

O principio de igualdade e a tutela contra a discriminación na Lei orgánica do 22 de marzo de 2007 para a igualdade efectiva de mulleres e homes



A Lei orgánica do 22 de marzo de 2007 para a igualdade efectiva de mulleres e homes ten por obxecto a prevención de calquera forma de discriminación por razón de sexo, tanto no ámbito público coma no privado. A lei abrangue todos os aspectos das relacións humanas (sinaladamente nos eidos político, civil, laboral, económico, social e cultural), establece principios, recoñece dereitos e implanta medidas para a erradicación de calquera situación de desigualdade. No presente traballo analízanse os principais conceptos, categorías e técnicas de Dereito Antidiscriminatorio definidos no título primeiro da lei. Son obxecto de especial atención as medidas de «acción positiva» de promoción da igualdade, o seu fundamento constitucional e as aplicacións concretas contidas na lei, que contempla o establecemento de «cotas» de participación feminina nos órganos directivos da Administración pública e nas listaxes electorais.&

& Palabras clave: igualdade de oportunidades, discriminación por razón de sexo, *affirmative action*, cotas, democracia paritaria

INTRODUCCIÓN

A Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes (LOI) atopa o seu fundamento constitucional nos dous preceptos básicos que recoñecen e articulan o principio de igualdade na nosa Constitución: o artigo 14, que proclama a igualdade de todos os españois ante a lei, sen que poida prevalecer discriminación ningunha por razón de nacemento, raza, sexo, relixión, opinión ou calquera outra circunstancia persoal ou social; e o artigo 9.2, que contén un dobre mandato dirixido aos poderes públicos: promover as condicións para que a igualdade do individuo e dos grupos en que se integra sexan reais e efectivas, e remover os obstáculos que impidan ou dificulten a súa plenitude.

Máis aló do fundamento constitucional referido, a LOI enmárcase nun contexto xurídico máis amplo, o da Unión Europea, que inclúe entre as súas misións esenciais a promoción da igualdade entre homes e mulleres (artigos 2, 3.2, 13 e 141 do Tratado constitutivo; artigo 23 da Carta de dereitos fundamentais). Concretamente, a lei opera a transposición de dúas directivas comunitarias en materia de igualdade de trato, a Directiva 2002/73/CE, do 23 de setembro, que modifica a Directiva 76/207/CEE, relativa á aplicación do principio de igualdade no acceso ao emprego, á formación, á promoción profesional e ás condicións de traballo e a Directiva 2004/113/CEE, do 13 de decembro, sobre a aplicación do principio de igualdade de trato no acceso aos bens e servizos e a súa subministración.

A lei para a igualdade comeza por fixar no seu título preliminar o seu obxecto e os medios articulados para acadalo (artigo 1), co que revela o seu vasto ámbito de proxección, destinado a previr calquera forma de discriminación por razón de sexo, tanto no ámbito público coma no privado. Estamos, en tal sentido, ante unha lei integral, que abrangue todos os aspectos das relacións humanas (sinaladamente, nas esferas política, civil, laboral, económica, social e cultural), posto que establece principios, recoñece dereitos e implanta medidas orientadas a erradicar calquera situación de desigualdade.

O carácter transversal do principio de igualdade entre mulleres e homes (sancionado expresamente no artigo 5) evidénciase na propia estrutura da lei. Tras un título primeiro en que se define o principio de igualdade e se articulan os principais medios orientados á súa tutela, a norma regulamenta, sucesivamente, as políticas públicas para a igualdade (título II); a igualdade e os medios de comunicación (título III); o dereito ao traballo en igualdade de oportunidades (título IV); a igualdade no emprego público (título V); a igualdade no acceso aos bens e servizos e a súa subministración (título VI); a igualdade na responsabilidade social das empresas (título VII) e os órganos institucionais que haberán de velar polo cumprimento da lei e a aplicación efectiva do principio de igualdade (título VIII), e péchase cun longuísimo catálogo de disposicións adicionais en que se reforman, para imprimir unha nova perspectiva de xénero, ata 27 leis inscritas en diferentes sectores do ordenamento xurídico.

Ante a imposibilidade de realizar unha análise esexética da lei, o presente traballo céntrase no seu título primeiro, pois, na medida en que compendia categorías e técnicas antidiscriminatorias de vocación xeral —na súa maioría xa coñecidas polo Dereito Comunitario e o Dereito Propio—, o seu estudo permitirá facer referencia a aplicacións concretas dunhas e doutras, contidas ao longo dos restantes títulos da lei.

1. O PRINCIPIO DE IGUALDADE DE TRATO: DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

O eixo da lei, o principio de igualdade de trato, aparece definido no artigo 3 en sentido negativo, como a ausencia de toda discriminación, directa ou indirecta, por razón de sexo e, en especial, a derivada da maternidade, da asunción das obrigas familiares e do estado civil. En todo caso, consideraranse discriminatorios o acoso sexual e o acoso por razón de sexo, —tal e como se definen no artigo 7 da lei—, e calquera trato adverso ou consecuencia negativa derivados do exercicio do dereito a non ser discriminado ou da esixencia do cumprimento efectivo do principio de igualdade (artigo 9).

O contido legal do principio de igualdade atópase así noutras dúas nocións, a discriminación directa e indirecta, pola súa banda definidas no artigo 6 da lei. A primeira delas identifícase coa situación en que unha persoa é tratada de maneira menos favorable ca outra que se atopa en situación comparable, por razón do seu sexo (artigo 6.1). Estamos ante o suposto máis tosco e flagrante de discriminación, que constitúe unha agresión á dignidade e á integridade moral da persoa, e que pode proceder tanto dos poderes públicos coma dos particulares. En concreto, a lei considera discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable relacionado co embarazo e a maternidade (artigo 8), fórmulas discriminatorias que teñen o seu campo de desenvolvemento propio, aínda que non exclusivo, nas relacións laborais.

A discriminación directa ofrece poucas dúbidas en canto á nulidade da norma, acto ou medida en que se perpetra, pois a diferenciación de trato baseada no sexo proscribíese, non xa na lei analizada, senón na Constitución mesma (artigo 14). Pero a discriminación adopta ás veces formas máis sutís, que xustifican a ampliación da prohibición á chamada discriminación indirecta ou, nos termos da lei, á «situación en que unha disposición, criterio ou práctica aparentemente neutros pon a persoas dun sexo en desvantaxe particular con respecto a persoas doutro, agás cando a devandita disposición, criterio ou práctica poidan xustificarse obxectivamente en atención a unha finalidade lexítima, e que os medios para acadar esta finalidade sexan necesarios e adecuados.»

O concepto de discriminación indirecta é debedor da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXCE), que no ámbito das relacións laborais vai paulatinamente detectando situacións de discriminación oculta, encubertas baixo unha aparencia de igualdade. Trátase de medidas ou condutas formalmente neutras que afectan a unha proporción substancialmente maior de persoas dun mesmo sexo, que resultan discriminadas no seu conxunto. Na sentenza do 31 de marzo de 1981 (asunto 96/80, Jenkins/Kingsgate), o Tribunal de Xustiza declarou que unha práctica salarial consistente en fixar unha retribución por horas menos elevada para o traballo a tempo parcial que para o traballo a tempo completo constitúe unha discriminación prohibida polo entón artigo 119 do Tratado (hoxe, 141) dado que é un medio indirecto de reducir o nivel retributivo dos traballadores a tempo parcial. E este grupo, o dos traballadores a tempo parcial confórmano fundamentalmente persoas de sexo feminino. Neste pronunciamento, o Tribunal parece esixir certa intencionalidade discriminatoria por parte do empresario, esixencia que desaparecerá na súa xurisprudencia posterior, que obxectiviza o concepto. Xa na sentenza do 13 de maio de 1986 (asunto 170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH/Karin Weber von Hartz), o carácter discriminatorio da política de persoal seguida por unha sociedade de grandes almacéns, consistente en excluír os empregados a tempo parcial dun réxime de pensións de empresa, despréndese do feito de que a exclusión

afecte un número moito máis elevado de mulleres que de homes. En tales casos, o Tribunal grava a empresa coa carga de probar que a medida está baseada en factores obxectivamente xustificadas e alleos a calquera discriminación por razón de sexo¹.

A doutrina do TXCE foi recibida axiña polo Tribunal Constitucional español, que xa na sentenza 145/1991, do 1 de xullo, mantén o espírito desta cando declara discriminatoria a diferenza salarial, establecida en convenio colectivo, entre a categoría profesional de «limpadoras» e a de «peóns», cuxo desenvolvemento esixe idéntico esforzo, sen requirir cualificación específica².

Con esta orixe, a incorporación do concepto a un texto legal producírase con ocasión da promulgación da Directiva 97/80/CE do Consello, do 15 de decembro, relativa á carga da proba nos casos de discriminación por razón de sexo, que define a discriminación indirecta como o criterio ou práctica aparentemente neutro que afecta unha proporción substancialmente maior de membros dun mesmo sexo, agás cando a disposición, criterio ou práctica resulte adecuado e necesario, e poida xustificarse con criterios obxectivos non relacionados co sexo. A definición legal será posteriormente perfilada pola Directiva 2002/73/CE, que modifica a Directiva 76/207/CEE, e introduce no artigo 2.2 desta última, unha fórmula idéntica á que hoxe recolle o artigo 6.2 da LOI.

A formulación actual do concepto, tanto comunitaria como estatal, permite excluír o carácter discriminatorio dunha conduta ou norma cando resulte obxectivamente xustificada, tanto pola lexitimidade da finalidade perseguida como pola necesidade e proporcionalidade dos medios utilizados a tal fin, cuxa proba grava en todo caso ao responsable de tal práctica ou disposición. Recóllese así unha excepción presente desde as primeiras sentenzas que forxaron a noción de discriminación indirecta, e da que atopamos algúns exemplos na propia xurisprudencia do TXCE³. En todo caso, sería desexable que os tribunais amosasen certo rigor na apreciación da concorrencia da xustificación obxectiva da medida de impacto adverso, e evitasen pronunciamentos como o contido no recente Auto do Tribunal Constitucional 200/2007, do 27 de marzo, en que, afastándose da súa doutrina anterior, o Tribunal non admite a cuestión de inconstitucionalidade promovida contra o artigo 140.2, en relación co artigo 109.1 da Lei xeral da Seguridade Social, por estimar que o principio de contributividade que informa o sistema da Seguridade Social xustifica que as bases reguladoras —e, por tanto, a contía— das prestacións se calculen en función do efectivamente cotizado, o que sen ningunha dúbida determinará unha prestación de contía inferior para os traballadores contratados a tempo parcial.

