso de una situación desigual e injusta.

El Derecho internacional, a través de las jurisdicciones supranacionales como el TEDH y el TJUE, refleja la asociación de la igualdad con la equidad como un binomio de referencia a la hora de pronunciar una decisión conforme con la idea de justicia que ella misma contiene (1.2.1).

Por su parte, las jurisdicciones constitucionales de los ordenamientos nacionales también están vinculadas a una mayor justicia en sus decisiones al asociar la igualdad y la equidad, aunque esta última, a menudo, no está mencionada como tal (1.2.2).

⁸⁷¹ Loi organique n° 2001-40 du 15 janvier 2001 destinée à améliorer l'équité des élections à l'assemblée de la Polynésie française, *J.O.R.F.*, du 16 janvier 2001, p.783

⁸⁷² V. *infra* 1.2.2.3.

⁸⁷³ FOULETIER, M., *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, París, 2003.

1.2.1. En Derecho internacional

En cuanto al Derecho comunitario, la jurisprudencia ya enmarca las relaciones o la combinación entre la igualdad y la equidad. Es más, nos indica los límites de desarrollo de la equidad que, aunque sea un principio, queda limitada por su asociación con el principio de igualdad.

Así por ejemplo, en el asunto *Koninklijke Coöperatie contra Comisión Europea*, el Tribunal de Primera Instancia recordó que la equidad no permite establecer excepciones a la aplicación de las normas comunitarias fuera de los casos previstos por las propias normativas o cuando se declare la invalidez de éstas⁸⁷⁴. Y refiriéndose a la jurisprudencia consolidada, recordó además que el principio de igualdad que forma parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario, exige que las situaciones comparables no reciban un trato distinto, a no ser que éste se justifique objetivamente⁸⁷⁵.

En cambio, respecto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, la relación entre la igualdad y la equidad se ha visto reforzada a favor de esta última porque la CEDH la consagra en el marco del imperativo del proceso equitativo. Como es bien sabido, la equidad constituye el fundamento jurisprudencial, por una parte del margen de apreciación dejado a los Estados para determinar los límites de su injerencia, y por otra, del criterio de la proporcionalidad que sirve al juez en la valoración de la norma nacional considerada⁸⁷⁶.

Gracias al binomio equidad-igualdad, el sistema del CEDH y la jurisprudencia del TEDH han adoptado una concepción más realista y concreta de la propia igualdad que en muchos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros del Consejo de Europa. En efecto, el juez de Estrasburgo emplea esta combinación a través de la no discriminación y del principio de proporcionalidad en la aplicación del art. 14 CEDH, asociado con otra disposición del propio convenio así como con el Protocolo nº12 al CEDH⁸⁷⁷.

⁸⁷⁴ TPI, 7 de diciembre de 2004, *Koninklijke Coöperatie contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-240/02, Rec., 2004, p. II-04237, pt. 57-59. Cita una sentencia del TJCE en este sentido: TJCE, 29 de septiembre de 1998, *First City Trading y otros*, C-263/97, Rec., 1998, p. I-5537, pt. 48)

⁸⁷⁵ Dicha sentencia fue recurrida en casación ante el TJUE que desestimó el recurso (TJUE, 26 de octubre de 2006, C-68/05 P., Rec., 2006, p. I-10367.). Más reciente, una sentencia del TJUE llevó, entre otros, sobre la supuesta violación de los principios de equidad y de igualdad de armas en un procedimiento de conformidad con determinadas disposiciones comunitarias. V. Auto del TJUE, 13 de septiembre de 2012, *Total SA, Elf Aquitaine c. Comisión Europea*, C-495/11 P., D.O.U.E., C 101, de 6 de abril de 2013, p. 2.

⁸⁷⁶ PETTITI, L.-E, "Le rôle de l'équité dans le système juridique de la Convention européenne des droits de l'homme", pp. 35-45, en *Justice, médiation et équité*, La Documentation française, Colloque "Droit et démocratie", París, 1992.

⁸⁷⁷ V. e.o., TEDH, 31 de marzo de 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaid c. Francia*, Rec., 1998-II; TEDH, 6 de abril de 2006, *Stankiewicz c. Polonia*, Rec., 2006-IV; TEDH, 5 de abril de 2007, *Kavakçi c. Turquía*, Rec., 2007; TEDH, 18 de febrero de 2009, *Andrejeva c. Letonia*, Rec., 2009-II.

1.2.2. En el Derecho comparado

La combinación de los principios de igualdad y de equidad fue descubierta en el marco de la labor jurisprudencial en los ordenamientos nacionales. Aunque desde la perspectiva jurídica existe una variación “cultural” entre los jueces nacionales relativa a su sensibilidad hacia la articulación de ambos principios, (casi) siempre el binomio “igualdad-equidad” aparece en las sentencias cuando tratan de un caso concreto a la luz de los principios de derecho.

Mientras que la jurisprudencia constitucional española parece más proclive en la toma en consideración de la articulación de la igualdad y de la equidad (1.2.2.1), su homóloga belga da prueba de una cierta precaución a la hora de aplicarla (1.2.2.2.). Y el juez francés manifiesta su hostilidad aparente aunque la ejercita por medio de otro concepto o término más acorde con la omnisciencia del principio de igualdad (1.2.2.3).

1.2.2.1. La jurisprudencia constitucional española

En cuanto a la jurisprudencia española, si nos enfocamos en las decisiones del Tribunal Constitucional, destacamos hoy en día más de cuarenta cuyos fundamentos jurídicos evocan, a la vez la equidad y la igualdad, pese al marco constitucional restringido del art. 25 CE que limita al juez en el uso de la equidad como base de su decisión en los casos autorizados expresamente por la ley⁸⁷⁸.

Así, por ejemplo, la sentencia STC 31/2010, de 28 de junio de 2010, relativa a un recurso de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la Ley Orgánica 6/2006 de reforma del Estatuto autonómico de Cataluña, recuerda que, a efectos de la financiación de las autonomías españolas, las diferencias entre los Estatutos

⁸⁷⁸ Más concretamente, destacamos 34 sentencias y 10 autos del Tribunal Constitucional (<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>). Entre ellas especialmente un auto pronunciado en 1983 que también evoca la paridad pero no como enfocada en la representatividad del género (ATC 58/1983, de 16 de febrero de 1983): “Si el análisis ha de ceñirse al *derecho a la igualdad*, es ilustrativo mencionar aquí, antes de hacer otras consideraciones, que lo que ahora se presenta con la cobertura de la igualdad, se ofreció en el proceso precedente bajo el *rótulo de la equidad*, pues entre los motivos del recurso - según leemos en la Sentencia del Tribunal Supremo [STS de 8 de octubre de 1982] - se incluyó el de «razones de equidad» que los demandantes deducen de «comparaciones de su situación con otras que estiman equivalentes». Sí el motivo puede entenderse como de invocación a la igualdad, acudiendo a una originaria significación de la palabra «*equidad*», podría concluirse que la violación constitucional que ahora se denuncia, se planteó en el proceso previo. Pero si el alcance de la invocación de entonces, lo fue en el marco general del párrafo 2. del art. 3 del Código Civil, habrá que convenir que como criterio interpretativo o hermenéutico, incluso como factor de corrección o de rectificación de las consecuencias de una determinada aplicación de la norma jurídica, pertenece también en el caso del recurso al área interpretativa de la legalidad ordinaria”.

autónomicas reconocidas en la Constitución (art. 138.2, CE) no podrán implicar privilegios económicos o sociales entre las Autonomías. El juez constitucional admite la diferencia pero en la igualdad.

Ahora bien, el precepto constitucional no impone una homogeneidad absoluta bajo pena de violar el principio de equidad – y también de solidaridad - como instrumento para alcanzar un “*equilibrio económico adecuado y justo* entre las diversas partes del territorio español”⁸⁷⁹. Y el juez concluye que el ordenamiento constitucional prohíbe las diferencias que no tienen justificación objetiva, razonable y que generarían beneficios a favor de unas autonomías en el detrimento de otras. No obstante, al considerar que el Estatuto catalán aplica a la financiación de la Generalitat, entre otros, los principios de coordinación, lealtad y ... equidad, el Tribunal no ve ilegítimo que la disposición autonómica atacada enuncie su oposición a que la financiación de la Generalitat tenga efectos discriminatorios contra Cataluña.

A nuestro modo de entender, de la posición de la alta jurisdicción distinguimos dos elementos. Primero, en el mismo fundamento, dicha jurisdicción reconoce el derecho a la diferencia pero en el marco del principio de igualdad que afecta a todos los sujetos del ordenamiento español: personas físicas y personas jurídicas, incluso públicas. Segundo, las diferencias entre las autonomías encuentran su justificación en los criterios aplicados a las acciones y discriminaciones positivas, y eso en referencia al principio de equidad. En otros términos, el principio de igualdad y el principio de equidad rigen tanto las diferenciaciones practicadas entre los individuos o grupos, como las que se instauran entre los entes públicos.

1.2.2.2. La jurisprudencia constitucional belga

Por su parte, la jurisprudencia constitucional belga ha pronunciado aproximativamente cuarenta sentencias en cada una de las cuales se refiere puntualmente tanto a la igualdad como a la equidad.

En efecto, en una primera etapa, el Tribunal constitucional recuerda sistemáticamente los fundamentos del principio de igualdad, al afirmar que las reglas constitucionales de la igualdad y de la no discriminación se oponen a que sean tratadas de manera idéntica, - sin que aparezca una justificación razonable - categorías de personas que se encuentran en situaciones que, a la luz de la medida considerada, son por su esencia diferentes. Y añade que la existencia de tal justificación debe apreciarse al tener en cuenta el objetivo y los efectos de la medida criticada, así como la naturaleza de los principios en causa. Por tanto, hay violación

⁸⁷⁹ V. FJ 131º, subrayado por nosotros.

del principio de igualdad cuando no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo enfocado⁸⁸⁰.

Después, en una segunda etapa, la alta jurisdicción emplea la equidad, a veces nombrándola expresamente como principio, al referirse a las intenciones del legislador que adoptó la norma atacada, con el fin de enmarcar la diferenciación justificada.

Así por ejemplo, en el marco de un contencioso entre los habitantes vecinos de un aeropuerto regional y la Administración pública⁸⁸¹, el juez constitucional se apoya explícitamente en las intenciones del autor del decreto regional atacado que, en varias ocasiones, había manifestado su preocupación por respetar el principio de equidad entre los habitantes de dos zonas de viviendas vecinas del aeropuerto⁸⁸². El legislador regional, según el tribunal, ha querido así permitir que se tengan en cuenta, caso por caso, situaciones en las que la aplicación automática de los criterios adoptados resultaría “inadecuada”⁸⁸³, lo que vendría a ser desigual, desequilibrada e injusta. También deja entender que el juez constitucional belga, al aceptar el “principio” de una asociación entre la igualdad y la equidad, primero pone el acento sobre la prevalencia del principio de igualdad y segundo, considera que la equidad supone una toma en consideración factual o concreta de las situaciones desiguales y desequilibradas.

1.2.2.3. La jurisprudencia constitucional francesa

El juez constitucional francés, poco proclive a reconocer en sus propios términos la equidad, se ha referido a la misma en varias ocasiones, en el marco de decisiones sobre leyes ordinarias⁸⁸⁴ o leyes orgánicas, por ejemplo.

Así, en 2001, se pronunció sobre la “ley orgánica destinada a mejorar la *equidad* de las elecciones en la asamblea de la Polinesia francesa”⁸⁸⁵. Este territorio francés de ultramar, más grande que Europa, con 118 islas, tiene cinco circunscripciones electorales que debido a movimientos demográficos, se vieron con fuertes diferencias de subrepresentaciones y sobrerrepresentaciones. Por ello, como lo exige el art. 61 de la Constitución francesa, la ley orgánica de modificación de reparto de escaños de

⁸⁸⁰ V. por ejemplo, Cconst., 11 décembre 2008, n°179/2008, 28 janvier 2009, pp. 6246-6249, consid. B.6.; Cconst., 6 novembre 2008, n° 153/2008, en *MB*, 28 novembre 2008.

⁸⁸¹ CArb.30 avril 2003, n° 51/2003, *M.B.*, 12 juin 2003, consid. B.6.2.

⁸⁸² V. Parlement wallon, Doc., 2000-2001, n°184/5, p. 10.

⁸⁸³ Consid. B.6.3.

⁸⁸⁴ V. e.o. CCF, Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, *Rec.*, 2012, p. 724; CCF, Décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Rec.*, 2003, p. 430; CCF, Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Rec.*, 1997, p. 31

⁸⁸⁵ CCF, Décision n° 2000-438 DC du 10 janvier 2001, *Rec.*, 2001, p.37; v. a propósito, SCHOETTL, J.E., “La nouvelle répartition des sièges à l'assemblée de Polynésie entre les archipels de la Polynésie française”, en *Les petites affiches*, 21 de febrero de 2001, pp. 20-21.

dicha asamblea fue presentada al Consejo constitucional que tenía que pronunciarse sobre su conformidad con la Constitución. A este fin, el Consejo se apoyó en los trabajos parlamentarios para en ellos encontrar la idea inspiradora que radicaba en el equilibrio entre las evoluciones demográficas y las exigencias constitucionales relativas a la igualdad de sufragio que son constantes respecto a las asambleas elegidas al sufragio universal directo⁸⁸⁶. Dicha igualdad encuentra su fundamento en el art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789 así como en los art.1 y 3 de la Constitución de 1958. Aunque para la jurisdicción constitucional, las bases de una elección deben ser “esencialmente demográficas”, su jurisprudencia no prohíbe no obstante la toma en cuenta, en una medida limitada, de “imperativos de *intérêt general*”⁸⁸⁷ susceptibles de atenuar el alcance de esta regla fundamental”⁸⁸⁸.

En realidad, como ya lo ha señalado la doctrina, la noción francesa de interés general – muy empleada por las jurisdicciones administrativas⁸⁸⁹ - sirve al principio de equidad aun cuando no lo es⁸⁹⁰. Según la visión del juez francés, en algunos casos, el interés general hace fracasar el principio de igualdad si éste funciona solo. El principio de equidad es complementario. Deriva del hecho de que sólo será examinado si consta que unas disposiciones diferenciadas eran justificadas por diferencias de situación⁸⁹¹.

La equidad francesa, llamada “*intérêt général*” – o cubierta por el principio de “*proportionnalité*” – por la jurisprudencia cuando ésta silencia su propio vocablo, no permite definir una regla directamente aplicable. Como mucho, el juez examina en cada caso si un interés general, por su naturaleza, necesita una ruptura del principio de igualdad. Debe analizarlo e individualizarlo, arriesgándose en contribuir a la fragmentación de la sociedad - como el electorado por ejemplo⁸⁹².

⁸⁸⁶ V. e.o. CCF, Décision n° 85-196 du 8 août 1985, *Rec.*, 1985, p. 63, consid. 16; CCF, Décision n° 86-208 DC des 1er et 2 juillet 1986, *Rec.*, 1986, p. 78, consid. 20 y 21; CCF, Décision n° 87-227 DC du 7 juillet 1987, *Rec.*, 1987, p. 41, consid. 4 y 5. La regla jurisprudencial se aplica también al Senado, elegido al sufragio universal indirecto (CCF, Décision n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000, *Rec.*, 2000, consid. 10 y 11).

⁸⁸⁷ Subrayado por nosotros.

⁸⁸⁸ V. el consid. 21, de CCF, Décision n° 86-208 DC precitada.

⁸⁸⁹ En cuanto a la importancia del interés general en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés respecto a la igualdad y a la equidad, v. e.o. C'Etat, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 29 mai 2013, inédit au recueil Lebon, consid. 7 en el cual la jurisdicción considera que: “(...) le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit”. V. también C'Etat, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 24 de febrero de 2011, *Rec. Lebon*. Para la doctrina, v. TRUCHET, D., “Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat”, en *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 1978, pp. 925-926; PONTIER, J.-M., “L'intérêt général existe-t-il encore?”, en *Recueil Dalloz*, 1998, p.327.

⁸⁹⁰ V. MAJZA, B., op.cit., pp. 82-87.

⁸⁹¹ En efecto si el juez constitucional observa que normas diferenciadas son justificadas por diferencias de situaciones, considera que no hay que averiguar si el interés general puede justificar una vulneración del principio de igualdad (V. en este sentido, CCF, décision n° 91-290 du 9 mai 1991).

⁸⁹² V. *infra* Sección 2, 2.2.

Por ello, el juez constitucional considera el principio de equidad como un principio complementario respecto al de igualdad. No obstante, pese a que él se adhiere a la idea de que se trata de una “simple concepción equitativa de la igualdad”, dejando al legislador el cargo de determinar los ámbitos en los cuales pueden implantarse las medidas positivas, la abundancia de la jurisprudencia administrativa parece indicar todo del principio de equidad, salvo un carácter marginal o secundario del interés general⁸⁹³.

Sección 2: La paridad, creadora de un “equilibrio” jurídico para una sociedad más justa

Algunos autores han cualificado la paridad como la caja de Pandora al subrayar las dificultades de todo tipo – en primer lugar, jurídico – que, con toda seguridad, iba a generar, en particular respecto al principio de igualdad.

Si efectivamente dicha caja se abrió en todos los sistemas político-jurídicos que la han recibido o inventado, más allá de las cuestiones de su compatibilidad con la igualdad, es esta misma la que ha sido replanteada, tanto en sus variantes – formal, material, etc.- como en su principio original y fundador del Estado de derecho democrático.

En otros términos, la paridad ha sido el indicador último - por nuestro conocimiento - por una parte, de los límites teóricos y prácticos de la combinación de las medidas positivas con el principio de igualdad, y por otra, de los límites mismos de éste.

Por si misma, la igualdad por principio no puede realizar el objetivo que contiene en su esencia: la justicia. Por ello, “gracias a” la polémica causada por la medida paritaria, la equidad erigida en principio jurídico y vinculada con el principio de igualdad, constituye a la vez una base segura de aplicación concreta y adaptada de las medidas correctoras de las desigualdades y de los desequilibrios, así como una contribución a una “renovación” o una “restauración” del principio de igualdad. Así pues, una vez asentado el binomio igualdad-equidad, nos quedan dos cuestiones por resolver.

La primera consiste en la articulación de la paridad con el binomio. El alcance de la paridad, sus aplicaciones y su control son algunos de los presupuestos que plantea este interrogante (2.1.).

⁸⁹³ A fecha de 27 de marzo de 2014, tenemos por lo menos ciento dieciseis sentencias de los tribunales administrativos de apelación y siete del Consejo de Estado (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

La segunda radica en el replanteamiento de la “lectura” del principio de igualdad que la medida paritaria ha provocado. Nos ofrece una nueva dinámica, quizás más acorde con las realidades desiguales permanentes en el fondo y nuevas en sus formas, que requieren un tratamiento siempre más técnico y matizado. Tratamiento que incumbirá a menudo también a la competencia del juez (2.2.).

2.1. El equilibrio de la paridad

Una de las polémicas más importantes generadas por la paridad radica en la cuestión de su (in)compatibilidad con el principio de igualdad⁸⁹⁴. Ahora bien, una manera de desarmar este problema consiste en definir la medida paritaria como una acción o discriminación positiva que se inscribe en el marco de las medidas equitativas que no buscan una igualdad rigurosa o matemática, sino más bien un equilibrio (2.1.1.).

No obstante, aunque no se aproxima más al principio de equidad, la paridad no es herméticamente ajena al principio de igualdad porque el de la equidad constituye un principio auxiliar y no supletorio. En otros términos, la medida paritaria, aunque forme parte del principio de equidad, siempre será adoptada al amparo de la combinación “igualdad-equidad” (2.1.2.).

El justo – y no necesariamente igual – reparto del ejercicio del poder político o económico entre hombres y mujeres traduce la búsqueda de la citada combinación de principios: la Justicia (2.1.3.).

2.1.1. El equilibrio o la conjugación de los diversos intereses

El equilibrio, por esencia, consiste en un contrapeso entre diversos intereses o varias reivindicaciones que, en el plan jurídico, suelen configurarse en derechos. También se traduce por una ecuanimidad o la medida en los actos o juicios⁸⁹⁵.

En el marco de la participación de las mujeres a la gobernanza – política y económica – la “representación equitativa” es indicadora de esa idea de equilibrio. Por ello, coincidimos con los paritaristas que afirman que la paridad se sitúa más allá de una consideración numérica (“cincuenta-cincuenta”).

Así pues, en el equilibrio, se manifiesta un encuentro entre la exigencia de la efectividad de dicha participación de las mujeres y el de la libertad de los partidos

⁸⁹⁴ V. *supra* Capítulo 1, Sección 2.

⁸⁹⁵ V. a propósito las definiciones del “equilibrio” proporcionadas por la RAE. También, v. *infra* 2.2.

políticos así como del electorado, por una parte, y por otra, entre los requisitos “tradicionales” del principio de igualdad y la necesidad de conformar las pretensiones de éste con los hechos de subrepresentación de las mujeres en las candidaturas y funciones electivas.

