

DE LA IGUALDAD NORMATIVA A LA IGUALDAD DE HECHO. LAS CUOTAS FEMENINAS EN LAS ELECCIONES *

Gregorio Peces-Barba Martínez

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid

I. Un homenaje a Norberto Bobbio, para su noventa aniversario es un acto de justicia, en el que es un honor participar. Agradezco al profesor Bonanate y a Teoría Política, la oportunidad para expresar, una vez más, con mi pequeña aportación, mi afecto, mi respeto y mi reconocimiento por una obra grande, compleja, a veces torturada y siempre luminosa como la del maestro de Turín. En España muchos, y yo desde luego, debemos mucho a este hombre modesto, un poco pesimista, dubitativo, pero seguro de sus propias conclusiones, que huye de explicitar un sistema, pero que tiene un sistema en su cabeza bien ordenada, y que ha aportado tanta luz que ilumina con continuidad, sin deslumbrar, y que es un ejemplo moral, académico y ciudadano. Bobbio es poco asequible al elogio y se turba ante las referencias personales que ensalzan sus virtudes. Por eso, el mejor homenaje es prolongar su reflexión en algún tema, al que haya dedicado atención preferente. He escogido uno de los que desde siempre ha suscitado su interés y que es clave de bóveda de un pensamiento político y jurídico, el concepto de igualdad y sus diversos desarrollos en la cultura democrática moderna.

Bobbio ha tratado el tema en la igualdad, con reiteración, aportando siempre matices, y a veces ciertas contradicciones u oscilaciones, y lo ha vinculado con el tema de la democracia y con la idea de justicia. Sus apor-

* Este trabajo es la aportación del profesor Gregorio Peces-Barba al homenaje que Teoría Política dedicó a Norberto Bobbio en su noventa aniversario.

taciones son numerosas y valiosas¹ y se han referido a la igualdad jurídica, a la igualdad ante la ley, a la igualdad política, es decir a la igualdad como no discriminación, que es otra perspectiva de la igualdad ante la ley. Hablar de igualdad política supone para Bobbio igualdad en el poder de influir en la formación de la voluntad colectiva, en las decisiones de interés general². El punto de vista socialista liberal o democrático desde el que Bobbio contempla la realidad política y la democracia le llevan a sostener la necesidad de ampliar los espacios de la vida social en que los iguales ante la ley, cuenten con igual poder de decisión. También ha reflexionado sobre la dificultad de arraigo y profundización de la democracia política, en un contexto de sociedad no democrática, donde la propiedad, la cultura y la educación son aún en gran parte elitistas y desiguales. Así el futuro de la democracia deberá contar con esos condicionamientos y actuar para recuperarlos. Por eso en su trabajo sobre «El tiempo de los derechos», que dará nombre al libro «L'età dei diritti» donde recogerá sus principales aportaciones al tema de los derechos humanos por sugerencia de los profesores Bonanate y Bovero, planteará de nuevo el tema de la igualdad, desde la idea del proceso de especificación de los derechos humanos, consistente en el paso gradual, pero cada vez más profundo, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos, para recoger y en su caso resolver, las desigualdades vinculadas a diferencias como las de la mujer, el niño, el anciano, el minusválido, el consumidor, el preso, etc³. En esta derivación personal, de la idea de igualdad se identifica la situación de colectivos de individuos que como tales están en inferioridad por razones sociales, culturales, de edad, de enfermedad, de sujeción especial, e incluso económicas en el caso del con-

¹ En relación con el problema de la igualdad, puede verse BOBBIO, N.,

— «Eguaglianza de equalitarismo», *RIFD*, núm. 3, 1976

— «Sulla nozione di giustizia», *Teoría política*, núm. 1, 1985, pp. 7-19

— «Igualdad y dignidad de los hombres», *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991.

— «Igualdad», en *Igualdad y libertad*, trad. P. Aragón, Paidós, Barcelona, 1993.

— *Destra e Sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, 2ª ed. ampliada, Roma, Donzelli, 1995. Hay traducción de A. Picone en Taurus, Madrid, 1995.

— «Liberalismo vecchio e nuovo», *Il futuro della democrazia*, 3ª edición, Torino, Einaudi, 1995.

