

VALORES, PRINCIPIOS, NORMAS.
DIMENSION HERMENEUTICA DE
LA DISCRIMINACION POR RAZON DE SEXO¹

Andrés Ollero Tassara
Universidad de Granada, España

Al figurar la igualdad en el artículo 1.1 de la Constitución española como uno de los "valores superiores de su ordenamiento jurídico", cabría discutir teóricamente si con ello se "pone" una auténtica norma jurídica o se abre paso a operaciones axiológicas². Dentro ya de la praxis jurídica, la jurisprudencia constitucional española sobre discriminación por razón de sexo resalta la dimensión hermenéutica inseparable de toda realidad jurídica, y con ella las limitaciones de un planteamiento –aún dominante– que tiende a presentar como sinónimos estos cuatro términos: *derecho = positivo = norma = ley*.

Reflexionando sobre ello podríamos contar con nuevos elementos de juicio para responder a una cuestión quizá paradójica: ¿son propiamente *jurídicos* esos valores superiores de un *ordenamiento* al que, por definición, sí se considera tal? La mentada ecuación invita a una respuesta negativa: nada habría prelegal, prenortativo ni prepositivo que quepa considerar "jurídico"; es el propio ordenamiento, como *sistema* de normas puestas, el que aporta el criterio identificador y demarcador de lo jurídico; sólo las leyes (normas puestas, por antonomasia) defectuosas precisarían el complemento de unos principios, sólo así convertidos –por esa vía tasada– en jurídicos; toda referencia axiológica sería tan superflua y peligrosa³ 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 caer en el ámbito de la axiología. Se ignoraría la dimensión hermenéutica de lo jurídico, al considerarse toda actividad interpretativa como fruto de una patológica situación de emergencia (los famosos "casos difíciles").

¹ Comunicación presentada al XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, agosto, 1997. Expuesta por el autor días antes, en el marco del Coloquio Internacional sobre "Hermenéutica y Relativismo", organizado por el Instituto de Filosofía de la Universidad Católica de Chile.

² 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.

³ Sobre estas "peligrosas jerarquizaciones axiológicas" cfr. 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 ajetreado desarrollo del artículo 15 de la Constitución*, Madrid, Rialp, 1994, págs. 29-31.

En consecuencia: sólo la *aplicación técnica* de la norma nos pondría a salvo de *interpretaciones político-valorativas*. Para ello bastaría contar con normas claras, susceptibles de una captación literal no valorativa. En su defecto, sería preciso recurrir a una metodología científico-jurídica capaz de controlar sin fisuras la excepcional manipulación de las normas. El recurso a la interpretación *teleológica*, más atenta a los resultados previsibles en un contexto social determinado que a exigencias de racionalidad *lógica*, nos adentraría ya inevitablemente en el ámbito metapositivo de la propuesta *axiológica*: a la creación política de nuevo derecho. Habría que huir de dicha tentación, renunciando a un *activismo judicial*, que ignoraría ilegítimamente las prerrogativas del legislador.

La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por razón de sexo nos sugiere planteamientos bien distintos:

1. La igualdad, como *valor superior* del ordenamiento tiene la efectividad propia de una *norma constitucional*, sin que ello le impida operar a la vez como principio. Resulta, pues, artificial plantear como un dilema la relación entre principios y normas, situando a estas en terreno propiamente jurídico, mientras aquellos quedarían en el limbo de los buenos deseos⁴.

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 se nos explicita que “la igualdad consagrada en el artículo 14, *de carácter jurídico*, vincula a todos los poderes públicos”⁵, se nos recuerda precisamente eso, y no una obviedad formal: todo artículo de la Constitución debe considerarse jurídico.

Valores, principios y normas no acaban con frecuencia combinados por mera falta de precisión terminológica⁶. Nos expresan 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*). Valores —que operan como principios informadores del ordenamiento, lleguen o no a conformarse como normas— animarán ese proceso de positivación de una concepción de la justicia en que toda actividad jurídica consiste.

⁴ Así parecía entenderlo el entonces existente Tribunal Central de Trabajo en la resolución que dio pie, vía 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 prelegal por el que “el principio de igualdad vincula también al legislador” -F.2 (“BJC” 1989 (102), pág. 1422).

⁵ STC 34/1981 de 10 de noviembre, F. 3 A) (“BJC” 1981 (7), pág. 513). El citado artículo 14 de la Constitución Española reconoce 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”.

⁶ Resulta así más comprensible leer que “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 trascendente, 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”.

De que la efectividad de dichos valores se considere tan obligada como la de cualquier otra realidad jurídica, dependerá que la existencia del Estado social y democrático de Derecho contemplado en el mismo artículo⁷ pueda tomarse en serio.