En este sentido, los instrumentos internacionales y europeos de los Derechos humanos así como los de la Unión Europea, reflejan dicho encuentro.

Por ejemplo, las resoluciones “onusianas” recuerdan que la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país. Conseguir el objetivo de la igualdad de participación de mujeres y hombres en la toma de decisiones proporcionará un *equilibrio* que reflejará de manera más adecuada la composición de la sociedad, necesaria además para el buen funcionamiento de la democracia. La *participación igualitaria* de las mujeres en la toma de decisiones no es sólo una exigencia básica de justicia o de democracia, sino que puede considerarse una condición necesaria para que los intereses de las mujeres se tengan en cuenta⁸⁹⁶.

En cuanto al Consejo de Europa, la Recomendación de 2003⁸⁹⁷ considera que la participación *equilibrada* de ambos sexos a la gobernanza política y pública forma parte integrante de los derechos humanos y representa también un elemento de justicia social, así como una condición necesaria para un mejor funcionamiento de una sociedad democrática. Además, el Consejo de Europa afirma que este equilibrio contribuye a una redefinición de las prioridades y a la toma en cuenta de preocupaciones nuevas. En fin, está convencido de que dicho equilibrio es imprescindible a la instauración y a la construcción de una Europa fundada entre otros en la *igualdad*.

Por su parte, la UE también subraya la importancia del reencuentro de los distintos intereses, porque “una participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones puede generar diferentes ideas, valores y comportamientos, en el sentido de un mundo más justo y equilibrado, tanto para las mujeres como para los hombres”⁸⁹⁸.

Por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, tanto para el legislador – y reenviamos en este sentido a los debates parlamentarios franceses, belgas y

⁸⁹⁶ Sobre las resoluciones de las Naciones Unidas, v. e.o. Resolución A/RES/58/144, de 22 de diciembre de 2003, de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativa a la participación de la mujer en la política.

⁸⁹⁷ Recomendación (2003)3 del Comité de Ministros sobre la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público, de 12 de marzo de 2003

⁸⁹⁸ V. por ejemplo, Recomendación 96/694/CE del Consejo de 2 de diciembre de 1996 relativa a la Participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión, L 319, D.O.C.E., de 10 de diciembre de 1996, pp. 11-15.

españoles⁸⁹⁹ - como para el juez que han debido actuar respecto a la paridad, la cuestión del equilibrio entre dichos elementos ha sido la clave principal de la adopción de la ley o del pronunciamiento de la sentencia a su favor o en contra⁹⁰⁰.

2.1.2. El equilibrio paritario y la igualdad

Respecto al principio de igualdad, la paridad desde ahora, no tiene nada más que ver directamente con él, porque forma parte de la equidad investida en principio. Sin embargo, de manera indirecta, no queda ajena a la igualdad porque la equidad consiste en un principio auxiliar – y no substitutivo - del de igualdad.

En otros términos, el marco equitativo de la paridad debe respetar el principio de igualdad que permanece como su referencia “absoluta”. Una medida paritaria no puede ser positiva si sobrepasa dicho marco – al ser permanente y no provisional, por ejemplo – infringiendo así el principio de igualdad.

Por tanto, conscientes de la naturaleza fundamental del “corazón” del Estado de derecho democrático, los constituyentes y los legisladores que han introducido la paridad en su ordenamiento respectivo, han decidido no franquear la “línea roja” del principio de igualdad.

Las Constituciones francesa y belga tratan única y exclusivamente de la igualdad cuando evocan el acceso de las mujeres y de los hombres a las funciones y mandatos electivos. No se han atrevido a inscribir como tal la paridad en los dispositivos legislativos, y aun menos en los preceptos constitucionales⁹⁰¹, porque no pueden permitir a la medida paritaria convertirse en la causa de una eventual substitución del principio de igualdad por el principio de equidad. Por su parte, la Constitución española ha blindado el principio de igualdad respecto a la “representación equilibrada” a través de la combinación de los art. 1, 9.2 y 14 CE. La equidad como principio jurídico cubre dicha representación pero a la luz del principio de igualdad contenido en las tres disposiciones precitadas⁹⁰².

En definitiva, la paridad, como medida equitativa, debe incluir en su naturaleza, o por lo menos en su desarrollo, la referencia a la prevalencia del principio de igualdad.

⁸⁹⁹ V. *supra* Parte I, Título 2, Capítulo 2.

⁹⁰⁰ V. *supra*, por ejemplo, las referencias a la jurisprudencia constitucional francesa en esta cuestión.

⁹⁰¹ V. *supra*, Parte I, Título 2, Capítulo 2.

⁹⁰² Idem.

2.1.3. La paridad entre la igualdad y la justicia

El equilibrio entre los derechos – políticos – de ambos sexos que constituye el objetivo “instrumental” o “prima facie” de la paridad no puede ocultar el objetivo más fundamental que es la justicia⁹⁰³. En este sentido, la paridad corresponde más al principio de equidad que al de igualdad, porque a diferencia del segundo basado en una teleología, el primero basado en el equilibrio se erige sobre la idea de la justicia⁹⁰⁴.

“La paridad en la participación política de hombres y mujeres es una condición de la democracia, ligada a la ciudadanía. El derecho a participar activamente como electoras y elegidas en la proporción equivalente a nuestra presencia en la sociedad es una cuestión de justicia y enriquece la propia democracia. Una democracia sin la participación en equidad de las mujeres es deficitaria, no es una democracia completa”⁹⁰⁵.

No obstante, aunque la idea de justicia predomina la medida paritaria – como todas las medidas de acción y de discriminación positiva – también la igualdad como trasfondo jurídico enmarca la paridad porque ésta es participe en la consecución de una igualdad substancial, efectiva entre mujeres y hombres. Si la igualdad interpretada como un principio de no discriminación no puede alcanzar a la igualdad real, la equidad sola tampoco puede aportar las respuestas a las situaciones desequilibradas, desiguales e injustas.

En definitiva, al igual que las demás acciones y discriminaciones positivas, la paridad se inscribe en el marco del principio de equidad que, a su vez, sirve al principio de igualdad. En otros términos, la medida paritaria se sitúa en el marco del binomio “igualdad-equidad”.

2.2. Una nueva lectura del principio de igualdad

El principio de igualdad ha sido replanteado por la adopción y el desarrollo de medidas positivas como las cuotas o la paridad. Por dificultades de ajuste entre éstas y la igualdad, el principio de equidad constituye su fundamento pero en el marco de una combinación entre ambos principios. Al asociarse, éstos se destacan a la vez por

⁹⁰³ V. supra Capítulo 1, Sección 1.

⁹⁰⁴ Idem.

⁹⁰⁵ ALBERDI ALONSO, C., “Propuesta de modificación de la Ley Electoral española para introducir la democracia paritaria”, en SAAVEDRA RUIZ, P., (Dir.) *Hacia una Democracia paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*, CELEM, Palermo, 1999, pp. 269-277.

el dinamismo y la flexibilidad que singularizan tanto el marco normativo (2.2.1.) como el control de la conformidad de aplicación de las normas ponderadas por la combinación de los principios de igualdad y de equidad (2.2.2.).

De esta nueva sinergia, se desprende una nueva lectura del principio de igualdad que ofrece una concepción y una interpretación mejor adaptadas a las realidades y a los instrumentos jurídicos correspondientes (2.2.3.).

2.2.1. El binomio “igualdad-equidad” en el marco normativo

Ya hemos intentado destacar la preexistencia de la asociación de la igualdad y de la equidad tanto en los instrumentos internacionales – ONU, Consejo de Europa, UE – como en los dispositivos legislativos nacionales. Pero es obligado admitir que a menudo dicha combinación ha sido silenciada o, a veces, descubierta en los trabajos previos a la adopción de la norma que la contiene, cuando no es el juez que la pone de relieve en el mecanismo de control – a priori o a posteriori de la norma.

Así pues, el legislador emplea con cierta resistencia la terminología propia de las medidas positivas – sean acciones o discriminaciones – al igual que la de la equidad, con motivo de no infringir el principio de igualdad. Por muy abierto que sea el ordenamiento constitucional a las medidas correctoras de las desigualdades – como el español – el marco jurídico de la igualdad predomina todo el cuerpo legislativo, desde la ley orgánica (España), la *loi constitutionnelle* (Francia) o la *loi spéciale* (Bélgica), hasta la regla más inferior de la jerarquía normativa.

No obstante, creemos que la prevalencia del principio de igualdad no debería constituir un obstáculo a la inscripción formal de la equidad como principio jurídico auxiliar – pero no supletorio – de éste. ¡Qué más tranquilizador hay, tanto para el autor de la norma como para su interpretador (el juez) y sus destinatarios (los deudores y acreedores del derecho contenido en dicha norma)! que tener una “doble base” jurídica que impone a la vez el precepto de la igualdad de todos *ante la ley* - y de alguno modo, *en la ley* – y de la equidad de las medidas destinadas a (r)establecer un equilibrio jurídico. Es más, en los sistemas jurídicos que no admiten el concepto de la *igualdad por la ley*⁹⁰⁶, como en Francia⁹⁰⁷, el principio de equidad inscrito en la

⁹⁰⁶ Sobre el concepto de la igualdad por ley, v. e.o. de SAINT PULGENT, M., “Déclin de l'idée d'égalité?”, en *Le Débat*, nº169, 2012, pp. 131-135; MILEWSKI, F., PÉRIVIER, H. (dir.), *Les discriminations entre les femmes et les hommes*, coll. Académique, Presses de Sciences Po, París, 2010; DUBOIS, J-P, “De l'inanité des discriminations positives”, en *Projet*, nº 287, 2005, pp. 63-71.

⁹⁰⁷ En efecto, ninguna jurisdicción francesa admite la igualdad por la ley porque supondría mandamientos judiciales al Parlamento o a la Administración pública. Actuar así iría en contradicción con la estanqueidad de la separación de los poderes. V. a propósito, BELLOUBET-FRIER, N., *op.cit.*, p.152.

ley respondería a la obligación de tomar en consideración las situaciones factuales, concretas e individuales, para la mayor eficiencia posible de dicha regla.

Por tanto, la consagración normativa del binomio “igualdad-equidad” presentaría la ventaja de ser un marco a la vez *permanente*, por medio de la igualdad asociada intrínsecamente con el principio de legalidad⁹⁰⁸ y *flexible*, por medio de la equidad.

En efecto, bajo el vocablo de “permanencia”, entendemos que el carácter formal de la igualdad, proclamado en las constituciones y reiterado en el encabezamiento de las normas que instituyen las medidas positivas, recordaría así tanto a sus promotores, como a sus beneficiarios los límites de dichas medidas por muy equitativas que sean. De algún modo, les indicaría su prevalencia jurídica incuestionable y permanente. Es más, impone así la temporalidad de las medidas positivas.

En cuanto a la “flexibilidad” de la combinación de la igualdad con la equidad, se trataría de insertar en el dispositivo legislativo el principio de equidad a continuación del de igualdad. Bajo el principio equitativo, el autor de la norma indicaría el carácter intercambiable de la/las medida(s) de acción o discriminación positiva que adopta en función del objetivo asignado. Además, en relación con lo que precede a propósito de la permanencia, esa misma flexibilidad del binomio define también el carácter propiamente provisional de dichas medidas.

Así pues, la adopción de una medida positiva – desde los incentivos hasta las cuotas o la paridad – por parte de los poderes públicos y, si llega el caso, de los sujetos de derecho privado (sindicatos, empresas, asociaciones, etc.) se conformaría con el dispositivo normativo regido por dicho binomio. En este sentido, la norma establecería el marco equitativo de la acción o discriminación positiva que prevería, entre otras cosas, la naturaleza, el alcance y el objetivo concreto de la medida, la temporalidad, la intercambiabilidad con otra medida positiva y los medios de control. También, lo no menos importante, esto es la previsión de un método de evaluación o de seguimiento permanente de los efectos y del impacto de la(s) medida(s) elegida(s) por el autor de la norma. De este modo, la flexibilidad de la medida equitativa sería determinada tanto por el principio mismo de equidad como por el de igualdad.

Respecto a los preceptos constitucionales, el reconocimiento normativo del binomio “igualdad-equidad” no debería constituir una dificultad mayor, o sea ninguna, porque la doctrina de las diversas jurisdicciones constitucionales nacionales ya hace eco de su existencia, tanto a través del control de proporcionalidad (Bélgica, Francia,

⁹⁰⁸ Recordamos que el principio de legalidad expresa la prohibición del privilegio particular e impone a las reglas individuales el respeto de las prescripciones generales. V., a propósito, e.o. ALVAREZ GARCIA, Fco.J., “Reflexiones sobre el principio de legalidad”, en *Cuadernos de derecho judicial*, nº7, 2006, pp. 297-358.

España), como a través del concepto del interés general (Francia)⁹⁰⁹, por ejemplo. En efecto, los enunciados constitucionales francés, belga y español, relativos a la igualdad y a la no discriminación, no impiden dicho reconocimiento, incluso ofrecen la posibilidad cuando no la preconizan abiertamente.

Así, en términos de posibilidad, la Constitución francesa afirma que, por una parte, Francia garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción, y por otra que la ley *favorecerá* el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales (art.1). En otras palabras, el constituyente francés subraya la prevalencia de la igualdad formal pero, sin duda alguna, en unos ámbitos delimitados, permite a que el legislador adopte nuestro binomio “igualitario-equitativo”.

Respecto a la Constitución belga, también está impregnada por la igualdad ante la ley, pero además *garantiza* la igualdad entre ambos sexos (art.10), así como el ejercicio igualitario de sus derechos y libertades, y *favorece especialmente* un acceso igual a los mandatos electivos y públicos (art. 11bis). A diferencia del francés, el texto belga recibe más abiertamente la inclusión de medidas equitativas (garantir y favorecer) que permitan la consagración del binomio en leyes federales y federadas

En fin, la Constitución española ofrece el marco mejor adaptado para el reconocimiento normativo de la asociación de los principios de igualdad y de equidad por la combinación de los art. 9.2 y 14, CE. La segunda disposición, como la francesa y la belga, impone del mismo modo el principio de igualdad - como ante la ley - mientras que la primera obliga a los poderes públicos a actuar para “promover” la igualdad efectiva o para “facilitar” la participación en la vida política, económica, cultural y social. En otros términos, el dispositivo español preconiza enérgicamente la adopción de medidas que tiendan a una igualdad y a un equilibrio (promover, remover y facilitar).

En definitiva, los tres sistemas constitucionales pueden cubrir las normas que integran la combinación de los principios de igualdad y de equidad. Ahora bien, dichas normas deben contener una clara distinción entre lo que forma parte del principio de igualdad y lo que está regido por el principio de equidad. Han de establecer la prevalencia igualitaria a la cual la equidad responde por el abanico de medidas que el legislador tenga a su disposición.

⁹⁰⁹ Esta noción de interés general es de naturaleza muy delicada de utilizar, porque los jueces – administrativos y constitucionales – la consideran como siendo eminentemente política y sólo el legislador puede determinarla. El juez no puede efectuar una valoración de oportunidad política.

2.2.2. La ponderación jurisdiccional entre ambos principios

En el Derecho, es la relación del principio de la equidad con el juez lo que constituye una cuestión clave en la nueva lectura del principio de igualdad. En efecto, el respeto de la combinación de ambos principios por el legislador es difuso, a no ser que intervenga el juez a través del control de constitucionalidad o de un mecanismo de protección de los derechos humanos.

Es entonces al juez a quien le incumbe intervenir para velar por el respeto del desarrollo de la combinación y por el equilibrio entre la igualdad y la equidad. En cierto modo, se trata aquí de aclarar y de consolidar el papel de “arbitro” que oficia el juez – internacional o interno – cuando tiene que ejercer una ponderación conceptual entre ambos principios (2.2.2.1).

Por otra parte, es por medio de este “equilibrado” que el mismo juez destaca la importancia del principio de equidad como elemento binómico al lado del principio de igualdad, ayudándose de otros principios de derecho ya establecidos y consagrados en los ordenamientos jurídicos nacionales y supranacionales (2.2.2.2).

En cuanto al control jurisdiccional de las normas, se efectúa al amparo de la propia combinación “igualdad-equidad” que es más acorde con los retos desigualitarios de la realidad jurídica y factual. Los mecanismos de validación y de acompañamiento de las medidas de acción y de discriminación positiva reflejan - o deben reflejar – aquella combinación (2.2.2.3).

2.2.2.1. La ponderación conceptual jurisdiccional

A menudo y de manera constante, las jurisdicciones europeas – TEDH y TJUE – y nacionales - sobre todo administrativas y constitucionales - actúan como verdaderos funámbulos sobre el hilo que separa la igualdad de la equidad y que distingue la igualdad de las medidas equitativas (“la paridad no es la igualdad”⁹¹⁰ ...).

Este ejercicio de equilibrio lo hemos percibido en el estudio relativo al desarrollo de las medidas positivas en relación con el principio de igualdad⁹¹¹. También en el marco de la cuestión de la compatibilidad de la paridad con éste, hemos destacado las

⁹¹⁰ MELIN-SOUCRAMANIEN, F., “La parité n’est pas l’égalité... (brèves remarques sur les limites aux discriminations positives)”, *op.cit.*, p. 873.

⁹¹¹ V. *supra* Parte I, Título I, Capítulo 1, Sección 2 y Capítulo 2.

actuaciones más o menos acertadas de los jueces en la búsqueda de dicho equilibrio⁹¹².

La ponderación entre ambos principios ya es un hecho por parte del juez que tiende (o debe tender) a asociar la paridad y todas las medidas de acción y de discriminación positiva con el principio de equidad. Y el equilibrio del juez se manifiesta también en su decisión, en la referencia predominante del respeto de la igualdad ante la ley, así como en el control de legalidad de las medidas positivas adoptadas.

Así pues, observamos que cuando se pronuncia sobre la validez de una medida de trato preferencial que la cualifica de discriminación positiva o de acción positiva, el juez evita entrar en la “trampa” de consideraciones de oportunidad de cualquier índole – sobre todo política – que podrían afectar la credibilidad, véase la legitimidad, de los fundamentos jurídicos de su decisión. En efecto, si el principio de la equidad, sin más, permite moderar el efecto de una ley por la interpretación judicial de su “letra”, se convierte en una puesta política una vez que está invocado para resaltar el carácter obsoleto de dicha ley. Por ello, sistemáticamente, el juez se refiere al principio de igualdad que conlleva la “visión substancial” de nuestra sociedad basada ésta en la idea de la igualdad.

En este sentido, la jurisprudencia del TEDH es ilustrativa cuando se refiere a libertad de margen de apreciación por parte de los Estados partes respecto a la elección de las medidas y normas más apropiadas para la consecución de la efectividad de la igualdad y de la no discriminación. Lo mismo ocurre en cuanto a las jurisprudencias comunitaria⁹¹³ y nacionales⁹¹⁴.

⁹¹² V. *supra* en este mismo capítulo, sección 1.

⁹¹³ V. e.o., TJUE, 7 de enero de 2004, *K.B. contra National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health*, C-117/01, Rec., 2003; v. también las conclusiones del abogado general Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 10 de junio de 2003, en el asunto *K.B.*, C-117/01. Se trataba de la situación de un transexual impedido de beneficiarse de la pensión de viudedad que le correspondía como cónyuge superviviente.

⁹¹⁴ En Francia, v. e.o. CCF, Décision 2010-620 DC du 16 décembre 2010 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011, *J.O.R.F.*, 21 décembre 2010, p. 22439. consid.14 en el cual el Consejo constitucional afirma que el principio de igualdad no se opone a que el legislador derogue la igualdad por motivos de *intérêt général* con la condición de que la diferencia de trato que resulta esté en relación directa con el objeto de la ley que la establece (v.*infra* 2.2.2.2.). Respecto a España, v. e.o. STC 19/2011, de 3 de marzo, FJ 12º en el cual el Tribunal considera, respecto a un recurso de inconstitucionalidad contra una modificación de la legislación autonómica electoral de Castilla-La Mancha, que: “En definitiva, aunque eran posibles otras alternativas, se trata de una decisión adoptada por el legislador dentro del margen de configuración del que constitucionalmente goza, sin que este Tribunal pueda interferirse en ese margen de apreciación, ni examinar la oportunidad de aquella decisión, sino sólo comprobar, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, si establece una discriminación constitucionalmente prosrita o carece de una explicación razonable”. En cuanto a Bélgica, v. e.o. Const., 17 janvier 2007, n° 11/2007, *M.B.*, 29 janvier 2007, consid. B.4. en el cual la jurisdicción afirma que no le incumbe sustituir su apreciación a la del legislador y que, en cambio, está habilitada para averiguar si éste ha tomado las medidas razonablemente justificadas en relación con los objetivos que contempla.