— «La natura del pregiudizio», «Razzismo oggi» y «Eguali e diversi», en *Elogio della mitezza et altri scritti morali*, Linea d'Ombra, Milano, 1994. Hay traducción al castellano de F.J. Ansuátegui y J.M. Rodríguez Uribes en Temas de Hoy, Madrid, 1997.

² Sobre este tema de la igualdad vid Piero Meaglia. *Bobbio e la democrazia. Le regole del gioco*. Edizioni Cultura della Pace. Fiesole 1994, pp. 37 a 41 y Andrea Greppi *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio* Marcial Pons. Madrid 1998 p 251 a 257 y 293 a 303.

³ Vid *El tiempo de los derechos*, cit., p 109.

sumidor, para darles un trato diferente que supere su inferioridad y controle el abuso de posición dominante, de los que tienen el poder económico, cultural y también político. Estamos ante una forma de igualdad en derechos a través de la utilización de las técnicas de la diferenciación, y no de la equiparación, que es la técnica para la igualdad ante la ley, que evita la discriminación y no considera relevantes las diferencias de raza, de sexo, de religión, de ideología, etc., para un trato desigual. En el proceso de especificación, desde la igualdad como diferenciación, por el contrario esas condiciones que distinguen a los colectivos, si son relevantes para una protección especial a través de derechos. En este caso la atención de la igualdad como especificación, se refiere al status personal, al que afecta la innovación y la apertura de horizontes que Bobbio formula. Además introducirá los matices sobre la igualdad, en sectores diferentes del status personal, como es el espacial, donde los ámbitos de la igualdad se preocuparán no ya de si todos deciden, sino en qué ámbitos se decide. Con este punto de vista Bobbio se enfrenta con la paradoja de una conquista igualitaria en lo político, que coexiste con situaciones desiguales y discriminatorias en la realidad económica y social. En «Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica», Bobbio afirma que «...Oggi chi voglia avere un indice dello sviluppo democratico di un paese, deve considerare non più il numero delle persone che hanno diritto di votare, ma il numero delle sedi diverse da quelle tradizionalmente politiche in cui si esercita il diritto di voto. Detto altrimenti chi voglia oggi dare un giudizio sullo sviluppo della democrazia in un dato paese deve porsi non già la domanda chi vota? ma Dove si vota»⁴. Con estas dos perspectivas que amplian el núcleo central de la reflexión de Bobbio sobre la igualdad, que es la igualdad ante la ley y la igualdad de derechos, y que podríamos denominar de la igualdad a través de la especificación de titulares situados y concretos de derechos, y de la igualdad como ampliación de los ámbitos de decisión democrática a la sociedad civil, nuestro autor abre puertas y posibilidades aún no exploradas en el tema de la igualdad.

En concreto, a mi juicio, la igualdad en el derecho de voto, entre hombre y mujer, por escoger un tema importante no se agota con la formulación del principio de no discriminación, que aparece en la Constitución italiana en el artículo tercero y en la española en el artículo catorce. Piero Meaglia en un estudio sobre «Bobbio e la democrazia. Le regole del gioco» apunta el tema que me parece más relevante y nuevo en la actualidad sobre la igualdad. Refiriéndose a los planteamientos de Bobbio en la relación entre

⁴ *Stato, governo, società*, Einaudi Turin 1978, con reediciones posteriores. La primera edición es en la Enciclopedia Einaudi.