2. La igualdad se convierte en prueba fehaciente de la existencia de principios jurídicos prelegales, capaces incluso de derogar normas⁸. Así lo ponen de relieve los problemas planteados en el ordenamiento español por la pervivencia de diversidades de trato derivadas de normas preconstitucionales que brindaban a la mujer un paradójico protectorado.

Al discutirse, por ejemplo, si "la aplicación de los principios generales de nuestro actual ordenamiento laboral" impedirían establecer sólo "en favor de las mujeres un descanso nocturno, mínimo y continuo, de doce horas", se da por "cierto" que tales "principios laborales generales" no eran aplicables al caso por existir ley en contrario; para afirmar de inmediato lo contrario, "si con ello se pretende mantener que no es aplicable a estas relaciones el principio de igualdad", que es un principio básico de nuestro ordenamiento en todas sus ramas⁹.

3. Sólo forzadamente cabría considerar a la igualdad como norma positiva peculiar. Activa resortes hermenéuticos (como lo razonable o lo proporcional), que encubren implícitos principios de justicia, que pugnan por positivarse. Si el citado artículo 14, al vetar toda discriminación, no enumera "una lista cerrada de supuestos de discriminación" —sino que resalta la "explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas"¹⁰—, esa primera inevitable integración se amplía, al tener el propio Tribunal que definir el término discriminación, tampoco precisado en el texto.

Un tratamiento desigual "puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho para la efectividad de los valores 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"¹¹. No queda tan claro dónde estaría "puesta" esa razón capaz de justificarla.

⁷ 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).

⁸ 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 postlegales: porque su validez subsidiaria entraba en juego en defecto de ley, y porque su contenido se consideraba como mera decantación del de las leyes que componían el ordenamiento. Ahora los principios, a fuer de jurídicos, se presentan como netamente prelegales. Sobre el particular *Droit naturel et "jurisprudence de principes"* (avec référence 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.

⁹ El "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", convierte en "nulos" todos los "actos de aplicación" de dichas normas, "no porque lo imponga el Estatuto de los Trabajadores o cualquier otra Ley ordinaria, sino por que lo prohíbe directamente la Constitución" —STC 38/1986 de 21 de marzo, F. 3 ("BJC" 1986 (60), págs. 461-462).

¹⁰ Entre otras, la STC 128/1987 de 16 de julio, F. 5 ("BJC" 1987 (76-77), pág. 1206).

¹¹ 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).

El Tribunal, al dictaminar la "inconstitucionalidad sobrevenida" 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 servicios prestados con posterioridad— brindaba 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"¹².

Convencernos de que nos estamos limitando a *aplicar una norma puesta* exigiría notable fe normativista y positivista. Más bien parece que hemos manejado un *principio*, para *positivar interpretativamente* exigencias derivadas de un *valor*. Así se diagnosticó, en clave crítica: cuando "los *supuestos de hecho* son razonablemente desiguales, no hay ninguna tacha de constitucionalidad que oponer a la desigualdad de las *consecuencias jurídicas*"; si no, "el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas". El *positivismo* no digiere el embate: "la referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad permite una inclinación hacia el *iusnaturalismo*, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional. La igualdad es igualdad en la ley positiva"¹³.

También el *normativismo* parece que se desencuaderna: "no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las *normas* en cuestión a un principio general del derecho (!), no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los *principios*"¹⁴.

Queda la duda de si nos encontramos ante la caprichosa traición axiológica de imperativos técnicos derivados de la norma, o nos limitamos a constatar cómo los principios introducirán, dentro del proceso de positivación de lo jurídico, juicios de valor.

4. Como consecuencia, el *criterio literal* de interpretación de las normas —*subordinado* al juego de los principios confluyentes en el caso— queda 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 llamó la atención sobre algo obvio: difícilmente podrá la claridad de la norma excluir toda interpretación, porque sólo después de interpretarla sería posible dictaminar si es más o menos "clara".

¹² STC 34/1981 de 10 de noviembre, F. 3 C) (ibídem). Tan peculiar "aplicación normativa" llevará a dictaminar que se ha producido una "inconstitucionalidad sobrevenida" de la Ley de Derechos Pasivos que establecía que si un funcionario jubilado "volviese al servicio activo por cualquier causa, no adquirirá derecho alguno a mejorar su anterior clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad". 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).

¹³ "Y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas" -voto particular que formula el Magistrado don Luis DIEZ PICAZO a la citada STC 34/1981 de 10 de noviembre (ibídem, pág. 516).

¹⁴ STC 34/1981 de 10 de noviembre (ibídem). 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" ("BJC" 1991 (127), pág. 66).