Co contido descrito (ausencia de toda discriminación, directa ou indirecta), a igualdade de oportunidades é un dereito subxectivo xuridicamente protexido, pero o seu valor vai máis aló, para erixirse en principio informador do ordenamento xurídico (artigo 4). Desde a primeira perspectiva —a igualdade como dereito—, a lei establece as consecuencias xurídicas da súa lesión (artigo 10), e instaura mecanismos procesuais orientados a reforzar a súa protección xurisdiccional (artigos 12 e 13). Desde a segunda das perspectivas apuntadas, o principio de igualdade actúa como criterio de interpretación e motor dinamizador da totalidade do ordenamento xurídico. A súa forza transformadora maniféstase especialmente na habilitación contida na lei para o desenvolvemento futuro de accións positivas orientadas a acadar a efectividade do dereito constitucional da igualdade (artigo 11).

2. A PROTECCIÓN DO DEREITO DE IGUALDADE

2.1. Consecuencias xurídicas da conduta discriminatoria

A existencia de calquera fórmula directa ou indirectamente discriminatoria vicia de nulidade a norma, a actuación administrativa, a medida empresarial ou a cláusula negocial onde se perpetre. Así o sinala o artigo 10 da lei que, á sanción de nulidade, engade a reparación indemnizatoria, así como calquera outra medida reparadora real, efectiva e proporcionada ao prexuízo sufrido. Máis aló de reparacións individuais, o artigo 10 sinala a procedencia, no seu caso, «dun sistema eficaz e disuasorio de sancións que preveñan a realización de condutas discriminatorias».

Chama a atención a excesiva xeneralidade da norma, que traspón, simultaneamente, os artigos 6.2 e 8 quinto da Directiva 2002/73/CEE —nos seus mandatos respectivos de reparación e sanción dos comportamentos discriminatorios no ámbito das relacións laborais— e os artigos 8.2 e 14 da Directiva 2004/113/CE —nos seus mandatos respectivos de reparación e sanción no ámbito das relacións de subministración de bens e servizos. Quizais a presenza do artigo 10, que lle confire vocación reguladora da totalidade de relacións comprendidas na lei, non permitise maior concreción á hora de determinar as consecuencias xurídicas da actuación discriminatoria. Pero sería desexable un maior coidado por parte do lexislador, que evitase a enunciación indiscriminada de tales consecuencias, que non sempre se adaptan ás diversas hipóteses de discriminación posible. Así, a nulidade e a ineficacia serán dificilmente predicables dos comportamentos constitutivos de delito, falta ou ilícito civil, que despregan os seus efectos típicos⁴, do mesmo xeito que a procedencia de indemnización non parece posible cando a lesión á igualdade entre homes e mulleres proceda dunha norma contida nun convenio colectivo.

A falta de concreción da norma convértea, en definitiva, nun precepto de carácter programático, que non exclúe a necesidade de atender as sancións específicas establecidas pola lexislación sectorial, entre as que se atopan as introducidas nas propias disposicións adicionais da lei⁵.

2.2. Tutela xudicial efectiva e carga da proba

Consonte ao artigo 12.1 da lei, calquera persoa poderá pedir aos tribunais a tutela do dereito á igualdade entre mulleres e homes, de acordo co establecido no artigo 53.2 da Constitución, e mesmo unha vez terminada a relación na que supostamente se ten producido a discriminación. Deste xeito, a tutela da igualdade poderá reclamarse, ben ante os tribunais ordinarios por calquera dos procesos especiais para a protección dos dereitos fundamentais, ben a través do recurso de amparo, ante o Tribunal Constitucional⁶.

O parágrafo primeiro do artigo 12 non introduce novidades reais respecto á situación anterior á lei analizada, na medida en que resultaba indiscutible a lexitimación da vítima do comportamento discriminatorio para exercer as accións referidas no mesmo. Máis innovador resulta sen dúbida o parágrafo segundo da norma, que introduce a lexitimación para intervir nos procesos civís, sociais e contencioso-administrativos que versen sobre a defensa do dereito á igualdade das persoas físicas e xurídicas con interese lexitimo, determinadas polas leis reguladoras destes procesos. Unha lexitimación que o parágrafo terceiro exceptúa nos litixios sobre acoso sexual e acoso por razón de sexo.

A previsión legal atopa o seu desenvolvemento nas disposicións adicionais quinta e sexta, que reforman, respectivamente, a Lei de axuízamento civil (en adiante, LAC) —introducindo un novo artigo 11 bis—, e a Lei reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (en adiante, LXCA) —engadindo unha letra i ao apartado 1 do artigo 19—, co obxecto de introducir a lexitimación para a incoación de tales procesos, de sindicatos, asociacións legalmente constituídas cuxo fin primordial sexa a defensa da igualdade entre mulleres e homes e organismos públicos con competencia na materia⁷.

A lexitimación dos entes mencionados non ten sempre a mesma significación e alcance. Polo contrario, as leis reguladoras do proceso civil e do proceso contencioso administrativo, con redacción practicamente idéntica, refiren dous supostos diversos de lexitimación, individual a primeira; colectiva a segunda.

En primeiro termo, as normas recoñécenlles aos sindicatos e ás asociacións, a lexitimación para actuar en defensa dos seus afiliados e asociados, sempre coa autorización destes, nos procesos relativos á igualdade de trato entre homes e mulleres. Estamos aquí ante un suposto de representación do traballador no proceso que debe ser celebrado, na medida en que supón para aquel, un sensible abaratamento do custo económico e emocional de litigar. Non obstante, a lexitimación analizada inscríbese no marco dun proceso individual, en que a iniciativa segue estando en mans da persoa discriminada, e a eficacia da sentenza limitada ás relacións entre esta e o suxeito discriminador. Neste sentido, na loita xudicial contra a discriminación da muller acadá maior importancia a lexitimación recoñecida ás persoas xurídicas recollida no artigo 12 da Lei para a tutela colectiva do principio de igualdade, lexitimación desenvolvida nos artigos 11 bis.2 da LAC e 19.1.i.2 da LXCA.

Segundo ambos os preceptos, cando os afectados sexan unha pluralidade de persoas indeterminada ou de difícil determinación, a lexitimación para demandar en xuízo a defensa destes intereses difusos corresponde en exclusiva aos organismos públicos con competencia na materia, aos sindicatos máis representativos e ás asociacións de ámbito estatal. Deste xeito, a súa lexitimación para a defensa de intereses supraindividuais límitase *expressis verbis* ao suposto en que o número de «afectados» pola actuación discriminatoria sexa indeterminado, como sucederá sempre que a actuación ou comportamento en cuestión afecte o colectivo de mulleres na súa totalidade (v. gr., publicidade sexista, que, en puridade, afecta o toda a sociedade). Paralelamente, exclúese a posibilidade de actuar de asociacións, sindicatos e organismos públicos cando o número de afectados sexa determinado ou facilmente determinable, suposto en que non quedará ás vítimas da discriminación máis camiño que a acción individual, ben exercitada en nome propio, ben autorizando ad hoc a asociación ou o sindicato ao que pertencen. Confesamos non entender a restrición operada polas normas en estudo, que impiden a procedencia dunha acción colectiva, por exemplo, no caso de hipotéticas medidas sexistas aplicadas por unha Administración que afecten a todas as mulleres vinculadas a ela por contrato de natureza funcionarial ou administrativa, cuxo número será facilmente determinable⁸.

Aínda en materia de tutela xudicial efectiva, a lei recolle, no seu artigo 13, un potente instrumento de defensa da muller discriminada no seo do proceso, a coñecida como inversión da carga da proba. De acordo co artigo citado, «en todos os procedementos en que as alegacións da parte actora se fundamenten en actuacións discriminatorias, corresponderá á persoa demandada probar a ausencia de discriminación nas medidas adoptadas, e a súa propor-

cionalidade». Por imperativo constitucional (artigo 24.2 CE), o parágrafo segundo exclúe a aplicación da regra aos procesos penais.

A norma recolle e xeneraliza unha regra xa coñecida polo noso ordenamento, e sensible ás dificultades probatorias do feito discriminatorio, especialmente acusadas en materia de discriminación indirecta⁹. Nestes casos, a vixencia do repartimento clásico do *onus probandi* situaría o demandante na difícil tesitura de demostrar a intencionalidade discriminatoria dunha medida aparentemente neutra. Para evitar a indefensión que xeraría tal esixencia, a lei traslada ao demandado a carga de probar a xustificación obxectiva e a proporcionalidade da medida ou da actuación cuestionada, se ben, e a pesar do silencio legal, é previsible que os tribunais sigan gravando ao demandante co deber de achegar «indicios racionais» que permitan inducir a existencia de discriminación¹⁰. Para evitar que a proba de indicios se converta na praxe, nun obstáculo para o éxito da demanda, sería desexable certa lasitude por parte dos tribunais na apreciación da súa concorrencia¹¹. En particular, e en materia de discriminación indirecta, debера bastar a constatación de que unha medida prexudica de forma maioritaria ás mulleres, para gravar o demandado coa proba da súa razoabilidade, cuxa valoración compete, en último termo, ao tribunal. Na achega dos datos indiciarios da discriminación, o actor poderá solicitar o auxilio do propio tribunal, segundo se desprende do parágrafo primeiro apartado segundo da norma («para os efectos do disposto no parágrafo anterior, o órgano xudicial, a instancia de parte, poderá recadar [sic], se o estimase útil e pertinente, informe ou ditame dos organismos públicos competentes»).

