

ACCIONES POSITIVAS. PUNTO Y APARTE

0. Acciones positivas. Crisis de una estrategia

En un estimable documento recientemente aprobado por la Comisión de Trabajo del Senado se lee: «Los principios en los que se inspira la ley nº 125 son desde luego válidos en Italia, pero también en los demás países comunitarios, de modo que si la dejáramos de lado acabaríamos encontrándonos en una situación de sustancial retraso respecto de las tendencias comunitarias y las iniciativas de los otros países»¹.

Hay una involuntaria ironía en esta frase. La acción combinada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y del Tribunal Constitucional italiano; el eco de la marcha atrás emprendida por el Tribunal Supremo de Estados Unidos; el enfoque prudente y las múltiples matizaciones que caracterizan a las aportaciones doctrinales más recientes sobre el tema²... todo juega en la dirección de volver a someter a discusión las pocas certezas alcanzadas, en nuestro país, en torno a los principios en los que se inspira la ley nº 125.

¹ Se trata de la investigación acerca del estado de aplicación de la ley nº 125 de 10 de Abril de 1991 sobre normas en materia de acciones positivas para la realización efectiva de la igualdad hombre-mujer en el trabajo. La investigación, comunicada a la Presidencia del Senado el 28-9-1995, ofrece un detallado informe sobre la frustrante trayectoria aplicativa de la ley nº 125/1991 sobre las acciones positivas, denunciando las omisiones e identificando las responsabilidades.

² Me refiero, en particular: a un largo ensayo de Ghera (1995), que no contiene grandes novedades, pero que insiste en reconducir las acciones positivas al principio de igualdad formal (sobre la conexión entre acciones positivas e igualdad material, cfr. Ballestrero, 1994a; Barbera, 1994; en el mismo sentido que Ghera, Santucci y Zoppoli, 1992); a un breve pero denso ensayo de Brunelli, 1995, que discute la legitimidad de las cuotas en las candidaturas para las elecciones administrativas y políticas con argumentos próximos a los empleados por el Tribunal Constitucional. Hay que señalar también el recorrido problemático y crítico seguido por De Simone, 1994, para «reconciliar» la instintiva hostilidad de una potencial beneficiaria/víctima de las acciones positivas con los objetivos «razonables» de la ley nº 125.

Blanco de esta acción combinada son las modalidades, los objetivos, y a la postre el objeto o ámbito de la acción positiva: el núcleo de la ley nº 125/1991 está pues en el centro de la diana. Razones de índole sistemática sugieren proceder siguiendo los círculos concéntricos que circundan el centro de la diana: la prioridad corresponde por tanto a las modalidades y a los objetivos de la acción positiva, y en particular a la cuestión de las cuotas.

1. Las cuotas y los objetivos de la acción positiva

«In the context of affirmative action, many believe that “goals” are good, but “quotas” bad»³, escribe un constitucionalista norteamericano (Rosenfeld, 1991, p. 45). Y sin embargo -añade-, los objetivos finales (*goals*) de una acción positiva no son significativamente distintos de las cuotas, en cuanto que ambos se refieren al porcentaje de miembros de diversos grupos presente en el ámbito de trabajos particulares, o de una determinada parte de la fuerza de trabajo, o en un determinado programa de formación⁴.

La cita, que he sacado del excelente libro de Rosenfeld, pone bien de manifiesto que la relación de igualdad sobre la que insiste la acción positiva se establece entre grupos, y que la acción positiva está encaminada a realizar esa igualdad efectiva de oportunidades, expresada en el concepto de «representación» proporcional de los diversos grupos.

Ciertamente, el caso de las mujeres es singular, si lo comparamos con el de los miembros, por ejemplo, de una minoría lingüística o racial. Las mujeres son la mayoría de la población en muchos países; además, no constituyen un «grupo», ya que su presencia está diseminada en el seno del grupo dominante y de los grupos minoritarios. Une entre sí a las mujeres -blancas y negras, ricas y pobres, cultas y analfabetas- una comunidad de género a la cual es lícito atribuir significados e implicaciones diversas, que desde hace mucho no han calado en casi nadie. Durante siglos la comunidad de género ha sido, por sí misma, causa de exclusión social y política; la llegada del derecho igual, sin distinción de sexo, ha suprimido la correlación entre género y exclusión, pero no ha eliminado la prolongación de los efectos

³ «En el contexto de la acción afirmativa, muchos creen que los “objetivos” son buenos, pero las “cuotas” son malas» (N. del T.).

⁴ La diferencia entre cuotas (malas) y *goals* (buenos) es subrayada por el Abogado General Tesauro en las conclusiones (§9) sobre el caso *Kalanke (infra)*, después recogidas por el TJCE. La observación de Rosenfeld recogida en el texto se refiere especialmente a los *goals* numéricos (por ejemplo, el 29% de socios no blancos en el caso *Local 28, Sheet Metal Workers’International Association v. EEOC*, decidido en 1986 por el Tribunal Supremo, por mayoría de 5 a 4, en el sentido de que en tales casos, y particularmente cuando exista una larga historia de discriminación, es legítimo disponer tratamientos preferenciales capaces de dar «significado efectivo» a la igualdad de oportunidades). En la experiencia norteamericana, por otra parte, los *goals* de la *affirmative action* pueden ser rígidos o flexibles (igual que pueden ser rígidas o flexibles las cuotas).

de la exclusión. Hoy, en la medida en que existe el principio de igualdad, lo que confiere a la comunidad de género un valor de «grupo» es el hecho de que, respecto de situaciones determinadas (el empleo, las posiciones profesionales de nivel superior, los puestos de responsabilidad, los cargos electivos, etc.), las mujeres aparecen como «grupo desaventajado», en cuanto que sistemáticamente infrarrepresentado.

Estas premisas me parecen útiles para afrontar la «cuestión de las cuotas», suscitada por la sentencia *Kalanke* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE 17 de Octubre de 1995, C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*), que ya ha provocado muchas reacciones de preocupación incluso en el seno de la Comisión Europea. Sobre la cuestión de las cuotas también ha intervenido el Tribunal Constitucional italiano, con la sentencia nº 422 de 6-12 de Septiembre de 1995, en la que, como es sabido, ha declarado la ilegitimidad constitucional de las disposiciones de las leyes electorales que reservaban a las mujeres una cuota de candidatura en las listas electorales.

Los casos examinados por los dos tribunales son distintos entre sí, y por tanto merecen ser abordados separadamente. Pero un *idem sentire* de acción positiva circula entre los dos tribunales, aproximando a ambas al «sentir» del Tribunal Supremo de Estados Unidos. Tanto es así que, si las sentencias de los dos tribunales, europeo e italiano, se estructuraran como las del Tribunal Supremo de Estados Unidos, en ninguna de las dos habría desentonado la *concurring opinion* del juez Scalia, que *mutatis mutandis* sonaría así: «*we are just one gender here. It is Neutral*»⁵ (en el original: «*we are just one race here. It is American*»⁶; Supreme Court of the United States, 1995, *Adaran Constructors, Inc. v. Pena*).

