

**UNA LABORIOSA LIBERACIÓN JURÍDICA:  
LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO**

**Discurso de Ingreso en esta Real Corporación  
pronunciado por el  
EXCMO. SR. D. ANDRÉS OLLERO TASSARA  
el día 7 de Noviembre de 1997**

EXCMO. SR. PRESIDENTE  
EXCMOS. E ILTMOS. SEÑORES ACADÉMICOS  
EXCMAS. E ILTMAS. AUTORIDADES  
SEÑORAS Y SEÑORES

Mis primeras palabras en día para mí tan señalado han de ser de doble agradecimiento; no sólo por el elevado honor que habéis tenido a bien concederme, sino por la oportunidad que ello me regala para expresar hoy públicamente sentimientos que resumen el balance de los treinta y dos años que gozosamente me vinculan a esa Granada a cuyo servicio esta Real Academia dedica sus mejores esfuerzos: muchas gracias.

Hace, en efecto, más de tres decenios que un joven Licenciado en Derecho llegaba a esta ciudad, entonces todavía orlada -la experiencia demostró que caprichosamente...- de un curioso halo de hermetismo. Nada encontré en ella que justificara tan arraigada fama de plaza cerrada, ni dificultad de comunicación mayor de la que derivaba de su

peculiar orografía y de la desidia política: baste evocar sus, a fuer de inexistentes, ya legendarias autovías, sobre las que hoy -un día es un día- me haréis gracia no me pronuncie con mayor detenimiento.

Ha sido mucho lo que en estos años he recibido de tantos granadinos; más, sin duda, de lo que tuve ocasión de rendir a cambio. Granada es tierra de afectos; poco dados, sin duda, a exhibirse, lo que no deja de probar su profundidad y arraigo. Mi experiencia ha sido que en Granada los afectos no sólo se heredan de padres a hijos; se endosan también de hijos a padres. Ello explica que entre las amistades que honran mis decenios granadinos puedan estar los padres de los Antonio, Valentín y Luis Javier Cortés Domínguez, o de los Luis y Miguel Angulo Rodríguez, por citar sólo a los de algunos de mis primeros amigos granadinos.

Como figuró entre ellas el padre de Juan Santaella Porras, el inolvidable D. Juan Santaella Godoy, al que -en un nuevo e impagable detalle de afecto- me hacéis hoy suceder como titular de la Medalla n.º 14 de esta Real Casa. Para identificarse, en trance similar al presente, un 16 de junio de 1983, nos remitía a la Abogacía granadina "de cuya clase profesional exclusivamente procedo" y "a la que en definitiva debo cuanto soy". Enamorado de la ciudad de Loja, que lo disfrutó como Alcalde, viejo amigo de los libros y amigo de los libros de viejo, historiador curioso y hospitalario

conversador, su recuerdo refuerza los afectos que este acto conjura.

Mi enriquecedora vinculación universitaria me haría bien pronto también conocer en sus hijos los frutos de esas sagas jurídicas que son orgullo de Granada: los Camacho, Jiménez-Casquet, Labella, Ortega, Pérez-Serrabona, Porras, Roca, por seguir el ritual orden alfabético; o a mis inolvidados Juan José Ruiz-Rico y Daniel Cuadra... Nombres todos ellos en esta Casa tan dignamente representados.

De ahí mi particular agradecimiento por el voto unánime con que refrendásteis la propuesta, fruto a su vez de bien probados afectos; los de D. Matías Cortés Martín, D. Rafael Caballero Bonald y D. Nicolás María López Calera. Con éste vuelvo a quedar en deuda, al haber querido asumir el discurso de contestación. Nos encontramos así, una vez más, aparentemente frente a frente; en realidad y como siempre, seguimos así codo con codo, cultivando el saboreo de la diversidad en comunes ilusiones académicas y políticas, en las que nunca conseguimos acabar siendo tan distintos como coquetamente nos gustaría.

Pero debo ya, sin más demora, asumir los deberes que del artículo 13 de los Estatutos de esta Real Corporación inequívocamente derivan, antes de que llegaráis a tener ocasión de meditar mejor la decisión a que os llevara vuestra cordial benevolencia. Dispuesto a satisfacer tan

honroso compromiso, dedicaré mi esfuerzo a repasar un laborioso proceso de liberación jurídica: el de la mujer respecto a los arraigados obstáculos que han venido haciendo su igualdad menos real y efectiva. Quizá, tras repasarlo, podamos sentirnos invitados a liberarnos también gozosamente de otros obstáculos, que nos dificultan una más adecuada comprensión de la auténtica realidad del derecho, como intento de convertir en hechos positivos las exigencias de la justicia.

La igualdad resulta aludida en el artículo 1.1 de la Constitución Española como uno de los "valores superiores de su ordenamiento jurídico". La funesta manía de preguntar, característica de los cultivadores académicos de la filosofía, nos invitaría ya a interrogarnos si con ello se ha "puesto" una auténtica norma jurídica o se abre, más bien, paso a aventuradas operaciones axiológicas <sup>1</sup>.

Si, huyendo de devaneos filosóficos, nos acercamos a la praxis jurídica, el repaso de la jurisprudencia constitucional española sobre discriminación por razón de sexo puede ayudarnos a comprobar cómo las exigencias de la igualdad entrañan una dimensión hermenéutica o interpretativa. Nos encontramos ante un rasgo inseparable de toda realidad jurídica, que deja en evidencia las limitaciones de ese

planteamiento tópico -aún dominante- que se empeña en presentar como sinónimos estos cuatro términos: *derecho = positivo = norma = ley*.

Si ello fuera realmente cierto, ¿podríamos considerar como propiamente *jurídicos* a esos *valores* superiores que presiden un *ordenamiento* al que, por definición, sí se considera tal? Si mantuviéramos tan caprichosa identificación, la respuesta resultaría inevitablemente negativa: nada habría pre-legal, pre-normativo ni pre-positivo a lo que quepa considerar “jurídico”. Sería el propio ordenamiento, concebido -por supuesto- como *sistema* de normas puestas, el que aportaría el criterio identificador y demarcador de lo que es o no derecho. Únicamente cuando son defectuosas, precisarían las leyes (normas puestas, por antonomasia) el complemento de unos principios, que sólo así -por esa vía tasada- se verían ocasionalmente convertidos en jurídicos. Al margen de ello toda referencia axiológica sería tan superflua y peligrosa <sup>2</sup> como ajena a la realidad del derecho.

Para admitir que dichos valores son realmente “jurídicos” habría que establecer forzosamente que los valores superiores no son sino normas peculiares, manejables pulcramente sin necesidad de caer en el arriesgado ámbito de la axiología.

El debate en torno a si cabe o no considerar que un principio no es sino un tipo particular de norma podría parecer entretenimiento de filósofos, capaces ya sólo de hablar

sobre el habla. Su alcance cobra, sin embargo, importancia si no olvidamos el triple aliento (técnico-científico, ético y político) que históricamente justificó la opción por el *normativismo*. Afirmar el derecho como conjunto de normas equivalía -baste recordar a Bentham...- a reconocerlo como un objeto delimitado con precisión suficiente como para poder ser objeto de un conocimiento científico, es decir, racional. Suponía también disponer de un instrumento capaz de garantizar seguridad a unos ciudadanos que -fueran cuales fueran sus ideales de justicia- sabrían, norma en mano, a qué podrían atenerse. Implicaba, por último, establecer la frontera entre la norma ya creada y la de posible creación ("lata" y "ferenda"), y con ella deslindar el legítimo ámbito de juego de los creativos legisladores y el de los obligadamente pasivos aplicadores del derecho.

Si lo que logramos, concediendo con aire benévolo que un principio no es sino una norma peculiar, es convencernos de que el llamado derecho objetivo nos ofrece en realidad perfiles huidizos, y que es tan incapaz por ello de garantizar seguridad alguna como de trazar toda plausible frontera entre aplicación y creación de derecho, estaríamos probablemente describiendo con ejemplar fidelidad el juego de esos principios, pero sólo a costa de privar, de una vez por todas, al normativismo de todo sentido. Lo que, sin duda, sólo sería muy de agradecer para quienes -como el que habla- no se hayan tomado nunca las normas tan en serio como tienen por costumbre los normativistas...

Su modelo exigía una minusvaloración de la dimensión hermenéutica de lo jurídico, al considerar toda actividad interpretativa como fruto de una patológica situación de emergencia: los llamados “casos difíciles”, hoy popularizados por el imperialismo de la analítica anglosajona.

El normativismo, en efecto, nos afirma entre otras cosas que:

- Sólo la *aplicación técnica* de la norma nos pondrá a salvo de *interpretaciones político-valorativas*.

- Para ello bastaría contar con normas claras, susceptibles de una captación literal que ahorre juicios de valor.

- En defecto de ellas, sería preciso recurrir a una metodología científico-jurídica capaz de controlar sin fisuras tan excepcional manipulación de las normas.

- Se nos previene respecto a la interpretación *teleológica*, más atenta a los resultados previsibles en un contexto social determinado que a exigencias de racionalidad *lógica*, porque nos adentraría ya inevitablemente en el ámbito metapositivo de la propuesta *axiológica*, encubriendo la creación política de nuevo derecho.