democracia e igualdad, como no discriminación entre los miembros de una sociedad respecto al censo, a la cultura, al sexo, a las opiniones políticas y religiosas, los centrará en la idea de que para Bobbio la inspiración igualitaria de la democracia se manifiesta en el sufragio universal⁵. Meaglia comentará esta posición de Bobbio con las siguientes reflexiones: «...Bobbio si riferisce chiaramente all'eguaglianza politica, o meglio a quel grado di eguaglianza politica che consiste nell'eguale facoltà di partecipare alla scelta dei propri rappresentanti. Ci potremo pero porre un'ulteriore domanda: questo grado di eguaglianza è sufficiente per parlare di democrazia?» Se entendiamo per eguaglianza politica la distribuzione in parti equali del potere di influire sulle decisioni collective, il suffragio universale è una condizione sufficiente per garantire l'eguaglianza politica? E fin troppo ovvio che la risposta deve essere negativa: l'eguale diritto di voto non basta infatti ad assicurare a tutti una eguale influenza sulla formazione delle decisioni collective.... Il voto elettorale non conferisce in fatti il diritto di prendere decisioni, ma solo quello de scegliere i decisori»⁶. Este razonamiento pone el dedo en la llaga de una dimensión de la igualdad que no es tratada directamente por Bobbio. Meaglia no acabará el razonamiento y se desviará hacia los medios materiales desiguales para influir en las elecciones, y para después de las elecciones influir también en los representantes para obtener decisiones favorables a sus intereses. Centra el valor de atención, en la democracia material, en la desigualdad de la riqueza, que es un problema cierto pero que si trata Bobbio. Si vemos el problema desde el punto de vista de la igualdad hombre-mujer en la participación política, podemos constatar la insuficiencia de la equiparación entre ambos en el sufragio universal activo y pasivo, porque si todos, hombres y mujeres, son iguales ante la norma para votar y ser votados como candidatos, la realidad es que en el sufragio activo es efectiva esa igualdad, pero no lo es en el sufragio pasivo, es decir en la posibilidad de ser elegibles. Es un terreno no explorado sobre el que vale la pena profundizar a partir de los contenidos del artículo 3-2 de la Constitución italiana y del 9-2 de la Constitución española. El mismo fenómeno de las decisiones de muchos partidos de incorporar cuotas de mujeres en las candidaturas pone de relieve que el problema existe. Un paso adelante supone plantear si no sólo en acuerdos políticos sino también en la ley, en el derecho positivo electoral, es posible incorporar cuotas obligatorias para mujeres y si existen razones que puedan justificar esa decisión. Mi punto de vista, que puede valer para otros ordenamientos situados en las mismas coordenadas políticas y jurídicas, se va a mantener, sin embargo, en el ámbito del Ordenamiento español.

⁵ Vid en Bobbio la voz «Democrazia», en *Lessico della politica* editor G. Zaccaria. Edizioni Lavoro. Roma 1987 p 167.

⁶ Obra y edición citadas p 41.

Conviene tener en cuenta que todo razonamiento jurídico y toda construcción doctrinal están vinculados a concepciones políticas y que la cristalización normativa, en forma de leyes o de jurisprudencia, está en última instancia vinculada a la voluntad de los legisladores y de los jueces. La cultura jurídica moderna, a partir del tránsito a la modernidad y hasta nuestros días ha supuesto un gigantesco esfuerzo para racionalizar el voluntarismo del poder sometiéndolo a reglas y a procedimientos que han limitado profundamente su alcance, pero que no han eliminado el momento de la decisión. Uno de los máximos exponentes de ese racionalismo Hans Kelsen, tuvo que reconocer al final de su vida que detrás de toda norma hay siempre una voluntad. En el tema que nos ocupa esa observación debe ser muy tenida en cuenta. Una posición constitucional, legal o jurisprudencial favorable o contraria a la reserva de cuotas de participación de la mujer puede encontrar siempre argumentos y razones en el acervo ideológico de la cultura política y jurídica modernas para apoyar de forma ilustrada sus conclusiones. No existe en este tema como en ningún otro una única respuesta correcta, ni nadie puede pretender una pureza doctrinal al margen de criterios políticos, ideológicos o culturales. Tampoco es posible un razonamiento abstracto al margen de las «verdades de cada tiempo» porque la razón, como afirmó con acierto Ortega, es siempre una razón histórica.

II. Con estos presupuestos ineludibles hay que situar el tema que nos ocupa en el marco del principio de igualdad, en sus distintas dimensiones, desde el hecho real de la existencia de los sexos, que diferencian a las personas, y que ha recibido un tratamiento histórico en el ámbito de la evolución del concepto de los derechos fundamentales.

Prescindiendo de momentos premodernos podemos encontrar, hasta llegar a nuestros días, y a partir de las revoluciones liberales los siguientes modelos:

El modelo de la discriminación normativa, donde la diferencia entre los sexos era relevante para un tratamiento discriminatorio, en el trabajo, en las relaciones familiares, y en la participación política. Los derechos, con un origen europeo y atlántico, se atribuían al hombre blanco con instrucción y con medios económicos. La mujer no participaba por exclusión normativa del goce de derechos como los referidos a la patria potestad, al acceso a la promoción en el trabajo, al salario o al sufragio. En Kant, por ejemplo, se encuentra justificación para la discriminación normativa⁷.