La primera en orden de importancia, aunque sólo fuera por el impacto que puede tener sobre el Derecho de media Europa, es la sentencia *Kalanke* del TJCE.

Aunque el caso sea conocido, merece la pena resumirlo aquí. Según la ley de 20 de Noviembre de 1990 del Land de Bremen sobre igualdad entre hombres y mujeres en la función pública (*Landesgleichstellungsgesetz*: LGG), las mujeres con una cualificación igual a la de sus competidores de sexo masculino tienen una prioridad automática en caso de acceso, traslado de puesto, o promoción, siempre que las mujeres estén infrarrepresentadas en los diversos grados de la categoría de personal de que se trate, o en los niveles de funciones previstos en el organigrama. Según la LGG, hay infrarrepresentación cuando en dichos grados y niveles las mujeres no sean al menos la mitad de los empleados en activo. La cualificación se valora atendiendo exclusivamente a las exigencias del puesto (o de la profesión, o de la carrera) de que se trate. Sin embargo, las aptitudes específicas adquiridas

⁵ «Aquí somos un único género. El neutro» (N. del T.)

⁶ «Aquí somos una única raza. La americana» (N. del T.)

en la vida familiar, en la vida asociativa, y en el voluntariado, forman parte de la cualificación, cuando sean útiles para el ejercicio de la actividad considerada.

El señor Kalanke y la señora Glissmann concurrían para un puesto de jefe de departamento en el servicio de zonas verdes del Ayuntamiento de Bremen. La dirección del servicio había propuesto al candidato de sexo masculino, pero la comisión de conciliación, habiendo considerado iguales las cualificaciones de los dos candidatos, había dado en cambio la preferencia a la candidata de sexo femenino, en aplicación de las mencionadas disposiciones de la LGG. El señor Kalanke había impugnado la provisión de la plaza, siéndole sin embargo desestimado su recurso tanto en primera como en segunda instancia. El Bundesarbeitsgericht, juez de apelación, aun considerando que la ley en discusión era conforme con la Constitución y con las leyes federales, estimó dudosa la compatibilidad de la LGG con la directiva comunitaria 76/207, elevando una cuestión, en vía prejudicial, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Antes de abordar el comentario de la decisión del TJCE, conviene dedicar una breve reflexión a los puntos más destacados de la LGG; es decir: la prioridad asegurada a las mujeres y las condiciones a las que está subordinada esa prioridad, o sea, la paridad de cualificaciones y la infrarrepresentación.

La acción positiva a favor de las mujeres prevista por la LGG consiste en un trato desigual (en el lenguaje de los juristas estadounidenses, «preferential»), evidentemente orientado a un objetivo, desde siempre considerado el típico de la acción positiva: aumentar la presencia de un grupo infrarrepresentado en el seno de una determinada posición profesional (categoría o nivel de encuadramiento, o bien destino o función). En particular, el objetivo que se propone el legislador es el de realizar una distribución de puestos entre hombres y mujeres, correspondiendo el 50% de los puestos para cada uno de los dos sexos. Para realizar tal objetivo, la LGG no acude a la reserva de un porcentaje de puestos vacantes, es decir, a una «cuota rígida» a favor de las candidatas de sexo femenino, independientemente de su cualificación. La LGG establece en cambio una prioridad (o sea, un trato desigual/preferencial) cuya aplicación queda condicionada a dos requisitos, en concurrencia mutua: por un lado, la infrarrepresentación (presencia de mujeres, en los diversos grados del servicio en cuestión, inferior al 50%); por el otro, la cualificación profesional de las candidatas de sexo femenino pareja a la de los candidatos de sexo masculino.

Al regular así la acción positiva, la LGG parece haber atesorado la experiencia estadounidense, y las indicaciones derivadas de tal experiencia, que por lo demás han constituido la base sobre la que se ha construido en Europa la teoría y la práctica de las acciones positivas. En particular, el trato preferencial previsto por la LGG a favor de las mujeres trae a la memoria la acción positiva discutida en el célebre caso *Johnson*, decidido en 1987

por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en la única sentencia en la que se ha ocupado de acciones positivas a favor de las mujeres⁷.

La acción positiva discutida en el caso *Johnson* (un plan voluntariamente adoptado por una empresa pública) preveía la prioridad en las promociones (limitada al 6% de los puestos) a favor de las mujeres, como instrumento para llevar a cabo una *equitable representation* de las mujeres en el ámbito de puestos profesionales de los que ellas han estado tradicionalmente excluidas. En aquel caso, la mujer a la que se asignó el puesto estaba menos cualificada (73 puntos) que su competidor de sexo masculino (75 puntos). La mayoría (seis a tres del Tribunal de entonces) juzgó legítimo el plan de acción positiva, subrayando que, a pesar de la escasa incidencia numérica de la promoción de la mujer, el impacto de tal promoción era mayor en la medida en que estimulaba a otras mujeres a tomar en consideración la posibilidad de desempeñar un trabajo no tradicional. Según el Tribunal Supremo, por tanto, para realizar un objetivo de *equitable representation* de las mujeres, objetivo legítimo en cuanto que dirigido a remover los efectos de una anterior discriminación social y cultural, era también legítimo valerse de un trato preferencial (la prioridad en la asignación de un puesto prescindiendo de la mayor cualificación profesional) coherente con la realización del objetivo.

La sentencia *Johnson* ofrece dos indicaciones muy valiosas: la acción positiva tiene una función no exclusivamente *resarcitoria* de las víctimas actuales de la discriminación; la acción positiva consiste en un trato preferencial mediante el cual se persigue el objetivo de un efectivo reequilibrio y de una efectiva redistribución de las oportunidades entre los dos géneros. El trato preferencial, que había permitido la promoción de la señora Jones antes que la del señor Johnson, estaba precisamente orientado al objetivo de «romper el círculo vicioso creado por la exclusión de las mujeres de ciertos trabajos, que lleva a las mujeres a no buscar esos trabajos; lo cual, a su vez, aparentemente justifica el mantenimiento de su exclusión de dichos trabajos» (Rosenfeld, 1991, p. 200). La prioridad en la promoción era pues un instrumento indispensable para realizar ese objetivo.

1.1. La sentencia *Kalanke*

Haber acudido a la sentencia *Johnson* del Tribunal Supremo estadounidense nos permite abordar la lectura de la sentencia *Kalanke* del TJCE teniendo más claros los términos de las cuestiones en discusión.