- Habría que huir de dicha tentación, renunciando a un *activismo judicial*, que ignora ilegítimamente las prerrogativas del legislador.

La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por razón de sexo nos irá sugiriendo, por el contrario, hasta siete tesis bien distintas:

1. En primer lugar, la igualdad como *valor* superior del ordenamiento tiene, por supuesto, la efectividad propia de una *norma* constitucional, pero ello no le impide operar a la vez como *principio*. Resulta, pues, artificial plantear como un dilema la relación entre principios y normas, situando a éstas en terreno sólidamente jurídico mientras aquéllos quedarían en el limbo de los buenos deseos <sup>3</sup>.

Hablar, en serio, de *valores* del ordenamiento jurídico supone reconocer que hay valores que -ellos mismos, y no sólo las normas que los recogen- son propiamente jurídicos. Cuando el Tribunal nos presenta como vinculante para todos los poderes públicos a “la igualdad consagrada en el artículo 14, *de carácter jurídico*” <sup>4</sup>, nos está recordando precisamente que la igualdad es un valor jurídico -y no sólo estético o moral- y no redundando en la obviedad formal de que todo artículo de la Constitución debe considerarse jurídico.

Si valores, principios y normas acaban con frecuencia combinados, no es por pura falta de precisión terminológica <sup>5</sup>. Están expresando en realidad un peculiar *sistema*, no compuesto sólo de normas (como exigiría el *normativismo*), nítidamente puestas (como exigiría el *positivismo*), tras un transparente procedimiento legislativo (como exigiría el *legalismo*). Nos hallamos ante un “sistema” bien distinto en el que unos valores -que operan como principios informadores del ordenamiento, lleguen o no a conformar-

juego en dicho caso, por existir ley aplicable. Cambiando sin embargo de contexto, se afirmará de inmediato lo contrario: sí será “aplicable a estas relaciones el principio de igualdad”, que es un “*principio básico* de nuestro ordenamiento en todas sus ramas” 8.

3. Sólo forzadamente cabría, en tercer lugar, considerar a la igualdad como una *norma positiva* peculiar. Nos hallamos, en realidad, ante un *valor* que activa determinados resortes hermenéuticos (como lo “razonable” o lo “proporcional”), a través de los que pugnan por positivarse implícitos *principios* de justicia.

La norma del artículo 14 se mostrará bien pronto necesitada de integración, ya que no enumera “una lista cerrada de supuestos de discriminación”, sino que se limita a resaltar la “explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas” 9. Por si fuera poco, el propio Tribunal tendrá además que definir el propio término “discriminación”, de alcance tampoco precisado en su texto.

No toda desigualdad puede considerarse discriminatoria; cabe, por el contrario, que derive paradójicamente de imperativos de igualdad. Un tratamiento desigual “puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los *valores*

Desigualdad  
y  
Discriminación

que la Constitución consagra como superiores del Ordenamiento como son la justicia y la igualdad". Sólo habría discriminación cuando "la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable" <sup>10</sup>. Lo que resta por aclarar es dónde encontraremos los criterios capaces de cargar de razón a dicho trato desigual.

El Tribunal, al dictaminar la "inconstitucionalidad sobrevenida" de la Ley de Derechos Pasivos -que establecía que el funcionario jubilado que volviese al servicio activo, no adquirirá derecho a mejorar su anterior clasificación por los servicios prestados con posterioridad- brindaba al respecto una generosa respuesta: "la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la *finalidad y efectos* de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de *proporcionalidad* entre los medios empleados y la finalidad perseguida" <sup>11</sup>.

Convencernos de que, al relacionar razonablemente fines y efectos, lo que estamos haciendo es limitarnos a *aplicar una norma ya puesta* exigiría una notable fe normativista y positivista. Más bien parece que estamos manejando un *principio*, para poder *positivar interpretativamente* las exigencias derivadas de un *valor*.

Tal sospecha no es fruto sólo del descreimiento de quien les habla. La compartía también, en bizarra defensa del positivismo normativista, un afamado jurista español, que ejercía prestigiosamente por entonces de Magistrado

constatar cómo los principios introducen, dentro del proceso de positivación de lo jurídico, inevitables juicios de valor.

4. Como consecuencia de todo lo anterior, no tendrá nada extraño -en cuarto lugar- que cambie de rango el *criterio literal* de interpretación de las normas. *Subordinado* al juego de los principios confluyentes en el caso, quedará reducido a una más entre las herramientas disponibles a la hora de hacer justicia.

La reflexión sobre el derecho llevada a cabo desde la hermenéutica existencial había llamado ya la atención sobre algo obvio: difícilmente podrá la claridad de una norma excluir su interpretación, ya que sólo después de haberla interpretado podremos dictaminar si nos aparece como más o menos "clara".

El establecimiento de pensiones reservadas de modo nítido sólo a las viudas había llevado a un órgano judicial a descartar toda ulterior interpretación. Estimaba que "las reglas de la *hermenéutica* deben tenerse en cuenta en los supuestos de oscuridad e insuficiencia; pero ante la claridad y contundencia del texto normativo de que se trata, sólo es dada la *aplicación* estricta" <sup>14</sup>. El Tribunal Constitucional, sin embargo, lejos de admitir "la *aplicación*, en su tenor *literal*, de la norma", la rechazará por "discriminatoria", al dar paso

Pensiones:  
Viudos  
Abtenerse

a “una *interpretación* insuficiente de las exigencias que derivan del principio constitucional de igualdad” <sup>15</sup>. La interpretación literal se ve, en efecto, reducida a una más -entre otras posibles- y no necesariamente la mejor.

5. El *criterio teleológico*, antes postergado a las arriesgadas fronteras de una integración de emergencia, no es -en quinto lugar- sino el ingrediente habitualmente *primario* de todo razonamiento jurídico.

Esto se pondrá fácilmente de relieve cuando, dictaminada la existencia de una discriminadora vulneración de un derecho, haya que plantearse también el modo más eficaz de subsanarla. Resultará ineludible para el Tribunal ponderar hasta *tres principios*, expresivos todos ellos de *un mismo valor*: el de la igualdad.

- El principio de *no discriminación* vetaba toda futura desigualdad de trato que no estuviera avalada por un fundamento objetivo y razonable. Admitida, sin embargo, la necesidad de tratar desigualmente a los desiguales, entrarán en juego otros dos principios de juego alternativo.

- El primero anima a mantener un *proteccionismo* paternalista. Al entender que la mujer es -y debe seguir siendo- desigual, establece medidas que eviten una equiparación con el varón que sólo podría tener para ella consecuencias negativas.

- Cuando, por el contrario, es su desigualdad lo que se considera rechazable, un diverso principio reclamará

medidas de *acción positiva*, que por vía compensatoria favorezcan en la vida pública la deseable equiparación de mujer y varón.

Medidas residuales de proteccionismo paternalista explicaban, por ejemplo, que a los Ayudantes Técnicos Sanitarios que trabajaran en domingo -si se trataba de personal femenino- se les abonaran las doce horas de su turno como extraordinarias; mientras, a los varones sólo se le reconocían como tales las tres que excedían de su habitual horario laboral.

Como "la protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación", se hace preciso someterla a contraste para cerciorarse de que no encerraba una discriminación <sup>16</sup>. Tan generosa "protección" dejaría de parecer razonable, si consistiera en dar por sentado que el domingo la mujer ha de estar en casa, dedicada a "sus labores", mientras el varón en idéntica jornada disfrutaría de una autonomía perfectamente fungible con la de martes o jueves.

Detectada la obvia discriminación, el problema se prolonga a la hora de restablecer eficazmente la igualdad conculcada. Se ofrecen dos opciones: "puede privarse a la mujer de la condición privilegiada que en un momento anterior se le concedió, o puede ampliarse el contenido de los derechos del varón para que llegue a poseer el mismo alcance".

Horas de  
Trabajo  
Dominical

La *teleología*, una vez más, entrará en juego, jerarquizando los objetivos favorecidos por una u otra opción. El Tribunal -que contaba, por entonces, con un sólo año de funcionamiento...- decide con audacia que "el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige" impediría "privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas" <sup>17</sup>. Las horas pasarían, pues, a pagarse a unas y otros como extraordinarias; ni un voto particular empaña tan generosa solución.

El mismo Tribunal llegará, sin embargo, a conclusiones mucho más sobrias cuando -diez años después- se pronuncie sobre la existencia de un plus de transporte nocturno, previsto sólo para trabajadores de sexo femenino.

Como fundamento objetivo y razonable de tan evidente desigualdad, el órgano judicial había aludido a "razones de carácter sociológico", como el "mayor riesgo o conciencia de inseguridad de la mujer respecto al hombre durante la noche, ante la posibilidad de un ataque" <sup>18</sup>. El Tribunal, que no considera "excluida 'a priori' toda posibilidad de que se atribuyese también el plus de transporte a los trabajadores varones", aprovecha sin embargo para recuperar tesoros de sabiduría popular: hay cariños que matan.