Así por ejemplo, en un caso reciente de problemática de acceso a los establecimientos de educación superior en Italia⁹¹⁵, el Tribunal de Estrasburgo se pronunció sobre la cuestión de la violación de las garantías del art. 2, del Protocolo nº1 del CEDH⁹¹⁶. Si en una primera fase, recordó que acceder a la universidad es inherente al derecho a la educación⁹¹⁷, en una segunda, el Tribunal observó que tal acceso no constituye un derecho absoluto porque puede ser objeto de regulaciones que varían en el tiempo y en el espacio según las necesidades y los recursos de la comunidad. Por ello, las autoridades nacionales se benefician de un cierto margen de apreciación pero el TEDH examina en última instancia el respeto de las exigencias del CEDH⁹¹⁸.

Después de haber analizado las limitaciones a este derecho por medio de los criterios ya conocidos – objetivo legítimo y relación razonable de proporcionalidad entre medios empleados – el TEDH consideró que había que facilitar un *equilibrio* entre el interés individual del candidato a la universidad y el de la sociedad en su conjunto⁹¹⁹. En este caso, concluyó que las medidas adoptadas por el legislador italiano – concretamente, un “*numerus clausus*” – no eran desproporcionadas y que el Estado italiano no había excedido su margen de apreciación⁹²⁰.

En definitiva, los jueces dejan la libertad de actuación de los legisladores en el marco de márgenes de apreciación que suelen ser de índole política o económica y en los cuales no intervienen. En cambio, con el fin de mantener el equilibrio entre los principios de igualdad y de equidad, intentan delimitar la amplitud y los contornos constitucionales de esa libertad, delimitación que se inscribe, entre otros, en el control de proporcionalidad⁹²¹.

2.2.2.2. La relevancia de la equidad con apoyo de otros principios de derecho

En su función de ponderación del binomio “igualdad-equidad”, el juez debe subrayar más la importancia de la equidad. En los fundamentos jurídicos de su decisión, tiene que reforzar la vinculación entre ambos principios para que esté conforme con la igualdad y la justicia.

⁹¹⁵ V. TEDH, 2 de abril de 2013, *Tarantino y otros c. Italia*, Rec., 2013-IV.

⁹¹⁶ Art. 2, Protocolo nº1: “A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

⁹¹⁷ Apdo. 43, de la sentencia del TEDH precitada.

⁹¹⁸ Apdo 44, ídem.

⁹¹⁹ Apdo 50, ídem.

⁹²⁰ Apdo 51, ídem.

⁹²¹ V *infra* 2.2.2.3.

Para elevar el principio de equidad en el marco de dicho binomio, el juez puede recurrir a principios ya bien arraigados en el ordenamiento jurídico y sobre todo en la jurisprudencia, supranacional o interna.

Además de la proporcionalidad que sirve a los mecanismos de control, como también la razonabilidad, hay un principio que inicialmente procedía del Derecho administrativo y que ahora se ha extendido tanto al derecho internacional como al derecho interno: el interés general⁹²².

En efecto, el principio jurídico de interés general permite tanto al legislador adoptar medidas equitativas – la paridad, por ejemplo – como al juez controlar y validarlas al amparo de la equidad, en la vinculación de ésta con el principio de igualdad.

Así desde el punto de vista jurisdiccional, el propio Tribunal Constitucional español ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la adopción de las medidas equitativas de representación equilibrada de ambos sexos en la vida política, haciendo eco de un interés general⁹²³. Las jurisdicciones constitucionales francesa⁹²⁴ y belga⁹²⁵ también han optado por el concepto de interés general a la hora de validar las medidas equitativas.

En fin, a quienes pretenden que el interés general tenga una dimensión política - lo que podría debilitar la fuerza jurídica del principio de equidad- la jurisprudencia administrativa belga responde que el juez, así como el poder de tutela, sólo tiene como fin garantizar el respeto de la ley y la salvaguardia del interés general. Para el Consejo de Estado belga, el interés general no se confunde con la legalidad. Tampoco, se identifica con la política que el gobierno desea implantar⁹²⁶.

2.2.2.3. El control jurisdiccional del binomio igualdad-equidad

El fortalecimiento de la equidad, como principio de “equilibrio” hacia un justo medio que permite no esquivar la igualdad como norma y como objetivo, está adecuado a la evaluación por parte de las autoridades públicas de los desequilibrios y desigualdades que afectan a la sociedad. Sin embargo, la noción de equidad sigue siendo muy fluctuante al ser vinculada con la evolución de la sociedad y de las leyes que la dirigen.

⁹²² Sobre el concepto de interés general, v. *supra* Parte I, Título I, Capítulo 2.

⁹²³ STC 12/2008, de 29 de enero. Ver especialmente el auto del 5 de mayo de 2007 del Tribunal de Santa Cruz de Tenerife.

⁹²⁴ V.e.o. CCF, Décision 2003-483 DC du 14 août 2003 sur la loi portant réforme des retraites, *J.O.R.F.*, 22 août 2003, p. 14343.

⁹²⁵ V. e.o. Cconst., 31 mai 2012, n° 71/2012, *M.B.*, 10 aout 2012, p. 46855.

⁹²⁶ CEtat, arrêt du 9 décembre 1976, n°76/74691 et 76/74709, *Pas. Belge*, 1979- IV, p.139.

En su función de control, el juez no puede atenuar los efectos negativos de la “fluctuación” de la sola equidad. Los criterios que utiliza para admitir las medidas de acción y discriminación positiva son en realidad poco precisos. La justificación en cuanto al objetivo de interés general que éstas supuestamente sostienen, es todavía muy subjetiva.

Ahora bien, esta subjetividad radica en motivos del legislador que ha adoptado las medidas equitativas, y no del juez. Como el legislador que adopta una cuota o la paridad es el único en poder apreciar el interés general, el control jurisdiccional de estas medidas positivas está limitado. En efecto, los jueces se limitan a apreciar si las medidas son manifiestamente inapropiadas al objetivo perseguido. Ni siquiera pueden imponer la adopción de medidas positivas, tampoco bajo el solo principio de equidad.

Por ello, la prevalencia del principio de igualdad, dentro de la combinación con el de equidad, delimita dicha subjetividad del interés general, es decir, delimita la cuestión de oportunidad de las medidas adoptadas. De hecho, obliga al juez a contemplar los distintos mecanismos de control de que dispone cuando procede al examen al amparo del principio de igualdad, pero esta vez junto al principio de equidad.

Previamente a la aplicación de las medidas positivas, así como a posteriori, el control jurisdiccional se fundamenta en los mecanismos y principios ya existentes, pero con un valor añadido: el respeto del principio de equidad.

Ahora bien, sin extendernos en el conjunto de los procedimientos de control, comunes o propios de los ordenamientos jurídicos europeos – CEDH y UE – y nacionales, destacamos las fases o los aspectos en los cuales el binomio “igualdad-equidad” tiene una cierta relevancia.

Así por ejemplo, en el marco del control de proporcionalidad de la paridad y de otras medidas positivas, el juez procedería a un examen basado en los criterios de legitimidad del objetivo perseguido, de razonabilidad, etc. con todas las dificultades inherentes al propio control de proporcionalidad⁹²⁷.

En otros términos, el análisis del vínculo razonable entre el objetivo y los medios, del empleo de los métodos menos perjudiciales respecto al principio de igualdad, y de la proporcionalidad misma, consiste en el control de la atribución de una importancia relativa apropiada a los daños causados al individuo por una parte, y a la ventaja para la sociedad – el interés general – por otra, es decir, la aplicación del principio de equidad.

En definitiva, el binomio “igualdad-equidad” debería servir para cribar más el control en términos de efectividad, de intercambiabilidad y de seguimiento de la

⁹²⁷ Sobre el control de proporcionalidad, v. *supra* Parte I, Título II, Capítulo 2, Sección 2, 2.2.2.

medida positiva, aunque ésta debe ser más obra del legislador y de la Administración Pública⁹²⁸.

Así pues, el juez contemplaría la efectividad de la paridad para medirla a la luz del prisma binómico. En un examen previo a la adopción de una ley de aplicación de la paridad o en el caso de un recurso contra ésta – de inconstitucionalidad, por ejemplo – la combinación de ambos principios podría “tumbarla” si los términos del dispositivo legislativo presentaran defectos tales que plantearían el carácter razonable, y entonces la proporcionalidad de la paridad.

Sobre lo que precede, se plasma la cuestión de intercambiabilidad de las medidas que se inscriben en el principio de equidad. El control de proporcionalidad determinará si la medida examinada es sustituible o no en cuanto a la combinación “igualdad-equidad”. El juez, lo sabemos, no indicará cuál es la medida más adecuada, pero por medio de su análisis basado en los criterios del control de proporcionalidad, ya validará la elección de otra medida positiva o forzará indirectamente al legislador a adoptar esta última. En este sentido, el contenido del procedimiento analítico de un Consejo (francés)⁹²⁹ o un Tribunal constitucionales (belga⁹³⁰ y español⁹³¹) a la hora de examinar una norma de cuotas electorales, de paridad o aun de presencia equilibrada, tendrá por objeto el respeto simultáneo de la *permanencia* y de la *flexibilidad* de la combinación “igualdad-equidad”.

2.2.3. Más allá de la paridad: una nueva lectura del principio de igualdad

En definitiva, si la referencia a este doble principio contribuye a contener los excesos eventuales de cualquier dispositivo normativo de una medida positiva, también permite evitar los peligros de un control de proporcionalidad demasiado estricto que pesaría sobre el pro y el contra en cada decisión. Si lo razonable debe reflejarse en una norma o en un acto de la Administración pública, ello no puede fagocitar la actuación de los poderes públicos debido a la predominancia del principio de igualdad.

⁹²⁸ V. en este sentido la Recomendación Rec (2003)3 del Consejo de Europa ya precitada que invita a los Estados partes que: “sigan y evalúen los avances en la consecución de la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la vida política y pública” (párrafo VIII). En el anexo de la misma recomendación, el Consejo de Europa preconiza una serie de medidas de seguimiento relativo a las medidas y políticas estatales de participación equilibrada de ambos sexos en la vida política y pública (apados. 43 a 48).

⁹²⁹ V. por ejemplo la evolución de la jurisprudencia constitucional francesa relativa a las cuotas electorales (Parte I, Título II, Capítulos 1 y 2).

⁹³⁰ Idem, respecto a la jurisprudencia belga

⁹³¹ Sobre la jurisprudencia del Tribunal constitucional español, su posición se inspira claramente de las experiencias extranjeras -francesa, belga, etc. (Parte I, Título II, Capítulos 1 y 2).

Por lo tanto, más allá de la cuestión de la compatibilidad de la paridad, el doble principio “igualdad-equidad” protege la acción pública contra restricciones jurídicas tales, que éstas la cristalizarían por miedo de infringir el principio de igualdad y todas sus variantes nebulosas y contradictorias. El equilibrio entre ambos principios enmarca un margen de actuación bajo unos conceptos como el interés general, por ejemplo, que permite al legislador una mayor creatividad en la elaboración de las reglas positivas destinadas a restablecer la igualdad y la justicia.

También, el binomio “igualdad-equidad” nos recuerda que, al leer el principio de igualdad, es imprescindible tener en cuenta datos, aspectos y ciencias – políticas, estadísticas⁹³², económicas, sociales, etc.- que no forman parte del ámbito jurídico. Es verdad que para el juez que tiene que pronunciarse sobre la validez de unas cuotas, de la paridad o de cualquier acción positiva, resultará difícil basarse sólo en la ciencia del Derecho. Nuestro binomio pone de relieve desigualdades y desequilibrios concretos. En este sentido, vamos más allá pues del marco paritario, porque esta problemática afecta al conjunto de los sectores de la sociedad.

Además, los principios de igualdad y de equidad, contribuyen juntos a mantener el vínculo entre el Derecho y lo “no jurídico”. Hacen de la propia igualdad un principio abierto a consideraciones exteriores que se inscriben en el equilibrio que sostiene el principio de equidad.

En cuanto a los beneficiarios de la aplicación de la combinación de los principios, éstos deben poder entender el objetivo, la lógica, el sentido o aun el alcance, tanto de las normas como de las decisiones de la justicia. Dicha combinación debe conducir a una mayor aceptación por parte de los justiciables de éstas. En cierto modo, consiste en un amparo contra los actos y textos liberticidas, así como contra las medidas que sobrepasan el marco de ambos principios.

En definitiva, esta manera nueva de aprehender el principio de igualdad al concebir una mayor importancia a favor de la equidad también como principio, conduce a abandonar las antinómicas interpretaciones de la igualdad y de sus variantes – formal, material, de oportunidades y de resultado - que han nutrido los debates jurídicos en las asambleas políticas y ante las jurisdicciones - europeas y nacionales – y que han estructurado una “tabla de lectura” obsoleta.

Con la combinación sistemática de la igualdad con la equidad, esta nueva lectura del principio de igualdad considera que las desigualdades son inevitables y difícilmente erradicables pero, por lo menos, por medio de la equidad, pretende combatir las y no acomodarse con ellas.

⁹³² V. *supra* el control jurisdiccional de las acciones y discriminaciones positivas (Parte I, Título I, Capítulo 1, sección 2).

CONCLUSIONES GENERALES

La idea de igualdad dio nacimiento a la sociedad moderna. El derecho público ha hecho de ella un principio cuya fuerza ha crecido con el tiempo. Los derechos constitucional, internacional y europeo, han prolongado esta evolución al conferir al principio de igualdad el más alto valor jurídico.

El principio de igualdad fue concebido en el origen como vector de la igualdad de los derechos. En esta función, ofició como principio de no discriminación protegiendo a los ciudadanos contra lo arbitrario. No hay duda que esta igualdad de derechos deba continuar siendo preservada aun vigilando para ello, sobre todo cuando lo que define a la persona humana y al ciudadano es la razón.

Tal rigor no prohíbe la expresión del pluralismo. La filosofía contemporánea ha designado la dualidad “igualdad-alteridad” como apuesta central de la sociedad actual y del mañana. En el ámbito jurídico, significa que el respeto hacia el “Otro” es una condición de su igualdad en el seno del Estado de derecho. Tal es la disposición de espíritu que fundamenta la esencia de la democracia. Pero, para que la democracia no sea amenazada desde el interior por valores incompatibles con ella, la sociedad debe aplicar con la misma fuerza la disposición recíproca: que el respeto por parte del “Otro” del principio de igualdad, sea una condición de su integración a la colectividad nacional.

El desarrollo socioeconómico de las últimas décadas ha destacado que la igualdad de derecho pueda ir a la par con la desigualdad de hecho, al punto de debilitar la confianza de los ciudadanos en la eficacia misma del principio de igualdad. Es así porque el principio de igualdad sólo alcanza realmente su objetivo si también es el vector de la igualdad de oportunidades. Ésta debe ser promovida más activamente para atajar el empeoramiento de las desigualdades económicas, sociales y culturales. Tal acción puede pasar por una diferenciación de los derechos una vez que el interés general, que resulta del objetivo de reducción de las desigualdades, hace jurídicamente posible una derogación razonable del principio de igualdad de derechos.

En fin, el principio de igualdad no debe constituir un freno a las iniciativas. Las aspiraciones a la diversidad son un signo de dinamismo y contribuyen al desarrollo de las libertades individuales y colectivas. El derecho europeo (comunitario y de los derechos humanos) está atento a la coexistencia armoniosa de los objetivos de igualdad y de libertad. A veces, anima y exige a que la uniformidad de la regla sea rota con el fin de tener más en cuenta las diferencias reales. Su práctica jurisprudencial se acompaña de un control de la proporcionalidad de la diferencia de derecho respecto a la diferencia de situación con el fin de que la diversidad no se haga discriminatoria.

Nuestra sociedad se enfrenta a nuevas exigencias. Desea que las desigualdades más alarmantes se reduzcan. Aspira igualmente a que las iniciativas de cada uno puedan desarrollarse libremente. La razón de ser del principio de igualdad es permitir la realización conjunta de ambas exigencias. Puede funcionar con mayor voluntarismo para responder a la libertad y puede adaptarse con flexibilidad para responder a la igualdad, con la condición esencial de que una mayor diversidad conlleve a mejorar la situación de los desfavorecidos. El principio de igualdad refleja la tradición política y jurídica de nuestra sociedad.

Por ello, la introducción de las acciones y discriminaciones positivas - también llamadas medidas positivas - en el ámbito político, tiene el mérito de haber contribuido al replanteamiento del principio de igualdad, un principio jurídico fundamental en cualquier Estado de derecho democrático.

Para que dicha igualdad sea efectiva en los ordenamientos europeos – de Derechos Humanos y de Derecho comunitario – y nacionales, la igualdad formal cede paso a una igualdad concreta, real o sustancial, aunque estos ordenamientos mantienen la convivencia entre ambas vertientes del principio de igualdad. De la segunda, emana una distinción entre las igualdades de resultados y de oportunidades que no deja de convencer en términos de base legitimadora de las medidas positivas. En el frágil equilibrio entre la igualdad y la discriminación prohibida, marcado por esta última diferencia, arropadas por el Derecho internacional y por las jurisprudencias constitucionales, las medidas positivas han sido instauradas a título experimental y derogatorio. Fragilidad que radica en los límites de aplicación del principio de igualdad y de la emergencia de nuevas discriminaciones que se han generado.

De algún modo, las cuotas electorales voluntarias establecidas en algunos países por los propios partidos políticos en sus estatutos o las impuestas por el legislador, han constituido, al menos, un salto sino cuantitativo sí cualitativo. De hecho, el efecto esperado de las cuotas ha resultado atenuado en términos de presencia efectiva de las mujeres en asambleas legislativas y en los ejecutivos nacionales, regionales y locales. En contra, en términos de impulso, por un cambio evolutivo de la sociedad y con el apoyo del Derecho Internacional y del Derecho Comparado, las cuotas de género abrieron el camino a la instauración de la “democracia paritaria”.

Paridad, umbral de paridad, cuota paritaria, representación o presencia equilibrada son todo vocablos para designar una técnica de representación que intenta reflejar la radicalidad de la sociedad: su género. Radicalidad sexual encontrada y promovida por la paridad en la esfera política, extendida a otros sectores como lo social, lo profesional o aun lo económico.

Más que una simple acción positiva y menos que un principio jurídico, la paridad por su naturaleza y sus límites, ha demostrado los inconvenientes de su aplicación y del control de ésta por el juez al respecto del principio de igualdad. El control de

proporcionalidad que sirve de conexión entre la realidad en todas sus variantes – políticas, sociales, históricas, sociológicas y jurídicas – y este principio, nos indica también las dificultades de compatibilidad o de convivencia entre la paridad y el principio de igualdad. Principio éste que constituye la base del derecho a la igualdad y a la no discriminación entre las mujeres y los hombres.

Jamás la democracia paritaria ha generado tantos debates políticos y jurídicos en los sistemas políticos que la han introducido con, a veces, la necesidad de modificar sus respectivas constituciones, como es el caso de Bélgica y de Francia. En efecto, por su naturaleza jurídica, los límites y el control de su aplicación, la paridad demuestra que no encaja bien - al igual que las demás medidas positivas - con el principio de igualdad y que, por ello, debe ser instrumentalizada conforme a otro concepto, a otro principio latente o en devenir: la *equidad*.

Inventada, olvidada y negada por los filósofos para ser sacrificada en el altar de la igualdad y de la legalidad, la equidad ha sido redescubierta por unos pensadores como John Rawls y otros, con el fin de responder a las cuestiones de (in)justicia planteadas por una aplicación formal del principio de igualdad.

En el ámbito del Derecho, la equidad ha seguido un camino paralelo hasta nosotros en el mismo sentido, aunque su reconocimiento jurídico es tributario en gran parte a su desarrollo en el sistema jurídico anglosajón y a la norteamericana Teoría de la Justicia de Rawls que ha tenido un eco en Europa a través de la eclosión de las acciones y de las discriminaciones positivas.

Ahora bien, entre el pudor y la reticencia, debido a la omnipotencia del principio de igualdad, los legisladores nacionales europeos no introducen explícitamente la equidad en sus ordenamientos jurídicos respectivos. Su creciente presencia, a menudo bajo otros vocablo como la razonabilidad o la proporcionalidad, tiene su origen en el oficio del juez que recurre a ella para colmar una carencia del Derecho.

El mismo juez contribuye al fortalecimiento o por lo menos, al establecimiento del vínculo entre la equidad y la igualdad como principios complementarios, así como entre la equidad y la paridad al igual que todas las otras medidas positivas.

En efecto, el margen que separa la regla jurídica de una situación concreta es más o menos amplio, según el carácter más o menos general y abstracto del dispositivo. Por ello, con el apoyo de principios jurídicos ya bien aferrados en el Derecho positivo - el interés general por ejemplo – la jurisprudencia ha contribuido definitivamente, por una parte al fortalecimiento de la equidad, y por otra, a nuestro modo de entender, a la combinación de los principios de igualdad y de equidad.

Por tanto, la paridad, así como el conjunto de las medidas positivas, encuentra una base jurídica menos discutible que la de la sola igualdad material o de oportunidades – véase de resultados. De hecho, el “binomio igualdad-equidad” recuerda tanto a los

beneficiarios como a los autores y controladores de dichas medidas que, si sólo el principio de igualdad sigue siendo un principio universal y permanente, el principio de equidad no lo substituye pero sí le es complementario e indisociable, porque completa el marco jurídico adaptado a la flexibilidad de las medidas positivas, sean paritarias o no.