⁷ El Tribunal Supremo se ha ocupado en cambio más veces de acciones positivas a favor de minorías raciales: además de la reciente sentencia citada en el texto (Supreme Court of the United States (1995) *Adaran Constructors, Inc. v. Pena*), cabe recordar los precedentes que el Tribunal ha anulado en *Adaran: Fullilove v. Kluznick* (1980), y *Metro Broadcasting Inc. v. FCC* (1990). Una presentación de la sentencia *Johnson*, acompañada de los comentarios de Ballestrero, Treu y U. Scarpelli, está publicada en *LD*, 1988, nº 1, p. 53 ss. y nº 4, p. 615 ss.

Pero todavía me parece necesaria una observación preliminar: el contenido de la decisión del TJCE no resulta sorprendente, por las razones que enseguida diré. Ello no quita para que la sentencia sea desconcertante: el Tribunal de hecho ha censurado la ley del *Land* de Bremen con afirmaciones secas y drásticas; de tales afirmaciones (que constituyen el meollo de las extensas argumentaciones desplegadas por el Abogado General Tesauero) no se encuentra en la sentencia otra fundamentación que no sea la reformulación de un indemostrado prejuicio. Todos aprecian el estilo sucinto y eficaz del Tribunal de Justicia, y especialmente nosotros los italianos tenemos motivos para apreciarlo: lo que, sin embargo, yo personalmente no llego a apreciar es la ausencia de argumentación, especialmente cuando se trata de cuestiones novedosas y de gran importancia como la decidida en el caso *Kalanke*.

La decisión del TJCE se basa en las siguientes premisas (traduzco de la versión francesa, la única que dispongo cuando escribo esto):

(a) El art. 2, párrafo 4, de la Directiva 76/207 (según el cual el principio de no discriminación por razón de sexo no es obstáculo para la adopción de medidas tendentes a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular poniendo remedio a las desigualdades de hecho que perjudican las oportunidades de las mujeres) tiene el fin preciso y limitado de autorizar medidas que, aun siendo discriminatorias en apariencia, se dirijan directamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pueden existir en la realidad social. El Tribunal invoca a este respecto la Recomendación 635/1984 CEE, en el «considerando» en el que el Consejo subraya la insuficiencia de las normas existentes en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres cuando no se emprendan paralelamente acciones positivas dirigidas a «contrapesar los efectos negativos» para las mujeres derivados de comportamientos y estructuras sociales.

(b) Dado que el art. 2.4 introduce una derogación del derecho individual sancionado por la directiva, tal disposición es de «interpretación estricta».

(c) La prioridad absoluta e incondicionada asegurada a las mujeres por la LGG va más allá de la promoción de la igualdad de oportunidades y sobrepasa los límites de la excepción prevista por el art. 2.4 de la Directiva.

(d) El sistema de prioridad establecido en la LGG, en la medida en que procura realizar una representación igual de hombres y mujeres en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la *promoción* de iguales oportunidades por el *resultado* al cual sólo la puesta en práctica de iguales oportunidades podría conducir.

1.2. *Déjà vu* y novedad en la sentencia *Kalanke*

Las afirmaciones *sub* (a) reiteran cosas ya ampliamente conocidas.

Las acciones positivas, legitimadas pero no expresamente previstas por la Directiva 76/207 (art. 2.4), e insertadas en los programas de acción comunitaria

entre las medidas a tomar para realizar la igualdad efectiva de oportunidades a favor de las mujeres, no están definidas tampoco en la Recomendación 635/1984, que sólo contiene un elenco de los objetivos a los que la acción positiva puede dirigirse, todos ellos tendentes a la supresión o al menos a la corrección de las desigualdades de hecho, así como a la promoción de la presencia y de la participación de las mujeres en todos los sectores y las profesiones y en todos los niveles de responsabilidad⁸. La acción positiva es calificada en el «considerando» de la Recomendación como instrumento de una política de igualdad de oportunidades; la Recomendación en cambio no dice, sino que intencionadamente omite, que la acción positiva consiste en un trato preferencial. Una cláusula análoga a la de la Directiva aparece en el art. 6, párrafo 3, del acuerdo sobre política social anexo al Tratado de Maastricht, que menciona sin embargo «ventajas específicas» dirigidas a facilitar la actividad profesional de las mujeres, o bien a «prevenir o compensar» las desventajas en la carrera⁹.

El comentador puede, en este punto, limitarse a poner de manifiesto que, según el Derecho Comunitario, las acciones positivas son medidas tendentes a «promover» la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Pero qué sea lo que debe entenderse por igualdad de oportunidades, y cómo ésta pueda ser «promovida», no lo dicen las fuentes normativas comunitarias¹⁰; sólo dicen, y merece la pena subrayarlo, que la promoción de la presencia y de la participación de las mujeres en todos los sectores y profesiones y en todos los niveles de responsabilidad constituye un objetivo de la acción positiva.

Tampoco las afirmaciones *sub* (b) constituyen una novedad en la jurisprudencia del Tribunal, que en más ocasiones ha mostrado tener una rígida

⁸ Según el Abogado General Tesauo, quien demuestra haber leído con atención Ballestrero, 1994a, llegando sin embargo a conclusiones opuestas, la fórmula empleada por la Recomendación no puede justificar la preferencia mecánica para las mujeres (cfr. §20 de las conclusiones). Sobre la noción de acción positiva en el Derecho Comunitario, cfr. Guaglianone, 1994.

⁹ De nuevo según el Abogado General Tesauo (§21 de las conclusiones), la cláusula no justifica soluciones distintas de las formuladas a propósito de la Recomendación: Tesauo (§22) nos dice que es así, pero no nos explica por qué el objetivo de la efectiva igualdad de oportunidades, que considera propio tanto de la Recomendación como del acuerdo sobre política social, no puede justificar medidas que asignen una prioridad a las mujeres. Decir, como él dice, que estas medidas «no están en absoluto destinadas a eliminar los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar los mismos resultados en condiciones iguales», ni a suprimir una situación de desventaja, no es explicar o justificar: es afirmar una posición «contra corriente», que el Abogado General considera debida.

¹⁰ Como es sabido, el TJCE atribuye también a las Recomendaciones un limitado valor normativo: según el Tribunal, «los jueces nacionales son instados a tomar en consideración las Recomendaciones a fin de solucionar las controversias sometidas a su juicio, en particular cuando sean de ayuda en la interpretación de normas nacionales adoptadas con el objetivo de garantizar su aplicación, o cuando intentan completar normas comunitarias de naturaleza vinculante» (TJCE, 13 de Diciembre de 1989, C-322/88, *Grimaldi*). Si el juez nacional debe tener en cuenta las recomendaciones, ¿no debería tenerlas en cuenta también el juez comunitario?

concepción formal de la igualdad, como principio de contenido esencialmente negativo, que impone hacer abstracción del sexo en cuanto elemento de diferenciación entre individuos que está prohibido. Un ejemplo preclaro de tal orientación es la criticadísima sentencia *Stoeckel*, C-345/89, sobre la prohibición del trabajo nocturno, en la que el Tribunal negó cualquier relevancia a los factores sociales y ambientales que diferencian las condiciones de las trabajadoras de las de los trabajadores.