Paternalismos aparte, le parece exigible "la eliminación de las *normas protectoras* del trabajo femenino que pue-

Plus de  
Transporte  
Nocturno

den constituir en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones". A fin de cuentas, el citado plus encarecía la contratación femenina, lo que podría acabar resultando un modo en exceso imaginativo de fomentarla.

Al sugerir el modo de subsanar la vulneración de su derecho a la igualdad, el varón recurrente no había dudado en exigir el abono del susodicho plus; persuadido quizá de no ser del todo inmune a peligros nocturnos. El Tribunal rechazará ahora la posible "extensión de este privilegio" <sup>19</sup>; si bien es cierto que siete años más tarde de que se hubiera ya reconocido a los varones -por vía de convenio- el discutido plus. Todo parece indicar que, al negar lo ya obtenido, evitaba consolidar una línea doctrinal no exenta de consecuencias económicas.

Dos años después tendrá una nueva oportunidad de pronunciarse sobre la conveniencia de una posible "*bilateralización*" de la medida (trascrito sea con perdón...), como modo de solventar casos de trato desigual. La Ordenanza de Seguros ofrecía al personal femenino, al contraer matrimonio, la posibilidad de rescindir su contrato y optar por una indemnización (de más de seis millones, en el caso de la recurrente...). Esta, al serle denegada, argumentará de nuevo que "cuando un precepto favorece sólo a las mujeres", el juego del "principio de igualdad no conlleva que el

Abandono del  
Trabajo con  
Indemnización

derecho deba de ser suprimido, sino el que haya de reconocérselo a los hombres” 20.

Al Tribunal va a parecerle ahora decisivo cerciorarse de que toda medida presuntamente protectora de la mujer “no haya perdido su *razón de ser*”; así habría ocurrido con las que, por “perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados”, “consolidan la situación discriminatoria contra la que se reacciona” 21. El hecho de que la propia víctima pueda “desear su aplicación” resultaría irrelevante, ya que “el consentimiento del sujeto discriminado no alcanza a sanar la naturaleza intrínsecamente inconstitucional del tratamiento”, que somete en la práctica “a las mujeres a un régimen promocional de la terminación del contrato que derechamente conduce a su expulsión del mercado de trabajo” 22.

Puesto que de buenas intenciones puede estar el infierno lleno, sería imposible, no obstante, manejar adecuadamente el criterio teleológico sin considerar las consecuencias que el objetivo perseguido acaba generando en cada caso.

“La existencia de una edad de jubilación más temprana” para ella, podría incluirse, por ejemplo, entre aquellas “medidas de *acción positiva*” tendentes a corregir la “histórica situación de inferioridad de la mujer”, que tendía a

Jubilación  
Incrementada

situarla en un "desigual punto de partida". El Tribunal teme, sin embargo, que su puesta en práctica "afecte negativamente a la igualdad de oportunidades de acceso al empleo del propio colectivo femenino discriminado", ofreciéndole ventajas sólo a la hora de ver rechazada su solicitud de trabajo. La medida, en consecuencia, habría "perdido su razón de ser" <sup>23</sup> lo que le permitirá descartar de nuevo esa igualación por arriba, de consecuencias nada inocuas.

El primado de lo *teleológico* explica que, repetidamente, nos venga saliendo al paso la alusión a la existencia o inexistencia en la medida examinada de una *razón de ser*. Nos encontramos, simplemente, ante una versión más dinámica de aquel *fundamento objetivo y razonable*, que nos permitía discernir entre una discriminación y una desigualdad irrelevante. Al fin y al cabo, toda actividad jurídica -o sea, la realidad del derecho- mantiene una vieja querencia a vincularse con la razón <sup>24</sup>.

Podría quitarse importancia a la cuestión, sugiriendo -en clave "débil"- que lo jurídico siempre tiene alguna *razón*: puesto que nadie hace nada sin motivo, resulta obligado reconocer en toda medida alguna "ratio". Parece sin embargo que, cuando atribuimos a algo una *razón de ser*, estamos afirmando bastante más. Más allá de todo *relativismo*, sugerimos que habría razones más cercanas que otras a la realidad de las cosas: o sea, a la realidad del derecho.

Insistiendo en versiones "débiles" -no en vano políticamente más correctas- cabría aún apelar a una clave *historicista*. Algo cobraría o perdería razón de ser con el mero transcurso del tiempo: por sintonizar más o menos con la mentalidad dominante.

Ocasión de ponerlo a prueba ofrecieron los auxiliares de vuelo de Iberia que reclamaron para sí el derecho a un retiro anticipado del que disfrutaban sus compañeras mayores de treinta y cinco años y menores de cuarenta. El órgano judicial, para justificar la diferencia de trato, apela a las propias expectativas de los usuarios, que aspirarían a contar con azafatas de buen ver: "la mujer, por sus condiciones físicas, aconseja y hasta impone, en el ejercicio de las funciones de Auxiliar de Vuelo, una presencia atractiva que normalmente demanda el personal receptor de esos servicios"; "peculiaridades que no son exigibles al hombre".

Se pretende perpetuar, pues, el discutible aforismo de que el varón, como el oso, cuanto más feo más hermoso. El Tribunal recuerda que "el sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual" y, aunque no duda que puedan existir "actividades laborales en las que la presencia física tenga una importancia decisiva"<sup>25</sup>, considerando que no es el caso ordena poner fin a tan castiza discriminación.

En realidad, cuando aparentemente se diagnostica la mayor o menor relevancia histórica de una medida, se

está dando paso -una vez más- a un razonamiento que implica valoraciones teleológicas. No basta con constatar simplemente que los tiempos cambian que es una barbaridad; es preciso advertir en qué medida la transformación de las circunstancias vacían o potencian la finalidad que la medida perseguía o la proporcionalidad de los medios previstos al efecto.

Así ocurrirá que mientras la Carta Social Europea impone a los Estados en 1961 (España no la ratificaría hasta 1980...) la obligación de "prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería", en los noventa se llega a la conclusión de que "la prohibición de trabajar en el interior de las minas a la mujer, aunque responda históricamente a una finalidad protectora, no puede ser calificada como una medida de acción positiva o de apoyo o ventaja para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece a ésta, sino que más bien la restringe, al impedir a la mujer acceder a determinados empleos" <sup>26</sup>.

De ahí derivaría la necesidad de "eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo o la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones". No se trataría de desconocer la realidad sino de, admitiendo que "la especial dureza de este trabajo puede requerir determinadas exigencias de

fortaleza y condición física”, establecer un sistema que las haga “exigibles por igual al hombre o a la mujer, al margen de su sexo” 27.

En tesitura similar se encontraron quienes debieron analizar las horas extraordinarias del trabajo dominical de las enfermeras. Sin llegar a considerarlas discriminatorias, conceden, por ejemplo, que “tales medidas deben ser sometidas a revisión para derogarlas si es que carecen de *actualidad*”. El Tribunal no dejó de reaccionar con escándalo: “el problema no es la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse ‘actualidad’, sino su conformidad con la Constitución” 28. Esta -conviene no olvidarlo- contaría, pues, con peculiares razones, no identificables necesariamente con las opiniones mayoritarias.

Eso explica que el “contenido esencial” de los derechos y libertades, al que se refiere su artículo 53.1, se sitúe por encima de la opinión coyuntural de los ciudadanos y de las no menos transitorias mayorías parlamentarias. Por eso podrá servir de referencia a la hora de defender -contra cualquier mayoritaria tentación opresora- a las minorías de turno; que suelen ser siempre las discriminadas. Nada más absurdo, en efecto, que pretender que los *tópicos* de actualidad sirvan de fundamento a una *utopía* liberadora, como la de los derechos humanos 29.

El "contexto social" no nos podrá servir, por tanto, para fijar cuál es la medida con razón de ser en un momento determinado; si acaso, nos ayudará a traslucir cuál *ha sido* en su momento la razón capaz de explicar lo que hoy ya parece inexplicable.

Sirva de muestra el haberse hecho depender el posible reingreso de una trabajadora -en excedencia forzosa por matrimonio- de que se le pudiera o no considerar "cabeza de familia". Un somero análisis confirmaba que la remisión a dicho concepto revestía "un sentido claramente discriminatorio". En clave protectora, se lo reservaba al varón<sup>30</sup>, porque "lejos de ver en la actividad laboral de la mujer, libremente elegida, un medio de expresión y desarrollo de su propia condición humana", "se proclamaba como un objetivo del Estado 'liberar' a la mujer casada 'del taller y de la fábrica'"<sup>31</sup>.

Si quedaba alguna duda sobre el tornadizo fundamento que de las apelaciones a la historia cabe obtener, a la hora de establecer si debe o no considerarse discriminatorio un trato desigual -incluso cuando resulta innegable que lo motiva la diversidad de sexo- las vicisitudes de la sucesión de los títulos nobiliarios se han encargado de disiparla.