3. AS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Conforme ao artigo 11 da lei,

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

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

O precepto contén unha habilitación xeral, dirixida aos poderes públicos e aos particulares, para adoptar medidas de acción positiva, isto é, fórmulas de trato formalmente desigual orientadas á consecución da igualdade material consagrada polo artigo 9.2. CE, que tratan de favorecer os membros dun colectivo socialmente discriminado. Tales medidas, que se conciben como conxunturais (serán aplicables mentres subsistan situacións patentes de desigualdade) están suxeitas á norma por un dobre condicionamento: a súa razoabilidade e a proporcionalidade en relación co fin perseguido, que se cifra en facer efectivo o dereito constitucional da igualdade¹².

Pese á alusión xenérica á «acción positiva», o certo é que non estamos ante un concepto unívoco, senón ante unha categoría dentro da cal é posible distinguir diversos grupos de medidas, que varían en función da súa intensidade. Neste senso, comunmente na doutrina establécese unha distinción entre accións positivas moderadas ou de incentivación e accións positivas intensas, de discriminación positiva ou inversa¹³.

3.1. Accións positivas moderadas

As accións positivas moderadas son aquelas que, sen influír de modo directo no proceso selectivo, están orientadas a remover os obstáculos que impiden aos membros dos grupos minusvalorados (no caso, ás mulleres) chegar a tal proceso en igualdade de condicións¹⁴. Inscríbense aquí medidas tales como os programas de formación específicos para mulleres, ou a preferencia no acceso aos cursos de promoción, a inclusión de mulleres nos equipos de selección de persoal, a concesión de subvencións ou beneficios fiscais ás empresas con políticas de igualdade, a priorización de tales empresas na contratación pública, a depuración nos currículos dos criterios sexistas... Igualmente, e na medida en que melloran a competitividade das mulleres no mercado de traballo, son medidas de acción positiva, as orientadas a facilitar a conciliación entre vida laboral e familiar, sempre que incentiven a corresponsabilidade dos homes no traballo doméstico¹⁵.

O Tribunal Constitucional, ao abeiro do artigo 9.2 CE, ten declarado en reiteradas ocasións a constitucionalidade das accións positivas de incentivación, cualificándoas de medidas obxectivamente aptas para conseguir unha finalidade lexítima: a igualdade de oportunidades entre homes e mulleres. Na STC 128/1987, do 16 de xullo, en que se declara a constitucionalidade do réxime de prestacións de gardería do Insalud, exclusivo das traballadoras con fillos de menos de seis anos, o Tribunal fai unha coidadosa análise do elemento de diferenciación que xustifica o tratamento especial dado ás traballadoras. Lonxe de radicar exclusivamente no sexo ou na perversa consideración de que a muller teña superiores obrigas que o home respecto aos fillos, «a diferenciación reside en que existe unha innegable e maior dificultade para a muller con fillos de curta idade para incorporarse ao traballo ou para permanecer nel, dificultade que ten orixes moi diversas, pero que coloca a esta categoría social nunha situación de feito claramente desvantaxosa respecto aos homes na mesma situación. En tanto, pois, esta realidade perdure, non poden considerarse discriminatorias as medidas tendentes a favorecer o acceso ao traballo dun grupo en situación de clara desigualdade social, e que traten de evitar, facilitando o emprego de garderías, que unha práctica social discriminatoria se traduza nun alonxamento [sic] do traballo da muller con fillos pequenos». Por tal razón, o tratamento desigual outorgado ao home non constitúe unha discriminación prohibida polo artigo 14 CE, «senón, polo contrario, unha medida destinada a paliar a discriminación sufrida por ese conxunto social e que responde ao mandato constitucional, contido no artigo 9.2 do texto fundamental. Non hai en consecuencia, vulneración do principio de igualdade ao darse tratamentos diferentes a suxeitos en situacións que resultan distintas, de acordo con criterios razoables a xuízo deste Tribunal» (fundamento xurídico décimo)¹⁶.

A análise da razoabilidade das causas subxacentes á diferenza de trato permite ao Tribunal establecer nesta sentenza a distinción entre as medidas de acción positiva, conformes e aínda impostas polo principio de igualdade, e as medidas protectoras do traballo feminino, que recollen, en aparencia, unha vantaxe para a muller, pero que, lonxe de acadar un obxectivo de igualdade, perpetúan e reproducen na práctica a posición de inferioridade social da poboación feminina (fundamento xurídico sétimo). As medidas ou normas protectoras carecen de xustificación obxectiva e razoable, en tanto responden a unha consideración da muller como ser inferior e abocado á vida doméstica, e non gardan adecuación ningunha coa finalidade da promoción da igualdade real e efectiva entre homes e mulleres. Pénsese na regulación que condiciona a pensión de viuvez do home a un requisito non esixido ás viúvas: atoparse

incapacitado para o traballo e vivir ao cargo da esposa falecida¹⁷. Ou nas normas que presupoñen a debilidade da muller, e establecen especialidades en materia de traballo nocturno¹⁸, ou impiden o seu acceso a determinadas profesións¹⁹.

A correcta distinción entre medidas lexítimas de diferenciación e medidas falsamente protectoras debe estar presente no desenvolvemento do artigo 11 da LOI, que, como apuntabamos, lexítima para a adopción das primeiras a poderes públicos e particulares. Pero, máis aló da habilitación xeral contida no precepto, a lei para a igualdade efectiva entre homes e mulleres contén ao longo do seu articulado un importante número de medidas de incentivación que se proxectan en moi diversas áreas de intervención. Así, en materia de acción administrativa para a igualdade (título II, capítulo II), xunto ao establecemento de normas programáticas habilitantes dun futuro desenvolvemento regulamentario de medidas de promoción da igualdade en materia de educación (artigos 23 a 25), creación e produción artística e intelectual (artigo 26), saúde (artigo 27), sociedade da información (artigo 28), deportes (artigo 29), desenvolvemento rural (artigo 30), políticas de ordenación territorial e vivenda (artigo 31) e cooperación para o desenvolvemento (artigo 32), a lei prevé concretas medidas que se aplicarán tanto no ámbito da contratación das administracións públicas —inclusión, nas condicións de execución dos contratos, de medidas de promoción da igualdade (artigos 33 e 34.1) e establecemento de cláusulas de preferencia na adxudicación de contratos ás empresas que promovan a igualdade no traballo (artigo 34.3)— como das subvencións públicas —inclusión nas bases reguladoras da subvención da valoración de actuacións de efectiva consecución da igualdade por parte das entidades solicitantes (artigo 35).

En materia de igualdade de oportunidades no traballo, e á marxe de posibles medidas establecidas mediante negociación colectiva (artigo 43), o título IV recolle exemplos típicos de acción positiva, como a priorización das mulleres no acceso aos programas de inserción laboral (artigo 42.2); a previsión dunha regulación dos dereitos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral que fomente a asunción equilibrada das responsabilidades familiares (artigo 44)²⁰; a imposición ás empresas do deber de elaboración de plans de igualdade e da adopción de medidas específicas de prevención do acoso sexista (artigos 45 a 49)²¹, ou a concesión dun distintivo empresarial en materia de igualdade, que poderá ser utilizado no tráfico comercial e con fins publicitarios (artigo 50)²².

Xa en materia de emprego público, poden verse medidas de concienciación no artigo 61 (sobre formación para a igualdade), mentres que a idea de promoción se atopa nos artigos 53 e 54 (sobre presenza equilibrada de mulleres nos tribunais e órganos de selección do persoal da Administración xeral do Estado), 56 a 59 e 60.1 (sobre conciliación de vida laboral e familiar) e 60.2 (sobre reserva de prazas ás empregadas públicas en cursos de formación para a promoción profesional).

3.2. Accións positivas intensas ou de discriminación inversa

As denominadas, non sen certo prexuízo, medidas de discriminación inversa ou positiva²³ consisten na reserva de prazas ou cotas a determinados grupos minusvalorados para posibilitarlles o acceso a bens escasos da sociedade (postos de traballo, listas electorais, contratos coa administración, prazas universitarias...). A diferenza das medidas de acción positiva moderada, as medidas agora analizadas suscitan para unha parte da doutrina problemas de constitucionalidade, baseándose no presuposto de que xeran un dano directo a membros concretos e individualizados do grupo non beneficiado, que deixan de obter o ben cobizado²⁴.

Non creo que o xuízo de constitucionalidade das medidas analizadas deba diverxer do establecido con carácter xeral polo Tribunal Constitucional, na interpretación conxunta dos artigos 14 e 9.2 da Constitución. Sempre que se constate a existencia dunha desigualdade patente que, partindo da igualdade entre sexos, non ten máis causa que a discriminación histórica do grupo, medidas como a reserva porcentual de prazas ou a preferencia da muller en caso de empate deben ser valoradas en termos de adecuación e proporcionalidade. O primeiro destes parámetros de constitucionalidade evidenciará a especial potencialidade destas medidas na consecución da igualdade real entre homes e mulleres²⁵, mentres que o xuízo de proporcionalidade esixirá a valoración da entidade real da «carga» producida sobre membros concretos do colectivo dominante, co fin de evitar a produción dun mal maior de aquel que se trata de corrixir²⁶.

A diferenza das accións positivas moderadas, non existían en España ata a aprobación da LOI, medidas de discriminación positiva da muller de ámbito estatal²⁷. Máis rica é a experiencia previa no ámbito autonómico. As comunidades de Baleares e Castela-A Mancha introducíron no ano 2002 a paridade electoral²⁸, mentres que a Lei galega do 16 de xullo de 2004, para a igualdade de mulleres e homes estableceu medidas de preferencia da muller en materia de acceso ao emprego público nos corpos, escalas, grupos ou categorías cunha representación feminina inferior á masculina en vinte puntos porcentuais (artigo 37). O País Vasco, na Lei do 18 de febreiro de 2005 para a igualdade de mulleres e homes, estableceu tanto medidas de preferencia da muller no acceso ao emprego público nos corpos e categorías cunha representación feminina inferior ao 40% (artigo 20) como a paridade en materia de participación sociopolítica (artigo 23), coa conseguinte reforma das leis vascas de Goberno, de eleccións ao Parlamento vasco e de eleccións ás Xuntas Xerais dos Territorios Históricos de Áraba, Biscaia e Guipúscoa (disposicións finais terceira a quinta). O Tribunal Constitucional terá ocasión de pronunciarse sobre esta última lei, na resolución do recurso de inconstitucionalidade interposto polo Grupo parlamentario popular no Congreso, en relación cos artigos 3.7.II, 20.4 b), 5, 6 e 7, a disposición final segunda, apartado dous e as disposicións finais cuarta e quinta.