En definitiva, la paridad ha servido de escollo entre principios y medidas, y nos ha llevado a leer – o a volver a leer – el principio de igualdad, que renovado por la combinación con el principio de equidad, se convierte por una parte en un principio liberado de interpretaciones inciertas y “anquilosantes” en cuanto a sus aplicaciones y, por otra, en un principio dinámico que presenta una mayor adecuación equilibrada con las exigencias fluctuantes del conjunto de los componentes de nuestra sociedad democrática.

BIBLIOGRAFÍA

A. LOS TEXTOS

I. TRATADOS, CONVENCIONES INTERNACIONALES

CEDAW /C/SR.721, *Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 35^o session, Compte rendu analytique de la 721e séance*, Naciones Unidas, Nueva York, 16 de mayo de 2006.

Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 20 de diciembre de 1952, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952.

Declaración de Pekín y la Plataforma para la Acción, recogidos en el Informe de la Resolución adoptada en la Conferencia de 17 de octubre de 1995. Documento A/CONF. 177/20 de 17 de octubre de 1995.

Informe del Comité Especial Plenario del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, Nueva York, Naciones Unidas, 2000, pp. 16-17.

Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing, septiembre de 1995, Naciones Unidas, Nueva York, 1996 (A/CONF.177/20/Rev. 1).

Observación general nº 16 aprobada el 11 de agosto 2005 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 de PIDESC).

Recomendación general nº25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, aprobada el 30 de enero de 2004, por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Recomendación General 23, sobre la «Vida Política y Pública», adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 16^o Período de sesiones, 1997, Naciones Unidas (Doc. A/52/38).

Resolución A/RES/62/137, de 14 de febrero de 2008, de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y plena aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y de los resultados del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

Resolución A/RES/58/144, de 22 de diciembre de 2003, de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativa a la participación de la mujer en la política.

Resolución A/RES/55/69, de 4 de diciembre de 2000, de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativa al mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas.

II. TEXTOS DEL CONSEJO DE EUROPA

Protocolo nº12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de octubre de 2000.

CM(2013)136 final 6 novembre 2013, Commission pour l'égalité entre les femmes et les hommes (GEC) – “Stratégie 2014-2017 pour l'égalité entre les femmes et les hommes”.

EG-S-PA (2000)7, *Actions positives dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes. Rapport final d'activités du groupe de spécialistes sur les actions positives dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2000.

Recommandation 1899 (2010)1 de l'Assemblée parlementaire, “Augmenter la représentation des femmes en politique par les systèmes électoraux”.

Recommandation 1413 (1999) de l'Assemblée parlementaire, “Représentation paritaire dans la vie politique”.

Recommandation CM/Rec(2007)17 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les normes et mécanismes d'égalité entre les femmes et les hommes (adoptée par le Comité des Ministres le 21 novembre 2007, lors de la 1011^e réunion des Délégués des Ministres).

Recomendación (2003)3 del Comité de Ministros sobre la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público, de 12 de marzo de 2003.

Recomendación (2007)17 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, de 21 de noviembre de 2007.

Recomendación 1413 (1999) de la Asamblea Parlamentaria, *Representación paritaria en la vida política*, 22 de junio 1999.

Recomendación 1665 (2004) sobre la participación de las mujeres en las elecciones.

Recomendación 1899 (2010) de la Asamblea Parlamentaria, *Aumentar la representación de las mujeres en política por los sistemas electorales*, 27 de enero 2010.

Recommandation CM/Rec (2007)17 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les normes et mécanismes d'égalité entre les femmes et les hommes, adoptada el 21 de novembre de 2007.

Recommandation CM/Rec (2008)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la prise en compte dans les actions de santé des spécificités entre hommes et femmes (adoptée par le Comité des Ministres le 30 janvier 2008, lors de la 1016^{ème} réunion des Délégués des Ministres).

Recommandation 1290 (1996), Suivi du Sommet de Copenhague sur le développement social, adoptée par l'Assemblée parlementaire, le 20 mars 1996.

Resolución (PACE) 1079 (1996) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el aumento de la representación de las mujeres en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Resolución 1348 (2003) sobre la representación equilibrada entre hombres y mujeres en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Resolución 303 (2010) sobre la consecución de igualdad de género sostenible en la vida política a nivel local y regional.

III. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2011, sobre la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea, *D.O.U.E.*, C 199 E, 7 de julio de 2012, pp. 65-76.

Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre la igualdad entre mujeres y hombres, *D.O.U.E.*, C 295 E, 4 de diciembre de 2009, pp. 35-42.

Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012, sobre la representación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones políticas: calidad e igualdad, *D.O.U.E.*, C 251 E, 31 de agosto de 2013, pp. 11-18.

Resolución del Parlamento Europeo sobre las mujeres y la toma de decisiones, *D.O.U.E.*, C 346, 4 de diciembre de 2000, p. 82.

Resolución del Parlamento Europeo sobre el Informe anual de la Comisión: igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la Unión Europea, *D.O.U.E.*, C 304, 6 de octubre 1997, p. 45.

Resolución del Parlamento Europeo de 8 de marzo de 2011 sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea — (2012/C 199 E/08).

Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 6 de diciembre de 1994, relativa a la participación equitativa de las mujeres en una estrategia de crecimiento económico orientada hacia la intensificación del empleo en el seno de la Unión Europea, *D.O.U.E.*, C-368 de 23 de diciembre de 1994, p.3.

Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 25 de mayo de 2007 — “Crear la igualdad de oportunidades para la plena participación de todos los jóvenes en la sociedad”, C 314, *D.O.U.E.*, de 22 de diciembre de 2007, pp. 1-3.

Resolución del Consejo de la Unión Europea y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el Consejo el 17 de marzo de 2008 relativa a la

situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea (2008/C 75/01), *D.O.U.E.*, C-75 de 26 de marzo de 2008, p. 1-4.

Reglamento de la UE, nº1288/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013 por el que se crea el programa “Erasmus+”, de educación, formación, juventud y deporte de la Unión y por el que se derogan las Decisiones nº1719/2006/CE, 1720/2006/CE y 1298/2008/CE, L 347, *D.O.U.E.*, 20 de diciembre de 2013, pp. 50-72.

Reglamento de la UE nº233/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014 por el que se establece un Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo para el período 2014-2020, L 77, *D.O.U.E.*, de 15 de marzo de 2014, pp. 44-75.

Recomendación del Consejo nº84/635/CEE, de 13 de diciembre 1984 relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer, *D.O.C.E.*, L 331/84, de 19 de diciembre de 1984.

Recomendación 96/694/CE del Consejo de 2 de diciembre de 1996 relativa a la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión, L 319, *D.O.C.E.*, de 10 de diciembre de 1996, pp. 11-15.

Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, COM (2012) 614 final - 2012/0299 (COD), Bruselas, 14 de noviembre de 2012.

Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, *D.O.U.E.*, L 373 de 21 de diciembre de 2004.

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, *D.O.U.E.*, L 39, 14 de febrero de 1976, pp. 40-42.

Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo, *D.O.U.E.*, L 180/1, de 15 de julio de 2010.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), *D.O.U.E.*, L 204 de 26 de julio de 2006

Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, *D.O.U.E.*, L 269, 5 de octubre de 2002, pp. 15-20.

Dictamen del Comité económico y social sobre la propuesta de directiva del Consejo que modifica la directiva 86/378/CEE de 24 de julio de 1986 relativa a la igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, *D.O.U.E.*, C-18, de 22 de enero de 1996, pp. 132–134.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, *D.O.U.E.*, C 133, de 9 de mayo de 2013.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social Europeo — Libro Verde sobre la cohesión territorial: convertir la diversidad territorial en un punto fuerte”, COM(2008) 616 final, C- 228, *D.O.U.E.*, de 22 de septiembre de 2009, pp. 123-129.

Decisión del Consejo de 15 de julio de 2008 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, L 198, *D.O.U.E.*, de 26 de julio de 2008, pp. 47-54.

Comunicación (COM/2010/491 final) de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015, Bruselas, 21 de septiembre 2010.

COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, COM (2012) 614 final, 14 de noviembre 2012, p.6.

COM/96/0088 Final, 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 v. Freie Hansestadt Bremen*.

COM/2009/0694 final, Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Igualdad entre mujeres y hombres — 2010 SEC(2009) 1706.

COM/2006/0092 final, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, Una hoja de ruta para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010.

IV. LEGISLACIONES NACIONALES

IV.1. BELGICA

Legislación federal

Loi du 19 mars 2013 relative à la Coopération au Développement, *M.B.*, 12 avril de 2013.

Loi du 19 décembre 2012 modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, pour ce qui est de l'appartenance sexuelle en matière de biens et services et en matière de régimes complémentaires de sécurité sociale, *M.B.*, 25 janvier 2013.

Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007.

Loi spéciale du 18 juillet 2002 assurant une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidats aux élections du Conseil régional wallon, du Conseil flamand et du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 13 septembre 2002.

Loi du 18 juillet 2002 assurant une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidatures aux élections des Chambres législatives fédérales et du Conseil de la Communauté germanophone, *M.B.*, 28 août 2002.

Loi du 17 juin 2002 assurant une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidats aux élections du Parlement européen, *M.B.*, 28 août 2002.

Loi du 24 mai de 1994 visant à promouvoir une répartition équilibrée des hommes et des femmes sur les listes de candidatures aux élections, *M.B.*, 1^{er} juillet 1994.

Loi du 20 juillet 1973 prévoyant des mesures spéciales en vue d'atteindre la parité linguistique prescrite à l'article 21, par.7, alinéa 2, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, *M.B.*, 2 août 1973, p. 8901.

Arrêté royal du 19 janvier 2010 déterminant les modalités visées à l'article 1er de la loi du 20 juillet 1990 visant à promouvoir la présence équilibrée d'hommes et de femmes dans les organes possédant une compétence d'avis, en vue d'établir, de compléter et de mettre à jour la liste des organes consultatifs tombant sous le champ d'application de la loi, *M.B.*, 2 février 2010.

Convention collective de travail du 6 octobre 1997, conclue au sein de la Commission paritaire pour les employés de l'industrie alimentaire, relative aux conditions de rémunération et de travail (Convention enregistrée le 2 mars 1998 sous le numéro 47239/CO/220), *M.B.*, 27 septembre 2009.

Legislación federada

Décret du 9 janvier 2014 destiné à promouvoir une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les conseils d'administration des organismes privés agréés par la Région wallonne pour les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution, *M.B.*, 28 janvier 2014.

Décret du 21 février 2013 assurant une présence égale et alternée entre les femmes et les hommes sur les listes de candidatures aux élections communales et provinciales organisées en Région wallonne, *M.B.*, 4 mars 2013.

Decret de la Communauté française du 17 juillet 2002, portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, *M.B.*, 2 août 2002.

Ministère de la Communauté française, *Premier contrat de gestion de l'Office de la Naissance et de l'Enfance 2003-2005*, du 28 février 2003, *M.B.*, 19 avril 2004, pp. 22650-22663.

Besluit van de Vlaamse regering van 17 juli 2000 tot vaststelling van de criteria, de voorwaarden en de nadere regelen volgens welke subsidies worden verleend met betrekking tot het VESOC-actieplan voor acties rond de man/vrouw-problematiek, *M.B.*, 21 septiembere de 2000, p. 32048.

Besluit van de Vlaamse Executieve van 19 december 1990 houdende maatregelen tot bevordering van gelijke kansen van mannen en vrouwen in de diensten van de Vlaamse Executieve en in de instellingen van openbaar nut die afhangen van de Vlaamse Gemeenschap of van het Vlaamse Gewest, *B.M.*, 06 maart 1991, bl. 4268.

Décret du 15 décembre 2010 visant à promouvoir la participation équilibrée des femmes et des hommes dans les organes des personnes morales désignés par la Communauté française, *M.B.*, 8 février 2011.

Décret du 7 novembre 2007 modifiant le décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public, en vue de promouvoir la présence équilibrée d'hommes et de femmes, *M.B.*, 22 novembre 2007.

Ordonnance du 13 février 2014 visant à garantir, au sein des organes de gestion des personnes morales, une présence équilibrée de femmes et d'hommes parmi les membres nommés par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 5 mars 2014.

Ordonnance du 15 mars 2012. assurant une présence égale et alternée entre les hommes et les femmes sur les listes de candidatures aux élections communales organisées dans la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 28 mars 2012.

Ordonnance du 4 septembre 2008 visant à garantir la présence équilibrée de femmes et d'hommes dans les conseils d'administration des organismes pararégionaux de droit ou d'intérêt public, *M.B.*, 30 septembre 2008.

Rapport de Mmes VAN RIET et de T' SERCLAES sur la révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité, 6 mars 2001, *Sénat*, doc. 2-465/4, s.o. 2000-2001, p. 19.

IV.2. ESPAÑA

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, *BOE*, nº71, 23 marzo 2007, p. 12611.

Ley 3/2012, de 16 de febrero, por la que se modifica la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y la Ley sobre Creación de Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, *BOE*, nº 65, 16 de marzo de 2012, p. 3752.

Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura, *BOE*, nº 88, 13 de abril de 2011, p. 6651.

Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género, *BOE*, nº 106, 4 mayo de 2011, p. 7887.

Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha, en *BOE*, nº37, 12 febrero de 2011, p. 2708.

Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres, *BOE*, nº 67, 18 marzo de 2010, p. 4518.

Ley 3/2008, de 3 de julio, de modificación de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia, *BOE*, nº31, 5 febrero 2011, p. 2211.

Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, *BOE*, nº 38, 13 de febrero 2008, p. 2492.

Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, *BOE*, n °176, 22 de julio de 2008, p. 12529.

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, *BOE*, nº 299, 15 de diciembre de 2006, p. 44142.

La ley 4/2005, de 18 de febrero para la Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco, *BOE*, nº 274, 14 de noviembre de 2011, p. 17779.

Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres, *BOE*, nº 228, 21 de septiembre de 2004, p.16384.

Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres en Comunidad Autónoma Valenciana, *BOE*, nº 110, 8 de mayo de 2003, p. 9334.

Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León, *BOE*, nº71, 24 de marzo de 2003, p. 5910.

IV.3. FRANCIA

Code électoral, art. L. 210-1, L. 264, L. 300, L. 346, L. 331-2 et L. 370

Code général des collectivités territoriales, art. L. 2122-7-1 et s. et L. 4133-5 et s.

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République: vers la parité dans les responsabilités professionnelles et sociales, *J.O.R.F.*, 24 juillet 2008, p.11890.

Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, *J.O.R.F.*, 9 juillet 1999, p.10175.

Loi organique n° 2001-40 du 15 janvier 2001 destinée à améliorer l'équité des élections à l'assemblée de la Polynésie française, *J.O.R.F.*, 16 janvier 2001, p.783.

Loi n°2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, *J.O.R.F.*, 18 mai 2013, p. 8242.

Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, *J.O.R.F.*, 28 janvier 2011, p.1680.

Loi n°2008-175 du 26 février 2008 facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général, *J.O.R.F.*, 27 février 2008, p.3370.

Loi n°2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, *J.O.R.F.*, 1 février 2007, p. 1941.

Loi n°2003-697 du 30 juillet 2003 portant réforme de l'élection des sénateurs *J.O.R.F.*, 31 juillet 2003, p.13017

Loi n°2003-327 du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, *J.O.R.F.*, 12 avril 2003, p.6488.

Loi n°2000-641 du 10 juillet 2000 relative à l'élection des sénateurs, *J.O.R.F.*, 11 juillet 2000, p.10472.

Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives, *J.O.R.F.*, 7 juin 2000, p.8560.

ASSEMBLEE NATIONALE, Projet de loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, Doc.Parl., texte n° 321, session ordinaire de 2013-2014, transmis au Sénat, le 28 janvier 2014.

ASSEMBLEE NATIONALE, Projet de loi modifiant certaines dispositions du code électoral en vue de favoriser la participation des femmes aux élections municipales, Doc. Parl., texte n° 110, seconde session 1980-1981, transmis au Sénat, le 21 novembre 1980.

ASSEMBLÉE NATIONALE, Projet de loi sur la participation des femmes aux élections municipales, Doc. Parl., 20 novembre 1980, s.o.1980-1981, *J.O.R.F.*, 21 novembre 1980, pp. 4187-4221.

Rapport de M. Sébastien Huygues, sur le projet de loi (n° 3525), adopté par le Sénat, après déclaration d'urgence, tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, n° 3558, 10 de enero de 2007, *Assemblée nationale*, pp.1-116.

Rapport de Mme C. Tasca, sur le projet de loi constitutionnelle, modifié par le Sénat, relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Assemblée nationale*, Paris, 10 de febrero de 1999.

Rapport du sénateur G. CABANEL, au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Assemblée nationale*, n°156, s.o., 1998-1999.

B. LA JURISPRUDENCIA

I. INTERNACIONAL

II. TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS (TEDH)

TEDH, 2 de abril de 2013, *Tarantino y otros c. Italia*, Rec., 2013-IV.

TEDH, 22 de marzo de 2012, *Konstantin Markin c. Rusia*, Rec., 2012-III.

TEDH, 17 de febrero de 2011, *Andrle c. Republica Checa*, Rec., 2011-I.

TEDH, 13 de julio de 2010, *Clift c. Reino Unido*, Rec., 2010-VII.

TEDH, Avis consultatif sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme (n°2), 22 janvier 2010, Rec., 1/100.

TEDH, 31 de marzo de 2009, *Weller c. Hungría*, Rec., 2009-III.

TEDH, 18 de febrero de 2009, *Andrejeva c. Letonia*, Rec., 2009-II.

TEDH, 22 de enero de 2008, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, Rec., 2008-I.

TEDH, 22 de enero de 2008, *E.B. c. Francia*, Rec., 2008-I.

TEDH, 13 de noviembre de 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, Rec., 2007-IV.

TEDH, 5 de abril de 2007, *Kavakçi c. Turquía*, Rec., 2007-IV.

TEDH, 6 de abril de 2006, *Stankiewicz c. Polonia*, Rec., 2006-IV.

TEDH, 12 de abril 2006, *Stec y otros c. UK*, Rec., 2006-VI.

TEDH, 4 de abril de 2006, *Bompard c. Francia*, Rec., 2006-IV.

TEDH, 15 de febrero de 2005, *Steel et Morris c. Reino Unido*, Rec., 2005-II.

TEDH, 16 de abril de 2002, *SA Dangeville c/ Francia*, Rec., 2002-III.

TEDH, 23 de marzo de 2002, *SA Immeubles groupe Kosser c. Francia*, Rec., 2002-III.

TEDH, 21 de marzo de 2002, *APBP c. Francia*, 38436/97, en *JCPG.*, 2002-I.

TEDH, 31 de marzo de 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. Francia*, Rec., 1998-II.

TEDH, 27 de marzo de 1998, *Petrovic c. Austria*, Rec., 1998-III.

TEDH, 23 de octubre de 1997, *National and provincial building sty, the leeds permanent building sty et the yorshire building sty c. Reino Unido*, Rec., 1997-VII.

TEDH, 21 de febrero de 1997, *Van Raalte c. Países Bajos*, Rec., 1997-I.

TEDH, 16 de septiembre de 1996, *Gaygusuz c. Austria*, Rec., 1996-IX.

TEDH, 22 de febrero 1994, *Burghartz c. Suiza*, Rec., 1994-I.

TEDH, 24 de junio de 1993, *Schuler-Zraggen c. Suiza*, Rec., serie A nº 263.

TEDH, 28 de noviembre de 1987, *Rasmussen c. Dinamarca*, Rec., serie A, nº87.

TEDH, 25 de agosto de 1987, *Lutz c. Alemania*, 9912/82, Rec., serie A.

TEDH, 2 de marzo de 1987, *M. Clerfayt*, Rec., 1987-III.

TEDH, 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, Rec., 1985-V.

TEDH, 13 de junio de 1979, *Mme Mathieu Mohin*, Rec., 1979.

TEDH, 9 de octubre de 1979, *Airey c. Irlanda*, Rec., 1979.

TEDH, 23 de julio de 1968, *asunto lingüístico c. Bélgica*, Rec., serie A nº 6.

III. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA (TUE/TJCE⁹³³)

Jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia

TPI, 7 de diciembre de 2004, *Koninklijke Coöperatie contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-240/02, Rec., 2004, p. II-04237.

Jurisprudencia del TJCE/TJUE

TJUE, 13 de septiembre de 2012, *Total SA, Elf Aquitaine c. Comisión Europea*, C-495/11 P., *D.O.U.E.*, C 101, de 6 de abril de 2013, p. 2.

TJCE, 22 de mayo de 2008, *Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, C-427/06, Rec., 2008 p. I-07245.

TJUE, 26 de octubre de 2006, C-68/05, P., Rec., 2006, p. I-10367.

TJCE, 30 de septiembre de 2004, *Serge Briheche*, C-319/03, Rec., 2004, p. I-08807.

TJUE, 7 de enero de 2004, *K.B. contra National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health*, C-117/01, Rec., 2003-I.

TJCE, 19 de marzo de 2002, *Lommers*, C-476/99, Rec., 2002, p.I-02891.