⁷ Vid su obra « En torno al tópico: tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica» en *Teoría y Práctica*. Tecnos. Madrid 1986 p 34.

El modelo de la igualdad normativa como equiparación. Sobre la base del principio revolucionario de los derechos naturales, en virtud de los cuales «Todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», se produjo un proceso de positivación y de generalización de los derechos que extendió a todos los hombres los derechos políticos y no solo a los que tenían derecho a inscribirse en el censo, por su instrucción y sus medios económicos. Este proceso se sitúa históricamente en el siglo XIX, aunque se perfecciona en el siglo XX. A finales del siglo XIX y a principios del XX se inicia la extensión de la igualdad desde el «todos» masculino a la mujer, y esa igualación normativa se puede considerar concluida o al menos muy avanzada en nuestros días. Es un proceso de igualación normativa como equiparación donde las diferencias como la del sexo no se consideran relevantes para justificar legalmente un trato desigual. Las normas constitucionales equiparan a efectos de los derechos fundamentales al hombre y a la mujer y se considera discriminatorio cualquier trato normativo inferior a la Constitución. Es el modelo del artículo 14 de nuestra Carta Magna. En base a esos nuevos criterios en el ámbito del Derecho Internacional, del Comunitario, del Comparado en los países democráticos y del español, se adecuan las normas civiles, laborales y políticas al nuevo marco de la igualdad normativa como equiparación. No desaparece el origen masculino de los derechos, pero en el marco de una equiparación de otras diferencias que se consideran igualmente no relevantes, (nacimiento, raza, ideología, religión, opinión o cualquier otra condición general o social) la mujer se incorpora al modelo normativo como sujeto titular de los derechos fundamentales. Se puede hablar de universalidad de los derechos, como consecuencia de esa igualdad como equiparación. En el tema que nos ocupa conduce al sufragio universal masculino y femenino.

El modelo de la especificación, por medio de la igualdad como diferenciación. Ya en el siglo XX, se produce una corrección de la igualdad normativa como equiparación que tenía como sujeto titular de los derechos a un abstracto destinatario «el homo iurídicos», que incluía a la mujer en su ámbito, y que se refería a las personas y a los ciudadanos. La corrección se produce al constatarse que hay grupos de personas, colectivos, que no abarcan a todos y que por diferentes razones están en situación de inferioridad respecto a otros. La constatación empezará por la satisfacción de las necesidades básicas con ayuda de los poderes públicos, de aquellas personas que no pueden satisfacerlas por sí mismos, lo que dará lugar a los derechos económicos y sociales, aunque su evolución posterior los generalizó y los consideró de todos, con un proceso de universalización que los equiparó a los derechos clásicos, individuales civiles y políticos. Por cierto que esa ampliación genera muchos problemas que no podemos tratar aquí, y

que ha supuesto que no gocen de un consenso tan amplio como los anteriores⁸.

Pero la especificación propiamente dicha, afecta a colectivos que, por razones culturales, como la mujer, físicas o psíquicas, como los minusválidos, de edad, como los niños y los ancianos, económicas como los consumidores, de sujeción especial, como los soldados o los presos, o de salud, como los enfermos, necesitaban un tratamiento específico, que se organizó a través de derechos fundamentales, no de todos, sino de las personas situadas en esas condiciones específicas. Aquí el tratamiento exigía una idea de igualdad como diferenciación, término que prefiero al de discriminación positiva, para que la inferioridad concreta pudiera desaparecer, a través de una homogeneización de situaciones que equiparase a esos colectivos con el resto. La igualdad como diferenciación que suponía considerar como relevantes esas condiciones específicas, no permitía la universalidad en el punto de partida sino que pretendía una universalidad en el punto de llegada.