Ya he dicho en otro lugar (cfr. Ballestrero, 1994a) que esta rígida concepción formal de la igualdad resulta contradictoria con la apertura que el mismo TJCE muestra en cambio en su rica e importante jurisprudencia sobre la discriminación indirecta. A diferencia de la discriminación directa, basada en el principio de igualdad en sentido formal entre individuos, la noción jurídica de discriminación indirecta hunde sus raíces en una concepción sustantiva de la igualdad, de contenido esencialmente positivo, y fundada sobre la atribución de relevancia precisamente a los mismos factores de diferenciación cuya relevancia se niega por la igualdad en sentido formal¹¹. La discriminación indirecta tiene por objeto tratos formalmente neutrales, de los cuales se valora el impacto negativo (efectos discriminatorios) sobre un determinado grupo o sobre una determinada clase de personas¹². La neutralidad (o lo que es lo mismo, la no consideración de factores diferenciadores) se traduce en un efecto de desigualdad fundado -por vía indirecta- sobre la pertenencia a dicho grupo o a dicha clase determinada.

Tomando un ejemplo clásico de discriminación indirecta, sacado de la sentencia nº 2 163/1993 del Tribunal Constitucional¹³, la disposición que fija un límite de estatura «neutro» para el acceso a un determinado puesto de trabajo es indirectamente discriminatoria porque omite tener en cuenta el

¹¹ La distinción entre igualdad en sentido formal y sustantivo, que he ilustrado extensamente en Ballestrero, 1994a, es de nuevo propuesta, al pie de la letra, por Tesouro (conclusiones, § 16), quien sin embargo extrae de la distinción la conclusión de que el principio de igualdad sustantiva legitima únicamente las diferencias de trato que tienden a garantizar iguales oportunidades en los puntos de partida. Por lo demás, según Tesouro (y esto es el núcleo de su tesis), «*donner une égalité de chances ne peut signifier, selon nous, que mettre en situation d'obtenir une égalité de résultat, donc rétablir les conditions d'une égalité des deux sexes au point de départ*» [«dar igualdad de oportunidades no puede significar, en nuestra opinión, más que poner en situación de obtener una igualdad de resultado, y por tanto restablecer las condiciones de una igualdad entre los dos sexos en el punto de partida»; N. del T.].

¹² Sobre la noción de discriminación indirecta, cfr. Barbera, 1994 (quien correctamente subraya el carácter colectivo, o de grupo, de esta categoría de discriminaciones).

¹³ Tribunal Constitucional, 2-15 de Abril de 1993, nº 163, en *Gaceta Oficial, suplemento* nº 17, 21 de Abril de 1993. En la sentencia, que es la primera en materia de discriminación indirecta por razones de sexo, el Tribunal declaró la ilegitimidad constitucional del art. 4, apartado 2, de la ley nº 3/1980 de la Provincia Autónoma de Trento, en la parte en la que establece entre los requisitos de acceso a los puestos directivos del servicio contra incendios la posesión de una estatura mínima de 1,65 m., indistintamente para hombres y mujeres.

sexo de los candidatos: la estatura media de las candidatas de sexo femenino es de hecho inferior al límite neutro, y precisamente la neutralidad del límite es la fuente de ese efecto de desigualdad (en desventaja de las mujeres, en este caso) en que consiste la discriminación indirecta. Este ejemplo, en mi opinión, hace evidente que el terreno conceptual sobre el que se construye la noción de discriminación indirecta es el mismo que el terreno sobre el que se construye la noción de acción positiva: el terreno de la comparación entre las posiciones de los diversos grupos y del reparto igual de las oportunidades entre los diversos grupos¹⁴.

Las novedades de la sentencia *Kalanke* se contienen en las afirmaciones *sub* (c) y (d), que deben examinarse juntas, en tanto que están estrechamente correlacionadas entre sí. El Tribunal censura la medida preferencial prevista por la LGG (la prioridad asegurada a las mujeres, que el propio Tribunal califica de «absoluta e incondicionada» cuando, como hemos visto, está condicionada por la igual paridad de cualificaciones profesionales y por tanto no es de ningún modo absoluta). La razón (afirmada pero no demostrada) de tal censura radica en esto: la medida preferencial va más allá de la promoción de la igualdad de oportunidades (único objetivo legítimo de las acciones positivas, según el art. 2.4 de la Directiva 76/207), sustituyendo la mera «promoción» de iguales oportunidades por el «resultado» (que llamaremos de igualación) que debería derivarse de la promoción, es decir, la igual representación de hombres y mujeres en todos los grados y niveles de un servicio.

Para el Tribunal, el nudo del problema no es por tanto, como podría parecer, el carácter rígido o flexible de la cuota (admitiendo que la prioridad fijada por la LGG sea definible técnicamente como cuota, lo cual me parece al menos dudoso). El nudo es el objetivo que tal prioridad directamente realiza, es decir, el reequilibrio de las proporciones entre hombres y mujeres en un determinado puesto profesional. Como afirma el Abogado General Tesauro en sus conclusiones (§24), plenamente acogidas por el Tribunal, *«une telle mesure tend à un simple rééquilibrage numérique entre hommes et femmes, sans procéder à la suppression des obstacles qui ont conduit à pareille situation. En d'autres termes, les obstacles ne sont pas éliminés,*

¹⁴ Como he intentado explicar en otro lugar, es cierto que, según el Tribunal, «el haber previsto un requisito físico idéntico para uno y otro sexo [...] comporta la producción sistemática de los efectos concretos proporcionalmente más desventajosos para los candidatos de sexo femenino, precisamente por razón de su sexo», y ello constituye una violación del principio de igualdad en sentido formal. Sin embargo, decir que una regla indiferenciada por sexo no es conforme al principio de igualdad formal, porque no distingue un sexo del otro, no es lo mismo que decir que es legítimo tratar de modo distinto a personas que se encuentran en situaciones diversas; la diversidad es precisamente el sexo, y el sexo, según el art. 3, apartado 1, no es «jurídicamente relevante». Ghera, 1995, comparte plenamente la orientación del Tribunal.

mais ils constituent la cause qui légitimerait le traitement légal différencié selon le sexe»¹⁵.

Procediendo por este camino, el Tribunal evita detenerse en los puntos críticos de la LGG, que eran sin embargo evidentes. El criterio previsto por la LGG para definir la infrarrepresentación de las mujeres es mecánico, no es un parámetro sobre situaciones determinadas, carece de correlación con la composición por sexos de la fuerza de trabajo en el contexto considerado: y esto hace ciertamente atacable a la ley. Es una lástima que el TJCE no se ocupe de ello, porque la ocasión era buena para profundizar en la discusión sobre los modos de cuantificación de la infrarrepresentación, desde siempre uno de los nudos difíciles de desatar, especialmente en los juicios sobre las discriminaciones indirectas.