Así as cousas, a lei que agora analizamos constitúe unha auténtica revolución, pois, máis aló da habilitación xeral do artigo 11, introduce, de maneira directa, a idea de paridade nas diferentes facetas das relacións sociais que regula, sinaladamente, nos ámbitos da actuación administrativa, das relacións laborais e da participación política.

A noción central na articulación destas medidas é a de composición, participación ou representación equilibrada, definida na disposición adicional primeira da lei como a presenza de mulleres e homes de forma tal que, no conxunto ao que se refira, as persoas de cada sexo non superen o sesenta por cento nin sexan menos do corenta por cento.

3.2.1. Administración e emprego público

O artigo 14.4 da lei recolle entre os criterios xerais de actuación dos poderes públicos a participación equilibrada de mulleres e homes nas candidaturas electorais e na toma de decisións. O segundo dos mandatos contidos no precepto, que centra agora a nosa atención, tradúcese na implantación da paridade nos nomeamentos realizados polos poderes públicos, idea que se desenvolve ao longo de varios preceptos da lei, tanto de carácter sectorial, en sede de política educativa, sanitaria, artística e cultural²⁹, como de vocación xeral. Así, en materia de políticas públicas, e segundo o artigo 16, «os poderes públicos procurarán aten-

der ao principio de presenza equilibrada de mulleres e homes nos nomeamentos e designacións dos cargos de responsabilidade que lle correspondan». O carácter programático do precepto («*procurarán atender*») contrasta coa imperatividade dos artigos 52 e 54 da lei que, en sede de igualdade no emprego público, compelen ao Goberno e á Administración xeral do Estado, respectivamente, a atender o principio de presenza equilibrada no nomeamento das persoas integrantes dos órganos directivos da Administración (artigo 52), e na designación dos representantes desta en órganos colexiados, comités de expertos e consultivos nacionais e internacionais e nos nomeamentos que lle compete realizar nos consellos de administración das empresas participadas por ela (artigo 54). Parece así que a paridade se impón nos órganos colexiados e se procura no que respecta aos cargos unipersoais.

Sexa como for, debe observarse que o principio de representación equilibrada rexe en relación aos cargos e postos da Administración aos que se accede por decisión discrecional dos órganos superiores, e non xa mediante a superación de probas obxectivas. O lexislador español opta así por renunciar ao establecemento de medidas de discriminación positiva no acceso e promoción dentro da función pública, cando non parece que existan dificultades reais de orde constitucional para introducilas.

Como xa se apuntou, o Tribunal Constitucional, na sentenza 269/1994, do 3 de outubro, admitiu a constitucionalidade dun sistema de reserva de prazas a favor de persoas con discapacidade física, psíquica ou sensorial, na aplicación dos artigos 9.2 e 1.1 CE. Segundo o Tribunal, o tratamento preferente de persoas que se atopan en condicións desfavorables de partida non atenta contra o principio de igualdade consagrado no artigo 14, senón que, polo contrario, o fai posible, sen restrinxir o dereito de quen oposita a prazas de quenda libre, nin eximir aos suxeitos favorecidos coa reserva da obriga de poñer de manifesto a súa aptitude para o desempeño das prazas, garantindo así o principio de eficiencia da administración na xestión dos intereses xerais (artigo 103.1 CE).

Máis rica é a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea na materia, que ten evolucionado cara á aceptación —se ben restrinxida— de medidas de trato preferente da muller no acceso a postos da Administración en ámbitos en que aquela está infrarrepresentada³⁰. Nun primeiro pronunciamento (sentenza do 17 de outubro de 1995, asunto C-450/93, Kalanke/Freie Hansestadt Bremen) a Corte rexeitou a compatibilidade do Dereito Comunitario (concretamente, do artigo 2, apartados 1 e 4 da Directiva 76/207) coa normativa nacional que, en caso de idéntica capacitación de candidatos de distinto sexo que concorren a unha promoción, concedía automaticamente preferencia ás candidatas femininas nos sectores en que as mulleres estivesen infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cando aquelas non cubran cando menos a metade dos postos nos distintos graos da categoría de persoal de que se trate. Para o tribunal, a norma que garante a preferencia absoluta e incondicional das mulleres nun nomeamento ou promoción non constitúe unha medida de fomento da igualdade de trato, pois substitúe a igualdade de oportunidades polo resultado, excedendo os límites da habilitación contida no entón artigo 4.2 da Directiva.

A extraordinaria repercusión mediática e doutrinal, maioritariamente crítica, que produciu a sentenza Kalanke en Europa³¹ condicionou sen dúbida a xurisprudencia posterior do Tribunal, que só dous anos despois (sentenza do 11 de novembro de 1997, asunto C-409/95, Marschall/Land Nordrhein-Westfalen) matizará o seu criterio. En caso de igualdade de capacitación, a Lei do Land Renania do Norte-Westfalia obrigaba a conceder preferencia ás candi-

datos femininas na promoción en sectores de actividade da Administración con menor número de mulleres, «salvo que concorran na persoa do candidato motivos que inclinen a balanza ao seu favor». Nesta «cláusula de apertura» xustifica o Tribunal a lexitimade da norma, pois exclúe a preferencia absoluta e incondicional da muller, e

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

A doutrina sentada na sentenza Marschall será retomada polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea na resposta dada á primeira das cuestións prexudiciais formuladas no caso resolto pola sentenza do 28 de marzo de 2000 (asunto C-158/97, Badeck e outros)³². Para a Corte, o artigo 2, apartados 1 e 4 da directiva non se opón a unha normativa nacional que, en sectores en que as mulleres están infrarrepresentadas, e cando existe igualdade de cualificación entre candidatos de distinto sexo, outorga preferencia ás candidatas femininas «sempre que sexa necesario para a consecución dos obxectivos do plan de promoción da muller, salvo que se opoña a isto un motivo de rango xurídico superior»³³. A regra de prioridade establecida non ten carácter absoluto e incondicional, no sentido proscrito pola sentenza Kalanke, de aí que deba sosterse a súa compatibilidade, na medida en que «garanta que as candidaturas son obxecto dunha apreciación obxectiva que teña en conta situacións particulares de natureza persoal de todos os candidatos» (cdo. 38)³⁴.

3.2.2. Relacións laborais e responsabilidade social das empresas

En materia de igualdade de oportunidades no traballo, a lei, tan rica na adopción de medidas de acción positiva moderada, establece unha soa medida de discriminación inversa, sen prexuízo de admitir o establecemento de calquera tipo de acción por vía de negociación colectiva (artigo 43). A medida contemplada directamente pola lei recóllese no artigo 75, destinado ás sociedades obrigadas a presentar conta de perdas e ganancias non abreviada, que «procurarán incluír no seu consello de administración un número de mulleres que permita acadar unha presenza equilibrada de mulleres e homes nun prazo de oito anos a partir da entrada en vigor desta lei»³⁵.

A expresión utilizada polo lexislador, unida á ausencia dunha norma que determine a sanción aplicable aos empresarios que incumpran a regra establecida, conducen a excluír o carácter imperativo da mesma³⁶. Quizais se pretenda así conciliar a norma co principio de liberdade de empresa, que implica a liberdade de organización polo empresario (artigo 38 CE). Pero tal proceder resulta inxustificable. Os artigos 9.2 e 38 non gozan do mesmo rango constitucional, e, polo valor simbólico do traballo, os empresarios son suxeitos que poden colaborar especialmente na consecución de niveis de igualdade real e na promoción de colectivos tradicionalmente marxidados³⁷. Como se ten posto de relevo, as medidas de discriminación inversa non interfíren na competitividade da empresa, e corríxen a inercia producida pola exclusiva valoración do mérito, na consecución do cal subxacen moitas veces criterios sexistas³⁸.

3.2.3. A paridade electoral

A disposición adicional segunda da Lei de igualdade modifica a Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, de réxime electoral xeral, co obxecto de introducir a necesidade de composición equilibrada nas candidaturas que se presenten para as eleccións de deputados ao Congreso, municipais e de membros dos consellos insulares e dos cabidos insulares canarios, deputados ao Parlamento europeo e membros das asembleas lexislativas das comunidades autónomas. De acordo co novo artigo 44 bis de lei electoral, tales candidaturas deberán ter unha composición equilibrada de mulleres e homes, de forma que no conxunto da lista os candidatos de cada un dos sexos supoñan como mínimo o corenta por cento, mantendo tal proporción mínima en cada tramo de cinco postos. A regra non se cumpre no caso das candidaturas que se presenten nos municipios cun número de residentes igual ou inferior a 3000 habitantes e nas illas cun número de residentes igual ou inferior a 5000 habitantes³⁹. Nas eleccións ao Senado, as candidaturas que se agrupen en listas deberán ter unha composición de mulleres e homes o máis próxima posible ao equilibrio numérico.

As cotas orientadas a acadar a igualdade real na participación política constitúen quizais o máis espiñoso dos terreos en materia de acción positiva. Á marxe dos reparos de oportunidade política que algúns lle achacan, desde a perspectiva constitucional estanse a opoñer tres argumentos básicos: a indivisibilidade da soberanía e a representación política, o dereito individual ao sufraxio pasivo e a liberdade de actividade dos partidos políticos⁴⁰.

Os detractores da cota electoral negan, en primeiro termo, a súa compatibilidade co concepto de representación asumido polo Estado democrático, en que todos os deputados representan a todos os cidadáns, e non xa a un grupo social en especial. Desde esta perspectiva, a distinción entre candidatos, sexa polo seu sexo, sexa por calquera outra característica, constitúe unha lesión á unidade do corpo electoral e, en consecuencia, á indivisibilidade da soberanía, da que aquel é titular (artigo 1.2 CE)⁴¹.