La aparición de este nuevo modelo en este siglo es un signo de la insuficiencia del modelo anterior y de la igualdad normativa como equiparación de diferencias. Frente a lo que el anterior supone, existen rasgos relevantes entre seres diferentes que sólo pueden gozar realmente de los derechos fundamentales, si reciben un trato específico para alcanzar una igualdad real. En el modelo anterior las normas y los hechos no coincidían y el tenor liberador de las normas exigió el tratamiento diferenciado para modificar la realidad. La toma de conciencia de que la igualdad como norma, no suprime la desigualdad como hecho, fue el elemento determinante para abrir este tercer modelo y para analizar los colectivos afectados, que ya no eran «los hombres y los ciudadanos» sino conjuntos de personas con identificación diferenciada, que exigían un trato desde derechos humanos propios y exclusivos para equipararles con el genérico «hombre y ciudadano».

Para comprender este tercer modelo y situar en él el problema que nos ocupa sobre la posibilidad de establecer cuotas para las mujeres en la legislación electoral, para ser elegibles, es necesario hacer una serie de precisiones conceptuales.

Primera. Hay que distinguir entre diferencias, discriminaciones y desigualdades. Las diferencias son elementos de las personas que les distinguen de otras y que no se pueden considerar relevantes para un trato distinto.

⁸ Vid mi artículo «Los derechos económicos, sociales y culturales: apunte para su formación histórica y su concepto», en *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Cuadernos Bartolomé de las Casas. Instituto de Derechos Humanos. Dykinson. Madrid, 1999.

Son elementos positivos. Son realidades protegidas desde el segundo modelo que es el de la igualdad normativa como equiparación⁹. El sexo, la opinión, la religión o la raza son diferencias entre las personas protegidas, en España por el artículo 14 de la Constitución. Entre esas diferencias hay que distinguir las naturales y las voluntarias. Las primeras son aquellas que existen con independencia de la intención del sujeto, como el sexo o la raza y las segundas son las que han exigido un proceso racional de decisión, y que existen porque el sujeto las ha querido o buscado intencionalmente como la opinión o la religión.

Las discriminaciones son las violaciones de la igualdad normativa como equiparación, y se producen cuando una mujer no tiene igual salario legal, o no puede participar en una determinada profesión o cuando una opinión es prohibida, o cuando una religión no puede hacer públicas manifestaciones de culto. La superación de las discriminaciones exige el desarrollo del principio constitucional de la igualdad en los ámbitos legales y reglamentarios. Ese proceso es el que se ha seguido en España en esos ámbitos, desde la Constitución, y con el apoyo de la interpretación jurisprudencial ordinaria y constitucional. Las discriminaciones se sitúan en el ámbito normativo y su solución se plantea igualmente en ese ámbito.

La desigualdad es una cuestión de hecho, es una realidad que existe, como consecuencia de las diferencias, y del desajuste entre las normas que las protejan y que pretenden la equiparación, y esa realidad que por diversas razones persiste y no se resuelve con la proclamación de la igualdad formal.

Segunda. El modelo de la especificación por medio de la igualdad como diferenciación es la solución técnico jurídica a las desigualdades. No actúa para las diferencias, ni tampoco para las discriminaciones. Tampoco debe plantearse entre las desigualdades que derivan de las diferencias que hemos llamado voluntarias, porque esas diferencias han sido elegidas libremente por sus titulares, y la intervención promocional de los poderes públicos a través de la igualdad como diferenciación para corregirlas carece de sentido. Una opinión o una religión minoritarias, lo son porque tienen pocos adeptos, seguidores o creyentes, y la esencia de esas diferencias está en decisiones autónomas y libres de quienes las defienden y las asumen. Una intervención protectora de los poderes públicos, desde fuera para aumentar sus

⁹ Aunque desde otra perspectiva, se ocupa Bobbio de la relación entre igualdad y diferencia en «Iguales y diferentes», *Elogio de la templanza y otros escritos morales*. Estudio preliminar de Rafael de Asís y traducción de Javier Ansuátegui y José Manuel Rodríguez Uribes. Temas de Hoy. Madrid, 1997. Edición original «Elogio della mitezza e altri saggi morali». Línea d'Ombra Edizioni. Milan, 1994.

adeptos o creyentes desvirtúa el sentido de esas diferencias que son fruto de una opción. El mismo criterio es aplicable a las opciones ideológicas o religiosas mayoritarias. La acción positiva en esos casos afectaría a principios como el pluralismo o la neutralidad ideológica y religiosa del Estado y de la Administración. El campo de la igualdad como diferenciación (discriminación positiva) sólo abarca a las desigualdades naturales, en las que la persona se encuentra con independencia de su voluntad.

