

EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS CUOTAS ELECTORALES (*)

FERNANDO REY MARTÍNEZ

El libro en examen aborda una de las cuestiones constitucionales que mayor interés han suscitado en los últimos años, y no sólo en España, sino en todo el mundo, el de la participación política de las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres y, más concretamente, el de las regulaciones constitucionales o legales que establecen porcentajes máximos de representación en función del género. Ignacio Álvarez se plantea la cuestión central: la compatibilidad de este tipo de medidas, en el contexto de la denominada democracia «paritaria» o, entre nosotros, «equilibrada» (puesto que el porcentaje de representación por género no alcanza obligatoriamente el 50 por 100, sino el 40 por 100), con los principios tradicionales de la democracia representativa. El trabajo ofrece una reflexión bien documentada, interesante y equilibrada sobre el particular, que, en su momento, cuando fue presentada como Tesis doctoral en la Universidad Complutense de Madrid, mereció la máxima calificación.

En el Prólogo, Ignacio Torres Muro y Francisco Javier Matia Portilla, directores de la Tesis, observan que el modelo constitucional de representación política se halla en crisis por diversas razones, entre otras, debido a las medidas que promueven la presencia de las mujeres en los parlamentos, «una tendencia política que no puede ser desconocida» (pág. 21). A su juicio, «es preciso asegurar, en este momento de la historia, una mínima presencia femenina en la Cámara» (pág. 21), aunque ello plantea el problema de la pendiente resbaladiza (la estratificación del cuerpo electoral para otros colectivos sociales: discapaci-

(*) A propósito de Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada versus Democracia representativa*, Congreso de los Diputados, 2012, 248 pp.

tados, minorías raciales, etc.) y, sobre todo, de la compatibilidad con el modelo constitucional de representación. Por eso, para evitar dudas, Ignacio Torres y Javier Matia, como reclamará también en el libro Ignacio Álvarez (en su breve —de tan sólo dos páginas— pero contundente capítulo final de conclusiones), se inclinan por incluir directamente en el texto constitucional la opción por la democracia representativa.

En el primer capítulo, Ignacio Álvarez comienza recordando los llamativos datos estadísticos que demuestran una y otra vez la Infra-representación política femenina en los parlamentos estatal y autonómicos, en la afiliación partidista, así como en sus órganos directivos. A partir de ahí, una vez identificado el problema, comienza abordando qué son las «acciones positivas» porque esta categoría le servirá posteriormente para incluir en ella las medidas de fomento de la representación femenina. Como es sabido, el concepto de acción positiva dista de ser claro en sede doctrinal. Empieza nuestro autor distinguiendo entre la igualdad formal (art. 14 CE) o igualdad en la creación y aplicación de la ley, cuya principal característica sería «la consideración estrictamente paritaria de las personas, sin distinciones ni privilegios» (pág. 36), y la igualdad material (art. 9.2 CE), propia del Estado social, cuya medida de expresión característica serían, precisamente, las acciones positivas. La igualdad formal y la material serían «facetas complementarias de un todo común» (pág. 37). Yo no comparto esta visión porque la igualdad formal no significa identidad de trato, sino razonabilidad de la diferencia jurídica de trato, de modo que la igualdad material es una variedad de la igualdad formal, que operaría como categoría general. Concretamente, la igualdad material implica que las diferencias jurídicas de trato que favorezcan a un colectivo en desventaja fáctica son constitucionalmente razonables. En cualquier caso, aunque no existiera el artículo 9.2 CE, la igualdad material (o exigencia de acciones positivas) se deduciría de la dimensión objetiva o principal de la denominada «igualdad formal» (art. 14 CE). Porque así como todas las igualdades son, en definitiva, «formales», puesto que son simples enunciados normativos sin capacidad de transformar por sí mismos la realidad, la igualdad del artículo 14 CE es también la igualdad del Estado social. Contraponer igualdad formal e igualdad material responde a un esquema decimonónico. Ignacio Álvarez, al menos, no contrapone ambas facetas de la igualdad, y esto, que no suele hacerse, es un acierto teórico indudable, en mi opinión.

En su análisis de las acciones positivas, el autor recorre su surgimiento histórico, en los Estados Unidos (en relación con la discriminación racial), la abundante legislación internacional aplicable, el Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A partir

de este marco sucinto, recuerda el vivo debate doctrinal de nuestra literatura (Alfonso Ruiz-Miguel, Raquel Osborne, M.^a Ángeles Barrere, Elviro Aranda o yo mismo), trae a colación la normativa interna de referencia, sobre todo el artículo 11.1 de la Ley orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres de 2007, que define a las acciones positivas («... medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres... tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso»), pero también los Estatutos de Autonomía (Cataluña, Andalucía, Castilla y León), leyes autonómicas y planes de igualdad de oportunidades y, por último, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. Ignacio Álvarez identifica, pues, los elementos normativos, judiciales y doctrinales imprescindibles para alcanzar un concepto riguroso de acción positiva.