TJCE, 28 de marzo de 2000, *Badeck*, C-158/97, Rec., 2000, p.I-01875.

⁹³³ Antiguamente, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

TJCE, 29 de septiembre de 1998, *First City Trading y otros*, C-263/97, Rec., 1998, p. I-5537.

TJCE, 15 de septiembre de 1998, *Edis*, C-231/96, Rec., p. I-4951.

TJCE, 26 de septiembre de 1996, *Data delecta and Forsberg*, C-43/95, Rec., I-4661.

TJCE, 17 de octubre de 1995, *Leifer e.a.*, C-83/94, Rec., I-3231.

TJCE, 17 de octubre de 1995, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, Rec., 1995, p. I-03051.

TJCE, 28 de septiembre de 1994. *Coloroll Pension Trustees Ltd contra James Richard Russell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton y Coloroll Group plc.*, C-200/91, Rec., 1994, p. I-04389.

TJCE, 10 de febrero de 1994, *Courage*, C-398/92, Rec., p. I-476.

TJCE, 25 de octubre de 1988, *Comisión c. Francia*, C-312/86, Rec., 1988, p. 6315.

TJCE, 15 de mayo de 1986, *Johnston*, C-222/84, Rec., 1651.

TJCE, 23 de febrero de 1983, *Kommanditgesellschaft in der Firma Wagner GmgH*, C-8/82, Rec., 1983, pp. 372.

TJCE, 11 de marzo de 1982, *De Pascale*, C-164/80, Rec., 1982, p. 909.

TJCE, 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhelm*, C-14/68, Rec., 1969, p. 15.

Conclusiones del Abogado general Sharpston previas a la sentencia del TJCE, 22 de mayo de 2008, *Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, C-427/06, Rec., 2008 p. I-07245.

Conclusiones del Abogado general Maduro presentadas el 29 de junio de 2004, *Serge Briheche*, asunto C-319/03, Rec., 2004 p. I-08807.

Conclusiones del Abogado general Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 10 de junio de 2003, en el asunto *K.B.*, C-117/01.

Conclusiones del Abogado general Saggio presentadas el 16 de noviembre de 1999, asunto C-407/98, *Katarina Abrahamsson y Leif Anderson contra Elisabet Fogelqvist*, Rec., 2000 p. I-05539.

IV. LAS JURISPRUDENCIAS NACIONALES

IV.1. JURISPRUDENCIA BELGA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional belga (hasta 2007, era la *Cour d'arbitrage*)

Cconst., 7 mars 2013, n°28/2013, *M.B.*, 5 juin 2013, p. 35665.

- Cconst., 31 mai 2012, n° 71/2012, *M.B.*, 10 août 2012, p. 46855.
- Cconst., 6 décembre 2012, n°145/2012, *M.B.*, 25 janvier 2013, p. 3855.
- Cconst., 31 mai 2011, n°89/2011, *M.B.*, 10 août 2011, p. 45511.
- Cconst., 12 février 2009, n°17/2009, *M.B.*, 12 mars 2009, p.21696.
- Cconst., 11 décembre 2008, n°179/2008, 28 janvier 2009, p. 6246.
- Cconst., 6 novembre 2008, n° 153/2008, en *M.B.*, 28 novembre 2008, p. 62804.
- Cconst., 14 février 2008, n°12/2008, *M.B.*, 26 février 2008, p. 11912.
- Cconst., 17 janvier 2007, n° 11/2007, *M.B.*, 29 janvier 2007, p.4563.
- CArb., 30 avril 2003, n° 51/2003, *M.B.*, 12 juin 2003, p. 31833.
- CArb., 16 novembre 2000, n° 114/2000, *M.B.*, 7 décembre 2000, p. 40955
- CArb., 9 décembre 1998, n° 132/98, *M.B.*, 15 mars 1999, p. 8879.
- CArb., 4 novembre 1998, n° 110/98, *M.B.*, 19 novembre 1998, p. 37332.
- CArb., 10 juin 1998, n° 65/98, *M.B.*, 8 septembre 1998, p. 28891.
- CArb., 9 novembre 1995, n°74/95, *M.B.*, 16 janvier 1996, p. 2345.
- CArb., 6 octobre 1994, n°157/2004, *M.B.*, 18 octobre 1994, p. 72407.
- CArb., 15 juillet 1993, n°65/93, *M.B.*, 18 septembre 1993, p. 20693.
- CArb., 24 juin 1993, n°422/93, en *Journal des tribunaux*, 1993, p. 622.
- CArb., 27 janvier 1993, n°8/93, *M.B.*, 23 février 1993, p.3452.
- CArb., 23 janvier 1992, n°4/92, *M.B.*, 11 mars 1992, p. 5092.
- CArb., 13 octobre 1989, n°23/89, *M.B.*, 8 novembre 1989, p. 18386.

Jurisprudencia del Tribunal de casación

- Cass., 6 octobre 2003, *Office national des pensions c. V.T y C.L.*, n° S030009F.
- Cass., 6 mai 1999, *Lar. Cass.*, 1999, p. 180.
- Cass., 13 janvier 1997, *Pas.belge*, n° 28, 1997.
- Cass., 12 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 60.
- Cass., 27 mai 1971, *Fromagerie Franco-Suisse Le Sky c. Etat Belge*, en *J.T.*, 1971, p.471.

Jurisprudencia del Consejo de Estado belga

CEtat, 9 décembre 1976, n°76/74691 et 76/74709, *Pas. Belge*, 1979- IV, p. 139.

CEtat, 1 octobre 1986, en *Adm. Publique*, 1986, p. 121.

CEtat, 13 mars 1985, en *Adm. Publique*, 1985, p. 29.

CEtat, avis du 17 novembre 1993, Chambre, Doc. parl., s.o., 1316/1 (1993-1994), p.20.

CEtat, sec. legis., avis L. 29.910/2 du 3 avril 2000 *sur un projet qui a abouti à la loi du 26 juin 2000 visant à réduire de moitié l'effet dévolutif des votes exprimés en case de tête et à supprimer la distinction entre candidats titulaires et candidats suppléants pour l'élection des conseils provinciaux et communaux et du Parlement européen*, doc. Chambre, no 50-0666/001, p. 26.

CEtat, sec. legis., avis L. 30.125/VR du 13 juin 2000 *sur une proposition qui a abouti au décret de la Communauté germanophone du 23 novembre 2000 «zur Abänderung des Grundlagengesetzes über die öffentlichen Sozialhilfezentren vom 8. Juli 1976»*, doc. Rat. D. Gem., 2000-2001, n°35/2.

Cour d'appel, Liège, 30 novembre 2010, n° 1993/RG/32107.

IV.2. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español:

ATC 471/2007, de 17 de diciembre de 2007.

ATC 58/1983, de 16 de febrero de 1983.

STC 40/2011 de 31 de marzo de 2011.

STC 19/2011, de 3 de marzo de 2011.

STC 22/2010, de 27 de abril de 2010.

STC 13/2009, de 19 de enero de 2009.

STC 122/2008, de 20 de octubre de 2008.

STC 12/2008, de 29 de enero de 2008.

STC 127/2007, de 22 de mayo de 2007.

STC 212/2003, de 28 de junio de 2003.

STC 235/2000, de 5 de octubre de 2000.

STC 254/1993, de 20 de julio de 1993.

STC 3/1993 de 14 de enero de 1993.

STC 229/1992, de 14 de diciembre de 1992.

STC 28/1991, de 14 de febrero de 1991.

STC 49/1988, de 22 de marzo de 1988.

STC 99/1985 de 30 de septiembre de 1985.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

ATS 291/2004, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2001.

STS 5755/2013, de 26 de noviembre de 2013.

STS 811/2001, de 08 de febrero de 2001.

STS 17529/ 1993, de 14 de mayo de 1993.

STS 867/1992, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 1992.

IV.3. JURISPRUDENCIA FRANCESA

Jurisprudencia del Consejo Constitucional francés:

CCF, Décision n° 76-71, DC du 30 décembre 1976, *J.O.R.F.*, 31 décembre 1976, p. 7651.

CCF, Décision n° 82-146 DC du 18 de novembre 1982, *Rec.*, 1982, p. 66.

CCF, Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Rec.*, 1985, p. 63.

CCF, Décision n° 86-208 DC des 1° et 2 juillet 1986, *Rec.*, 1986, p. 78.

CCF, Décision n° 87-227 DC du 7 juillet 1987, *Rec.*, 1987.

CCF, Décision n° 93-332, DC du 13 janvier 1994, *J.O.R.F.*, 18 janvier 1994, p. 925.

CCF, Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Rec.*, 1997, p. 31.

CCF, Décision n° 98-407 DC du 14 de janvier 1999, *Rec.*, 1999, p.21.

CCF, Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *J.O.R.F.*, 20 janvier 1999, p. 1028.

CCF, Décision n°2000-429, DC du 30 mai 2000 relative à la loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, *Rec.*, 2000, p. 84.

CCF, Décision n° 2000-430, DC du 29 juin 2000, *J.O.R.F.*, 5 juillet 2000, p. 8564.

CCF, Décision n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000, *Rec.*, 2000.

CCF, Décision n° 2000-438, DC du 10 janvier 2001, *J.O.R.F.*, 16 janvier 2001, p. 784.

CCF, Décision n° 2001-455 DC, du 12 janvier 2002 relative à la composition de jurys de validation des acquis de l'expérience, *Rec.*, 2002, p.49.

CCF, Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003 sur la loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, *Rec.*, 2003, p. 325.

CCF, Décision n° 2003-475 DC du 23 de juillet de 2003 relative à la loi portant réforme de l'élection des sénateurs, *Rec.*, 2003, p. 400.

CCF, Décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003 sur la loi portant réforme des retraites, *J.O.R.F.*, 22 août 2003, p. 14343.

CCF, Décision n° 2005-512, DC du 21 avril 2005, *J.O.R.F.*, 24 avril 2005, p. 7173.

CCF Décision n° 2006-533 DC du 16 de mars 2006 sur la loi relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes, *Rec.*, 2006, p.39.

CCF, Décision n° 2010-620 DC du 16 décembre 2010 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011, *J.O.R.F.*, 21 décembre 2010, p. 22439.

CCF, Décision n° 2011-190, QPC du 21 octobre 2011, *J.O.R.F.*, 22 octobre 2011, p. 17969.

CCF, Décision n° 2012-662, DC du 29 décembre 2012, *J.O.R.F.*, 30 décembre 2012, p. 20966.

CCF, Décision n° 2013-667 DC du 16 mai 2013 sur la loi relative à l'élection des conseillers municipaux, des conseillers communautaires et des conseillers départementaux, et modifiant le calendrier électoral, *J.O.R.F.*, du 18 mai 2013, p.8258.

CCF, Décision n° 2013-685, 29 décembre 2013, *J.O.R.F.*, 30 décembre 2013, p.22188.

CCF, Décision n° 97-388, DC du 20 mars 1997, *J.O.R.F.*, 26 mars 1997, p. 4661.

Jurisprudencia del Consejo de Estado:

CEtat, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 29 mai 2013, inédit au recueil Lebon.

CEtat, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 24 de febrero de 2011, *Rec. Lebon*.

CEtat, 22 juin 2007, *Lesourd*, en recueil *Lebon*, p. 253.

CEtat, 6 juillet 1956, *Dame Monfort*, *Rec.*, 1956, p.296.

CEtat, 26 octobre 1945, *Aramu, Belloir et Mattei*, *Rec.* pp. 213-215.

CEtat, 21 juin 1895, *Cames*, *Rec.*, 1895, p. 509.

C. LA DOCTRINA

I. FILOSOFIA / FILOSOFIA DE DERECHO

Libros:

ACHIN, C. y BERENI, L., (dir.), *Genre et science politique*, Presses de Sciencepo, París, 2013.

ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

AMAR, M., (textos reunidos por), *Le Piège de la parité. Arguments pour un débat*, Hachette, París, 1999.

AUCLERT, H., *Egalité sociale et politique de la femme et de l'homme (Discours prononcé au Congrès ouvrier socialiste de Marseille)*, A. Thomas, Marsella, 1879.

BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*. Paidós. Barcelona, 1993.

BOBBIO, N., *Libéralisme et démocratie*, traduction N. GIOVANNINI, ed. Cerf, Humanités, París, 1996.

CAMPDERRICH BRAVO, R., *Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt, 1919-1945*, ed. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2006.

FRAISSE, C., *Muse de la raison, démocratie exclusive et la différence des sexes*, Éditions Alinéa, París, 1989.

FRAISSE, G., *Les femmes et leur histoire*, Gallimard, París, 1998.

FRAISSE, G., *La Contreverse des sexes*, PUF, París, 2001

FRAISSE, G., *La Fabrique du féminisme*, ed. le Passager clandestin, París, 2012.

FREUND, J., *Vista de conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, ed. Strduhart & CIA, 2002.

GONZÁLEZ GALLEGO, A., *Hobbes o la racionalización del poder*, Edicions Universitat Barcelona, Barcelona, 1981.

GOYARD-FABRE, S. y SEVE, R., *Les grandes questions de philosophie du droit*, PUF, 1986.

HALIMI, G., *La nouvelle cause des femmes*, ed. Seuil, Paris, 1997.

HERRERA, C.-M., *La philosophie du droit de Hans Kelsen: une introduction*, Presses Université Laval, Montréal, 2004.

HOFFE, O., *L'Etat et la justice (John Rawls et Robert Nozick)*, ed. Vrin, París, 1988.

KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, ed. Reus, Madrid, 2009.

- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Bruylant-LDGJ, Paris-Bruselas, 2004.
- KRIEGEL, B., *Philosophie de la République*, Plon, Paris, 1998.
- MARTENET, V., *Géométrie de l'égalité*, LGDJ Bruylant, Bruselas, 2003.
- MERCAT-BRUNS, M. (dir.), *Personne et discrimination: perspectives historiques et comparées*, Dalloz, Coll. Actes, Paris, 2006.
- MOSSUZ-LAVAU, J., *Femmes/hommes pour la parité*, Presses de Sciences Politiques, Paris, 1998.
- MUINELO COBO, J.C., *La invención del derecho en Aristóteles*, ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- OZOUF, M., *Les Mots des suffragettes*, Fayard, Paris, 1995.
- PERELMAN, C., "De la justice", en *Justice et raison*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1972, p. 15.
- RODRÍGUEZ FEO, J., *Thomas Hobbes. Tratado Sobre El Hombre*, Editorial UNED, Madrid, 2009.
- ROSANVALLON, P., *La société des égaux*, Édition du Seuil, Paris, 2011.
- SCHMITT, C., *Teología política* (trad. Conde, F.J. y Navarro Pérez, J.), ed. Trotta, D.L., Madrid, 2009.
- SCOTT, J.W., *La citoyenne paradoxale. Les féministes françaises et les droits de l'homme*, ed. Albin Michel, Paris, 1998.
- SCOTT, J.W., *Parité!: Sexual Equality and the Crisis of French Universalism*, University of Chicago Press, Chicago, 2007.
- SELEME, H., *Las fronteras de la justicia distributiva: una perspectiva rawlsiana*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- STRAUSS, L., VALLESPÍN, F. (trad. Leiva Morales, A. y da Costa García, R.), *Derecho Natural e Historia*, ed. Círculo de Lectores, S.A., 2000.
- TAYLOR, Ch., "The Politics of Recognition", en *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1994.
- TREMBLAY, M., *Women and legislative representation: electoral systems, political parties and sex quotas*, Palgrave Macmillan, New York, 2008
- VAN PARIJS, P., *Qu'est-ce qu'une société juste? Introduction à la pratique de la philosophie politique*, ed. Seuil, Paris, 1991.
- VERNANT, J.-P., *Les origines de la pensée grecque*, PUF Quadrige, Paris, 1995.
- VILLEY, M., *La Formation de la pensée juridique moderne*, PUF, col. Quadrige, Paris, 2003.

VILLEY, M., *Le Droit et les Droits de l'homme*, PUF, col. "Questions", París, 1983, reed. 1998.

VILLEY, M., *Philosophie du droit, Définition et fins du droit, Les moyens de droit*, Dalloz, París, 2001.

VILLEY, M., *Seize essais sur la philosophie du droit*, Ed. Dalloz, París, 1969.

ZUCKERT, C. y M., *The truth about Leo Straus: political philosophy and American democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 2006

ZWANG, A., *Les 100 femmes qui ont fait l'histoire de France*, ed. Ellipses, París, 2010.

Artículos:

ARNAUD, N., "Une doctrine de l'Etat tranquillisante: le solidarisme juridique", en *ADP*, 1976, p. 150.

AUDARD, C., "Principes de justice et principes du libéralisme: la «neutralité» de la théorie de Rawls", en *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls (collectif)*, ed. Seuil, París, 1988.

BOBBIO, N., «Kelsen et les sources du droit», en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 27, Sirey, 1972, pp. 135-147.

BOUDON, R., "Justice sociale et intérêt général: à propos de la théorie de la justice de Rawls", en *RFSP*, 1975, pp. 193-221.

CANTARINO, E. y MERTENS de WILMARS, F., "La paridad en la Ciudadanía. Nuevos retos a la Democracia liberal igualitaria", en DOMINGO MORATALLA, A. y LISÓN BUENDÍA, J.F. (eds), *Ética, Ciudadanía y Desarrollo*, ed. Avances, Valencia, 2008.

FRAISSE, G., « Gouverner n'est pas représenter », en *Esprit*, nº 200, 1995, pp. 103-114.

FRAISSE, G., « La démocratie exclusive: un paradigme français », en *Pouvoirs*, nº82, pp. 5-16.

FRAISSE, G., "La parité, un mot bon à tout faire", en *Travail, genre et sociétés*, 2002, nº 7, pp. 117-121.

GARCÍA AÑÓN, J., "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 2, 1999.

GRYNBAUM, L., NICOD, M., "Avant propos", en L. GRYNBAUM y M. NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Economica, Coll. Etudes juridique, nº 18, París, 2004.

INGLEHART R., NORRIS P., «The Developmental Theory of the Gender Gap: Women and Men's Voting Behaviour in Global Perspective», en *International Political Science Review*, n°21, 2000, pp.441-462.

JAMIN, C., «Plaidoyer pour le solidarisme contractuel», en *Le contrat au début du XXIème siècle, Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, Paris, p. 441.

LENOIR, N., «The Representation of Women in Politics: From Quota to Parity in Elections», en *International and Comparative Law Quarterly*, avril 2001, pp. 217-247.

MAZEAUD, D., «Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle?», en *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Ed. du jurisclasser, Paris, 1999, p. 603.

MEYER, M., "Rawls, les fondements de la justice distributive et l'égalité", en LADRIERE (J.) y VAN PARIJS, P., *Fondements d'une théorie de la justice. Essais critiques sur la philosophie politique de John Rawls*, Louvain-la-Neuve, 1984.

NICOD (M.), «Solidarisme contractuel et couple», en GRYNBAUM, L. y NICOD, M., *Le solidarisme contractuel*, Economica, Coll. Etudes juridique, n° 18, Paris, 2004.

PERCHERON, A., «La socialisation politique, défense et illustration», en GRAWITZ, M. et LECA, J. (dir.), *Traité de sciences politiques*, Vol. 3, PUF, Paris, 1995.

SAMI ZAKI, M., «Définir l'équité», en *Archives de Philosophie du droit, tome 35, Vocabulaire fondamental du droit*, Sirey, 1990, p.97.

SCOTT J.W., «La "Querelle des Femmes" in The Late Twentieth Century », en *New Left Review*, 226, 1997, pp. 3-19.

TAHON, B., «Citoyenneté et parité politiques», en *Sociologie et sociétés*, vol. 31, n° 2, 1999, pp. 73-87.

WHUL, S., *L'égalité. Nouveaux débats, Rawls, Walzer: Les principes face aux pratiques*, Col. Sociologie d'aujourd'hui, ed. PUF, Paris, 2002, pp.53-62.

II. EE.UU. / COMMON LAW

Libros:

ANDERSEN, K., *After Suffrage: Women in Partisan and Electoral Politics before the New Deal*, University of Chicago Press, Chicago, 1996.

CALVES, G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Le problème de la discrimination positive*, ed. LGDJ, Paris, 1998.

FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

KESSLET-HARRIS, A., *In pursuit of equity: women, men, and the quest for economic citizenship in 20th Century America*, ed Oxford University Press, New York, 2001.

SABBAGH (D.), *L'égalité par le droit (Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis)*, ed. Economica, París, 2003.

Artículos:

BECKER, M., “Patriarchy and Inequality Toward a Substantive Feminism”, en *University of Chicago Legal Forum*, 1999, n°21, p. 59.

COSTAIN, A., «Quotas in American Politics», en *Debate: Egalitäre Demokratie: zur Quotenregelung / La démocratie paritaire: les quotas féminins en politique / Egalitarian Democracy: Women's Quotas in Politics*», en *Swiss Political Science Review*, 1999, vol. 5, n° 1, pp. 106–110.