Como he dicho, la fundamentación de la sentencia es muy lacónica, y explica poco o nada. Se comprende enseguida, sin embargo, que la insistencia del TJCE en la sola «promoción» de iguales oportunidades sirve para circunscribir la noción de acción positiva del Derecho Comunitario en un ámbito restringido y de «small dent»¹⁶. Pero, ¿qué significa «promover iguales oportunidades», y por qué un objetivo consistente en la *equitable representation* de hombres y mujeres en determinados puestos profesionales no es, para el Tribunal, un objetivo legítimo de la acción positiva?

Las preguntas recién formuladas replantean el viejo interrogante: ¿«igualdad de oportunidades» significa igualdad únicamente en los puntos de partida o también paridad en los puntos de llegada?¹⁷

Una vez más, creo que debo reiterar argumentos ya ampliamente desarrollados en otro lugar¹⁸, para sostener que la igualdad en los puntos de partida no agota el significado de la expresión «igualdad de oportunidades».

Igualdad de oportunidades significa, entre otras cosas, también la posibilidad para los miembros de un grupo desaventajado (el género femenino, en este caso) de competir con armas parejas con quienes pertenecen a un grupo aventajado. Dar «oportunidades» iguales significa entonces, y sobre todo, poner a quienes pertenecen a un grupo desaventajado en condiciones de obtener un resultado igual. El primer significado de igualdad de oportunidades es por tanto el restablecimiento de condiciones de paridad en los puntos de partida entre los pertenecientes a los dos sexos. La (sola) paridad en los puntos de partida, sin embargo, no garantiza por sí iguales resultados.

Si, por seguir con el caso que nos interesa, se nos detiene en la igualdad de oportunidades en los puntos de partida, el resultado podrá ser todavía desigual:

¹⁵ «Una medida así tiende a un simple reequilibrio numérico entre hombres y mujeres, sin proceder a la remoción de los obstáculos que han conducido a tal situación. En otras palabras, los obstáculos no son eliminados, sino que constituyen la causa que legitimaría el tratamiento legal diferenciado según el sexo» (N. del T.).

¹⁶ Expresión utilizada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la sentencia *Johnson* [«escasa mordiente». (N. del T.)].

¹⁷ Sobre esto, cfr. Barbera, 1994, esp. p. 50 ss.

¹⁸ Ballestrero, 1994a.

las mujeres desaventajadas en origen podrán permanecer todavía excluidas. Por lo demás, la idea que inspira a los defensores de la noción «procedimental» de la igualdad de oportunidades es precisamente ésta: una vez que los pertenecientes a un grupo desaventajado se hayan puesto en condiciones de concurrir con iguales armas, vencerán «los mejores». Vale. Pero, ¿cómo impedir que los mejores continúen siendo en una aplastante mayoría de casos precisamente quienes pertenecen al grupo originariamente aventajado, o sea, los hombres, y que por tanto se perpetúe la infrarrepresentación de las mujeres en esa determinada posición profesional?

Un modo es el implícitamente utilizado por el TJCE: negar que el problema exista, excluyendo que, una vez promovidas las iguales oportunidades en los puntos de partida, pueda tener relevancia la cuestión de la infrarrepresentación de un grupo respecto de otro. Más allá de los puntos de partida, la comparación vuelve a referirse a los individuos, que pierden toda conexión con el grupo al que pertenecían en la fase interesada por la promoción de iguales oportunidades.

Pero si, como piensa la mayoría de los estudiosos de acciones positivas, el objetivo de la acción positiva es precisamente la realización de la *equitable representation* del sexo desaventajado; si, como sugiere la misma Recomendación CEE 653/1984, la infrarrepresentación constituye un problema, para cuya solución hay que recurrir a acciones positivas... entonces las iguales oportunidades a las que tienden las acciones positivas deben tener un significado que vaya más allá de las garantías de tipo meramente procedimental: la igualdad en los resultados no será extraña a la noción de igualdad de oportunidades.

No hay duda, por lo demás, de que la «realización» de iguales oportunidades entre hombres y mujeres consiste siempre y en todo caso, en cualquier fase del recorrido y no sólo en la inicial, en la eliminación de las consecuencias desfavorables (las desigualdades) que derivan de la existencia de diferencias sociales y culturales entre los dos sexos. Las medidas jurídicamente «desiguales» dirigidas a «realizar» las iguales oportunidades pueden (aunque no deben) comportar la preconstitución de resultados de igualdad no alcanzables de otro modo.

Creo que la cuestión de si la formulación del art. 2.4 de la Directiva 76/207 («medidas dirigidas a promover iguales oportunidades») debe o no ser entendida como preclusiva de medidas tendentes a «realizar» iguales oportunidades, resulta carente de sentido, a poco que se reflexione sobre el significado de las palabras. Parece en efecto francamente grotesco imaginar siquiera que la Unión Europea haya gastado tantas energías en el frente de la igualdad entre hombres y mujeres para llegar a la conclusión de que las iguales oportunidades *pueden* ser promovidas, pero que la igualdad no *debe* ser realizada.

En conclusión, me parece que, sometiendo a discusión la legitimidad del objetivo de la acción positiva, la sentencia *Kalanke* proporciona una noción

de acción positiva lo suficientemente modesta como para tranquilizar a todos aquellos que hoy invocan la igualdad para esconder la aprensión con que contemplan las medidas a favor de las mujeres y, peor aún, de las minorías raciales.

2. El objeto o ámbito de la acción positiva: la exclusión de los derechos fundamentales

No menos reduccionista que la proporcionada por el TJCE es la noción de acción positiva que emerge de la reciente sentencia (nº 422/1995) del Tribunal Constitucional italiano, que ha declarado la ilegitimidad de todas las disposiciones legislativas que aseguraban a los candidatos de cada sexo al menos un tercio de las candidaturas en las listas electorales, en el ámbito de un juicio que versaba sobre la ley nº 81/1993, art. 5, apartado 1 (modalidad de elección del alcalde y del consejo municipal en los municipios con población de hasta 15.000 habitantes).

Vale la pena recordar que el juicio de constitucionalidad se refería a la citada disposición en su formulación originaria: «en las listas de los candidatos, ninguno de los sexos podrá estar representado *por norma* [*di norma*] en medida superior a dos tercios». Puesto que en la jurisprudencia se había abierto camino la idea de que la locución «por norma» asignara carácter sólo programático a la disposición antedicha, el legislador había intervenido de nuevo (ley nº 415/1993, art. 2), modificando la disposición de la manera siguiente: «en las listas de los candidatos, ninguno de los dos sexos puede estar representado en medida superior a los tres cuartos de los concejales asignados». La reserva quedaba fijada en la medida de los 2/3 para los municipios con población superior a 15.000 habitantes. Desaparecía, por lo tanto, la locución «por norma», pero el sentido de la nueva formulación no cambiaba: ya la ley nº 81/1993 preveía de hecho que las listas deben contener un número de candidatos no superior al número de los concejales a elegir y no inferior a los 3/4 (o a los 2/3 en los municipios más grandes) de los concejales a elegir.