Tercera. Entre esas desigualdades naturales hay algunas que se refieren a situaciones que exigen tratamientos normativos específicos, derivados de condiciones especiales vinculadas a las diferencias, pero no situadas en el marco del ejercicio de derechos fundamentales preexistentes, donde la igualdad como equiparación no resuelve la desigualdad de hecho. Es el caso de muchos derechos de los minusválidos, de los niños, de los ancianos, de los enfermos e incluso de la mujer. Es el ámbito de esos derechos específicos nuevos, de la persona situada. Ahí podríamos por ejemplo citar la supresión de las barreras arquitectónicas, para los minusválidos, del derecho al consentimiento informado de los enfermos o de los participantes en ensayos clínicos. En relación con la mujer ahí podríamos situar lo que Ferrajoli llama el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad, tema complejo y discutible, pero que en todo caso aparece en este ámbito¹⁰.

El problema de las cuotas de participación de la mujer en el sistema electoral como elegibles, no pertenece a este primer grupo, sino a un segundo donde existen derechos fundamentales previos y reconocidos donde el hombre y la mujer tienen una igualdad normativa como equiparación, que ha supuesto un evidente progreso en relación con la situación anterior, pero donde la igualdad normativa no se corresponde con la situación de hecho, y donde estadísticamente se puede comprobar una superioridad estable y mantenida del hombre, en la participación como elegible en los procesos electorales, frente a una posición, de hecho, inferior de la mujer.

III. Planteado el tema en los términos que me parecen adecuados, y realizadas las aclaraciones conceptuales pertinentes, es el momento de responder a la pregunta planteada, de acuerdo con las siguientes conclusiones.

1) En el sistema constitucional español, la igualdad normativa como equiparación del artículo 14 debe completarse, para nuestro supuesto con lo establecido en el artículo 23-2, que establece la igualdad de acceso a funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. La valo-

¹⁰ Vid. Luigi Ferrajoli *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Prólogo de Perfecto Andrés ibañez. Traducción del mismo y de Andrea Greppi. Trotta. Madrid, 1999, pp. 83 y siguientes.

ración de si esa igualdad normativa entre el hombre y la mujer se corresponde con la realidad es una cuestión de hecho que depende de otras aproximaciones analíticas distintas de la jurídica: sociológica, estadística, etc.

2) Como hemos afirmado al principio, esa información debe ser acompañada de la voluntad de afrontar y resolver el problema y de la existencia de medios técnicos para ello en nuestro Ordenamiento jurídico.

Hemos visto como la teoría de los derechos fundamentales tiene elementos doctrinales que permitan abordar ese tema desde el modelo de la especificación, por medio de la igualdad como diferenciación, con las precisiones que acabamos de hacer. En nuestro sistema constitucional, el artículo 9-2, permite afrontar el desajuste entre las prescripciones normativas y la realidad, al afirmar que «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivos, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política económica cultural o social». Esta norma está en la Constitución según afirmó el profesor Alzaga¹¹ en sus comentarios a la misma, como consecuencia de la tozudez del ponente socialista, que se honra en escribir este trabajo y me satisface mucho que no fuera una norma retórica y vacía sino, precisamente, el instrumento adecuado técnicamente para promover el modelo de la especificación mediante la igualdad como diferenciación, y además adecuar la normatividad a la normalidad real.

Aunque este texto está inspirado en el artículo 3º, párrafo segundo de la Constitución Italiana, y en él se han basado las experiencias de las cuotas legales en ese país, hay que decir que el texto español es más rico y no sólo se refiere a la remoción de los obstáculos como el italiano, sino a la promoción de las condiciones y a facilitar la participación, elementos nuevos, que refuerzan la posibilidad de una respuesta positiva.

3) La jurisprudencia constitucional española ha aceptado la teoría del tratamiento de discriminación positiva, o de trato diferenciador para alcanzar la igualdad, en varias sentencias como la 128/87 o la 214/88. En la Sentencia 70/90 y en la 177/93 el Tribunal Constitucional establece una matizada doctrina sobre el alcance del principio de igualdad, que admite la desigualdad de trato con una justificación objetiva y razonable y con que los elementos diferenciadores no puedan ser arbitrarios o carecer de fundamento. La medida debe superar un juicio de proporcionalidad donde las consecuencias jurídicas sean adecuadas, de modo que la relación entre la

¹¹ Vid. Oscar Alzaga. *La Constitución Española de 1978* (Comentario sistemático). Ediciones del Foro. Madrid, 1978. p. 135.

medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen el juicio de proporcionalidad evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

La jurisprudencia declara al artículo 9.2 como la norma que justifica una igualdad como diferenciación para remover, promover o facilitar la participación.