DE SCHUTTER, O., “Egalité et différence: le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux États-Unis”, en *RTDH*, 1991, p. 347

FATIN-ROUGE STEFANINI, M., «Les ‘discriminations positives’ en matière électorale aux États-Unis et en France», en *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 23, febrero de 2008.

KESSELMAN, D., “L’affirmative action et l’ancienneté: rencontre des deux Amériques sociales”, en *Droit et Cultures*, “Egalité et Discrimination. États-Unis, Europe, France”, 2005, p. 81

LENOIR N., “The Representation of Women in Politics: From Quota to Parity in Elections”, en *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, pp. 217-247.

MARTÍN VIDA, M. A., “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n°.68, Mayo-Agosto, pp. 151–152.

NOBLET, P., “Affirmative action aux États-Unis et discrimination positive en France”, en BOUCHER, M. (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle*, L’Harmattan, París, 2001.

NORRIS, P., “Women in Congress: A policy difference?”, en *Politics*, vol. 6, n°1, 1986, pp. 34-40.

NORRIS, P., “Breaking the Barriers: “Positive Discrimination Policies for Women”, en KLAUSEN, J. and MAIER, C.S., *Has Liberalism Failed Women? Parity, Quotas and Political Re-presentation*, ed. St Martin Press, New York, 2000.

ROSENBLUM, D., «Parity/Disparity: Electoral Gender Inequality of the Tightrope of Liberal Constitutional Traditions», en *University of California Davis Law Review*, vol. 39, marzo de 2006, p. 1152.

SABBAGH, D., «La représentation électorale des minorités éthno-raciales aux États-Unis», en *Revue internationale de politique comparée*, n° 3, 2004, pp. 457-469

SCHMIDT GREGORY, D., “The election of women in list PR systems: testing the conventional wisdom”, en *Electoral studies*, 28(2), 2008, pp.190-203.

SCHWINDT-BAYER, L., “Making quotas work: the effect of gender quota laws on the election of women”, en *Legislative studies quarterly*, 34(1), 2009, pp. 5-28.

STEELE, S., “Les effets pervers de l’affirmative action”, en CALVÈS, G. (dir.), *Les politiques de discrimination positive*, en *Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d’actualité mondiale*, n°822, 1999, p. 37

SUNSTEIN CASS, R., “Neutrality in Constitutional Law (With Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)”, en *Columbia Law Review*, 1992, pp. 1-52.

SUNSTEIN CASS, R., “The Anticaste Principle”, en *Michigan Law Review*, 1994, pp. 2410-2455.

TUNC, A., «L’équité en droit anglais et en droit américain», en VV.AA., *Justice et équité*, col. *Justices. Revue Générale de Droit Processuel*, ed. Dalloz, Paris, 1998.

VROOM, C., “Principe d’égalité et “affirmative action” aux Etats-Unis”, en *RTD.Const.*, 1995, p. 805.

WESTEN, P., “The Empty Idea of Equality ”, en *Harvard Law Review*, 1982, pp. 537 y ss.

III. INTERNACIONAL – CEDH - UE

Libros

COMMISSION EUROPEENNE, *Perspectives internationales sur les mesures d’action positive. Etude comparative dans l’Union européenne, au Canada, aux États-Unis et en Afrique du Sud*, ed. Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2009.

CONSEIL DE L’EUROPE, *Faire de l’égalité en droit une réalité dans les faits. Compilation de recommandations du Comité des Ministres dans le domaine de l’égalité entre les femmes et les hommes*, Conseil de l’Europe, Strasbourg, 2001.

CONSEIL DE L’EUROPE, *Groupe de spécialistes sur l’égalité et la démocratie, Rapport final d’activités*, Éditions du Conseil de l’Europe, Strasbourg, 1996.

DAHLERUP, D. y FREIDENVALL, L., *Systèmes de quotas électoraux hommes/femmes et leur application en Europe*, Direction générale des politiques internes, Parlamento Europeo, Bruselas, 2008.

DUTERTRE, G., *Extraits clés de jurisprudence: cour européenne des droits de l’homme*, Council of Europe, Strasbourg, 2003.

FACIO, A., *Declaración Universal de Derechos Humanos: texto y comentarios inusuales*, ed. ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, Caracas, 2001

FLAUSS, J-F., *Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme*, ed. Bruylant, Bruselas, 1998.

GESLOT, Ch., *Élections municipales et citoyenneté européenne*, Editions L'Harmattan, París, 2003.

HUBERT, A., *L'Europe et les femmes. Identités en mouvement*, ed PUF, París, 1998.

MARTIN, D., *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, Bruselas, 2006.

MATEO-DIAZ, M., *Searching for the panacea of long-term equality: on the art of combining quick-fix solutions and structural measures to increase the presence of women in parliament*, EUI Working Papers, Florencia, 2004.

MOSSUZ-LAVAU, J. y SINEAU, M., *Les femmes dans le personnel politique en Europe*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1984.

MUZNY, P., *La technique de proportionnalité et le juge de la CEDH, essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, Aix-en-Provence, 2005.

SINEAU, M., *Parité. Le Conseil de l'Europe et la participation des femmes à la vie politique*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 2004.

SINEAU, M., *Voies et moyens pour améliorer la situation des femmes dans la vie politique*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1989.

SUDRE, F., MARGUENAUD, J-P, ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., GOUTTENOIRE, A. et LEVINET, M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, P.U.F., París, 2003.

TAVARES DA SILVA, R., *Démocratie paritaire: une réalisation encore lointaine. Étude comparative sur les résultats des premier et deuxième cycles de suivi de la Recommandation Rec (2003) 3 du Conseil de l'Europe sur la participation équilibrée des femmes et des hommes à la prise de décision politique et publique*, Direction générale des droits de l'homme et des affaires juridiques, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2010.

TREMBLAY, M. (dir.), *Femmes et Parlements. Un regard international*, ed. Remue-ménage, Montréal, 2005.

UNESCO, *Egalité et équité entre les genres. Tour d'horizon des réalisations de l'UNESCO depuis la Quatrième Conférence mondiale sur les femmes (Beijing, 1995)*, París, mayo de 2000.

UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Les femmes au parlement: regard sur l'année écoulée*, Ginebra, 2012.

UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Les femmes dans les parlements 1945-1995. Etude statistique mondiale*, Série Rapports et documents, n°23, Ginebra, 1995.

UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Participation des femmes à la vie politique. Bilan de l'évolution au sein des parlements nationaux, des partis politiques, des gouvernements et de l'Union interparlementaire, cinq ans après la quatrième conférence mondiale sur les femmes*, Série «Rapport et documents » n°35, UIP, Ginebra, 1999.

VAN DROOGHENBROECK, S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, FUSL, Bruylant, Bruselas, 2001.

VITKAUSKAS, D. y DIKOV, G., *La protection du droit à un procès équitable par la Convention européenne des droits de l'homme*, Série des précis sur les droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2012

VOGEL-POLSKY, E., *Les actions positives et les contraintes constitutionnelles et législatives qui pèsent sur leur mise en œuvre dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1989.

Articulos

BARRET, G., «Re-examining the Concept and Principle of Equality in EC Law», en EECKHOUT, P., y TRIDIMAS, T. (ed.), en *Yearbook of European Law 2003*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 117-153.

BELL, M., WADDINGTON, L., «Reflecting on inequalities in European equality law», en *European Law Review*, n° 28, 2003, pp. 349-369.

CHARPENTIER, L., «L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité», en *R.T.D.E.*, n° 2, 1996, pp. 281-304.

CONSTANTINESCO, V., «La justice dans l'Union Européenne», en *Philosophie politique*, n° 9, 1996, p. 99.

DE VILLIERS, M. «Le Conseil constitutionnel et l'élection de l'Assemblée européenne au suffrage universel direct ou les pièges du politique», en *Semaine juridique (J.C.P.)*, 1978, I, pp. 2895 y ss.

DEOP MADINABEITIA, X., «De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos. El Protocolo adicional n° 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario español de derecho internacional*, n° 16, 2000, pp. 367-376.

FAVOREU, L. y PHILIP, L., «Election au suffrage universel direct des membres de l'Assemblée européenne», en *Revue du droit public*, 1977, pp. 129 y ss.

GASPARD, Fr., «Les enjeux internationaux de la parité», en *Politique étrangère*, I, 2000, pp. 197-211

GONZALEZ, G., «Le Protocole additionnel n°12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer», en *R.F.D.A.*, 2002, pp. 113-123.

HAQUET, A., «L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes», en *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 2, avril-juin 2001, pp. 305-333.

HINTON, E. F., «The Limits of Affirmative Action in the European Union: Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen», en *Texas Journal of Women and the Law*, 1997, pp. 215-239

LANQUETIN, M.-Th., «De l'égalité des chances. À propos de l'arrêt Kalanke, CJCE 17 octobre 1995», en *Droit social*, 1996, pp. 494-501.

LENAERTS, K., ARTS, D., «La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en *La personne humaine, sujet de droit*, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, Paris, 1994,

LEVINET, M., en SUDRE, F. (dir.), «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», en *R.U.D.H.*, 1994, p. 267.

MERTENS de WILMARS, F., «La promotion de la condition politique de la femme dans l'Union Européenne à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme», en *Annales d'études Européennes de l'université catholique de Louvain*, Bruylant, Bruselas, 2000, pp. 171-188.

OLIVER, P., «Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence», en *CDE*, 2005, n° 3-4, p. 351.

PETTITI, L-E. "Le rôle de l'équité dans le système juridique de la Convention européenne des droits de l'homme", en *Justice, médiation et équité*, ed. La Documentation française, Colloque «Droit et démocratie », Paris, 1992, pp.35-45.

RAMBAUD, P., « L'égalité des sexes en droit communautaire », en *Dalloz Chron.*, 1998, p. 111.

RENAULD, B. y DE SCHUTTER, O., «L'action affirmative devant la Cour de justice des Communautés européennes. A propos de l'arrêt Kalanke du 17 octobre 1995», en *Journal des Tribunaux du Travail*, n°642, 1996, pp. 125-129.

SCHOKKENBROEK, J., «The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation», en *H.R.L.J.*, 1998, p. 23.

SENDEN, L., «Positive Action in the EU put to the Test. A Negative Score?», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1996, pp. 146-164.

SINEAU M., "Femmes: représentation des femmes au Parlement européen depuis 1979", en DELOYE, Y (dir.), *Le Dictionnaire des Elections européennes*, Economica, Paris, 2005, pp. 306-310.

SLEDZIEWSKI, E., «Les idéaux démocratiques et les droits des femmes», en *La démocratie paritaire*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1992, pp. 17-27.

SLEDZIEWSKI, E., «L'identité des femmes dans la démocratie paritaire», en *Conseil de l'Europe, Groupe de spécialistes sur l'égalité et la démocratie. Rapport final d'activités*, ed. Consejo de Europa, Estrasburgo, 1996, pp. 52-54.

SURREL, H., «Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe», en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°57, 2004, pp. 141-174.

III. BELGICA

Libros:

BOUVIER, Ph., *Éléments de droit administratif*, ed. Larcier, Bruselas, 2002.

CELIS, K. y MEIER, P., *De macht van het geslacht: Gender, politiek en beleid in België*, ed. Acco, Lovaina, 2006.

COENEN, M.-TH., *De l'égalité à la parité. Le difficile accès des femmes à la citoyenneté*, Labor, Bruselas, 1999.

CONSEIL DE L'EGALITE DES CHANCES ENTRE HOMMES ET FEMMES, *Avis n° 106 du conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes sur les conséquences des nouvelles dispositions décrétales pour les élections communales et provinciales*, Bruselas, 2006.

CONSEIL DE L'EGALITÉ DES CHANCES ENTRE HOMMES ET FEMMES, *Avis n° 60 du bureau du 8 novembre 2002 relatif à la réforme de la loi électorale et à ses conséquences sur la représentation des femmes dans la vie politique – entériné par le conseil le 13 décembre 2002*, Bruselas, 2002.

DELPEREE, F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruylant-L.G.D.J, Bruselas-París, 2000.

DERIDDER, J., *Positieve actie en positieve discriminatie in België*, Col. AdvocatenPraktijk, Administratief en publiek recht, n°5, Kluwer rechtswetenschappen, Amberes, 1999.

DESCHOUWER, K. y MEIER, P., *Réformes récentes et réformes prévues de la loi électorale: l'impact possible sur le nombre d'élues*, Groupe de travail «Politieke Wetenschappen & Centrum voor Vrouwenstudies», VUB, 2002.

FIERS, S., SERVRANCKX, E., PILET, J.-B., HONDEGHEM, A., DELWIT, P., MADDENS, B. y GERARD, E., *La participation des hommes et des femmes à la politique belge. Rapport pour l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes*, Bruselas, 2006.

GUBIN, E. y VAN MOLLE, L., *Femmes et Politique en Belgique*, Ed. Racine, Bruselas, 1998

MARISSAL, CL. y HANSEN, I., *Vers la démocratie paritaire. Analyse des élections communales et provinciales du 8 octobre 2000*, ed. Ministère fédéral de l'Emploi et du Travail-Direction de l'égalité des chances, Bruselas, 2001

MEIER, P. et al., *Partis belges et égalité de sexe: une évolution lente mais sûre?*, ed. IEFH, Bruselas, 2006 .

PAQUES, M., SCHOLSEM, J.-CL. (dir.), *L'égalité: nouvelle(s) clé(s) du droit?*, Larcier- De Boeck, Bruselas, 2004.

PEIRENS, K., *Verkiezingen 13 juni 1999 en vrouwen: op de kandidatenlijsten, op verkiesbare plaatsen, met een zitje in het parlement, als gecoöpteerde senatoren, als opvolgers, in de regeringen*, KULeuven, Afdeling Politologie, Departement Politieke Wetenschappen, Lovaina, 1999.

RIGAUX, M.-F. y RENAULD, B., *La Cour constitutionnelle*, Bruylant, Bruselas, 2008.

STORME, M. E., *Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel in het Belgisch verbintenissenrecht*, Gantes- Bruselas, 2004.

TUNC, A., *Aux frontières du droit et du non-droit: l'équité*, éd. Nouvelle maison d'édition, Marcinelle, 1977.

VANDE LANOTTE, J., GERLACHE, A. y UYTTENDAELE, M., *La Belgique pour débutants: le labyrinthe belge: guide pratique*, La Charte, Bruselas, 2010.

VERDUSSEN, M. (dir.), *La Constitution belge, Lignes et entrelignes*, ed. le Cri, Bruselas, 2004.

Articulos:

ARCQ, P., BLAISE, P. y DE COOREBYTER, V., “La préparation des élections communales et provinciales du 8 octobre 2000”, en *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2000, pp. 1685-1686.

CARTON, A., “The General Elections in Belgium in June 1999: A Real Breakthrough for Women Politicians?», en *The European Journal of Women's Studies*, n°8(1), 2001, pp. 127-135.

COMMAILLE, J., “Les régimes de genre dans les politiques du droit”, en DEVILLE, A. y PAYE, O., *Les femmes et le droit: constructions idéologiques et pratiques sociales*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1999.

DELPEREE, F., “Les discriminations positives en Belgique”, en *Rapport pour la XII Table ronde internationale de justice constitutionnelle organisée à Aix-en-Provence les 12-13 septembre 1997*, ed. AIJC, vol. XIII., Aix-en-Provence, 1997.

DUMONT P. y WINTER (De), L., “La formation et le maintien des gouvernements (1946-1999)”, en *Courrier hebdomadaire, C.R.I.S.P.*, n°1664, 1999, pp. 38-41.

JAUMOTTE, J., “Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative”, en BLERO, B., *Le Conseil d’État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 593-697.

LEYENAAR, M., “Een vrouwvriendelijk kiessysteem”, en MEIER, P. y CELIS, K. (ed.), *Vrouwen vertegenwoordigd, Wetstraat gekraakt? Representativiteit feministisch bekeken*, VUBPress, Bruselas, 2004, pp.49-80.

MARIQUE, S., “Entre équilibre et égalité”, en *J.L.M.B.*, 1994, p. 74 y ss.

MATEO DIAZ, M. et AISH, A.-M., «Femmes et démocratie. Les attitudes des électeurs wallons à l’égard des femmes en politique», en FROGNIER, A.P. y AISH, A.-M. (ed.), *Des élections en trompe-l’œil*, ed. de Boeck, Bruselas, 1999, pp. 121-159.

MEIER, P., “Belgium: The Collateral Damage of Electoral System Design”, en MANON TREMBLAY (ed.), *Women and Legislative Representation: Electoral Systems, Political York*, ed. Palgrave, 2008, pp. 137–147,

MEIER, P., “De kracht van de definitie Quotawetten in Argentinië, België en Frankrijk vergeleken”, en *Res Publica*, 46(1), 2004, pp. 80-100.

MEIER, P., “The Mutual Contagion Effect of Legal and Party Quotas. A Belgian Perspective”, en *Party Politics*, 10(5), 2004, pp. 583-600).

MEIER, P., «Van een relatie vol contradicties gesproken!», en *Vrouwenraad. Vrouwen in de lokale politiek*, n°3, 2000, p. 5-11.

MEIER, P., «Vrouwvriendelijke lijsten in 1999?», en *Samenleving en politiek*, 1998, n° 9, pp. 3-10.

PEIRENS, K., «Vrouwelijke parlementsleden na de verkiezingen van 13 juni 1999: analyse van de toegang tot een parlementair mandaat», en *Res Publica*, n°41, 1999, pp. 481-498.

REUCHAMPS, M., “La parité linguistique au sein du conseil des Ministres», en *Res Publica*, n°4, 2007, pp. 602-627.

UYTTENDAELE, M. y SOHIER, J., "Les quotas féminins en droit électoral ou les paradoxes de l'égalité", en *J.T.*, 1995, p.249.

VAN INGELGOM, V., «Le genre et la politique: Les lois sur la parité en Belgique, quel bilan du côté des électeurs?», en FROGNIER, A.-P., BAUDEWYNS, P. y DE WINTER, L., *Comportements et attitudes lors des élections de 2007 et 2010 en Belgique*, UCL-SSH/SPLE-Institut de sciences politiques Louvain-Europe, Louvain-la-Neuve, 2014.

VERDUSSEN, M., "La participation des femmes aux élections en Belgique", en *Revue française de Droit constitutionnel*, n°36, 1998, pp.799-809.

VERDUSSEN, M., «La parité sexuelle sur les listes de candidat(e)s», en *Revue belge de Droit constitutionnel*, n°1, 1999.

VERDUSSEN, M., «La participation des femmes aux élections en Belgique», en *RFDC*, 1999, pp. 799-809.

VERZELE, V. y JOLY, C., «La représentation des femmes en politique après le 13 juin 1999. Evaluation de l'application de la loi Smet-Tobback» en *Courrier hebdomadaire*, *CRISP* n°1662-1663, 1999.

VOGEL-POLSKY, E., «Genre et droit: les enjeux de la parité», en *Cahiers du GEDISST*, n°17, 1996.

VOGEL-POLSKY, E., «La participation des femmes aux assemblées élues en Belgique», en CCRE, *Les Femmes et les Hommes dans les communes d'Europe. Etat des lieux*, octobre 1999, Estrasburgo, pp. 7-20.

IV.ESPAÑA

Libros:

ANDRES DE, Fr. (trad.), *La Justicia como equidad: una reformulación*, Ediciones Paidós, 2002.

ANTÓN, A., *Reestructuración del Estado de bienestar*, ed. Talasa ediciones, Madrid, 2009.

ARANDA ÁLVAREZ, E., *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 19, Dykinson, Madrid, 2001.

BALLAGUER CALLEJON, M^a L., *Igualdad y Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2010.

BALLAGUER CALLEJON, M^a L., *Mujer y Constitución, la construcción jurídica del género*, ed. Cátedra, Madrid, 2005.

BARRÈRE UNZUETA, M.^a Á., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Cívitas, Madrid, 1997.

CAPEL MARTÍNEZ, R. M^a., *El sufragio femenino en la Segunda República Española*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, Granada, 1975.

CASTRO ARGUELLES M^a A., ALVAREZ ALONSO, D., *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

DELGADO, I. (ed.), *Alcanzando el equilibrio: el acceso y la presencia de las mujeres en los parlamentos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA INTERIOR, *Elecciones a Cortes Generales 2008. Impacto de la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ministerio del Interior, Madrid, 2008.

DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA INTERIOR, *Elecciones Locales 2007. Impacto de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ministerio del Interior. Madrid, 2007.

DURÁN, M^a A., *Constitución Española (1978) (Extractos)*, en *Hombres y mujeres. La formación del pensamiento igualitario*, Castalia, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993.

ESCARIO, P., ALBERDI, I. y LÓPEZ-ACOTO, AI., *Lo personal es político. El movimiento feminista en la transición*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Madrid, 1996.

FALCÓN Y TELLA, M.J., *Equidad, Derecho y Justicia*, ed. Univ. Ramón Areces, Madrid, 2005.

FIGUERUELO A., IBAÑEZ M^a L., *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, ed. Comares, Granada, 2006.

FLORES GIMÉNEZ, F. *La democracia interna de los partidos políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1998.