Reingreso del  
Cabeza de  
Familia

Varonía y  
Títulos  
Nobiliarios

La presencia de votos particulares -tres en el caso que nos ocupa- suele ya ser índice elocuente de la intensidad del debate que ha precedido a determinado pronunciamiento del Tribunal Constitucional. La cuarta parte de los Magistrados que integran su Pleno discreparon, al cuestionarse si cabe dar por buena -Constitución en mano- la convicción de la Ley 2 del Título XV de la Partida II de que de mejor condición es el varón que la mujer; al menos, a la hora de aplicarla a la sucesión de dichos títulos.

La polémica suele, sin embargo, ser aún de mayor calado cuando -al margen de eventuales votos particulares- el mismo pronunciamiento mayoritario a duras penas disimula ser el resultado de dos posturas contrapuestas; sus defensores habrían acabado haciendo de tripas corazón con tal de dar paso a un laborioso fallo. Así había ocurrido ya en pronunciamientos del alto Tribunal de difícil olvido; como el que declaró inconstitucional el primer proyecto socialista de despenalización del aborto en determinados supuestos (agrupando con posturas pro-vida otras muy distintas: partidarias de una ponderación de bienes y derechos que no subordinara el no nacido al libre arbitrio de la madre); o como el que consideró constitucional -¡salvo prueba en contrario!- la elección parlamentaria de todos los miembros del Consejo General del Poder Judicial (llegando a incrustar en uno de sus fundamentos el inminente voto particular de un Magistrado, para integrar así una acrobática mayoría).

Lo mismo parece haber ocurrido en este caso. La mayoría, engañosamente holgada, sumaría en realidad dos líneas argumentales netamente contradictorias. Un número no identificable de Magistrados acaba asumiendo que no se da discriminación de la mujer en tal circunstancia, esgrimiendo lo que cabría caracterizar como un provocativo "ninguneo" de la nobleza y sus aristocráticos acompañamientos, fruto presunto de razones históricas <sup>32</sup>.

Como ya hemos visto, se considera producida una discriminación por razón de sexo cuando, dándose paso a un trato desigual de varones y mujeres, su autor -que debe asumir la carga de la prueba <sup>33</sup>- no aporta un fundamento objetivo y razonable capaz de justificarlo. Quienes ahora optan por minusvalorar las instituciones nobiliarias parecen invertir el argumento. La diferencia por razón de sexo, que el principio de varonía establece, sólo posee hoy un valor meramente simbólico. La nobleza habría quedado devaluada, por el mismo fluir de la historia, hasta extremos tales que no cabría considerar con fundamento (objetivo y razonable, se supone) discriminatorios los obvios tratos desiguales que -incluso por razón de sexo- ha llevado consuetudinariamente emparejados. El que la mujer pueda o no llegar a convertirse en duquesa o marquesa sería un pintoresco tiquismiquis, incapaz de generar consecuencia constitucional alguna.

Lo paradójico es que lo hagan del brazo de otros Magistrados para los que la historia parece arrojar muy diverso saldo: el arraigo de las reglas sucesorias, en lo que a títulos nobiliarios respecta -arrancando de la Real carta de concepción que les diera origen- serviría de fundamento objetivo y razonable capaz de justificar esa flagrante desigualdad <sup>34</sup>, reiteradamente considerada inconstitucional por el Tribunal Supremo <sup>35</sup>. La abierta contradicción entre una historia que habría minado la institución, hasta vaciarla de todo contenido, y otra historia (¿la misma?) capaz de blindarla ante los exigentes imperativos de igualdad de nuestra Constitución resulta llamativa.

El arraigo histórico, en efecto, es incapaz de justificar por sí mismo una desigualdad; sobre todo, cuando el propio Tribunal ha dejado sentada en numerosas resoluciones la urgencia de luchar contra determinadas medidas que subordinaban la mujer al varón, precisamente por emparentar con puntos de vista históricamente arraigados. Aquéllas pretendían "protegerla" paternalmente, tras atribuirle una peculiar debilidad; aunque con ello no hicieran sino convertir el diagnóstico del pasado en imperativo de futuro, condenándola a seguir siéndolo. En este caso, para más inri, al que se "protege" es al varón, perpetuando una supuesta mayor dignidad o idoneidad a la hora de asumir títulos de nobleza <sup>36</sup>.

No deja, en todo caso, de ser más curiosa actitud de los que optan por "ningunear" los títulos. A "símbolos" como

los nobiliarios habría que reconocerles, al menos, el valor que le confieren los que a ellos aspiran -que no parece ser poco, a juzgar por los pleitos provocados al respecto-; o incluso el que cabría derivar de la atención que los poderes públicos acaban prestando, por una u otra vía, a las muy variadas exigencias planteadas por su funcionamiento, más allá de lo que podrían merecer simbólicas relaciones privadas.

Sólo la existencia de alguna positiva razón constitucional en contrario podría contrarrestar, en ese contexto, exigencias de igualdad, justificando asimetrías de trato. Por esta vía, parece insinuarse que a lo que podría llevar la igualdad -como valor superior de nuestro ordenamiento- sería precisamente a prohibir tomarse en serio la nobleza y sus vicisitudes; o quizá incluso que, de tomarse en serio, habría de ser declarada inconstitucional...

6. La *pasividad judicial*, propia de la aplicación técnica de la norma, acaba -en sexto lugar- resultando inviable, si no quiere reducirse el juego de la igualdad a la exclusión de discriminaciones futuras, cerrando los ojos ante la necesaria *eliminación de desigualdades* arraigadamente vigentes en la realidad social.

*Un valor superior*, como el de la igualdad, capaz de alentar hasta *tres principios* de muy diverso juego, no se deja encerrar en el marco de una norma, por muy escueto (y, paradójicamente, polisémico) que sea su texto. Gravitando

teóricamente sobre *dos normas*, se verá obligado en la práctica a hacer hablar, con muy diversos discursos, sólo a una de ellas.

En teoría, el principio de *no discriminación* encontraba claro encaje en la norma del artículo 14, mientras los otros dos alternativos lograrían enmarque más adecuado en la del artículo 9.2 de la Constitución. El que invita a la *protección* intentaría -no rara vez equivocadamente- promover condiciones y eliminar obstáculos para hacer real y efectiva la libertad de la mujer para comportarse como tal. El que estimula a la *acción positiva* pretendería a su vez, por la vía de la discriminación inversa, hacer real y efectiva una equiparación con el varón, sin la que no se lograría una auténtica igualdad.

Una perspectiva "normativista" se habría limitado a constatar que el constituyente ofrecía la vía privilegiada del amparo -de notables efectos positivadores para el derecho esgrimido- sólo para evitar los tratos discriminatorios capaces de desequilibrar la igualdad existente. Por el contrario, la tarea de reequilibrar desigualdades previas -eliminando obstáculos o promoviendo condiciones que encaminen a una igualdad inexistente- habría quedado exhortativamente encomendada a los poderes públicos, sin que el propio ciudadano contara con vías procesales para hacer valer su derecho.

A nadie se le oculta, en efecto, que la previsión del artículo 14 reviste el corte garantista propio de los llamados derechos "civiles y políticos", que vetan a los poderes públicos toda intervención desequilibradora. Por el contrario, el artículo 9.2 contempla unos derechos-prestación, en línea con los llamados "económicos, sociales y culturales". Así pues, la apuntada perspectiva teórica "normativista" empujaría a asumir una operación de notable alcance político, al ofrecer más vías de positivación a los objetivos del clásico Estado Liberal de Derecho que a los del novedoso Estado social y democrático de Derecho que la propia Constitución suscribe.

Exagerando quizá la nota, cabría incluso concluir que la más eficaz consecuencia práctica del valor superior de la igualdad podría acabar siendo el derecho a la desigualdad. Al fin y al cabo, este es el realmente garantizado por el artículo 14, que -al impedir que se introduzcan nuevas desigualdades- garantizará la previsible desigualdad de resultados que obligadamente derivará, no sólo del diverso esfuerzo invertido por cada cual, sino también de la suerte obtenida en una previa e intocable "lotería natural".

Decidido, sin duda, a evitar tal interpretación, el Tribunal Constitucional vuelve la espalda al "normativismo" para poder situar el juego del principio compensador, con su desigualdad reequilibradora, sobre el propio artículo 14, modificando en la práctica su teórico contenido normativo.

Se asume, pues, que “la virtualidad del artículo 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad” sino que impone también “la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas”<sup>37</sup>; lo que obliga a analizar las medidas de turno “desde una perspectiva más compleja”. Resulta así cada vez más problemático el intento de presentar la solución como resultado de la aplicación técnica de una norma. Cabría insistir en que se estaría aplicando una norma; no la del artículo 14 -que veta todo trato capaz de desequilibrar la futura situación de los hoy iguales- pero sí la del 9.2, más atenta a subsanar desigualdades heredadas del pasado. El propio Tribunal, sin embargo, se ocupará de descartarlo.

Los Estatutos de una Mutualidad Laboral preveían para los trabajadores una pensión por jubilación anticipada equivalente al 76% de la base reguladora, mientras se elevaba al 80% la del personal femenino; la Magistratura de Trabajo opta por mantener lo que considera “un derecho adquirido por las trabajadoras”.