Él mismo, tras el análisis descrito, propone un concepto de acción positiva (pág. 63), como aquella medida o plan público que busca «la igualdad de hecho entre grupos y colectivos con rasgos hasta cierto punto inmutables y a su vez definitivos de su posición, eliminando las barreras y los obstáculos que pudieran existir a tal fin». Las tres notas básicas del concepto serían:

1.º Se trata de medidas temporales que «diferencian para igualar», operando conforme a factores transparentes e inmutables (o cuando menos, de costoso cambio).

2.º Gozan de universalidad y transversalidad.

3.º La adopción de este tipo de medidas no es ilimitada: la razonabilidad y la proporcionalidad operan como criterios jurídicos a la hora de evaluar su legitimidad.

Desde este enfoque, el autor pasa a distinguir las acciones positivas de las discriminaciones positivas, otra cuestión batallona donde las haya. A su juicio, que intenta superar esta polémica, una cosa son las medidas de igualación en general (disposiciones y planes que tuvieran como objeto acercar de forma genérica bienes y servicios a personas o colectivos en cumplimiento de los mandatos, derechos y preceptos constitucionales —por ejemplo, una política tributaria progresiva: art. 31 CE), y otra muy distinta las medidas de igualación específicas entre las que estarían las acciones positivas en relación con individuos y grupos tradicionalmente discriminados («aquí ya se trata de la concesión de ciertos bienes o derechos a favor de unos y, a su vez, en detrimento de otros, siempre y cuando cumplieran los requisitos establecidos jurídicamente a estos efectos»).

Hay que reconocer el esfuerzo y la valentía del autor por ofrecer un marco conceptual propio en relación con cuestiones teóricas de suyo brumosas. Se podrá compartir o no sus tesis, pero el libro tiene tesis originales, pensadas y bien argumentadas, lo cual no siempre se puede predicar de todo lo que se publica.

Yo no comparto su marco conceptual, pero, por supuesto, esto es lo de menos. Me parece que Ignacio Álvarez se inspira demasiado en la noción cautelosa de acción positiva del ordenamiento de la Unión Europea (especialmente, de la construcción judicial, más tarde consagrada en todas las Directivas): medidas temporales, razonables y proporcionales. A mi juicio, el ordenamiento europeo confunde las acciones positivas, que no plantean problema jurídico alguno (sí de otro tipo, como el de su eficacia práctica o su coste económico, por ejemplo) con las discriminaciones positivas, que sí presentan el problema de la discriminación de trato a algún miembro del grupo mayoritario y, por tanto, que deben ser de interpretación estricta. De hecho, este modelo europeo procede del pie forzado de la Sentencia Kalanke (1995), un caso de discriminación positiva, no de acción positiva. En mi opinión, las medidas de acción positiva a favor de la igualdad entre mujeres y hombres son la dimensión objetiva del derecho fundamental a no sufrir discriminación por género. Y si esto es así, no son un límite de un derecho fundamental que deba, por ello, ser temporal y proporcionado, sino, por el contrario, la manifestación de un derecho fundamental, que no debe contemplarse con cautela, sino con simpatía. Por otro lado, se suele mezclar razonabilidad y proporcionalidad, pero, como es notorio, no son lo mismo y habría que elegir entre ellas. Pero, como digo, creo que no son necesarias ninguna de las dos para justificar la validez de las acciones positivas.

Desde ese punto de vista, la diferencia entre acciones y discriminaciones positivas es crucial. La distinción de Ignacio Álvarez no me parece útil porque, en definitiva, las acciones positivas no conceden un beneficio específico a nadie, sino que establecen un equilibrio para compensar su desventaja fáctica, y, además, todas las medidas de igualación general suponen optar por destinar fondos y recursos a unos y no a otros, porque gobernar es elegir en qué y en quién se gasta. Mujeres, grupos étnicos, etc., no son los únicos grupos en desventaja. La igualdad es siempre un juicio de distribución de bienes escasos.

En cualquier caso, la cuestión de aclarar qué cosa sea la acción positiva no es el objetivo directo del libro, sino un asunto instrumental. El argumento de Ignacio Álvarez es que las medidas de fomento de la representación femenina son una variedad de la especie «acciones positivas» y esto es algo con lo que concuerdo (con la reserva de que quizá algunas de ellas sean, en realidad, discriminaciones positivas).