GARCIA SAN MIGUEL, L., *El principio de igualdad*, ed. Dickinson, Madrid, 2000.

GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F., *La presencia de la mujer en la vida política y parlamentaria española: de la conquista del voto femenino a la democracia paritaria*, Instituto de Estudios Almerienses, Almería, 2005.

GARRIDO GÓMEZ, M^a I., *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, ed. Dykinson, Madrid, 2009.

GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

JIMÉNEZ PARÍS, T.A., *Las fuentes supletorias de la ley y la aplicación de las normas jurídicas*, Universidad Complutense, Madrid, 2011.

MACÍAS JARA, M., *La democracia representativa paritaria: consideraciones al hilo de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba: Delegación de Igualdad, Diputación de Córdoba, Córdoba, 2009.

MARTINEZ ALARCON, M^a.L., *Cuota electoral de mujeres y derecho constitucional*, ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 2006

MARTÍNEZ PÉREZ, A. y CALVO BOROBIA, K., *Un análisis del efecto de la Ley de igualdad en la representación electoral, parlamentaria y en el comportamiento electoral de las mujeres en las elecciones generales de 2008*, Fundación Alternativas, Madrid, 2008.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Instituto de la Mujer. Un nuevo contrato social entre mujeres y hombres. Actas Seminario*, mayo-octubre 1998.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. IMOP. *La situación de la mujer en la toma de decisiones*, Serie Estudios nº 55, Madrid, 1999.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. *Instituto de la Mujer. Las mujeres y el poder político*, Serie Debate. Madrid, 1994.

MONFORT FABREGAT, G., *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

MORA, M. (Dir.), GILES, R. y SALDAÑA, M.N.(Cds.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de Género: Perspectiva Sistemática de la Igualdad desde el Derecho Público*, ed. Atelier Editorial, Barcelona, 2010.

NAVARRO MARCHANTE, V.J., “Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español: una perspectiva de derecho comparado europeo”, en *Sistemas electorales y principios constitucionales. VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional*, Méjico, 2010.

OLLERO TASSARA, A., *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

ORDOÑEZ, D., *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*, Instituto de la Mujer y Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

PECES BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, ed. BOE, Madrid, 1995.

PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1988.

PEREZ LUÑO, A.E., *Dimensiones de la igualdad*, col. Bartolomé de las Casas, ed. Dykinson, Madrid, 2007

PEREZ LUÑO, A.E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, ed. Ley, Madrid, 2010.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., *El ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar y la transmisión hereditaria del “redolí”*, Col·lecció oberta Ciències socials, Universitat de Valencia, Valencia, 2001.

REY MARTINEZ, Fdo., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, ed. MacGraw-Hill, 1995.

RICO y CASAS, R.M., *¿Que igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Dikinson, Madrid, 2010.

RIDAURA MARTINEZ, M^a. J (coord.) y AZNAR GÓMEZ, M. J. (coord.), *Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

RIVERO Y SERN, E., MATÍAS MARCOS, F.P. y CLAVERO ARÉVALO, M.F., *Equidad, derecho administrativo y Administración pública en España*, ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2011.

ROCA TRÍAS, E. y AHUMADA RUIZ, M.A., *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española, Reunión de tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España*, Roma, 24-27 de octubre de 2013.

RUIZ RICO, M., *La equidad en el derecho español*, ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, Granada, 1986.

SAAVEDRA RUIZ, P., (Dir.) *Hacia una democracia paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*, CELEM, Palermo, 1999.

SALA FRANCO, T (coord.), BALLESTER PASTOR, M.A. (coord.), BAÑO LEÓN, J.M. (coord.), EMBID IRUJO, J.M. (coord.), GOERLICH PESET, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008.

SALAZAR BENÍTEZ, O., *Masculinidades y ciudadanía: los hombres también tenemos género*, Dykinson, Madrid, 2013

SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los púlpitos*, V Premio Cátedra Leonor de Guzmán, Diputación de Córdoba, Delegación de la mujer, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.

SANCHEZ GONZALEZ, S. (coord.), *Entorno a la igualdad y a la desigualdad*, ed. Dykinson, Madrid, 2009.

SEVILLA MERINO, J., *Ley electoral y acción positiva, en Parlamento y Sistema Electoral*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1999.

SEVILLA MERINO, J., *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, Valencia, 2004.

SIERRA GONZÁLEZ, A. y DEL PINO DE LA NUEZ RUIZ, M. (coords.), *Democracia paritaria. Aportaciones para un debate*, ed. Laertes, Barcelona, 2007.

SOTELO, I., *El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*, ed. Trotta D.L., Madrid, 2010.

URIARTE, E. y ELIZONDO (coords), *Mujeres en política: Análisis y práctica*, ed. Ariel, Barcelona, 1997.

VALCÁRCEL, A., *El techo de cristal. Los obstáculos para la participación de las mujeres en el poder político*, en *Las Mujeres y el poder político*. Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Madrid, 1994.

VALCÁRCEL, A., *Sexo y Filosofía sobre mujer y poder*, Anthropos, Barcelona, 1991.

VENTURA FRANCH, A., *Las mujeres y la Constitución española de 1978*, Instituto de la Mujer. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1999.

VV.AA., *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Artículos:

ALARCÓN MARTÍNEZ, M^a. L., “La Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres y la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 142, 2008, pp. 105-137.

ALARCÓN MARTÍNEZ, M^a. L., “Comentario a la STC 12/2008, de 29 de enero, sobre la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 22, 2008, pp. 605-624.

ALBERDI ALONSO, C., “Propuesta de modificación de la Ley Electoral española para introducir la democracia paritaria”, en SAAVEDRA RUIZ, P., (Dir.) *Hacia una Democracia paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*, CELEM, Palermo, 1999, pp. 269-277.

ALCE JANARIZ, A., “Primeras leyes en España sobre paridad electoral”, en *Diario La Ley*, nº 5.617, 23 de septiembre de 2003, p. 2.

ALVAREZ GARCIA, Fco.J., “Reflexiones sobre el principio de legalidad”, en *Cuadernos de derecho judicial*, nº7, 2006, pp. 297-358.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. Y TORRES MURO, I., “Iguales, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero)”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº. 7, 2008, pp. 13-40.

AMORÓS, C., “Igualdad e identidad”, en VALCÁRCEL, A., *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pp. 29-48.

ARCE JANÁRIZ, A., “Primeras leyes en España sobre la paridad electoral”, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5, 2002, pp. 1699-1705.

BARRERE UNZUETA, M. A., “La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº. 9, 2003, pp. 1-29.

BARRERE UNZUETA, M. A., “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº. 9, 2003, pp. 1-26.

BELDA PEREZ-PEDRERO, E., “La paridad electoral con finalidad disociada de las acciones positivas a favor de un sexo”, en *Parlamento y Constitución*, nº10, 2006-2007, pp. 181-199.

BELLOSO MARTÍN, N., “Perspectivas filosófico-jurídicas en el ordenamiento español: la equidad”, en *Estudios sobre el ordenamiento jurídico español: libro conmemorativo del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Burgos, 1996, pp. 741-760.

BIGLINO CAMPOS, P., “Variaciones sobre las listas de composición equilibrada (Comentario a la STC 12/2008)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 83, 2008, pp. 277-299.

CAPEL MARTÍNEZ, R. M^a., “El derecho electoral femenino”, en *Revista Historia* 16, núm. 2 extraordinario, abril 1977, pp. 33-49.

CARMONA CUENCA, E., “Igualdad de género y Derecho antidiscriminatorio. La Constitución española de 1978”, en CARMONA CUENCA, E.(coord.) y BENGOCHEA BARTOLOMÉ, M. (coord.), *Diversidad de género e igualdad de derechos. Manual para una asignatura interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 67-80.

CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de estudios políticos*, nº 84, 1994, pp. 265-286.

CARRASCO DURÁN, M., “Sobre la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: un programa de mejoras técnicas”, en *Revista española de derecho constitucional*, nº 79, 2007, pp.183-210.

CERDA MARTINEZ-PUJALTE, C.M., “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 50/51, pp. 193-218.

COBO BEDIA, R., “Política feminista y democracia paritaria”, en *Leviatán. Revista de hechos e ideas*, nº 80, 2000, pp. 85-99.

COBO BEDIA, R., “Sexo, democracia y poder político”, en MORENOSECO M. y RAMOS FEJOO, C., (coords.) *Mujer y participación política, Feminismo/s*, Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer, Universidad de Alicante, nº3, 2004, pp.17-29.

ELIZONDO, A. y MARTÍNEZ, E., “Presencia de mujeres y políticas para la igualdad entre los sexos: el caso de las instituciones políticas vascas (1980-1994)”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº89, 1995, pp. 345-368.

ESQUEMBRE VALDÉS, M., “Democracia participativa y representación equilibrada de mujeres y hombres”, en FREIXES SANJUÁN, T., SEVILLA MERINO, J. (coord.), *Género, constitución y estatutos de autonomía*, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública 2005, pp.559-564.

FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Representación política y democracia paritaria (a propósito de la Sentencia del TC 12/2008, de 29 de enero)”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 12, 2008, pp. 211-233.

FREIXES SANJUÁN, T., “El impacto diferencial de los sistemas electorales en la representación política de las mujeres”, en SAAVEDRA RUIZ, P., (Dir.) *Hacia una democracia paritaria. Análisis y leyes electorales vigentes*, ed. CELEM, Madrid, 1999.

GARCÍA DE LEÓN, M^a A., “El quid de las estrategias femeninas”, en *Claves de razón práctica*, nº50, 1995. pp. 60-66.

GARCÍA MAHAMUT, R., “Principio de igualdad y derecho de participación en los asuntos públicos en las reformas de la LOREG operadas en la VIII legislatura y en las propuestas de reformas pendientes”, en *Corts, Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 24, 2010, p. 122 y ss.

GARCÍA SORIANO, M.V., “El principio de presencia equilibrada en el art. 44 bis de la LOREG y el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad: análisis crítico de la última reforma de la LOREG”, en *Feminismo/s, Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, nº12, diciembre de 2008, p. 153.

GARGARELLA, R. y OVEJERO, F., “Democracia representativa y virtud cívica”, en *Claves de razón práctica*, nº105, septiembre de 2000, pp. 69-75.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., “Una reflexión técnica al hilo de las leyes de paridad electoral”, en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, número 8, 2003, p.180.

HERNANDO GARCÍA, J., “Un elemento modificador de la capacidad electoral: las acciones positivas en el campo de los derechos políticos”, en *Parlamento y sistema electoral, VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 469.

JIMÉNEZ CANO, R.-M., “Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español”, en *Revista telemática de filosofía del derecho*, nº. 3, 1999-2000, pp. 1-18.

JIMÉNEZ CAMPO, J., “Sobre el régimen jurídico-constitucional de los partidos políticos”, en *Revista de Derecho Político*, nº 26, 1988, pp.14-16.

LOMBARDO, E., “Desigualdad de género en la política: un análisis de los marcos interpretativos en España y en la Unión Europea”, en *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 18, Abril 2008, pp. 95-120.

LÓPEZ AGUILAR, JF., “El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución en la jurisprudencia de la justicia ordinaria”, en *Revista del Foro Canario*, nº88, 1983.

LOUSADA AROCHENA, J. F., “Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la declaración de su constitucionalidad”, en *Diario La Ley*, nº 6.918, 4 de abril de 2008, año XXIX, pp. 1-10.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Consideraciones sobre el régimen jurídico de los partidos políticos”, en *Revista de Política Comparada*, n° IV, primavera de 1981, pp. 165-184.

LUCAS VERDÚ, P. “El valor constitucional de la igualdad y la condición femenina”, en *Revista de Política Comparada*, núm. 7, 1981-1982, pp. 27-49.

MACÍAS JARA, M., “El principio de presencia equilibrada en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, IV, 2011, pp. 223-249.

MACÍAS JARA, M., “Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana de Olimpia de Gouges y Declaración de Seneca Falls. La voz de las mujeres”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *Filosofía Política. Las grandes obras*, Dykinson, 2006.

MARRADES PUIG, A., “Los derechos políticos de las mujeres: evolución y retos pendientes”, en *Cuadernos Const. de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n°36/37, 2001, pp. 195-214.

MARTIN DE LLANO, M^a. I. y SERRANO MAILLO, M^a I., “El principio de igualdad y la democracia paritaria”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.(coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp. 57-77

MARTÍNEZ SAMPERE, E., “La legitimidad de la democracia paritaria”, en *Revista de Estudios Políticos*, n° 107, 2000, pp. 133-149.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. «La sombra de Agamenón. Sobre la constitucionalidad del establecimiento de cuotas por razón de sexo en las listas electorales», en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió i Ceriol*, n° 30/31, 2000, pp. 109-135.

MARTINEZ-CARRASCO PIGNATELLO, C., “Igualdad de género y paridad democrática. Cuotas electorales: imposición por ley o libertad de partidos”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.6, 2004.

MOLINA CAMACHO, J., “La paridad electoral en las Cortes de Castilla-La Mancha: crónica parlamentaria y constitucionalidad de la norma”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n°16, 2005, pp. 77-99.

MONTILLA MARTOS, J A., “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 J.J. Ruiz-Rico*, vol. 1. Tecnos. Madrid, 1997.

NAVARRO GARZÓN, M., “Propuesta de modificación de la Ley Electoral española para introducir la democracia paritaria”, en SAAVEDRA RUÍZ, P., (Dir.) *Hacia una Democracia Paritaria. Análisis y leyes electorales vigentes*, ed. CELEM, Madrid, 1999.

PECES-BARBA, G., “De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones”, en LÓPEZ GARCÍA, J. A., y REAL, J. A., *Los*

derechos: entre la ética, el poder y el derecho, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 149 y ss.

REY MARTÍNEZ, F. “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, en *La Ley*, nº4984, 2000, pp. 1-10.

REY MARTÍNEZ, Fdo., “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución”, en *Aequalitas*, nº1, 1999, p. 58.

RIDAURA MARTINEZ, M^a. J., “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia”, en BOIX REIG, FCO. J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coord.), *La nueva ley contra la violencia de género: (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, ed. Iustel, Madrid, 2005, pp. 65-110.

RIDAURA MARTINEZ, M^a. J., “La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en RIDAURA MARTINEZ, M^a. J (coord.) y AZNAR GÓMEZ, M. J. (coord.), *Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 213-264.

RIDAURA MARTINEZ, M^a. J., “La incidencia de la Constitución Española de 1978 sobre la interdicción de la discriminación”, en VV.AA., *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 753-764.

RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A., “Reflexiones constitucionales sobre la paridad electoral, Artículo 14”, en *Boletín de información y análisis jurídico. Instituto Andaluz de La Mujer*, nº2, 1999. pp. 3-6.

RUBIO CASTRO, A., “El principio de presencia equilibrada en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva”, en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV*, 2011, pp. 223-249.

RUBIO LLORENTE, F., “Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº31, enero-abril 1991.

RUBIO LLORENTE, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº22, enero-abril 1988.

RUIZ MIGUEL, A., “Paridad electoral y cuotas femeninas”, en *Claves de razón práctica*, nº 94, 1999, pp. 48-53.

RUÍZ RODRÍGUEZ, B. y RUBIO MARÍN, R., “De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático”, en *REDC*, nº 81, septiembre-diciembre 2007, pp. 142 y ss.

RUIZ-RICO RUIZ, G.J., “Paridad y acción positiva en el Derecho electoral autonómico”, en GÁLVEZ MUÑOZ, L.A. (coord.), *El Derecho electoral de las*

Comunidades Autónomas, revisión y mejora, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 145-184.

SALAZAR BENÍTEZ, O., “Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva”, en *Revista de estudios políticos*, nº 123, 2004, pp. 426-437.

SALDAÑA, M. N., “Transversalidad de la participación equilibrada de género en el marco internacional: Su recepción en la ley de igualdad española”, en MONTESINOS SÁNCHEZ, N. y ESQUEMBRE VALDÉS, M. (Coords. y eds.), *Mujeres en democracia. Perspectivas jurídico-políticas de la Igualdad, Feminismo/s*, nº 12, Universidad de Alicante, San Vicente del Raspeig, diciembre de 2008, pp.79-135.

SÁNCHEZ-RODRÍGUEZ, F. y PUNZÓN MORALEDA, J.M., «Paridad, cuotas y acción positiva a favor de la mujer: tres reflexiones desde la legitimidad social y la norma jurídica», en *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, nº38, 2005, pp. 155-200.

SERRA CRISTÓBAL, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en RIDAURA MARTINEZ, M^a. J (coord.) y AZNAR GÓMEZ, M. J. (coord.), *Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 365-398.

SERRA CRISTÓBAL, R., “La presencia de mujeres en los parlamentos autonómicos: la efectividad de las medidas de paridad adoptadas por los partidos políticos y por legislador”, en *Revista de estudios políticos*, nº 141, 2008, pp. 161-195.

SERRA CRISTÓBAL, R., “Mujer y doble discriminación”, en FABREGAT MONFORT, G., *Mujer y derecho: Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho Universitat de Valencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 87-98.

SEVILLA MERINO, J., “Iniciativas y reformas de las leyes electorales. Modificación de las normas de financiación de los partidos políticos”, en SAAVEDRA RUIZ, P., (dir.), *Hacia una democracia paritaria*, ed. CELEM, Madrid, 1999.

SEVILLA MERINO, J., “La presencia de las mujeres en los parlamentos: Las Cortes Valencianas”, en *Anuario de Derecho Parlamentario, Corts Valencianes*, nº 4, 1997, p. 384.

SEVILLA MERINO, J., VENTURA FRANCH, A., «Fundamento Constitucional de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia a la participación política», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2 (2007).

TORRENTE GARI, S., “¿Hay un Derecho comunitario sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo? La Directiva 2002/73, de 23 de septiembre”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº47, 2004, pp.185-209.

VENTURA FRANCH, A., “Sistema electoral y género”, en *Anuario de Derecho Parlamentario. n°8 extraordinario. Cortes Valencianas*, 1999. pp. 379-404.

VERGE MESTRE, T., “Cuotas voluntarias y legales en España. La paridad a examen”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)*, n° 123, 2008, pp. 123-150.

VERGE MESTRE, T., “De la cuota a la democracia paritaria: Estrategias partidistas y representación política”, en *Revista de Ciencia Política*, n°46, 2006, pp. 107–139.

VERGE MESTRE, T., “Mujer y Partidos Políticos en España: Las estrategias de los partidos y su impacto institucional, 1978-2004”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n°115, 2006, pp. 165-196.

V. FRANCIA

Libros:

ALBIGES, Ch., *De l'équité en droit privé*, LGDJ, París, 2000.

AMAR, M., *Le Piège de la parité. Arguments pour un débat*, ed. Hachette, París, 1999.

AUBIN, E., *L'essentiel du droit des politiques sociales*, ed. Gualino, Coll. Les carrés, París, 2005.

AUCLERT, H., *Egalité sociale et politique de la femme et de l'homme (Discours prononcé au Congrès ouvrier socialiste de Marseille)*, ed. A. Thomas, Marsella, 1879.

BALLMER-CAO, T-H., MOTTIER, V., SGIER, L. (dir.), *Genre et politique, débats et perspectives*, ed. Gallimard, París, 2000.

BARD, C., BAUDELLOT, CH., MOSSUZ-LAVAU, J. (dir.), *Quand les femmes s'en mêlent - Genre et pouvoir*, Editions de La Martinière, París, 2004;

BENCHIKH, M., *Femmes politiques: "le troisième sexe"?*, Editions L'Harmattan, París, 2013.

BLACHER, P., *Le Parlement en France*, L.G.D.J – Systèmes, París, 2010.

CALVES G., *La discrimination positive*, col. «Que sais-je?», n°3712, PUF, París, 2004.

CINTURA, P., «L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif», en *Revue internationale de droit comparé*, vol. 24, n°3, julio-septiembre, 1972, pp. 657-676.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Les discriminations positives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Exposé présenté lors de la visite au Conseil constitutionnel d'un groupe d'universitaires britanniques*, París, septiembre de 2004.

CONSEIL D'ETAT, *Sur le principe d'égalité. Extrait du rapport public 1996*, La Documentation française, Paris, 1998.

DE GRANRUT, C., *Allez les femmes! La parité en politique*, ed. Charles Leopold Mayer, Descartes et Cie, Paris, 2000.

DEBARD, Th., ROBBE, Fr., *Le caractère équitable de la représentation politique*, Editions L'Harmattan, Paris, 2005.

DEL RE, A., HEINEN, J., *Quelle citoyenneté pour les femmes? La crise des Etats-providence et de la représentation politique en Europe*, ed. L'Harmattan, Paris, 1996.

DJIDER, Z., RAVEL, Cl., *Femmes et Hommes, Regards sur la parité*, ed. INSEE, Paris, 2004.

FAVOREU, L. y PHILIP, L., *Principe d'égalité, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2009.

FITOUSSI, J.P. y ROSANVALLON, P., *Le nouvel âge des inégalités*, Le Seuil, Paris, 1996.

FOULETIER, M., *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, Paris, 2003.

FRAISSE, G., *La Raison des femmes*, ed. Plon, Paris, 1992.