Aunque el Tribunal no descarta que la desigualdad de trato se funde “en la pretensión de compensar de modo diferido sus inferiores condiciones salariales” -recordando que se trataba de un sector de actividad en el que “la mujer estaba sujeta a inferiores condiciones de trabajo” y “por el

Jubilación  
Incrementada

solo hecho de ser mujer, percibía salarios sensiblemente más bajos o quedaba adscrita a categorías profesionales de menor calificación"- no deja de observar, a la vez, que "puede resultar criticable que esa compensación se efectuase mediante medidas aparentemente protectoras o de mejor trato y no, como quiere la Constitución de 1978 (art. 9.2), mediante la remoción de obstáculos que impidan la igualdad real entre los grupos" 38.

El *activismo judicial* resultará también obligado ante la necesidad práctica de hacer operar a los tres principios a través de una sola norma, por contar sólo el artículo 14 -a diferencia del 9.2- con la reforzada protección y la peculiar viabilidad procesal que brinda el recurso de amparo. Se ha abandonado todo intento de aplicación avalorativa de *normas*, para adentrarse en la inevitable ponderación de los *principios* en juego. Una misma medida se considerará o no constitucional -o sea, se reconocerá como derecho positivo o llegara a tacharse de negativo atropello- según el juicio de *valor* del que quepa interpretarla deudora.

Ilustrativa al respecto acabará resultando la previsión de "prestaciones en concepto de guardería" para "todas las trabajadoras, independientemente de su estado civil, con hijos menores de seis años," , mientras "sólo los hombres viudos con hijos de esa edad" la reciben. Si se la

Guardería y  
Lactancia

considerara una *medida protectora* de la mujer, como las que parten "de presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares", sería rechazable. Todo lo contrario ocurrirá si se la considera *compensadora* de las consecuencias discriminatorias derivadas de aquella mentalidad <sup>39</sup>.

La prestación por guardería sería rechazable si se interpretase que la exclusión del varón reside "en la distinta situación respecto a la necesidad del cuidado y asistencia de los hijos". Deja de serlo con sólo interpretar que ese mismo tópico "supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo"; resultaría así justificado el intento de evitar "que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños" <sup>40</sup>.

Similar protagonismo del punto de vista interpretativo -desde el que, a la luz de los principios en juego, se hace hablar a la norma- se detecta al analizar la existencia de un permiso de lactancia, consistente en "una hora de ausencia al trabajo", reservado a las trabajadoras con hijo menor de nueve meses. Sin duda, "la maternidad, y por tanto, el embarazo y el parto son una realidad biológica diferencial objeto de protección", por lo que "estas ausencias estarían justificadas, tratándose de la lactancia natural". Es obvio, sin embargo, que en caso de "lactancia artificial", "el trabajador varón también podría prestar ese cuidado al

recién nacido". El órgano judicial plantearía una cuestión de inconstitucionalidad, por si la privación de ese permiso "al padre sólo por su condición de varón podría vulnerar lo dispuesto en los artículos 9.2 y 35 de la Constitución" <sup>41</sup>.

El Tribunal reiterará lo que ya expusiera a propósito de las guarderías: "a efectos laborales la diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad no es únicamente de sexo". Dada "la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia", parece razonable "compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer", superando el "recelo con el que son miradas las normas protectoras de la mujer trabajadora" <sup>42</sup>, por los ya apuntados posibles efectos perversos.

Se nos ofrece, sin embargo, otro ángulo interpretativo capaz de invitar a la solución contraria: el riesgo de que el recurso a estas medidas en el ámbito laboral pueda llevar a "la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares". El Tribunal, al afrontarlo, no lo considera relevante, por entender que "el precepto cuestionado es una norma de la legislación laboral y no se refiere a la organización de la familia o al reparto de las responsabilidades entre el padre y la madre" <sup>43</sup>.

El rechazo de la pasividad judicial, al margen de todo "activismo", será exigible no sólo a la hora de interpretar las normas sino también a la de considerar o no probados los hechos. Si la distinción hecho-norma tiende a resultar habitualmente problemática, aún lo es más cuando el juez debe atribuyendo correctamente la carga de la prueba y mostrándose diligente a la hora de exigir su cumplimiento- marcar una peculiar querencia a dar o no por probada su existencia. Estará implícitamente estableciendo una presunción de que la discriminación existe, salvo que quien ha de asumir la carga de la prueba aporte convincentes elementos en contrario. Un error en tan delicado juego, o un defecto de exigencia al hacerlo real puede comprometer gravemente la lucha contra las desigualdades injustificadas.

Pocas situaciones condicionan, por ejemplo, de modo más profundo el acceso y la estabilidad de la mujer en el ámbito laboral que el embarazo. De nuevo, la ambivalencia de las fórmulas protectoras acabará, esta vez inconfesadamente, haciéndose notar. Por una parte, se prevén medidas capaces de compensar adecuadamente las dificultades que la mujer experimenta en dicha situación. En tanto tienden a encarecer su puesto de trabajo, más de un empleador las acaba intentando convertir calladamente en motivo de discriminación. Para nadie son un secreto las propuestas de pactos -tan inconstitucionales como

difícilmente sorteables- que condicionan el acceso a un puesto de trabajo al compromiso de la trabajadora de no quedar embarazada.

La carga de la prueba pasará ahora a desempeñar un papel decisivo. Si ha de considerarse habitual que quien defiende un trato desigual, incluso por vía legislativa, deba ser quien le aporte un fundamento objetivo y razonable <sup>44</sup>, la obligación se agrava cuando está en juego una vulneración específicamente contemplada en el artículo 14. Así ocurrió cuando el INSALUD resolvió unilateralmente durante el período de prueba el contrato de una trabajadora, que no dejó de atribuirlo a su estado de embarazo. El entonces existente Tribunal Central de Trabajo consideró que durante dicho período de quince días la rescisión del contrato por el empleador suponía "el ejercicio de un derecho que no necesitaba de motivación" <sup>45</sup>.

El Tribunal, por el contrario, considera que, pese a la existencia de indicios discriminatorios, ninguna explicación había aportado la empresa sobre la denegación a la interesada de su solicitud de ser destinada a otra sección compatible con su estado. "Ante la presencia de un derecho a no ser discriminada, que la actora alegó informando de su embarazo, la empresa debió explicitar que los motivos que la movieron eran ajenos a tal hecho o situación" <sup>46</sup>.

Suele aceptarse por demás que las *normas* no podrían técnicamente aplicarse con mayor o menor "intensidad"; a diferencia de lo que ocurre en la evaluadora ponderación de los *principios*. La aplicación del artículo 14 se solventa con la existencia o inexistencia de un fundamento objetivo y razonable, sin graduables intensidades.

No ocurrió así con el causahabiente de una fallecida maestra, adscrita a una mutualidad de funcionarios, cuyo reglamento preveía que "si el cónyuge viudo es varón, sólo tendrá derecho a la pensión de viudedad cuando sufra incapacidad total y permanente para el trabajo" y "sus ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional". El Tribunal no duda en constatar que se halla ante "una diferenciación de trato basada en el sexo", pero -tras identificarla como "una prestación complementaria asumida de forma voluntaria", regida "por las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas"- entiende que al caso "no puede aplicarse con igual *intensidad* el *principio* igualitario derivado del artículo 14" 47.

Rechaza así que dicha norma pueda ser objeto de una "aplicación incondicionada a todo supuesto imaginable en que pueda plantearse cualquier discriminación" (aun habiéndola...). Optar, más bien, por "un *desarrollo paulatino* para que sea eficaz la verdadera y efectiva equiparación que se pretende alcanzar"; nos hallaríamos ante "un *principio* al que *tendencialmente* han de adaptarse, tanto la legislación

como las propias relaciones sociales” 48. Lejos ya de toda aplicación técnica, se invita al juzgador a un templado desarrollo gradual, ponderando tanto los valores en juego como las consecuencias económicas previsibles. Sólo consumada tal operación cabría, pues, captar la existencia del problemático fundamento objetivo y razonable.

Las llamadas a la prudente calma no deben, sin embargo, considerarse receta universal. Por paradójico que resulte, mientras que a órganos judiciales se les anima a ejercerla, para no incurrir en precipitaciones en su lucha contra la discriminación, al propio Legislador se le llegará a urgir en alguna circunstancia a acabar con ella de una vez por todas. Algo acaba teniendo que ver con el asunto el tantas veces citado artículo 9.2, que gravitará ahora a través en una novedosa variante sobre el artículo 14.

Casi siete años después de promulgada la Constitución el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas estaba aún pendiente de “la Ley que determine su participación en la Defensa Nacional”. En determinados palacios las cosas parecían ir despacio, lo que se intentaba justificar por la realización de “las necesarias adaptaciones organizativas y de infraestructura”. Como consecuencia de todo ello, la posibilidad de ingresar en las Academias militares seguía reservada a quien fuera “español y varón” 49.