O reparo á paridade electoral representado pola fragmentación da soberanía e a representación resulta pouco convincente, como si semellan selo as críticas que ten recibido pola maioría da doutrina constitucionalista⁴². As cotas electorais femininas non buscan a creación dun novo corpo electoral que articule unha representación diferenciada das mulleres, dividindo en dous a titularidade da soberanía. Na medida en que afectan exclusivamente o sufraxio pasivo, operan no plano da elección dos representantes, non xa no do suxeito representado, que segue sendo único⁴³.

O segundo dos argumentos esgrimidos contra as leis de paridade electoral vén dado polo dereito fundamental ao sufraxio pasivo ou dereito a acceder a cargos públicos en condicións de igualdade, consagrado no artigo 23.2 da Constitución española. En opinión dos detractores das cotas electorais, o seu establecemento limita, por razón de sexo, o dereito de calquera cidadán a presentarse como candidato electoral⁴⁴.

Novamente o argumento pode ser rebatido, pois, tal e como prevé a propia norma constitucional, o dereito de sufraxio pasivo debe ser exercido na forma establecida polas leis, que lexitimamente poderán modificalo, establecendo condicións ou requisitos que non resulten arbitrarios ou non razoables⁴⁵. A tensión entre igualdade formal e real latexa de novo na interpretación das «condicións de igualdade» en que o dereito ao sufraxio pasivo debe ser exercido, sen que exista razón ningunha para apartarse aquí da doutrina reiterada do Tribunal Constitucional, en canto permite o trato desigual orientado a acadar maiores cotas de igual-

dade real. Máxime se temos en conta que o mandato contido no artigo 9.2 expresamente postula a consecución da plena participación de todas as cidadás e cidadáns na vida política⁴⁶.

No sentido apuntado, tense advertido que a reserva nas listas electorais non violenta o contido esencial (barreira infranqueable do lexislador, ex artigo 53 CE) do dereito fundamental ao sufraxio pasivo, pois este non se traduce no dereito individual de calquera persoa a incorporar unha candidatura, na medida en que a decisión se atopa en último termo nos partidos e grupos que elaboran as listas, pechadas e bloqueadas⁴⁷.

O argumento entronca coa terceira das críticas recibidas pola paridade electoral imposta por lei: a lesión do dereito dos partidos políticos a presentar os candidatos que libremente desexen, con vulneración do dereito de asociación (artigo 22), de ideoloxía (artigo 16.1) e de liberdade no exercicio da súa actividade (artigo 6)⁴⁸. Resulta difícil imaxinar en qué pode afectar a paridade electoral á liberdade ideolóxica dun partido, salvo que nos refiramos a unha ideoloxía pouco digna de ser defendida. Xa no que se refire á liberdade de actividade, en relación co dereito fundamental de asociación, debe advertirse que a natureza asociativa dos partidos non exclúe a súa suxeición á Constitución e ao resto do ordenamento xurídico, derivada do artigo 9.1 da CE e expresamente sancionada polo artigo 2 da Lei orgánica do 22 de marzo de 2002, reguladora do dereito de asociación. As asociacións atopan nos dereitos fundamentais e, en particular, na igualdade básica dos cidadáns —que pode e debe ser a real—, un límite constitucional ao seu poder de autoorganización⁴⁹. Máxime cando se trata de asociacións como os partidos políticos, cuxa función esencial no establecemento dos órganos constitucionais os dota dunha indiscutible relevancia pública, que explica as súas características de estrutura interna e funcionamento (necesariamente democráticos) e de financiamento, principalmente público⁵⁰.

Cos argumentos expostos en xogo, o Tribunal Constitucional deberá pronunciarse proximamente sobre a constitucionalidade das cotas electorais instauradas pola LOI, en resposta ao recurso de inconstitucionalidade interposto polo Grupo Popular no Congreso. Entre tanto, debe chamarse a atención sobre a sentenza 127/2007, do 22 de maio, na que se denega o recurso de amparo electoral solicitado polo cabeza de lista da candidatura de Falanxe Española das Xuntas de Ofensiva Nacional Sindicalista (XONS) no concello de Brunete, integrada por dez mulleres e tres homes, e non proclamada pola Xunta Electoral de zona, por incumprir o requisito de composición equilibrada de sexos imposto pola artigo 44 bis da Lei orgánica de réxime electoral xeral. Aínda que o recurso se denega por resultar constatado que o partido incumpriu á mantenta as esixencias da norma citada, o Tribunal Constitucional apunta, *obiter dictum*, o valor do artigo 44 bis citado como «expresión dunha política de promoción da igualdade efectiva entre homes e mulleres en principio constitucionalmente admisible» e rexeita expresamente a petición do recorrente de formulación de cuestión interna de inconstitucionalidade da normativa aplicada, «posto que non nos asaltan, neste concreto procedemento e nos limitados termos nos que debemos enxuijala, dúbidas sobre a adecuación á norma suprema dos preceptos contidos no artigo 44 bis da Lei orgánica de réxime electoral xeral».

Notas

- 1 A doutrina contida nesta sentenza será aplicada reiteradamente polo TXCE, para proscribir calquera fórmula de discriminación indirecta, en particular, a derivada da negación ou diminución de dereitos aos traballadores a tempo parcial, maioritariamente do sexo feminino. Poden verse, entre outras, as sentenzas do 13 de decembro de 1989, sobre cálculo do subsidio por incapacidade laboral; do 7 de febreiro de 1991, sobre promoción a un nivel retributivo superior, con existencia do dobre do período de servizo aos traballadores a tempo parcial; do 7 de marzo de 1996, sobre diferenzas de compensación por cargo sindical; do 10 de febreiro de 2000, sobre exclusión dunha pensión de xubilación complementaria ou do 10 de marzo de 2005, sobre exclusión de diversas vantaxes sociais.
- 2 A doutrina da discriminación indirecta subxacente ás diferenzas salariais inxustificadas entre categorías profesionais, en prexuízo das exercidas maioritariamente por mulleres, reitérase nas SSTC 58/1994, do 28 de febreiro e 147/1995, do 16 de outubro. Así mesmo, en aplicación da noción de discriminación indirecta, o TC estimará discriminatoria a conduta empresarial consistente en esixir o título de FP-2 para realizar funcións que obxectivamente non o requiren, o que se traduciu no caso na contratación nun ano de 120 homes e ningunha muller (STC 41/1999, do 22 de marzo); anulará a resolución pola que se denega a excedencia voluntaria para o coidado dos fillos solicitada por unha funcionaria interina (STC 240/1999, do 20 de decembro); declarará a nulidade do artigo 12.4.2 do Estatuto dos traballadores, que establecía o cómputo exclusivo das horas traballadas para os efectos de determinar os períodos de cotización das prestacións da Seguridade Social, en prexuízo dos traballadores a tempo parcial, maioritariamente mulleres (STC 253/2004, do 22 de decembro), e anulará as resolucións xudiciais que, por idéntica razón e en aplicación da normativa entón vixente, denegan a procedencia da prestación por invalidez permanente (STC 49/2005, do 14 de marzo) ou da pensión de xubilación (STC 50/2005, do 14 de marzo).
- 3 Se ben inicialmente o TXCE relegou ao xuíz nacional a apreciación da xustificación obxectiva da medida (vid. a citada sentenza do 13 de maio de 1986, apartados 35 e 37), en sentenzas posteriores entrará a valorar de modo directo a súa concorrencia. Así, na sentenza do 14 de decembro de 1995 (Megner e Scheffel/ Innungskrankenkasse Vorderpfalz), o Tribunal estima xustificada (pese a súa negativa repercusión sobre as traballadoras femininas) a existencia de formación a tempo completo nun consultorio de medicina xeral para a obtención do título de médico xeral, entendendo que a medida se adecúa á finalidade perseguida de garantir unha correcta preparación para o exercicio da medicina xeral, ao permitir a adquisición da práctica necesaria no seguimento da evolución das patoloxías dos pacientes e de acumular máis experiencia nas distintas situacións que se poden presentar. Xa na sentenza do 3 de outubro de 2006 (asunto C-17/05, B. F. Cadman/ Health & Safety Executive), o Tribunal descarta incluso a necesidade de xustificar a idoneidade do criterio de antigüidade para fixar as retribucións, aínda que da súa aplicación poidan resultar disparidades retributivas entre homes e mulleres.
- 4 A responsabilidade penal procedente no caso de delito ou falta é a indemnización pecuniaria reparadora dos danos e perdas en todos os casos.
- 5 Vid. as disposicións adicionais 13 —que modifica a Lei de procedemento laboral, introducindo como contido da sentenza que pon fin aos procesos de tutela da liberdade sindical e demais dereitos fundamentais, a orde de cesamento inmediato da conduta antisindical ou discriminatoria, a reposición á situación anterior a producirse tal conduta e a reparación, incluso económica, das súas consecuencias, que se declara compatible coa indemnización que puidese corresponder ao traballador pola modificación ou extinción do contrato de traballo—, 14 —que reforma a Lei de infraccións e sancións na orde social, introducindo como falta grave o incumprimento da realización dos plans de igualdade e como moi grave a realización de condutas discriminatorias—, e 25 —que modifica o artigo 34 da Lei xeral para a defensa dos consumidores e usuarios, introducindo como infracción sancionable a conduta discriminatoria no acceso aos bens e ás prestacións de servizos.
- 6 Pese á previsión polo artigo 53.2 da Constitución dun «procedemento baseado nos principios de preferencia e sumariedade» exercitable ante a xurisdición ordinaria, o desenvolvemento legal do coñecido como «recurso xudicial» se ten realizado mediante a regulamentación de diversos procesos especiais, de acordo coa distinta natureza das relacións sociais en que pode xurdir o conflito que aqueles deben resolver. Neste senso, existen procesos específicos para a protección dos dereitos aludidos polo artigo 53.2 na orde contencioso-administrativa (artigos 114 a 122 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa) e social (artigos 175 a 182 do RDLex 2/1995, do 7 de abril, polo que se aproba o texto refundido da Lei de procedemento laboral), e especialidades procesuais na orde civil (artigo 249.1.2 da Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuzamento civil). Sobre a materia, pode verse a interesante obra de Carrasco, M. 2002. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*. Madrid.
- 7 A lei non introduce modificacións no artigo 17.2 da Lei de procedemento laboral, que reconece lexitimación aos sindicatos de traballadores para a defensa dos intereses económicos e sociais que lles son propios, o que inclúe calquera proceso en que estean en xogo os intereses colectivos ou supraindividuais dos traballadores, sinaladamente, o conflito colectivo (artigo 152 a), a impugnación de convenios colectivos (artigo 163.1) e o proceso de tutela da liberdade sindical e os dereitos fundamentais, cando a lesión acadada unha dimensión colectiva, e afecta grupos xenéricos de traballadores (vid., STS do 25 de xaneiro de 1999, RJ 1999, 897). Tampouco se ten modificado o artigo 20, que lexitima os sindicatos para actuar nun proceso en nome e interese dos traballadores afiliados a eles, en defensa dos seus dereitos individuais, nin o 175.2, que reconece a lexitimación do sindicato para intervir como coadxuvante nos procesos de tutela da liberdade sindical incoados polo traballador lesionado.
Por outra banda, a Lei xeral de publicidade regula no seu artigo 25 e disposición adicional única, a lexitimación para o exercicio da acción de cesación da publicidade ilícita pola utilización vexatoria ou discriminatoria da imaxe da muller, que outorga á Delegación Especial do Goberno contra a Violencia sobre a Muller, ao Instituto da muller e órganos autonómicos equivalentes, ás asociacións legalmente constituídas que teñan como obxecto a defensa da muller e aos titulares dun dereito ou interese lexítimo.
- 8 Debe observarse que a limitación apuntada non opera no ámbito do proceso laboral, onde a defensa polos sindicatos dos intereses colectivos dos traballadores, amparada no artigo 17.2 da LPL, abrangue tanto os intereses colectivos stricto sensu (isto é, dun grupo de traballadores determinado ou determinable) coma os difusos (en que o grupo de afectados resulta indeterminable).