El Tribunal Constitucional ha invalidado el art. 5, apartado 1, de la ley nº 81/1993 en la primera formulación; de la invalidación de esta disposición ha derivado la invalidación de todas las disposiciones legislativas que preveían reservas de candidatos en razón de su sexo¹⁹.

La argumentación del Tribunal puede dividirse en dos partes, cada una de las cuales merece un comentario: la parte relativa al objetivo de la acción positiva; y la relativa al objeto o ámbito de la acción positiva. En la primera

¹⁹ Se trata de: la ley nº 81/1993, art. 7, apartado 1, último inciso; la ley nº 415/1993; la ley nº 277/1993, art. 1; la ley nº 43/1995, art. 1, apartado 6; las leyes regionales del Trentino-Alto Adigio nº 3/1994, arts. 18, 19 y 20; Friuli-Venezia Giulia nº 14/1995, art. 6, apartado 1; Valle de Aosta nº 4/1995, art. 32, apartados 3 y 4.

volvemos a encontrar la tesis que ya hemos discutido al comentar la sentencia del TJCE; en la segunda encontramos, por el contrario, tesis inéditas que merecen por ello una reflexión un poco más en profundidad que la mera reacción negativa que inspiran «en caliente».

Entre las acciones positivas -afirma en su motivación el Tribunal- «deben comprenderse aquellas medidas que, en varias formas, ha adoptado el legislador para promover la consecución de una situación de igualdad de oportunidades entre los sexos [...]». Estas medidas, prosigue, han sido enjuiciadas favorablemente por el Tribunal cuando estaban «dirigidas a promover la igualdad en los puntos de partida y a producir una igual dignidad social».

Hasta aquí todo *déjà vu*. Lo nuevo llega inmediatamente después, allí donde el Tribunal afirma que tales medidas intencionadamente desiguales, «pueden ciertamente adoptarse (...) para compensar y remover desigualdades materiales entre los individuos (como presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales)», pero «no pueden por el contrario incidir directamente en el contenido propio de esos mismos derechos, rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto tales».

En particular, afirma el Tribunal, para el derecho de sufragio pasivo rige la regla inderogable de la absoluta paridad sancionada por el art. 5 1, apartado 1, «de manera que toda diferenciación por razón de sexo no puede no parecer objetivamente discriminatoria, al disminuir para algunos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental en favor de otros, pertenecientes a un grupo que se considera desaventajado».

En este caso, el grupo de hecho desaventajado son las mujeres: de hecho -afirma el Tribunal- «la disposición [...] si bien formulada de modo por así decir «neutro» [...] ha sido propuesta y votada con la declarada finalidad de asegurar a las mujeres una reserva de puestos en las listas de los candidatos, con el fin de favorecer las condiciones para un reequilibrio de la representación de los sexos en las asambleas municipales. Según la intención del legislador, por lo tanto, la norma tendía a configurar una suerte de acción positiva dirigida a favorecer la consecución de una paridad no sólo formal, sino también sustancial, entre los dos sexos en el acceso a los cargos públicos electivos».

Eso por lo que se refiere al objeto o ámbito de la acción positiva. El Tribunal, sin embargo, no se ha limitado a decir que en materia de derechos fundamentales no hay espacio para acciones positivas en favor de grupos desaventajados; ha aprovechado, por el contrario, la ocasión para decir también lo suyo sobre el objetivo de la acción positiva. De hecho, ha afirmado que un tratamiento desigual/preferencial como el consistente en la reserva de una cuota de candidaturas no se propone remover los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar determinados resultados, sino que atribuye directamente esos resultados. Una tal medida, según el Tribunal (que se apoya

en la opinión de «parte de la doctrina»²⁰), «no es del todo coherente con las finalidades indicadas en el segundo apartado del art. 3 de la Constitución».

El razonamiento del Tribunal Constitucional, un poco más articulado que el del TJCE, vuelve a plantear los argumentos que ya hemos discutido al comentar la sentencia *Kalanke* (el tratamiento preferencial no «promueve» la igualdad en los puntos de partida, sino que establece directamente un resultado de igualdad). La antedicha no conformidad de tal tratamiento con lo dispuesto en el art. 3, apartado 2, de la Constitución merece sin embargo una consideración especial por parte de un comentarista italiano.

No volveré a discutir aquí acerca de la relación entre el primer y el segundo apartado del art. 3, porque ya lo he hecho antes demasiadas veces²¹. Pero creo que puedo citar al menos las palabras del propio Tribunal, según las cuales el art. 3 apartado 2 contiene *un* principio *autónomo* de igualdad «sustancial» entre todos los ciudadanos en la vida social, económica y política²², que «expresa un criterio interpretativo que se refleja en la amplitud y en la eficacia a dar al principio de igualdad «normal», en el sentido de que define la garantía en relación con los resultados efectivos producidos»²³. Así, todavía al intervenir sobre la ley n° 215/1992 (acciones positivas para el empresariado femenino), el Tribunal Constitucional (sentencia n° 109/1993)²⁴ ha afirmado que las acciones positivas «tienden a adelantar el umbral de partida para las categorías singulares de personas socialmente desaventajadas [...] con el fin de asegurar a tales categorías un estatuto efectivo de igualdad de oportunidades de inserción social, económica y política».

A mi juicio, el caso que estamos examinando ni siquiera hubiera merecido tomarse el trabajo de discutir sobre los objetivos legítimos de la acción positiva. La regla que reserva a los candidatos de cada sexo una cuota mínima

²⁰ El Tribunal cita, sin entrecomillar, una frase de Borgogelli, 1992, p. 83; sacada la frase del contexto, el sentido resulta en buena medida alterado.

²¹ La última vez en Ballestrero, 1994a, con referencias bibliográficas; me remito a este escrito también para las reflexiones críticas sobre la sentencia n° 163/1993 del Tribunal Constitucional. Para distinguir la igualdad jurídica de la igualdad de hecho, y para volver a situar la distinción en el contexto de las ideologías que la sustentan, puede ser útil leer a Bobbio, en el pequeño volumen que vuelve a publicar dos voces de la Enciclopedia del siglo XX dedicadas a Igualdad y Libertad (Bobbio, 1995).

²² Son palabras del Tribunal Constitucional, en la sentencia 2-15 de abril de 1993, n° 163, en *Gaceta Oficial, suplemento*, n° 17, 21 de abril de 1993.

²³ Así se expresaba todavía el Tribunal Constitucional en la sentencia n° 163/1993.