Mujeres  
Armadas

El problema planteado será "si cabe calificar de razonable el mantenimiento temporal de una diferenciación discriminatoria en los términos vistos". El Tribunal recuerda que la igualdad como valor superior "no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el artículo 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el artículo 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y los grupos sea real y efectiva".

La "modulación" que la incidencia del segundo precepto por el primero llevará consigo no se limitará en este caso a sugerir acciones de carácter compensador como las ya comentadas, sino que exigirá a los "poderes públicos, enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección". De ahí que si el legislador no solventa la discriminación "en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan" <sup>50</sup>.

Pese a que el Tribunal Supremo se había mostrado comprensivo, al estimar que "la pasividad señalada" no lesionaba "el 'núcleo esencial' del derecho a la igualdad", apelando para ello a la "armonía con una realidad social que no cabe desconocer", el Constitucional constata que "el

legislador parlamentario ha demorado la corrección de la situación desigual, sin ofrecer explicación alguna justificativa de tal demora, ni proponerse plazo, al menos aproximativo" 51, lo que llevará a rechazar el acto denegatorio de la solicitud a participar en las pruebas de acceso.

Puesto que de *valores* estamos tratando, a nadie podrá extrañar que quien juzga deba valorar. El juez pasivo, vinculado a la aplicación técnica de la norma, sería incapaz de hacer justicia. El llamado *activismo* judicial confiere tono patológico a lo que es normal *actividad positivadora* del derecho. Esta llevará incluso a "ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación", permitiendo apreciar una "*discriminación indirecta*"; como la surgida en un hospital ante "el menor salario percibido por las trabajadoras frente a los trabajadores que realizan un 'trabajo igual', tareas de limpieza, pero clasificados no como 'limpiadoras' sino como 'peones' 52.

Con ayuda del "valor interpretativo" reconocido, en materia de derechos fundamentales, a los tratados internacionales, del "*principio estricto de igualdad salarial a identidad de trabajo*" se pasará a una "apreciación de *trabajos de igual valor*" 53, que va más allá de la mera *constatación empírica*, e incluso de la *positivación formal*: "la adscripción de un

Tanto monta  
Peón como  
Limpiadora

determinado trabajador a una categoría", no basta para desmontar la *realidad judicialmente comprobada* de la identidad del trabajo" 54.

El órgano judicial competente se había remitido a una aparente constatación empírica -"la mayor penosidad y *esfuerzo físico* que caracteriza a la categoría de peón"- con lo que habría dado más valor "a una *cualidad predominantemente masculina*, desconociéndose otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos". El artículo 14 "le imponía *valorar* si las diferentes funciones previstas" enmascaraban "la infravaloración de 'trabajos de valor igual', pero predominantemente desempeñado por mujeres" 55.

El activismo judicial no es, pues, necesariamente un reprochable exceso justiciero. Admitir que el juez no puede dejar de actuar, culminando el proceso de positivación del derecho no es dar paso a un fervor *judicialista*, sino reconocer una obvia realidad, facilitando que cada cual obtenga de ella las consecuencias oportunas.

7. No parece fácil -en séptimo y último lugar- determinar el fundamento *positivo* (dónde, cuándo y por quién cabe considerarlo "puesto") del juego real de las exigencias jurídicas de la igualdad.

- Por una parte, la Constitución reclama autonomía normativa. Se distancia del mero resultado de las convicciones *tópica* y coyunturalmente mayoritarias, para invitar a asumir la tarea de *modificar utópicamente* la praxis social, para hacer efectivos unos derechos pre-legales.

- Por otra, el positivismo normativista se empeña en convencerse de que disponemos de una norma positiva capaz de marcar la frontera entre la *discriminación inversa* (que sugiere una acción positiva contra la desigualdad previa) y los efectos perversos de un *proteccionismo* paternalista perpetuador de la discriminación previa. Aceptar esa postura, vistos los hechos, sería condenarnos a la mitología jurídica.

Lo que en realidad ha ocurrido es que se ha situado en un nuevo contexto histórico el horizonte hermenéutico que había dado paso a las normas protectoras; re-creándolo, se las hace aparecer como realmente discriminatorias.

La igualdad, como *valor* propiamente jurídico, ha operado a través de tres *principios*, que han hecho hablar de modo muy distinto a la misma *norma*. Disfrazar de *aplicación* lo que es *invención* hermenéutica sería condenarse a cerrar los ojos ante los auténticos perfiles de la realidad jurídica.

La liberación jurídica de la mujer se nos ha mostrado como una tarea ardua, en la medida en que exige erradicar tópicos y estereotipos notablemente arraigados, que

tienden a consolidar o aplazar -cuando no a defender- un trato desigual. Proseguirla exige, a la vez, una no menos costosa liberación: la que nos lleve a cuestionar una teoría del derecho que impone drásticamente sus prejuicios, por el garantizado procedimiento de no reflexionar sobre ellos.

No sé si quedará aún alguien a quien pueda inquietar la afirmación de que "sólo es derecho el derecho positivo"; no me encontraría, en cualquier caso, entre ellos. Lo que me asombra es que se pueda realizar todavía tan imponente afirmación sin preguntarse de inmediato qué es y qué no es derecho positivo; o quién, cuándo y cómo lo positiva, si saberse puede. La liberación jurídica de la mujer ha ido avanzando en la medida en que, quien podía, ha ido tomándose a beneficio de inventario las solemnes vaciedades de una teoría que, ni refleja la realidad del derecho, ni -a Dios gracias- se muestra ya capaz de aparentarlo.

La utopía liberadora de la mujer nos seguirá ayudando a hacer saltar en pedazos tópicos teórico-jurídicos que nos mantienen esclavos de un correctísimo doble lenguaje. Hablando a todas horas de derechos humanos, pero aceptando luego que no podremos tomarnos en serio otro derecho que el que se vea reconocido por una ley; negando que pueda existir algo así como un "derecho natural", aunque eso sí- para afirmar de inmediato la igualdad -"natural", por supuesto- de derechos entre hombre y mujer. El problema del positivismo normativista no es, a estas alturas, que nos

obligue a limitarnos sobriamente a analizar el derecho que es, renunciando a un utópico deber ser. Su problema es que cualquier parecido entre lo que dice que el derecho es y la realidad es pura coincidencia. Que sea por pocos años...

Michael Walzer, evocando una manifestación de quienes reclamaban "verdad" y "justicia" en la Praga que recuperaba su libertad, consideraba impensable que pudieran ser relativistas, quienes ponían "sus carreras, su seguridad y la de sus familias igualmente en riesgo. ¿Cómo podrían hacerlo a menos que estuvieran seguros de haber dado con la descripción correcta, esto es, si no les acompañara la creencia de que constituía la verdadera moralidad?" 56.

Puestos a liberarnos, nos veremos también obligados a liberarnos del relativismo y llegar incluso a admitir que hay cosas que son verdad. No es fácil entender cómo podríamos, si no, apoyándonos sólo en las opinables hipótesis del pensamiento débil luchar por la igualdad de la mujer.

<sup>1</sup> De ello me ocupé ya en *La Constitución entre el normativismo y la axiología*, incluido en *Derechos humanos y metodología jurídica* Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 225-241.

<sup>2</sup> Respecto a estas "peligrosas jerarquizaciones axiológicas" ponía en guardia el punto 4º del voto particular del Magistrado F. TOMAS Y VALIENTE a la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 53/1985 de 11 de abril, que declaró inconstitucional el primer proyecto de ley despenalizadora del aborto en determinados supuestos -"Boletín de Jurisprudencia Constitucional" (en adelante "BJC") 1985 (49), pág. 538. Sobre el particular el epígrafe "La vida: ¿derecho o valor?" de nuestro libro *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreteado desarrollo del artículo 15 de la Constitución* Madrid, Rialp, 1994, págs. 29-31.

<sup>3</sup> Así parecía entenderlo el entonces existente Tribunal Central de Trabajo en la resolución que dio pie, via recurso de amparo, a la STC 144/1989 de 18 de septiembre, al negar que "el texto constitucional en su previsión de un sistema de Seguridad Social que ampare el infortunio (art. 41) pueda retrotraer sus *proclamaciones*, en este caso ciertamente *programáticas*, a situaciones consolidadas con mucha anterioridad a su vigencia". La respuesta del Tribunal Constitucional recuerda de modo contundente el carácter tan jurídico como pre-legal por el que "el principio de igualdad vincula también al legislador" -F.2 ("BJC" 1989 (102), pág. 1422).

<sup>4</sup> STC 34/1981 de 10 de noviembre, F.3 A) (“BJC” 1981 (7), pág. 513). El citado artículo 14 de la Constitución Española reconoce, como es sabido, que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

<sup>5</sup> Algunos razonamientos jurisprudenciales resulta arquetípicos al respecto. Valga éste: “se estaría desconociendo el superior *valor* que en el régimen democrático tiene el *principio* de la igualdad básica de todos los ciudadanos y de lo que esto supone en orden a la supresión de toda desigualdad de trato. La igualdad se configura como un *valor superior* que, en lo que ahora importa, se proyecta con una eficacia transcendente, de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la *norma* constitucional deviene incompatible con el orden de *valores* que la Constitución como *norma* suprema proclama” -STC 8/1983 de 18 de febrero, F.4 (“BJC” 1983 (23), pág. 246), que reconoce a las recurrentes su derecho “a no ser discriminadas por la persistencia de la situación de excedencia por razón de matrimonio”, para lo que “deberá la Compañía Telefónica Nacional de España reingresarlas”.