FREEDMAN (J.), *Femmes politiques: mythes et symboles*, ed. L'Harmattan, coll. Logiques sociales, Paris, 1997.

GASPARD FR., SERVAN-SCHREIBER, CL. et LE GALL, A., *Au pouvoir citoyennes! Liberté, égalité, parité*, ed. Seuil, Paris, 1992.

GEBHARDT, E., «Je suis une femme quota», en VV.AA., *Femmes: moitié de la terre, moitié du pouvoir: plaidoyer pour une démocratie paritaire*, ed. Gallimard, Paris, 1994.

GUIGOU, E., *Etre femme en politique*, Plon, Paris, 1997.

HALIMI, G. (informadora), *La parité dans la vie politique. Rapport de la Commission pour la parité entre les hommes et les femmes dans la vie politique*, La Documentation française, Paris, 1999.

HALIMI, G., *La Nouvelle Cause des Femmes*, ed. Seuil, Paris, 1997.

HALIMI, G., *La parité dans la vie politique. Rapport de la Commission pour la parité entre les hommes et les femmes dans la vie politique*, ed. La Documentation française, Paris, 1999.

HELFT-MALZ, V. et LEVY, P.H., *Les femmes et la vie politique française*, Coll. Que sais-je?, ed. PUF, Paris, 2000.

HERRERA, C.-M. et PINON, S. (dir.) *La démocratie. Entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, ed. Kimé, Paris, 2012.

JESTAZ, Ph., *L'équité*, recueil Dalloz, Paris, 1972.

LAFAY, F., *La modulation du droit par le juge. Étude de Droit privé et sciences criminelles*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2006.

LAMBERT, Th. (dir.), *Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité?*, ed. Economica, Paris, 1999.

LEDUC, E., *Portalis: une grande figure de l'histoire napoléonienne*, ed. E.Leduc, Paris, 1991.

LEPINARD, E., *L'égalité introuvable: La parité, les féministes et la République*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 2007.

MARQUES-PEREIRA, B., *La citoyenneté politique des femmes*, ed. Armand Colin, Paris, 2003.

MARTIN, J., *La Parité. Enjeux et mise en œuvre*, ed. Presses universitaires du Mirail, Tolosa, 1998.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, ed Economica-PUAM, Aix-en-Provence, 1997.

MILEWSKI, F., PÉRIVIER, H. (dir.), *Les discriminations entre les femmes et les hommes*, coll. Académique, Presses de Sciences Po, Paris, 2010.

MINC, A., *La France de l'an 2000, Rapport officiel*, ed. Odile Jacob/ La Documentation française, Paris, 1994.

MINC, A., *Les prophètes du bonheur: Une histoire personnelle de la pensée économique. Essais Français*, Grasset, Paris, 2004.

MOSSUZ-LAVAU, J., *Femmes / Hommes. Pour la parité*, ed. Presses de Sciences Politiques. Coll. "La bibliothèque du Citoyen", Paris, 1998.

OPELLO, K., *Gender Quotas, Parity Reform, and Political Parties in France*, ed. Lexington Books, Lanham, 2006.

OZOUF, M., *Les Mots des femmes. Essai sur la singularité française*, ed. Payard, Paris, 1995.

PAVIA, M. -L. y otros, *L'équité dans le jugement. Actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCOP, les 3 et 4 novembre 2000*, Ed. l'Hartmattan, Paris, 2001.

PI-FANG, W., *Egalité et équité en droit administratif français*, Faculté de droit, Université René Descartes, Paris, 2006.

ROYER, J.-P., *Histoire de la justice en France*, Col. Droit fondamental, 2^eed., PUF, Paris, 1996.

SANSZ DE ALBA, P., *Sur quelques aspects de l'équité*, thèse, Université d'Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, 1960.

SÉNAC-SLAWINSKI, R., *La parité, «Que sais-je ?»*, Presses universitaires de France, n° 3795, Paris, 2008.

SINEAU, M., *Femmes et pouvoir sous la Ve République. De l'exclusion à l'entrée dans la course présidentielle*, Presses de Sciences Po Académique, Paris, 2011.

SINEAU, M., *Profession femme politique. Sexe et pouvoir sous la Cinquième République*, Presses de Sciences Po, Paris, 2001.

VV. AA. *Politix*, numéro spécial «La parité en pratiques», vol. 15, n° 60, 2002.

ZIMMERMANN, M.J., *Effets directs et indirects de la loi du 6 juin 2000: un bilan contrasté*, La Documentation française, Paris, 2005.

ZWANG, A., *Les 100 femmes qui ont fait l'histoire de France*, ed. Ellipses, Paris, 2010.

Articulos:

AA.VV., «La parité. La portée par ricochet devant le juge administratif des réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel», en *RFDA*, 2007, p.1077.

ABIKHZER, F., «La discrimination positive en France: un concept mort-né? L'avenir juridique d'une conception identitaire», en *RRJ*, 2005, vol. 1, p. 2081.

ACHIN, C., «Représentation miroir vs parité. Les débats parlementaires relatifs à la parité revus à la lumière des théories politiques de la représentation», en *Droit et société*, 2001/1 n°47, pp. 237-256.

ACHIN, C., PAOLETTI, M., «Genre et construction de liste: sélection et recrutement pratique des femmes candidates aux élections municipales de 2001», en SAWICKI, F.(dir.), *La Mobilisation électorale municipale. Permanences et mutations*, ed. Presses Universitaires de Lille, Lille, 2004.

BELLOUBET-FRIER, N., «Le principe d'égalité», en *AJDA*, 1998, p. 152.

BELLOUBET-FRIER, N., «Sont-elles différentes?», en *Pouvoirs*, n°82, 1997, pp. 59-76.

BERENI, L. et LEPINARD, E., «Les femmes ne sont pas une catégorie: les stratégies de légitimation de la parité en France», en *Revue française de science politique*, vol 54, 2004, pp. 71-98.

BORGETTO, M., «Égalité, différenciation et discrimination: ce que dit le droit», en *Informations sociales*, n°148, 2008, pp. 8-17.

BRAIBANT, G., "Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat", en *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, Paris, 1989.

CADIET, L., «L'équité dans l'office du juge civil», en *Justices*, n°9, 1998, pp. 87 y ss.

CALVES, G., «La parité entre hommes et femmes dans l'accès aux fonctions électives: faut-il réviser la constitution?», en *CURAPP, Questions sensibles*, PUF, Paris, 1998, pp. 219-236.

CALVES, G., «Les politiques françaises de discrimination positive: trois spécificités», en *Pouvoirs*, 2004, pp. 30-34.

CHALTIEL, F., «Le principe d'égalité entre les hommes et les femmes devant le Conseil constitutionnel: égalité ou équité ?», en *Les petites affiches*, 11 de abril de 2006, n°72, pp. 5-7

CHRISTOPHE TCHAKALOFF, M-F., «Le principe d'égalité», en *AJDA*, 1996, p. 168.

CINTURA, P., «L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif», en *Revue internationale de droit comparé*, n°3, 1972, pp. 657-676.

CLAPIE, M., «Parité constitutionnelle et égalité républicaine, (A propos de la loi constitutionnelle n°99-569 du 8 juillet 1999)», en *Revue administrative*, n°314, 2000, p.150.

COMBARNOUS, M., «L'équité et le juge administratif», en *Justices*, n°9, enero-marzo 1998, p.783.

COSTA-LASCOUX, J., «Les échecs de l'intégration, un accroc au contrat social», en *Pouvoirs*, septembre 2004, p. 19.

de SAINT PULGENT, M., «Déclin de l'idée d'égalité?», en *Le Débat*, n°169, 2012, pp. 131-135.

DECAUQUIER, C., «Retour sur les arguments fondant la demande d'une représentation accrue des femmes en politique », en *Res Publica*, n°36, 1994, pp. 119-127.

DEMICHEL, F., «À parts égales: contribution au débat sur la parité », *D., chron.*, 1996, p. 95.

DEMICHEL, Fr., "A parts égales: contribution au débat sur la parité", *Chronique, Rec. Dalloz-Sirey, 12e Cahier*, 1996, p.95.

DUBOIS, J-P, «De l'inanité des discriminations positives», en *Projet*, n° 287, 2005, pp. 63-71.

DULONG, D., «Des actes d'institution d'un genre particulier. Les conditions de légitimation des femmes sur la scène électorale (1945 et 2001)», en LAGROYE, J. (dir.), *La politisation*, ed. Belin, Paris, 2003.

FAVOREU, L., «Principe d'égalité et représentation politique des femmes: la France et les exemples étrangers», en CONSEIL D'ETAT, *Sur le principe d'égalité*.

Rapport public 1996, ed. La Documentation française, série “Etudes et documents”, Paris, pp. 395-407.

FELDMAN, J.-P., «Observations. Le Conseil constitutionnel et la liberté d’entreprendre», en *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 1083-1101.

GASPARD, F., « La parité, pourquoi pas », en *Pouvoirs*, n°82, 1997, pp. 115-126.

GASPARD, F., «De la parité: genèse d'un concept, naissance d'un mouvement», en *Nouvelles Questions féministes*, n°4, 1994, pp. 29-44.

GASPARD, Fr., «Les enjeux internationaux de la parité», en *Politique étrangère*, n°1, 2000, pp. 197-211

GESLOT, Chr., «Egalité devant la loi sociale et discriminations positives (Cons. Const. n° 2006-533 DC et n° 2006-535 DC)», en *Actualité juridique droit administratif*, 2006, pp. 1961-1967.

GHEVONTIAN, R., «La réforme du Sénat: de l'étreinte juridique à la régulation juridique», en *Les petites affiches*, 8 de julio de 2004, n°136, pp. 812-816.

GHEVONTIAN, R., «Note sous 98-407 DC», en *RFDC*, 37-1999, p. 142

GOESEL-LE BIHAN, V., «Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel», en *Le réalisme en droit constitutionnel*, Cahiers du Conseil constitutionnel, 2007, pp. 141-145.

HERLO, P.-H., “L’immuable égalité? A propos du rapport Veil. Redécouvrir le principe de la Constitution», en HERRERA, C.-M. et PINON, S. (dir.) *La démocratie. Entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, ed. Kimé, Paris, 2012.

JACQUINOT, N., «Parité homme – femme», en *Dalloz*, n°23, somm., 2001, pp. 1837-1838.

JOUANJAN, O., “Egalité”, en ALLAND, D. y RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Paris, 2003, p. 585.

JOUANJAN, O., «Réflexions sur l’égalité devant la loi», en *Droits* n°16, 1992, p.131.

KALFLECHE, G., «Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives: les figures du contrôle de proportionnalité en droit français», en *Les Petites affiches*, n°46, 2009, pp. 46-53;

KAYSER, P., «Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d’équité», en *RRJ*, 2001, p. 15.

LAGRAVE, R-M., «Une étrange défaite. La loi constitutionnelle sur la parité», en *Politix, numéro spécial «La cause des femmes»*, vol. 13, n° 51, 2000, pp. 113-141.

LE POURHIET, A-M., “Discriminations positives ou injustice?”, en *RFDA*, n°14, mayo-junio 1998, p.522.

LEBEN, C., «Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi», en *RDP*, 1982, p.31

LEMAIRE, F., «La notion de non-discrimination dans le droit français: un principe constitutionnel qui nous manque», en *RFDA*, 2010, p.301.

LEPINARD, E., «Faire la loi, faire le genre: conflits d'interprétations juridiques sur la parité», en *Droit et société*, 2006/1 n°62, pp. 45-66.

LETTERON, R., “L'action positive en faveur des femmes”, en LAMBERT, Th., *Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité*, Economica, Paris, 1999, p. 65.

LETTERON, R., “Les droits des femmes entre l'égalité et l'apartheid juridique”, en *L'évolution du droit international, Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Ed. A. Pedone, Paris, 1998, p. 281.

LOCHAK (D.), Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité, en *Droit et Cultures, Egalité et Discrimination. Etats-Unis, Europe, France*, n°49, 2005, p. 15

LOCHAK, D., “Réflexions sur la notion de discrimination”, en *Droit social*, 1987, p.780.

LOCHAK, D., «Les hommes politiques, les sages (?)... et les femmes», en *Droit social*, 1983, p. 131.

LUCHAIRE, F., “Un janus constitutionnel: l'égalité”, en *RDP*, 1986, p. 1229.

MAJZA, B., «Equité et droits fondamentaux», en *CRDF*, n°1, 2001, pp. 80-89.

MARQUES-PEREIRA, B., “Quotas ou parité: Enjeux et argumentation”, en *Recherches féministes*, vol. 12, n° 1, 1999, pp. 103-121.

MBONGO, P., “Parité: vers une révision constitutionnelle à reculons?”, en *Rev. Adm.*, sept.-oct., n°305, 1998, p. 682.

MELIN-SOUCRAMANIEN, F., “La parité n'est pas l'égalité... (brèves remarques sur les limites aux discriminations positives)”, en *D., Trib.*, 2006, p. 873.

MOSSUZ, J., “Les femmes et la politique: la France au regard de l'Europe”, en *De la République à l'Europe. Hommage à J. L. Quermonne*, Paris, 1996, p. 112 y ss.

NAZET-ALLOUCHE, D., “L'influence du droit communautaire sur l'égalité hommes/ femmes en France”, en DUBOUIS, L., *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les Etats membres*, Ed. Economica, 1995.

NUKATSUKA, Y., «Parité versus droit constitutionnel universaliste? Une réflexion à partir du cas français », en TSUJIMURA, M., LOCHAK, D. (dir.), *Égalité des sexes: la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France,*

Japon, Union Européenne et États-Unis), Société de législation comparée, Paris, 2006, pp.136 y ss.

ORTIZ L., “À propos du genre: une question de droit”, en *Droit et société*, 2012/1 n° 80, pp. 225-234.

PHILIPPE, X., «Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères: l'exemple du contentieux constitutionnel», en *Revista Studii Juridice Universitare*, n°1-2, 2011, pp.30-45.

PINA, S., «La loi n° 2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. Une nouvelle étape dans la parité», en *Droit prospectif: Revue de la recherche juridique*, Vol. 32, n° 119, 2007, pp. 1357-1374.

PISIER, É. y VARIKAS, E., «Femmes, république et démocratie », en *Pouvoirs*, n°82, 1997, pp. 127-146.

PONTIER, J.-M., “L'intérêt général existe-t-il encore?”, en *Recueil Dalloz*, 1998, p.327.

PRELOT, P.-H., “L'immuable égalité? A propos du rapport Veil. Redécouvrir le principe de la Constitution», en HERRERA, C.-M. y PINON, S. (dir.) *La démocratie. Entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, Ed.Kimé, Paris, 2012, p.83.

ROBERT, J., “Egalité et équité: le point de vue du Conseil constitutionnel”, en LAMBERT, T.(dir.) *Egalité et équité, Antagonisme ou complémentarité?*, ed. Economica, Paris, 1999.p.28.

ROBERT, J., “Le principe d'égalité dans le droit constitutionnel francophone”, en *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 3 - novembre 1997, pp. 1-16.

SCHOETTL, J.E., “La nouvelle répartition des sièges à l'assemblée de Polynésie entre les archipels de la Polynésie française”, en *Les petites affiches*, 21 de febrero de 2001, pp. 20-21.

SCHOETTL, J.-É., «Note sous 98-407 DC», en *AJDA*, 1999, p. 149.

STEELE, S., “Les effets pervers de l'affirmative action”, en CALVÈS, G. (dir.), *Les politiques de discrimination positive, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale*, n°822, 1999, p. 37.

TAHON, M.-B., “La revendication de la démocratie paritaire”, en *Politique et Sociétés*, Vol.17, n°1-2, 1998, pp.13-47.

TERRE, F., «Réflexions sur un couple instable: égalité et équité», en *APD*, 2008, p. 25

TRUCHET, D., “Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat”, en *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 1978, pp. 925-926;

VERDIER, M.-F., «Egalité – parité, universalisme – différentialisme. Le droit de suffrage en France et le genre», en *Politeia*, n°19, 2011.

VERPEAUX M., «Réformes des modes de scrutin locaux: révolutions et continuités», en *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 24 de junio de 2013, n° 26, pp. 24-36.

VOGEL, J., «Parité et égalité», en *Cahiers du Cedisst*, n°17, 1996, pp. 57-76.

WOEHRUNG, J.M., «L'équité et le contentieux administratif», en WOEHRLING, J.M. (dir.), *Les transformations de la justice administrative*, Economica, Publications de l'LD.L., Paris, 1995.

ABREVIATURAS

<i>Art.:</i>	<i>Artículo</i>
<i>ATC:</i>	<i>Auto del Tribunal Constitucional</i>
<i>BOCG:</i>	<i>Boletín Oficial (España)</i>
<i>BOE:</i>	<i>Boletín Oficial del Estado (España)</i>
<i>Carb.:</i>	<i>Cour d'arbitrage (Bélgica)* desde el 07/05/2007 es llamada Cour constitutionnelle</i>
<i>Cass.:</i>	<i>Cour de Cassation (Bélgica –Francia)</i>
<i>CCF:</i>	<i>Conseil constitutionnel français(Francia)</i>
<i>Cciv.:</i>	<i>Código Civil</i>
<i>Cconst.:</i>	<i>Cour constitutionnelle (Bélgica) *antes el 07/05/2007 era llamada Cour d'arbitrage</i>
<i>CE:</i>	<i>Constitución Española</i>
<i>CEDAW:</i>	<i>Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women</i>
<i>CEDH:</i>	<i>Convenio Europeo de los Derechos Humanos</i>
<i>CEtat sect.:</i>	<i>Conseil d'Etat, section (Francia)</i>
<i>CEtat:</i>	<i>Conseil d'Etat (Bélgica – Francia)</i>
<i>Consid.:</i>	<i>Considérants</i>
<i>Const.:</i>	<i>Constitución</i>
<i>CRISP:</i>	<i>Centre de Recherche et d'Information socio-politique (Bélgica)</i>
<i>D.C.:</i>	<i>Décision constitutionnelle</i>
<i>D.O.C.E.:</i>	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i>
<i>D.O.U.E.:</i>	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
<i>Doc.parl.:</i>	<i>Documents parlementaires (Bélgica)</i>
<i>e.o.:</i>	<i>entre otro(a)s</i>
<i>Ibid.:</i>	<i>Ibidem</i>
<i>IC:</i>	<i>Iniciativa Canaria (España)</i>
<i>Id.:</i>	<i>Idem</i>
<i>IU:</i>	<i>Izquierda Unida (España)</i>
<i>J.L.M.B.:</i>	<i>Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (Bélgica)</i>
<i>J.O.C.E.:</i>	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
<i>J.O.R.F.:</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>J.O.U.E.:</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>J.T.:</i>	<i>Journal des Tribunaux (Bélgica)</i>
<i>LGDJ:</i>	<i>Librairie générale de Droit et de Jurisprudence (Francia)</i>
<i>LO:</i>	<i>Ley Orgánica</i>
<i>LOI:</i>	<i>Ley Orgánica de Igualdad entre Hombres y Mujeres (España)</i>
<i>LOREG:</i>	<i>Ley Orgánica General de Régimen Electoral (España)</i>
<i>M.B.:</i>	<i>Moniteur Belge (Bélgica)</i>
<i>ONU:</i>	<i>Organización de las Naciones Unidas</i>
<i>p.e.:</i>	<i>por ejemplo</i>
<i>Pas.:</i>	<i>Pasinomie (Bélgica)</i>
<i>Pasi:</i>	<i>Pasicrisie (Bélgica)</i>
<i>PIDCP:</i>	<i>Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos</i>
<i>PP:</i>	<i>Partido Popular (España)</i>
<i>PS:</i>	<i>Parti socialiste (Bélgica – Francia)</i>
<i>PSOE:</i>	<i>Partido Socialista Obrero Español</i>
<i>PUF:</i>	<i>Presse Universitaire de France</i>
<i>R.F.D.A.:</i>	<i>Revue française du droit administratif</i>
<i>Rec.:</i>	<i>Recueil de jurisprudence (TJCE, TEDH)</i>
<i>Rev.Adm.:</i>	<i>Revue administrative (Francia)</i>
<i>Rev.tr.dr.h.:</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>

<i>RFD const.:</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RFSP:</i>	<i>Revue française de science politique</i>
<i>s.o.:</i>	<i>session ordinaire (Bélgica, Francia)</i>
<i>STC:</i>	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional (España)</i>
<i>STS:</i>	<i>Sentencia del Tribunal Supremo (España)</i>
<i>TC:</i>	<i>Tribunal Constitucional (España)</i>
<i>TEDH:</i>	<i>Tribunal Europeo de los Derechos Humanos</i>
<i>TFUE:</i>	<i>Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea</i>
<i>TJCE:</i>	<i>Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i>
<i>TJUE:</i>	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
<i>TPI:</i>	<i>Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea</i>
<i>UE:</i>	<i>Unión Europea</i>
<i>V.:</i>	<i>ver</i>
<i>VLD:</i>	<i>Vrij Liberaal Partij (Bélgica)</i>
<i>VV.AA.:</i>	<i>Varios autores</i>