En el capítulo tercero, el autor pasa a examinar el significado de la democracia paritaria porque ésta es la verdadera finalidad de las medidas de fomento de la representación femenina (que, como ha sido sostenido hasta el momento, son acciones positivas). El origen, como es fama, estaría en la Declaración de Atenas de 1992 (primer cumbre europea «Mujeres al Poder» promovida por la Comisión de las Comunidades Europeas), aunque ya el artículo 7 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres (1981) instaba a los Estados a adoptar aquellas medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país. El significativo punto 13 de la Declaración de Beijing (1995) se refiere al empoderamiento de las mujeres. A partir de aquí son numerosos los documentos de derecho internacional (Ignacio Álvarez analiza sobre todo las recomendaciones del Consejo de Europa y de la Unión Europea) que se refieren al concepto o que lo abonan. La idea de democracia paritaria apunta a una distribución equitativa del poder político entre los dos sexos. El autor recuerda los fundamentos teóricos del concepto, que transita por la idea del contrato social como contrato sexual (Carole Pateman), la convergencia en este punto entre el feminismo de la igualdad y el de la diferencia (la democracia paritaria satisface al mismo tiempo ambas corrientes), y la mejora del circuito representativo porque de este modo se refleja como un espejo la realidad social y se fomenta una mayor participación política. El texto examina en este capítulo, por último, los diferentes tipos de acciones positivas para fomentar la representación política femenina (J. Krook, J. Sevilla, etc.).

En el capítulo cuarto, Ignacio Álvarez aplica los conceptos generales tratados hasta el momento al caso español, sobre todo a la regla del 60/40 por 100 de la disposición adicional primera de la Ley de igualdad efectiva (también analiza el derecho autonómico). Una regla bidireccional y neutra. El texto examina el rendimiento de la medida, concluyendo que no ha conseguido del todo su objetivo. De esperanzas enfriadas habla su autor (pág. 130). En este capítulo también se ofrece un análisis a fondo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional aplicable (sobre todo, sentencias 12/2008 y 13/2009), así como de sus respectivos comentarios doctrinales (P. Biglino, A. Figueruelo, J. F. Lousada, M. L. Martínez Alarcón, P. Franco, etc.).

Pero es en el capítulo quinto y último antes de las conclusiones donde el autor enfrenta la cuestión principal del libro, esto es, la compatibilidad de la regla del 60/40 por 100 con el modelo constitucional español de representación política. Concretamente, identifica tres «puntos de fricción» (pág. 167):

1.º El Parlamento y la representación corporativa. Es el conjunto del pueblo el que figura representado en el Parlamento, no ciertos sectores, ni grupos,

sino todos los individuos que deben elegir a sus representantes. La Constitución prohíbe, en este sentido, el mandato imperativo (art. 67.2 CE). Ciertamente, algunos autores sí son partidarios de una representación asegurada de las mujeres por justicia, relevancia simbólica, defensa de los intereses de grupo y transformación de la agenda política. Ana Rubio, por ejemplo, reclama una «representación sexuada». Precisamente es la defensa de intereses de grupo la que encuentra Ignacio Álvarez más problemática con la prohibición de mandato imperativo. Llega a afirmar que los diputados nunca defienden intereses sectoriales, sino generales o de partido. Esto me parece una visión muy poco realista de cómo funciona el Parlamento. Por supuesto que los diputados defienden intereses sectoriales (los del propio partido lo son por definición); el interés general no es una premisa que los representantes deban descubrir, sino una conclusión que deben construir. Por otro lado, ojalá que las mujeres representantes se unieran más veces entre ellas para defender, por encima de los intereses de sus partidos respectivos, los intereses de las mujeres (tal y como las interpretan ellas).

2.º El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE). La regla del 60/40 por 100 podría imponer un límite injustificado al derecho de sufragio pasivo.

3.º La restricción de las libertades de asociación, libertad ideológica y de expresión de los partidos políticos. Éste es un argumento más potente, que yo mismo compartí en otro momento, aunque no ya ahora, y no tanto porque la Sentencia del Tribunal Constitucional lo desestimara (sigo pensando que lo hizo de una manera muy superficial), sino porque la presencia de las mujeres en las instituciones representativas en un porcentaje similar al de su presencia estadística en la población en general es también un objetivo constitucional, de modo que hay que equilibrar ambas normas. El mandato del artículo 6 CE de que la organización y funcionamiento de los partidos política sea democrático abonaría esta línea de argumentación.

En definitiva, el texto que estamos comentando es un excelente texto de Derecho constitucional en el que el lector podrá encontrar resumido de manera harto inteligente el estado de la cuestión normativa, judicial y doctrinal de la materia y, lo que es más interesante, un buen conjunto de opiniones y un intento encomiable de construcción doctrinal. A ello hay que añadir que el libro está magníficamente escrito, lo cual es una cortesía adicional de su autor, del que cabe esperar una carrera investigadora brillante.