<sup>6</sup> Este exigirá, por ejemplo, que se establezcan “unos techos salariales mínimos”, “respondiendo a aquellos valores de justicia e igualdad” -STC 31/1984 de 7 de marzo, F.9 (“BJC” 1984 (36), pág. 556)- aunque se admita que el principio “a trabajo igual, salario igual” es constitucionalmente compatible con reducciones salariales fundadas en el menor valor del trabajo -F.11 (pág. 557).

<sup>7</sup> Este reconocimiento de los valores jurídicos como auténticos motores del proceso de positivación, explica el cambio operativo experimentado por los *principios jurídicos* durante este siglo en el ámbito continental europeo. Los *principios generales del derecho* aparecían como doblemente *post-legales*: por su validez subsidiaria sólo entraban en juego en defecto de ley, y su contenido se consideraba como mera decantación del de las leyes que ya componían el ordenamiento. Ahora los principios, jurídicos por sí mismos, se presentan como netamente *pre-legales*. Sobre el particular nuestro trabajo *Droit naturel et "jurisprudence de principes" (avec reference à la Constitution espagnole de 1978)* Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie. Basel 1979, *Contemporary Conceptions of Law* "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie" (Supplementa) vol. I, part 1, págs. 629-639.

<sup>8</sup> Al "basarse en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual, y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva", han de considerarse -como consecuencia de dicho principio- "nulos" todos los "actos de aplicación" de dichas normas, "no porque lo imponga el Estatuto de los Trabajadores o cualquier otra Ley ordinaria, sino porque lo prohíbe directamente la Constitución" -STC 38/1986 de 21 de marzo, F.3 ("BJC" 1986 (60), págs. 461-462).

<sup>9</sup> Entre otras, la STC 128/1987 de 16 de julio, F.5 ("BJC" 1987 (76-77), pág. 1206).

<sup>10</sup> Todo ello plantea la necesaria “apreciación de en qué medida la *Ley* ha de contemplar situaciones distintas”, lo que no podrá “dar lugar a un resultado que vaya contra derechos o libertades reconocidos en la Constitución (artículo 53.1) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma” -STC 34/1981 de 10 de noviembre, F.3 B) (“BJC” 1981 (7), pág. 513).

<sup>11</sup> STC 34/1981 de 10 de noviembre, F.3 C) (*ibidem*). Tras “aplicación normativa” tan peculiar, al estimarse que la situación de los funcionarios, jubilados previamente o no, “no es distinta mientras coincide temporalmente” -ya que todos prestan “servicios efectivos dentro de la misma relación funcional”- se concluye que “no puede calificarse de *razonable* la diferencia de trato”, al extraerse “unas *consecuencias desproporcionadas* de una distinción de situaciones objetiva” -F.4 (pág. 514).

<sup>12</sup> “Y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas” -Voto particular a la citada STC 34/1981 de 10 de noviembre (*ibidem*, pág. 516).

<sup>13</sup> STC 34/1981 de 10 de noviembre (*ibidem*). También la STC 192/1991 de 14 de octubre, F.4, acreditará la constitucionalidad de “la ruptura del criterio general de la antigüedad en la resolución de los concursos de traslado (entre funcionarios) que introduce el ‘turno de consorte’”, porque “encuentra justificación razonable, objetiva y proporcionada” para ello (“BJC” 1991 (127), pág. 66).

<sup>14</sup> Ello, para el extinto Tribunal Central de Trabajo, “en el presente supuesto conduce a negar al viudo varón un beneficio únicamente establecido para la viuda”, y, dado que “las regulaciones

de los diferentes y sucesivos sistemas de previsión social están establecidas atendiendo a las circunstancias socioeconómicas del momento histórico correspondiente”, “no cabe que el juez modifique sus propios términos en atención a sistemas posteriores” -STC 144/1989 de 18 de septiembre, F.2 (“BJC” 1989 (102), pág. 1422).

<sup>15</sup> “El órgano judicial debió considerar derogada por la Constitución la norma que establece esa desigualdad de trato en vez de aplicarla en sus propios términos, originando en la práctica un claro atentado al artículo 14” -STC 144/1989 de 18 de septiembre, F.3 (ibidem, págs. 1422-1423).

<sup>16</sup> Una vez más, “para enjuiciar la diferencia entre los supuestos de hecho debe partirse del *carácter razonable*, y *teleológicamente* fundado, del factor a través del cual la diferenciación se introduzca” -STC 81/1982 de 21 de diciembre, F.2 (“BJC” 1983 (21), págs. 71 y 70). La norma originadora del conflicto era una Orden Ministerial, sólo cinco años anterior a la Constitución.

<sup>17</sup> STC 81/1982 de 21 de diciembre, F.2 (ibidem, pág. 71).

<sup>18</sup> “Lo cual le induciría a tener que utilizar medios de transporte más seguros -y más caros- que los que podía utilizar durante el día”. Aun siendo “constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida”, “en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados”, todo invita a examinar si nos hallamos ante “una norma ‘*protectora*’, que responde a una concepción no igual de la mujer como trabajadora”, o ante “una medida tendente a *compensar* una desigualdad de partida y que trata de

lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón" -STC 28/1992 de 9 de marzo, F.3 ("BJC" 1992 (132), pág. 12).

<sup>19</sup> Porque "implicaría, en el presente caso, crear una norma nueva, cuya formulación concreta no podría hacerse además sino en términos muy inciertos" -STC 28/1992 de 9 de marzo, F.3 y 4 (ibidem, pág. 12). Previamente no había descartado "la inaplicación de la norma", por mantener "un privilegio en favor de las mujeres, no tanto como norma discriminatoria sino como norma *protectora*".

<sup>20</sup> STC 317/1994 de 28 de noviembre, A.3 ("BJC" 1994 (164), pág. 128).

<sup>21</sup> Aludiendo a cómo "el Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, reitera la necesidad de que los Estados firmantes adopten las medidas necesarias" al respecto, invitará a erradicar aquéllas que "perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina, partiendo de presupuestos como la inferioridad física o, por lo que ahora interesa, de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares" -STC 317/1994 de 28 de noviembre, F.2 (ibidem, pág. 130).

<sup>22</sup> STC 317/1994 de 28 de noviembre, F.3 y 4 (ibidem, pág. 130).

<sup>23</sup> STC 16/1995 de 24 de enero, F.7 y 3 ("BJC" 1995 (166), págs. 84 y 83).

<sup>24</sup> Ello nos ha llevado a preguntarnos *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política* Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.

- 25 STC 207/1987 de 22 de diciembre, F.2 ("BJC" 1988 (81), pág. 95).
- 26 Tales medidas constituían "una respuesta histórica a la sobreexplotación de la mano de obra femenina", pero "por la evolución social y productiva y la mejora de las condiciones de salubridad y seguridad del trabajo en las minas, han dejado de tener razón de ser". -STC 229/1992 de 14 de diciembre, F.2 y 3 ("BJC" 1993 (141), pág. 89).
- 27 STC 229/1992 de 14 de diciembre, F.4 (ibidem, pág. 90).
- 28 STC 81/1982 de 21 de diciembre, F.2 ("BJC" 1983 (21), pág. 71).
- 29 Sobre el particular *Los derechos humanos entre el tópico y la utopía* "Persona y Derecho" 1990 (22) págs. 159-179 (incluido en versión francesa en *Droit "positif" et droits de l'homme* Bordeaux, Éditions Bière, 1997, págs. 125-141).
- 30 "Si objetivamente no existe una imposibilidad (física o psíquica) o incapacidad legal en el sujeto o persona de su marido por la que no pueda atender a su familia, hay que mantener que él es el cabeza de familia". En el transfondo se detecta "el papel asignado a cada uno de los cónyuges por las normas anteriores a la Constitución", que llevaba incluso a añadir que el deseo de esta mujer, "altamente elogiado y por supuesto digno de mayor respeto, de querer mejorar la calidad y condiciones de vida de su familia con el complemento que pudieran suponer sus ingresos", "no la convierte objetivamente en cabeza de familia" -STC 241/1988 de 19 de diciembre, F.3 y 4 ("BJC" 1989 (93), pág. 47).

<sup>31</sup> Según bizarra expresión del llamado “Fuero del Trabajo” en su apartado II.1. Tales reglas “en apariencia más favorables para la mujer, seguían en realidad estimulándola, a diferencia del varón, al abandono del trabajo y a su dedicación a las labores caseras” -STC 241/1988 de 19 de diciembre, F.5 (ibidem, pág. 48).