- 9 A partir da STC 38/1981, do 23 de novembro, en que se cuestionaba un xuízo por despido que o recorrente consideraba discriminatorio e atentatorio contra a liberdade sindical, o Tribunal Constitucional inicia unha doutrina, seguida sen solución de continuidade, consonte á cal, en materia de relacións laborais, corresponde ao actor achegar indicios acreditativos da existencia de discriminación, pesando sobre o empresario a proba do carácter razoable e non-discriminatorio da medida ou do despido. A regra cristalizaría nos artigos 96 (sobre discriminación por razón de sexo) e 178.2 (sobre a tutela da liberdade sindical e demais dereitos fundamentais) da Lei de procedemento laboral aprobada por RD Lex. do 27 de abril de 1990, cuxa redacción se mantén nos artigos 96 e 179.2 da Lei de procedemento laboral vixente. A nivel comunitario, e precedida pola doutrina do Tribunal de Luxemburgo, a regra sancionárase na Directiva 97/80/CE do Consello, do 15 de decembro, relativa á carga da proba nos casos de discriminación por razón de sexo. O artigo 4.1 da directiva compeleu aos Estados membros a adoptar as medidas necesarias para que, cando a persoa que se considere prexudicada pola non aplicación do principio de igualdade presente feitos que permitan presumir a existencia de discriminación directa ou indirecta, corresponda á parte demandada probar que non houbo vulneración do principio de igualdade de trato. Non obstante, a norma comunitaria ten carácter de mínimos, e permite aos Estados membros adoptar un réxime probatorio máis favorable á parte demandante (artigo 4.2).
- 10 Baste sinalar que a lei non reforma os artigos 96 e 179.2 da Lei de procedemento laboral, que recollen a necesaria acreditación pola parte actora da existencia de indicios de discriminación.
- 11 Así, por exemplo, a coincidencia temporal entre o coñecemento polo empresario do estado de embarazo da traballadora e a extinción do contrato de traballo (vid., STC 17/2003, do 30 de xaneiro; STC 175/2005, do 4 de xullo) ou o cesamento no posto de traballo de libre designación (STC 98/2003, do 2 de xuño de 2003). Unha severa crítica á obstrución á xustiza representada polo rigor con que os tribunais aprecian a proba de indicios nos procesos por acoso sexual no traballo pode verse en Balaguer, M.ª L. 2005. *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. Madrid, pp. 221-227).
- 12 Debe observarse que a norma recolle os presupostos aos que o Tribunal Constitucional ven supeditando, con maior ou menor claridade, a lexitimidade das accións positivas. Na medida en que constitúen un tratamento normativo desigual, o Tribunal Constitucional as somete a un test de constitucionalidade, que permite establecer a fronteira entre a discriminación prohibida polo artigo 14 CE e a diferenciación admisible, obxectiva e razoable. En primeiro termo, a xustificación obxectiva da medida require a constatación da existencia de situacións de desigualdade fáctica, xuridicamente relevantes, que reclaman un tratamento diverso. En segundo termo, a razoabilidade da medida esixe a súa adecuación e proporcionalidade coa finalidade perseguida, a promoción da igualdade real e efectiva do individuo e dos grupos (artigo 9.2). No sentido apuntado poden verse, entre outras as SSTC 216/1991, do 14 de novembro (fundamento xurídico quinto); 28/1992, do 9 de marzo (fundamento xurídico terceiro); 229/1992, do 14 de decembro (fundamentos xurídicos segundo e terceiro), onde se defende a existencia dun «dereito desigual igualatorio». Na doutrina, vid. Montilla, J. A. 1997. «El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad», en *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, 1, Tecnos, pp. 437-463.
- 13 Á marxe da clasificación quedarían as medidas de concienciación, que pretenden crear un estado de opinión ou unha sensibilización cara ao problema (recollida e actualización de datos para coñecer o nivel de respecto á igualdade nos diferentes ámbitos; accións de sensibilización dirixidas aos axentes sociais ou ás persoas que definen nas empresas a política de persoal e recursos humanos...). Vid., García, J. 1999. «El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2, pp. 6-7, onde propón unha clasificación máis polo miúdo das accións afirmativas, entre as que distingue as medidas de concienciación, de facilitación e de retribución ou recompensa. Dentro das segundas, que pretenden a eliminación dunha desvantaxe, distinguírase aínda entre as medidas de incentiación, as medidas de discriminación inversa ou positiva (baremación específica para mulleres, cotas ou reserva de prazas) e as medidas de trato preferencial da muller, ante situacións de partida semellantes.
- 14 A definición está tomada de Giménez, D. 1999. *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Tirant lo Blanch, p. 76.
- 15 As medidas de acción positiva moderada contan xa cunha importante tradición en España. Normativamente, poden atoparse interesantes exemplos nas leis autonómicas de igualdade, anteriores á propia lei estatal. Así, cinguíndonos á Lei 7/2004, do 16 de xullo, galega para a igualdade de mulleres e homes, poden verse medidas coma as relatadas nos artigos 22 (sobre plan de emprego feminino), 23 (sobre o apoio institucional ás empresas con plans de igualdade, consistente no outorgamento de subvencións directas e a concesión dun distintivo de excelencia), 35 (sobre o control do impacto de xénero dos requisitos esixidos nas ofertas de emprego público), 36 (sobre composición paritaria dos tribunais examinadores), 37 e 45 (de promoción do exercicio dos dereitos de conciliación, mediante a valoración específica da utilización de licenzas e permisos vinculados á maternidade e paternidade, tanto nas probas de promoción interna coma no acceso preferente a cursos formativos organizados pola Administración pública galega) ou os artigos 41, 42, 43, 44, e 46 (sobre conciliación da vida laboral e familiar na Administración).
- 16 A doutrina exposta retómase nas SSTC 109/1993, do 25 de marzo e 187/1993, de 14 de xuño, que declaran a constitucionalidade do artigo 37.4 do Estatuto dos traballadores (na súa redacción anterior á Lei 39/1999), no que se limitaba ás nais traballadoras a redución da xornada por lactancia. Para o Tribunal, a xustificación de que o permiso cuestionado se outorgase á nai traballadora sen mencionar o pai atopa un fundamento obxectivo e razoable na peculiar incidencia que respecto da situación laboral daquela ten o feito da maternidade e a lactancia, revelada por datos estatísticos (tales como o número de mulleres que se ven obrigadas a deixar o traballo por esa circunstancia, a diferenza dos homes). A partir de tal premisa, o precepto cuestionado non vulnera o dereito do home á igualdade nas condicións de traballo respecto da muller, nin debe considerarse discriminatorio por razón de sexo (fundamento xurídico sexto da STC 109/1993). Pese ao contido do fallo, o propio Tribunal advirte do risco de que as medidas destinadas a remover obstáculos que impiden a igualdade real no traballo poidan supor a consolidación dunha división sexista de papeis nas responsabilidades familiares (fundamento xurídico quinto). Tanto o caso como a solución dada polo TC gardan gran similitude co resolto polo Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas, na sentenza do 19 de marzo de 2002 (asunto C-476/99, Lommers/ Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij), onde o Tribunal estima conforme á igualdade de trato o programa do ministerio holandés de agricultura que poñía a disposición do persoal feminino un número determinado de prazas para gardería, na medida en que tende, de forma razoable e proporcional, a mellorar a competitividade das mulleres no mercado de traballo.