²⁴ En *Gaceta Oficial, suplemento*, n° 14, 31 de marzo de 1993. La sentencia ha declarado la ilegitimidad constitucional del art. 6, apartado 2, de la ley n° 215/1992 (acciones positivas para el empresariado femenino), en la parte en la que no prevé un mecanismo de cooperación entre el Estado, las regiones y las provincias autónomas en relación con el ejercicio del poder del Ministro de Industria relativo a la concesión de facilidades a las empresas dirigidas por mujeres o con una destacada participación femenina, en la medida en que estas últimas operen en el ámbito de sectores cuya competencia esté atribuida a las regiones y a las provincias autónomas.

de 1/4 o de 1/3 en las listas electorales no garantiza a ninguno de los dos sexos una cuota de los puestos en liza; los pone sólo en condiciones de participar en la competición electoral, recuperando una desventaja en los puntos de partida. Garantizar el acceso a las listas electorales no significa más que «promover» iguales oportunidades de acceso a los cargos electivos.

Pero incluso si no fuera así, esto es, si la regla no fuera meramente instrumental, sino *result-oriented*, ¿por qué no debería ser conforme con el art. 3, apartado 2? ¿Por qué «adelantar el umbral de partida» de un grupo desaventajado no debe querer decir también intervenir con medidas de igualación efectiva? Ya he subrayado la ilogicidad de tal conclusión al discutir la sentencia Kalanke del TJCE; no me parece que nuestro Tribunal haya sabido añadir argumentos suficientes como para demostrar lo contrario.

Las argumentaciones dedicadas por el Tribunal Constitucional al objetivo de la acción positiva (promover iguales oportunidades) pueden ser consideradas incidentales (o accidentales). La sentencia tiene un objeto principal, a saber, la compatibilidad de la cuota de candidaturas reservadas a las mujeres (que, de hecho, están subrepresentadas en las asambleas electivas, porque, de hecho, también están infrarrepresentadas en las listas) con el principio del art. 51, apartado 1, de la Constitución, según el cual «todos los ciudadanos de uno u otro sexo pueden acceder [...] a los cargos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por la ley».

Hay una consideración preliminar que afecta precisamente a la invocación del art. 51. El Tribunal liga el derecho a ser elegido al derecho a ser candidato, definiendo la «capacidad para ser candidato» como «condición previa y necesaria para poder ser elegido, para disfrutar por tanto en concreto del derecho de sufragio pasivo». Ligada así la elegibilidad con la capacidad para ser candidato, el Tribunal extiende a la segunda la misma regla inderogable de absoluta igualdad entre los sexos que el art. 51 refiere a la primera. Un primer nudo de la cuestión radica por tanto en esto: si la «capacidad para ser candidato» constituye un momento del ejercicio del derecho de sufragio pasivo, o si, por el contrario, es la *candidatura*, en cuanto cosa distinta de la «capacidad para ser candidato», lo que constituye un momento del ejercicio del derecho de sufragio pasivo. A mí me parece que la «capacidad para ser candidato», en cuanto denota la posibilidad de *acceder a la candidatura*, puede ser considerada como un presupuesto de hecho para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. La intención del legislador era precisamente la de poner a las mujeres en condiciones de gozar plenamente del derecho de elección pasiva, removiendo (a través de la cuota de candidaturas femeninas) los obstáculos que, de hecho, impiden a las mujeres gozar de ese derecho: la dificultad de ver acogidas y apoyadas sus candidaturas. Y la intención, vista la situación, no era irrazonable.

Hay aún una consideración preliminar que hacer sobre la mención expresa a la igualdad entre los dos sexos en el acceso a los cargos electivos, a la que el Tribunal asigna justamente importancia. La formulación del art. 51, apartado 1, tiene, de hecho, como razón histórica la discriminación sufrida en el pasado por las mujeres, excluidas del derecho de voto político hasta 1945. Por lo tanto, durante mucho tiempo y hasta una fecha recientísima, nuestro país no había aceptado la idea de que los titulares de los derechos políticos lo fueran las personas sin distinción de sexo: si sólo los hombres eran titulares de los derechos políticos, el sexo tenía una importancia decisiva²⁵. Los efectos de esa discriminación histórica perduran: la efectiva participación de las mujeres en la organización política del país sigue siendo escasa, y prueba evidente de ello es el número ridículamente bajo de mujeres que se sientan en las asambleas electivas (por no decir nada de la prácticamente total ausencia de mujeres en las instituciones de mayor prestigio y peso político).

La discriminación histórica por razones de sexo, que explica la formulación del art. 51, apartado 1, se ha traducido ahora en un rígido principio de igualdad formal, que impone hacer abstracción de las características diferenciales, negando al tiempo legitimidad a la consideración de algunos elementos que diferencian a los individuos, como precisamente el sexo. Como diría el juez Scalia, de cara a las elecciones aquí somos de un sólo sexo: ¡el neutro!

El argumento que lleva al Tribunal hacia esta solución se resume completamente en las dos frases que he recogido anteriormente: las acciones positivas no pueden incidir directamente en el contenido de los derechos rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto tales; donde se trate de derechos fundamentales, toda diferenciación en razón del sexo hace que disminuya para algunos ciudadanos, en favor de otros, el contenido concreto de un derecho fundamental.

El punto crucial es, por tanto, la distinción entre derechos fundamentales y otros derechos, que el Tribunal enuncia como un dogma que no admite discusiones.

Pero ¿podemos, respetuosamente, recordar al Tribunal que, en nuestro ordenamiento basado en el principio de igualdad entre los sexos todos los derechos que no estén ligados a una diversidad biológica entre los sexos, de manera que los vuelva necesariamente «sexuados», están garantizados «rigurosamente» por la Constitución a los ciudadanos sin distinción de sexo? ¿Y podemos, respetuosamente, recordar al Tribunal que el carácter «igual» de los derechos no ha impedido al propio Tribunal elaborar una concepción

²⁵ La observación me ha sido sugerida por el juez Ginsburg (*dissenting opinion en Adaran Constructors*, cit.), quien señala, a propósito de la afirmación del juez Scalia («we are just one race here. It is American»), que durante mucho tiempo, en América, la idea de que «we are just one race was not embraced».

del principio de igualdad formal en base a la cual es ilegítimo tratar de manera «desigual» (menos favorable) a individuos que están en situaciones análogas, pero que es al mismo tiempo legítimo tratar de manera distinta a personas que están en situaciones distintas y que, por tanto, es ilegítimo tratarlos de manera igual? ¿Y podemos, de nuevo respetuosamente, recordar al Tribunal que (palabras suyas) *un principio autónomo* de igualdad sustancial se refleja en la amplitud y eficacia a dar al principio de igualdad «formal», y que las medidas desiguales, que atribuyen ventajas a grupos socialmente desaventajados, son legítimas en cuanto tiendan a «asegurar a las mismas categorías un estatuto efectivo de igual oportunidad de inserción social, económica y política»? ¿Y podemos en fin, y siempre respetuosamente, hacer presente al Tribunal que la remoción de las desigualdades sustanciales que hacen desaventajado a un grupo no disminuye el contenido del derecho de los miembros del grupo aventajado sino que, por el contrario, disminuye la condición sustancial de ventaja que permite sólo a los pertenecientes al grupo precisamente aventajado gozar plenamente de dicho derecho?