<sup>32</sup> La STC 126/1997 de 3 de julio estima que un título nobiliario no es más que “un ‘nomen iuris’”, cuyo “carácter simbólico” deriva de la “referencia a una situación histórica, ya inexistente”; “una institución que sólo fue relevante social y jurídicamente en el pasado”. Hoy conserva un “contenido jurídico que se agota en el derecho a adquirirlo y usarlo”, lo que le lleva a desplegar “sus efectos jurídicos en el ámbito de determinadas relaciones privadas” -F.12 (“BOE” 1997 (171) de 18 de julio, pág. 77).

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, “cuando frente a situaciones iguales o aparentemente iguales se produzca una impugnación fundada en el artículo 14, corresponde a quienes asumen la defensa de la legislación impugnada y, por consiguiente, la de la desigualdad creada por tal legalidad la carga de ofrecer el fundamento de esa diferencia que cubra los requisitos de *racionalidad* y *necesidad* en orden a la protección de los fines y *valores* constitucionalmente dignos” -STC 103/1983 de 22 de noviembre, F.5 (“BJC” 1983 (32), pág. 1531-1532).

<sup>34</sup> El magistrado P. CRUZ VILLALON, tras señalar que “los títulos nobiliarios son hoy una institución viva, por no decir pujante,” entiende que “lo que no tiene encaje lógico es la deslegitimación genérica de la institución, para, acto seguido, declarar su pervivencia salvando todos sus elementos” -STC 126/1997 de 3

de julio, Voto particular, 3. ("BOE" 1997 (171) de 18 de julio, pág. 84.

<sup>35</sup> En una larga serie de sentencias de la Sala Primera, desde la de 7.VII.1986, pasando por las de 20.VI.1987, 27.VII.1987, 28.IV.1989, 21.XII.1989 o 22.III.1991, para terminar con las de 18.IV.1995, 13.II.1996, ambas acompañadas de votos particulares. La propia STC 114/1995 se hace eco de algunas de ellas, levantando acta de que vienen "manteniendo constante y uniformemente el criterio de que en la sucesión de los títulos nobiliarios el principio de masculinidad o varonía, en virtud del cual, en igualdad de línea y grado, el varón es preferido y excluye a la mujer, (la inconstitucionalidad) debe estimarse sobrevenida desde la vigencia de la Constitución de 1978" -F.5 (ibidem, pág. 56).

<sup>36</sup> "El fundamento de esa preterición de la mujer, heredada de otros tiempos, no puede desconectarse de la idea que la motivó: la incapacidad de la mujer para transmitir el linaje en condiciones de igualdad con el hombre y, en definitiva, la inferioridad de la mujer en todos los órdenes, incluido el social. Ambas proposiciones afectan al núcleo más duro de la prohibición constitucional de establecer diferencias entre los sexos", apuntan en su voto particular los magistrados C.VIVER PI-SUNYER y T.S.VIVES ANTON, que rechazan una visión de la historia "como una especie de naturaleza petrificada que excluye el cambio" -STC 126/1997 de 3 de julio, (ibidem, pág. 81). P. CRUZ VILLALON, en el suyo, rechazará que se postule "para la institución una impermeabilidad a la historia absolutamente privilegiada" -ibidem, 4. (pág. 86).

<sup>37</sup> Como consecuencia, no podrán considerarse “lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo” -STC 19/1989 de 31 de enero, F.4 (“BJC” 1989 (94), pág. 303).

<sup>38</sup> STC 19/1989 de 31 de enero, A.2,c) y F.5 (ibidem, págs. 300 y 304).

<sup>39</sup> STC 128/1987 de 16 de julio, F.1 y 6 (“BJC” 1987 (76-77), págs. 1205 y 1206).

<sup>40</sup> STC 128/1987 de 16 de julio, F.9 y 10 (ibidem, págs. 1207 y 1208), que “compara la tasa de actividad de las mujeres casadas (el 20,9%) con la correspondientes de hombres casados (el 70,92%)”.

<sup>41</sup> Con posterioridad se establece, ya en 1989, por ley que “este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o por la madre en el caso de que ambos trabajen”, pero el Tribunal, que no lo considera aplicable a situaciones anteriores, entrará en el fondo -STC 109/1993 de 25 de marzo, F.1, 4 y 3 (“BJC” 1993 (144), págs. 77 y 78). Tendrá que hacerlo de nuevo, en la STC 187/1993 de 14 de junio, al reclamar un trabajador “la reducción de la jornada en una hora para atender a la lactancia de su hija alegando que no es amamantada naturalmente” -A.2.a) y b), F.2 (“BJC” 1993 (147), págs. 78 y 81).

<sup>42</sup> STC 109/1993 de 25 de marzo, F.3, 6 y 4. Los magistrados F. GARCIA-MON, C. de la VEGA BENAYAS Y E. DIAZ EIMIL se

adhieren al voto particular de V.GIMENO SENDRA, para quien, aun admitiendo la "finalidad tuitiva" de la medida, no ofrece duda que "desde el momento en que se instaura dicho derecho y se otorga exclusivamente a la mujer trabajadora, aquella finalidad se vuelve contra ella misma" -ibidem, págs. 78 y 79.

<sup>43</sup> STC 109/1993 de 25 de marzo, F.5 y 6 -ibidem, págs. 78 y 79.

<sup>44</sup> "Cuando frente a situaciones iguales o aparentemente iguales se produzca una impugnación fundada en el artículo 14, corresponde a quienes asumen la defensa de la legislación impugnada y, por consiguiente, la de la desigualdad creada por tal legalidad la carga de ofrecer el fundamento de esa diferencia que cubra los requisitos de *racionalidad* y *necesidad* en orden a la protección de los fines y *valores* constitucionalmente dignos" -STC 103/1983 de 22 de noviembre, F.5 ("BJC" 1983 (32), pág. 1531-1532).

<sup>45</sup> STC 166/1988 de 26 de septiembre, F.1 -"BJC" 1988 (90), págs. 1328. También en la STC 173/1994 de 7 de junio, reiterará su postura, con motivo de la negativa a prorrogar el contrato temporal a una embarazada -F.3 y 4 ("BJC" 1994 (159), pág. 90).

<sup>46</sup> STC 166/1988 de 26 de septiembre, F.3 y 5 ("BJC" 1988 (90), págs. 1328-1330. Con posterioridad, la STC 136/1996 de 23 de julio -ante el despido, presuntamente disciplinario, de una embarazada- precisará que el órgano judicial ha de "alcanzar y expresar la convicción, no tanto de que el despido no fue absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino más bien la de que el despido fue enteramente extraño a una conducta discriminatoria por razón de sexo" -F.6 ("BJC" 1996 (184-185), pág. 91).

<sup>47</sup> STC 49/1990 de 26 de marzo, F.3 y 4 ("BJC" 1990 (108), pág. 94).

<sup>48</sup> Sin que, como consecuencia de ello, se transtorne el 'equilibrio de las prestaciones'" propio del sistema mutualista contractual - STC 49/1990 de 26 de marzo, F.4 (ibidem, pág. 94).

<sup>49</sup> Nos referimos al Real Decreto 2078/1985 de 6 de noviembre, al artículo 36 de la Ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio, de criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar y al Real decreto-ley 1/1988. Presentado ya recurso de amparo, la convocatoria de 1989 contaría ya con apoyo legal para poner fin a tan discriminatoria situación.

<sup>50</sup> STC 216/1991 de 14 de noviembre, F.5 -"BJC" 1991 (128), pág.49.

<sup>51</sup> ibidem, F.6 (pág. 50).

<sup>52</sup> Nos encontramos ante "tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales" -STC 145/1991 de 1 de julio F.2 y 3 ("BJC" 1991 (123), págs. 227-228).

<sup>53</sup> "No basta así con probar la corrección formal" de las diferencias salariales, "sin tener en cuenta el impacto diferenciado y desfavorable que esas clasificaciones profesionales tengan sobre los trabajadores en función de su sexo" -STC 145/1991 de 1 de julio F.3 y 4 (ibidem, pág. 228).

<sup>54</sup> Aunque "las categorías de peón y limpiadora vienen separadas en el convenio colectivo", "la distinción entre unos y otros trabajadores está fundada precisamente en el sexo", por lo que "la diferencia por sexo de categorías profesionales entre quienes

realizan un mismo trabajo no puede considerarse como la justificación, sino antes bien, como el origen o instrumento mismo a través del cual se formaliza esa discriminación vedada" -STC 145/1991 de 1 de julio, F.3 (ibidem, pág. 228).

<sup>55</sup> "La feminización de la categoría segregada" -limpiadoras- quedaría demostrada incluso por "el hecho de que sea denominada en femenino" -STC 145/1991 de 1 de julio, F.5 (ibidem, pág. 229).

<sup>56</sup> *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, págs. 34 y 50. De ello nos hemos ocupado en *Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls* "Anuario de Filosofía del Deeho" 1997, en prensa.

**UNA LABORIOSA LIBERACIÓN JURÍDICA:  
LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO**

**Discurso de Ingreso en esta Real Corporación  
pronunciado por el  
EXCMO. SR. D. ANDRÉS OLLERO TASSARA**

**Contestación por el  
ILTMO. SR. D. NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA  
Académico de Número**



**Real Academia de Jurisprudencia y Legislación**

**Granada 1997**