- 17 Vid. a STC 103/1983, do 22 de novembro, que declara a nulidade do entón artigo 160.2 da Lei xeral da Seguridade Social. Para o Tribunal, as esixencias adicionais do dereito de pensión dos viúvos constitúen unha discriminación por razón de sexo, con vulneración do artigo 14 CE, pois supoñen dar un trato diferente a situacións iguais, entre as que non existe máis factor diferencial que o sexo da persoa. Como sinala no fundamento xurídico quinto, «deben considerarse iguais os supostos de feito cando a introdución nun deles dun elemento ou factor que permita diferencialo doutro deba considerarse falta dun fundamento racional e —sexa por riba arbitraria— por non ser tal factor diferencial necesario para a protección dos bens e dereitos buscada polo lexislador. Desta sorte, dúas situacións consideradas como supostos de feito normativos son iguais se o elemento diferenciador debe considerarse carente da suficiente relevancia e fundamento racional».
- 18 Na STC 81/1982, do 12 de decembro, o Tribunal sostén a nulidade do artigo 50.2 da ordenanza reguladora do traballo dos axudantes técnicos sanitarios da Seguridade Social, que valora como extraordinarias as horas traballadas o domingo polo persoal feminino, mentres se computan na cota das 42 horas semanais ao persoal masculino. En sentido análogo, a STC 28/1992, do 9 de marzo, anula a norma do convenio colectivo da CTNE, que outorgaba ás mulleres un plus de perigosidade para o transporte nocturno, estimando que se trata dunha medida protectora do traballo feminino que pode supor un obstáculo para o acceso ao traballo en condicións de igualdade cos homes. A norma parte dunha noción diferenciadora da muller constitucionalmente ilexítima, ao supoñela suxeita a uns riscos que nunca ameazan o home (fundamento xurídico terceiro).
- 19 Pode verse a interesante STC 216/1991, do 14 de novembro, onde se estima o dereito negado polo Ministerio de Defensa a unha muller para realizar as probas de acceso á carreira militar. Tras recoñecer que non todo trato diferenciador resulta, desde a perspectiva do artigo 14 CE, discriminatorio, o Tribunal esixe o seu establecemento «consonte a criterios fundados e razoables, de acordo con xuízos de valor xeralmente admitidos», entre os que non se atopan as diferenzas de orde fisiolóxica e de permanente dispoñibilidade para o servizo das mulleres, nin as especialidades das actividades operativas e de combate, nin a necesidade de adaptación previa da infraestrutura dos exércitos, invocados polo avogado do Estado. A idea da exclusión da presunta inferioridade feminina como causa de diferenciador volve aparecer na STC 229/1992, sobre a prohibición do traballo feminino nas minas: «O mandato de non-discriminación por sexo do artigo 14 CE, consiguiente co principio de igualdade de dereito entre homes e mulleres, esixe desde logo eliminar aquelas normas xurídicas que (coa salvedade do embarazo e a maternidade) aínda que historicamente responderan a unha finalidade de protección da muller como suxeito fisioloxicamente máis débil, supoñen refrendar ou reforzar unha división sexista de traballos e funcións mediante a imposición ás mulleres de límites aparentemente vantaxosos pero que lle supoñen unha traba para o seu acceso ao mercado de traballo» (fundamento xurídico cuarto).
- 20 Recoñecéndose, con este fin, o dereito a un permiso e unha prestación por paternidade, nos termos previstos na normativa laboral e da Seguridade Social (artigo 44 e disposición adicional 11).
- 21 A elaboración e aplicación dos plans de igualdade será obrigatoria nas empresas con máis de 250 traballadores, cando así se estableza no convenio colectivo e cando así o imponha a autoridade laboral nun procedemento sancionador seguido contra a empresa (artigo 45). Nos demais supostos, prevease a adopción polo Goberno de medidas de fomento para a adopción dos plans, incluído o apoio técnico necesario (artigo 49).
- 22 Como criterios de concesión do distintivo establécense: a presenza equilibrada de mulleres e homes nos órganos de dirección e nos distintos grupos e categorías, a adopción de plans de igualdade e outras medidas innovadoras de fomento da igualdade, así como a publicidade non-sexista dos seus produtos.
- 23 Unha severa crítica á denominación pode verse en Barrère, M. A. 2003. «La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión», Jornadas sobre Políticas Locales para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, Vitoria, 11 a 13 de decembro de 2002, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 9.
- 24 Especialmente recesoso da súa constitucionalidade se mostra Rey, F. 2000. «El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», *La Ley*, pp. 1719-1733, esp. 1723 a 1726. De forma matizada, D. Giménez Gluck defende a constitucionalidade do que denomina «discriminación inversa racionalizada», lexitimada pola finalidade constitucionalmente desexable de redistribuír os bens socialmente cobizados en favor de grupos actualmente minusvalorados e pola proporcionalidade da acción, que esixe que a diferenza entre o suxeito seleccionado e o excluído sexa mínima, e que os obxectivos porcentuais reflectan a auténtica capacidade dos colectivos afectados de acadar os bens en disputa de non mediar a discriminación que se pretende compensar (op. cit., pp. 153 a 205, 213 e 214). En sentido análogo, e postulando o cálculo da cota ou do obxectivo numérico en función da proporción de mulleres, non no conxunto da poboación, senón entre as persoas que reúnen a cualificación esixida no ámbito de que se trate, vid., Martín, M.ª A. 2002. *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, pp. 109-189, onde a autora fai unha interesante análise das críticas de corte política e dos límites xurídicos das medidas analizadas. Abertamente a favor da discriminación positiva mostrárase Fernández, F. 1996. «El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento constitucional español», *Dereito*, 1 (5), pp. 85-129; M.º L. Balaguer, *Mujer y Constitución...* op. cit., pp. 128 a 138 e 255; J. Sevilla Merino, «Paridad y Constitución», en *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Congreso internacional celebrado en Madrid, os días 4 e 5 de abril de 2005, pp. 19 a 32. En relación á constitucionalidade das medidas que imponen a presenza equilibrada de ambos os sexos nos postos e órganos de toma de decisión, pode verse o *Informe sobre o anteproxecto de lei de igualdade entre mulleres e homes*, aprobado polo Consello Xeral do Poder Xudicial o 26 de abril de 2006, pp. 41 a 47.
- 25 Podería contestarse que a cota, lonxe de procurar a igualdade de oportunidades, impón de maneira directa un resultado: a atribución á muller beneficiada dun posto na estrutura de poder. Pero non debe esquecerse a sutileza das fronteiras entre igualdade de oportunidades e de resultados, e a necesidade, en moitos casos, de que tal resultado individual se imponha como medio para avanzar na consolidación da igualdade de oportunidades para o conxunto do colectivo discriminado. Así, e tomando como exemplo a cota electoral feminina, a participación da muller na vida política non constitúe un fin en si mesmo, senón un medio para acadar maiores cotas de igualdade real en todos os ámbitos da vida social (vid., neste sentido, D. Giménez Gluck, op. cit., pp. 46 e 47; M.ª A. Martín Vida, op. cit., pp. 217 e 218).
- 26 Como sinala M. A. Martín Vida, o desprazamento do home individual carece de tintes discriminatorios, por non constituír ataque ningún á súa dignidade como ser humano, e perseguir unha finalidade constitucionalmente lexítima: a protección do dereito fundamental

- das mulleres a non ser discriminadas por razón de sexo, e o logro dun obxectivo de igualdade beneficioso para o conxunto da sociedade (vid., op. cit., pp. 162 e 163).
- 27 A técnica da reserva porcentual de prazas en ofertas de emprego soamente foi (e segue sendo) utilizada polas diferentes Administracións públicas en favor de diminuídos físicos, sensoriais e psíquicos. Reserva que o Tribunal Constitucional ten declarado conforme á Constitución na sentenza 269/1994, do 3 de outubro.
- 28 Lei 6/2002, do 21 de xuño, de modificación da Lei electoral da Comunidade Autónoma das Illas Baleares; Lei 11/2002, do 27 de xuño, de modificación da Lei electoral de Castela-A Mancha. Recorridas ambas por inconstitucionalidade polo Goberno de José María Aznar, os recursos foron retirados con posterioridade polo Goberno de José Luis Rodríguez Zapatero.
- 29 Segundo o artigo 24 d), corresponde ás Administracións educativas promover a presenza equilibrada de mulleres e homes nos órganos de control e de goberno dos centros docentes. Nos termos do artigo 26, as autoridades de xestión cultural deberán respectar e garantir a representación equilibrada nos órganos consultivos, científicos e de decisión no ámbito artístico e cultural. Xa no artigo 27.d), prevese a presenza equilibrada nos postos directivos e de responsabilidade do conxunto do Sistema Nacional de Saúde.
- 30 Unha crítica ao reduccionismo co que o Tribunal de Xustiza das Comunidades vén interpretando o alcance das accións positivas pode verse en Lirola, I. e Rodríguez, I. 2002. «La integración de la perspectiva de género en la Unión Europea», *Anuario de Derecho Europeo*, 2, pp. 268-273.
- 31 A propia Comisión europea elaborará de forma inmediata unha comunicación, dirixida ao Parlamento e ao Consello, sobre a correcta interpretación da sentenza, consonte a cal o Tribunal exclúe unicamente a que a Comisión denomina «*cota rixida*», que establece unha prioridade inmediata, absoluta e incondicional da muller, con quebra do principio de proporcionalidade (vid., *Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo e ao Consello sobre a interpretación da sentenza do Tribunal de Xustiza de 17 de outubro de 1995 no asunto C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, COM/96/0088 final. 27/03/1996).
- 32 Trátase dunha interesantísima sentenza, onde o Tribunal se pronuncia, ademais, sobre a compatibilidade co dereito comunitario da fixación de obxectivos numéricos nos plans de promoción da muller, da reserva de prazas ás mulleres nos cursos de formación, da preferencia no acceso a entrevistas de selección e da designación equilibrada de mulleres en órganos de representación, xestión e control.
- 33 A sentenza Badeck dá un paso máis respecto da doutrina sentada na sentenza Marschall, como se desprende do carácter taxado que no caso presentan as causas «*de rango xurídico superior*» que xustifican que se descarte a regra da promoción da muller, e que se traducen na preferencia de antigos membros do persoal da Administración que teñan cesado ou desenvolto actividades a tempo parcial por razóns de traballo familiar, de antigos militares de emprego, de persoas con minusvalía grave ou de desempregados de longa duración.
- 34 Na liña establecida pola xurisprudencia precedente, o Tribunal declarará na sentenza do 6 de xullo de 2000 (asunto C-407/98, Abrahamsson e Anderson/Fogelqvist) a incompatibilidade co dereito comunitario da normativa sueca controvertida no litixio principal, segundo a cal un candidato a un emprego na Función pública pertencente ao sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para este emprego, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato do sexo oposto que, en caso contrario, sería designado, cando a diferenza entre os respectivos méritos dos candidatos non sexa tan considerable como para vulnerar a esixencia de obxectividade na provisión de postos. Para o tribunal, a falta de determinación precisa do alcance deste último requisito evidencia que a selección dun candidato, entre aqueles que teñan a capacitación suficiente, se basea no mero feito da pertenza ao sexo infrarrepresentado, sen valorar as situacións particulares de orde persoal de todos os candidatos. Un método de selección que non pode estar lexitimado polo artigo 2, apartado cuarto da directiva.
- 35 Segundo o artigo 190 da Lei de sociedades anónimas, poderán formular conta de perdas e ganancias abreviada as sociedades que durante dous exercicios consecutivos reúnan, á data de peche de cada un deles, cando menos dúas das circunstancias seguintes: que o total das partidas do activo non supere os mil cincocentos oitenta millóns de pesetas; que o importe neto da cifra anual de negocios non supere os tres mil cento sesenta millóns de pesetas; que o número medio de traballadores empregados non sexa superior a douscentos cincuenta.
- 36 A conclusión queda reforzada coa lectura da «Exposición de motivos IV» da LOI, onde se apunta que, no marco da responsabilidade social corporativa, «incluíuse o fomento da presenza equilibrada de mulleres e homes nos consellos de administración das sociedades mercantís...». A voluntariedade das accións de responsabilidade social das empresas, incluída a analizada, é patente na Lei 2/2007, do 8 de marzo, do traballo en igualdade das mulleres de Galicia, artigos 13 a 15.
- 37 Vid., D. Giménez Gluck, op. cit., pp. 143 a 145. A compatibilidade co dereito comunitario das medidas que imponen obrigas «de principio» para que os empresarios contraten e promovan preferentemente ás persoas do sexo infrarrepresentado é defendida na xa citada Comunicación da Comisión ao Parlamento europeo e ao Consello sobre a interpretación da sentenza Kalanke. Non obstante, pode verse a decisión do Consello Constitucional francés núm. 2006-533 DC, do 16 de marzo de 2006, que declara inconstitucionais, por contravención do principio de igualdade ante a lei, diversos artigos da Lei relativa á igualdade salarial entre mulleres e homes, que imponían unha representación equilibrada entre sexos nos consellos de administración e vixilancia das sociedades privadas e empresas do sector público.
- 38 Vid., M. A. Martín Vida, op. cit., pp. 178 e 179.
- 39 Transitoriamente, e ata o 1 de xaneiro de 2011, o previsto no artigo 44 bis só será aplicable aos municipios cun número de residentes superior a 5000 habitantes.
- 40 Tales argumentos poden verse en Rey, F. 1999. «Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución», *Aequilitas*, 1, pp. 52-59.
- 41 O argumento da indivisibilidade da soberanía nacional, que ningún sector se pode arrogar, foi utilizado polo Consello Constitucional francés para declarar, o 18 de novembro de 1982, a inconstitucionalidade do primeiro dos proxectos de lei que intentaron regular a paridade electoral en Francia, previndo unha presenza mínima dun 25% de persoas de cada sexo nas eleccións municipais en concellos de máis de 3500 habitantes. A posición do Consello determinará a promulgación da Lei constitucional núm. 99-569, do 8 de xullo de 1999, pola que se dá nova redacción aos artigos 3 e 4 da Constitución. Segundo o novo parágrafo cuarto do artigo 3, «A lei favorecerá a igualdade entre mulleres e homes para acceder aos mandatos electorais e cargos electivos», previsión que se completa co novo parágrafo segundo do artigo 4, segundo o cal, «Estas entidades (partidos e agrupacións políticas) contribuirán á aplicación do principio enunciado