Pero, dice el Tribunal, aquí no se trata de desigualdades materiales, se trata de derechos individuales fundamentales: si garantizamos a candidatos de sexo femenino un tercio (o un cuarto) de las candidaturas, quitamos a un tercio (o un cuarto) de potenciales candidatos de sexo masculino el derecho de presentarse y, por ello, los discriminamos.

Probemos a poner un ejemplo, para comprender cuál es el resultado de la distinción propuesta por el Tribunal entre derechos fundamentales (que no toleran una derogación de la igualdad en sentido formal) y otros derechos, que pueden tolerar tal derogación. Tomemos el derecho al trabajo que ciertamente es un derecho fundamental y que está garantizado por la Constitución a todos los ciudadanos. Siguiendo el razonamiento del Tribunal, una medida incluso legislativa que incentive la contratación de mujeres es legítima: la medida es desigual, pero la situación de hecho es distinta, y la medida remueve los obstáculos que de hecho impiden a las mujeres el pleno disfrute del derecho al trabajo. Pero si, existiendo un incentivo a utilizar, el empresario admite a una mujer en lugar de a un hombre, éste puede sostener que ha sido discriminado por razones de sexo, porque ha sido violado su derecho, fundamental e igual, al trabajo.

El resultado, como se ve, es destructivo, si no de la idea misma de acción positiva, al menos de la posibilidad concreta de dar a las acciones positivas un contenido en términos de efectiva igualación entre hombres y mujeres.

Volvamos a la cuestión de la que nos estamos ocupando aquí. La clave del argumento utilizado por el Tribunal está, evidentemente, en el rechazo a considerar -al menos, cuando se trata de derechos fundamentales- la comparación entre mujeres y hombres como comparación entre miembros de dos grupos distintos. Si la comparación debe tener lugar entre individuos

neutros, la ventaja atribuida a uno en razón de su sexo discrimina al otro por razones precisamente de sexo: en el caso que nos interesa, el Tribunal considera a todos los candidatos «personas» sin sexo, y el sexo de los candidatos un accidente que no puede ni debe tener relevancia.

En la base de ello está, parece de nuevo evidente, el rechazo a tomar en consideración la subrepresentación de las mujeres en las asambleas electivas (y, anteriormente, en las candidaturas), en cuanto incompatible del todo con la idea de que las asambleas electivas (y, anteriormente, las listas electorales) están compuestas por personas neutras, puesto que la representación política no tiene, ni debe tener, sexo. El Tribunal no llega ni siquiera a rozar la idea de que en una sociedad compuesta al menos por mitad de mujeres una asamblea electiva de la que las mujeres están prácticamente ausentes puede reflejar en forma distorsionada las exigencias, las necesidades, las demandas, las preferencias de las mujeres, y refleja por el contrario de manera clara y distinta el estado de una sociedad todavía fuertemente afectada por la discriminación hacia las mujeres.

En el fondo, la cuestión es precisamente ésta: según la Constitución ¿los derechos políticos son derechos del *citoyen* individuo neutro o, por el contrario, la Constitución deja espacio para la consideración (también) de la pertenencia de los individuos a un grupo de hecho desaventajado precisamente en el terreno del pleno disfrute de los derechos políticos por parte de sus miembros?

Si nos decantamos por la segunda opción, como a mí me parece que debe ser, un trato preferencial que tienda hacia la *equitable representation* del grupo desaventajado no puede ser considerado, por principio, ilegítimo. En otros términos, se puede discutir si las cuotas de reserva en las candidaturas son una medida coherente con la realización del objetivo; pero no se puede discutir sobre la legitimidad del objetivo mismo.

En un breve ensayo publicado recientemente²⁶, puede leerse un fuerte llamamiento en favor de la doctrina liberal, que quiere al ciudadano neutro, porque lo quiere libre también de los vínculos que lo ligan a la propia comunidad a la que pertenece. Me parece sin más obvio que esta libertad debe estar garantizada²⁷; pero tengo la impresión de que no tiene mucho que ver con la cuestión del aseguramiento a las mujeres de una cuota mínima de acceso a las candidaturas para las elecciones políticas y administrativas. El ensayo se concluye con algunas consideraciones sobre «otros bienes»: será casualidad, pero cada vez que las mujeres se ven atribuidas una ventaja se alza un coro de voces que pide la remoción de esa ventaja, en nombre del «otro bien» del que las mujeres tendrían necesidad.

(Trad. de Manuel Atienza y Juan A. Pérez Lledó)

²⁶ Brunelli, 1995.

²⁷ He explicado las razones de mi postura en la parte final de mi ponencia en el Congreso de Gubbio (Ballestrero, 1994).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ballestrero, M.V. (1994a), «Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale», en Ballestrero y Treu (edición de), *Legge 10 aprile 1991, n. 125, Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, Commentario sistematico*, en NLCC, p. 11 y ss.
- Ballestrero, M.V. (1994b), «Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza», en *DLRI*, n. 63, p. 481 y ss.
- Barbera, M. (1994), «La nozione di discriminazione», en Ballestrero y Treu (edición de), *Legge 10 aprile 1991, n. 125, Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, Commentario sistematico*, cit., p. 46 y ss.
- Bobbio, N. (1995), *Eguaglianza e libertà*, Torino: Einaudi.
- Borgogelli, F. (1992), «La tipologia delle azioni positive», en Gaeta y Zoppoli (edición de), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive, Commentario sistematico alla legge 10 aprile 1991, n. 125*, Torino: Giappichelli, p. 80 y ss.
- Brunelli, G. (1995), «Azioni positive in materia elettorale?», en *RP*, n. 4, p. 243 y ss.
- De Simone (1994), «Ancora su diritto diseguale ed eguaglianza sostanziale», en Ballestrero y Treu (edición de), *Legge 10 aprile 1991, n. 125, Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, Commentario sistematico*, cit., p. 21 y ss.
- Ghera, E. (1995), «Azioni positive e pari opportunità», en *DLRI*, n. 65, p. 21 y ss.
- Guaglianone, L. (1994), «Le azioni positive: modelli e tipologie», en Ballestrero y Treu (edición de), *Legge 10 aprile 1991, n. 125, Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, Commentario sistematico*, cit., p. 28 y ss.
- Rosenfeld, M. (1991), *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven and London: Yale University Press.
- Santucci, R. y Zoppoli, L. (1992), «Finalità della legge e questioni di costituzionalità», en Gaeta y Zoppoli (edición de), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive, Commentario sistematico alla legge 10 aprile 1991, n. 125*, Torino: Giappichelli, p. 11 y ss.



DOXA 19 (1996)