4) Es posible si se cumplen esos requisitos, establecer cuotas de presencia de la mujer en las listas electorales, modificando la legislación electoral y sin cambios constitucionales, con el juego conjunto de los artículos 14, 23.2 y 9.2, si se cumple, como creo que ocurre, la realidad, sostenida y demostrable por métodos sociológicos y estadísticos, de una desigualdad de hecho a pesar de la igualdad normativa, y se cumple además, como también creo, la exigencia de requisitos señalados y que exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

5) La norma que regula estas cuotas, en cuyas fórmulas concretas no entro, es excepcional y de vigencia temporal y debería durar sólo hasta que desaparezcan las desajustes entre la desigualdad real y la igualdad normativa.

6) Finalmente conviene despejar la dificultad que supone la posible interferencia de esta inserción legalmente obligatoria de una cuota de candidatas, en las listas electorales, con el artículo 23-1 que establece el derecho a participar libremente como electores en elecciones periódicas por sufragio universal. El hecho de que sean los partidos quienes designen a sus candidatos en listas cerradas, debilita el argumento porque en este caso esa imposición no se ha considerado como una violación de la libertad de elección política de los ciudadanos. De todas formas la vieja reivindicación de las listas abiertas y su introducción en el sistema electoral, podría, desde este punto de vista, facilitar la libre elección, con la decisión de los votantes de situar a los candidatos en su orden preferible. Si queremos situar estos planteamientos de la igualdad en la relación entre justicia, validez y eficacia del Derecho, que puede ser una vía fructífera para una comprensión más distanciada y con mayor perspectiva, parece que la igualdad desde la justicia del Derecho es el punto de vista nuclear del que derivan todos los demás. Así la igualdad es un contenido esencial de la justicia del Derecho, y se justifica, se identifica y se determina en ese ámbito de reflexión. Bobbio dedicará muchos de sus esfuerzos a la consideración de la igualdad como justicia, al delimitar sus contenidos, sus titulares sus ámbitos de acción y al distinguir igualdad de igualitarismo. La consideración de la igualdad desde la validez del Derecho supone considerar el proceso de positivación de la igualdad desde la ética pública crítica, que es su origen, hasta la ética

pública legalizada. Coincide con el segundo modelo de la igualdad normativa como equiparación y está recogida en normas válidas que la garantizan formalmente. El paso al modelo siguiente el de la especificación, por medio de la igualdad como diferenciación, exige entrar en el análisis desde la eficacia del Derecho. En efecto la validez no es condición suficiente para la eficacia y ésta, en el caso que nos ocupa, exige una acción positiva que reequilibre con nuevas exigencias normativas la realidad de lo que sólo forma parte de normas válidas, y que sólo con esa acción para remover los obstáculos o para promover las condiciones, puede ser real y efectiva. A través de la teoría de la justicia, del normativismo y del realismo, se construye un concepto de igualdad que permite abarcar esta última dimensión donde la eficacia de unas normas válidas, sobre la igualdad hombre mujer en el sufragio pasivo, es posible a través de otras normas válidas que establecen cuotas femeninas en las listas electorales.

Naturalmente que la moderación exige avanzar por este terreno inexplorado con prudencia y respetando los principios de mérito y capacidad. Esta exigencia impediría, por ejemplo, extender este modelo a oposiciones o concursos de funcionarios, aunque por otra parte ya las mujeres tienen una presencia real amplia, que no permite una comparación con su presencia, o mejor dicho su escasa presencia en las listas electorales en puestos seguros. Como siempre que una nueva idea pretende incorporarse, desde la ética pública crítica a la ética pública positivizada debe hacerse con prudencia, como aquella recomendación que hacía en «I promessi sposi» de Manzoni el gobernador español a su cochero «Adelante Pedro, pero con juicio.»