no último apartado do artigo 3, de acordo co disposto pola lei». Tras a reforma constitucional, o 6 de xuño do 2000 apróbase a Lei tendente a favorecer o igual acceso de mulleres e homes aos mandatos electorais e ás funcións electivas, que introduce a paridade electoral nas eleccións rexionais, municipais (en municipios de máis de 3500 habitantes), senatoriais e europeas, e impón sancións de tipo económico aos partidos ou agrupacións que non respecten a paridade na designación de candidatos ás eleccións lexislativas.

42 Vid., Ruiz, A. 1999. «Paridad electoral y cuotas femeninas», *Aequalitas*, 1, pp. 45-51; J. Sevilla Merino, loc. cit., pp. 14 a 17; M. A. Martín Vida, op. cit., pp. 219 e 220.

43 Sobre o valor das cotas femininas no incremento do compoñente simbólico da representación política, vid., M. A. Martín Vida, op. cit., pp. 220 e 221.

44 Vid., F. Rey Martínez, loc. cit., p. 56. Soe citarse, en apoio deste argumento, a sentenza da Corte Constitucional italiana do 6 de setembro de 1995, que declarou inconstitucionais as leis electorais de 1993 que introduciron a cota feminina en Italia, por contravención dos artigos 3 («Todos os cidadáns teñen a mesma dignidade social e son iguais ante a lei, sen distinción de sexo, raza, lingua, relixión, opinións políticas nin circunstancias persoais e sociais») e 51 da Constitución que, na redacción entón vixente, sancionaba o dereito de todos os cidadáns *dun e doutro sexo* a acceder a funcións públicas e cargos electivos en condicións de igualdade, conforme aos requisitos establecidos na lei. Para a Corte, a igualdade sancionada no artigo 51 non podía ter outro significado que a irrelevancia xurídica do sexo aos fins considerados, resultando obxectivamente discriminatoria calquera diferenciación por razón de sexo imposta legalmente no exercicio dos dereitos recoñecidos. Hoxe, a compatibilidade entre o acceso a cargos representativos en condicións de igualdade e as cotas electorais atopa expreso apoio constitucional no propio artigo 51, reformado por Lei do 23 de febreiro de 2003, que introduce un inciso final no seu parágrafo primeiro, consonte ao cal «A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini». Sobre a reforma constitucional italiana, pode verse A. M. Guadagnini, «Riforme costituzionali e rappresentanza delle donne in Italia», en *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía...* cit.

45 Na interpretación do artigo 23.2 CE, o Tribunal Constitucional ten defendido a natureza do dereito a acceder a cargos públicos como un «dereito de configuración legal», que confire unha ampla liberdade ao lexislador para regular o seu exercicio. En palabras do Tribunal «O significativo, en todo caso, desde a perspectiva do art. 23.2 CE, posto en relación co art. 14, é que aquelas condicións legais se apliquen a todos os candidatos por igual, sen que conste a existencia de obstáculo para que todos eles concorran nunhas mesmas eleccións e nuns mesmos distritos ou circunscripcións nas mesmas condicións legais e sen que conste, tampouco, a existencia de diferenzas inxustificadas ou irrazoables na aplicación desas condicións legais» (STC 185/1999, de 11 de outubro, fundamento xurídico cuarto).

46 Na xa citada sentenza do 6 de setembro de 1995, a Corte constitucional italiana nega que a normativa electoral impugnada atope a súa lexitimidade no artigo 3.2 da Constitución («Constitúe unha obriga da República suprimir os obstáculos de orde económica e social que, limitando de feito a liberdade e a igualdade dos cidadáns, impiden o pleno desenvolvemento da persoa humana e a participación efectiva de todos os traballadores na *organización* política, económica e social do país»), pois non constitúe unha acción positiva encamiñada a remover a desigualdade material entre individuos como presuposto do pleno exercicio dos dereitos fundamentais, senón que entra no contido mesmo do dereito de elegibilidade, diminuíndoo para uns cidadáns en favor doutros, e creando discriminacións actuais como remedio ás discriminacións pasadas. Debe advertirse da diferente redacción dos artigos 3.2 da Constitución italiana e 9.2 da Constitución española que, pese a estar inspirado naquel, non limita o mandato dirixido aos poderes públicos á remoción de obstáculos, senón que o estende á promoción das condicións para que a igualdade do individuo e dos grupos en que se integra sexa real e efectiva. Neste sentido, vid., J. Sevilla Merino, «Género y Constitución española», en *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía...* cit., pp. 32 e 33.

47 Vid., A. Ruiz Miguel, «Paridad electoral y cuotas femeninas», loc. cit., p. 49. Como sinala o autor, a propia existencia de que as candidaturas sexan presentadas por partidos, coalicións ou agrupacións de electores evidencia que non existe unha facultade de inmediato e ilimitado exercicio individual do dereito de sufraxio pasivo, na medida en que se establece unha distinción entre cidadáns adeptos a partidos ou agrupacións políticas e os non adeptos, favorecendo unicamente a posibilidade de participación dos primeiros (*ibidem*). Na mesma liña, M. L. Balaguer Callejón pon de relevo as limitacións ao dereito fundamental de sufraxio pasivo establecidas no artigo 6 da Lei orgánica de réxime electoral xeral, que exclúe de modo razoable o dereito de determinadas persoas de concorrer a un posto político electo (vid., 2000. «Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico-constitucional español», *Artigo 14. Una Perspectiva de Género*, 4, pp. 3 a 5).

48 Vid., F. Rey Martínez, loc. cit., p. 57.

49 No Auto 254/2001, do 20 de setembro, polo que se rexeita o recurso de amparo interposto pola Comunidade de Pescadores do Palmar contra a sentenza do Tribunal Supremo que lle impuxo a admisión de cinco novas socias (non-admitidas pola Comunidade por razón do seu sexo), o Tribunal Constitucional afirma que «o dereito a asociarse implica sen dúbida a potestade autoorganizatoria das asociacións privadas, libre en principio de inerencia do poder público, pero debendo precisarse que o exercicio de tal potestade non pode supoñer en ningún caso a lesión de dereitos fundamentais de terceiros».

50 Por outra banda, e tal e como se ten posto de relevo, a liberdade dos partidos na confección de listas electorais non é absoluta, como o demostra o feito de que se impida incluír os condenados a inhabilitación para o sufraxio pasivo. Neste contexto, as cotas impostas legalmente constitúen unha limitación lexítima desta liberdade, orientada a satisfacer o valor constitucional da igualdade, ao que os partidos políticos están suxeitos (vid. Ruiz Miguel, loc. cit., p. 49; M^a. A. Martín Vida, op. cit., pp. 218 e 219).

BIBLIOGRAFÍA

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