El establecimiento de pensiones reservadas sólo a viudas había llevado a un órgano judicial a estimar 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”¹⁵. El Tribunal Constitucional acabaría rechazando “la *aplicación*, en su tenor *literal*, de la norma discriminatoria”, por dar paso a “una *interpretación* insuficiente de las exigencias que derivan del principio constitucional de igualdad”¹⁶. La interpretación literal se ve 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 sino el ingrediente habitualmente *primario* de todo razonamiento jurídico. Esto se pondrá fácilmente de relieve cuando, tras dictaminar 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. Mientras el principio de *no discriminación* vetaba toda desigualdad de trato sin fundamento objetivo y razonable, admitida la necesidad de tratar desigualmente a los desiguales, entrarán en juego otros dos. El que anima a mantener un paternalista *protectorado*, por entender que la mujer es y debe seguir siendo desigual, establece medidas que eviten una equiparación con el varón que tendría para ella consecuencias negativas. Cuando, por el contrario, la desigualdad se considera rechazable, un diverso principio impulsará medidas de *acción positiva*, que favorezcan en la vida pública una deseable equiparación de mujer y varón. Medidas residuales de protectorado paternalista abonaban a los Ayudantes Técnicos Sanitarios que trabajaran en domingo —si se trataba de personal femenino— 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”, había que someter a contraste la posible discriminación¹⁷. No parecía muy razonable una generosa “protección”, consistente quizá en dar por sentado que el domingo la mujer ha de estar en casa, dedicada a “sus labores”, mientras el varón disfrutaría en dicha jornada de una autonomía perfectamente fungible con la de martes o jueves.

A la hora de restablecer eficazmente la igualdad conculcada, se ofrecían dos opciones: “puede privarse a la mujer de la condición privilegiada que en un

¹⁵ 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).

¹⁶ “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 de la Constitución” -STC 144/1989 de 18 de septiembre, F. 3 (ibídem, págs. 1422-1423).

¹⁷ 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.

momento anterior se le concedió, o puede ampliarse el contenido de los derechos del varón para que llegue a poseer el mismo alcance". La *teleología* entra en juego, jerarquizando los objetivos favorecidos por una u otra opción. El Tribunal (tras sólo un 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"¹⁸. Las horas pasarían, pues, a pagarse a unas y otros como extraordinarias, sin que ni un voto particular empañe tan generosa solución...

Llegará a conclusiones más sobrias cuando —diez años después— dictamine sobre la existencia de un plus de transporte nocturno sólo para trabajadores de sexo femenino. Como fundamento objetivo y razonable de tal 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"¹⁹. El Tribunal, que no considera "excluida a priori toda posibilidad de que se atribuyese también el plus de transporte a los trabajadores varones", aprovecha además para recuperar tesoros de sabiduría popular: hay cariños que matan. Paternalismos aparte, parece exigible "la eliminación de las *normas protectoras* del trabajo femenino que pueden 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.

Planteando el modo de subsanar la vulneración, el varón recurrente no había dudado en exigir —esgrimiendo su derecho a la igualdad— 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"²⁰, si bien es cierto que siete años más tarde de que se hubiera ya extendido a los varones 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 nueva oportunidad de pronunciarse sobre una posible "*bilateralización*" de la medida, como modo de solventar casos de trato desigual. La Ordenanza de Seguros ofrecía al personal femenino, al contraer matrimonio, la posibilidad de rescindir el contrato y optar por una indemnización (de más de seis millones, en el caso de la recurrente). Esta, al serle denegada, argumentará que "cuando un precepto favorece sólo a las mujeres", el juego del "principio de igualdad no conlleva que el derecho deba de ser suprimido, sino el que haya de reconocérselo a los hombres"²¹.

¹⁸ STC 81/1982 de 21 de diciembre, F. 2 (ibídem, pág. 71).

¹⁹ "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).

²⁰ 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 (ibídem, 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".

²¹ STC 317/1994 de 28 de noviembre, A. 3 ("BJC" 1994 (164), pág. 128).

Al Tribunal le parece decisivo cerciorarse de que toda medida presuntamente protectora de la mujer “no haya perdido su *razón de ser*”, por “perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados”, que “consolidan la situación discriminatoria contra la que se reacciona”²². Aunque la propia víctima pueda “desear su aplicación”, “el consentimiento del sujeto discriminado no alcanza a sanar la naturaleza intrínsecamente inconstitucional del tratamiento”, que somete “a las mujeres a un régimen promocional de la terminación del contrato que derechamente conduce a su expulsión del mercado de trabajo”²³.

De buenas intenciones se puede estar el infierno lleno; no cabrá manejar adecuadamente el criterio teleológico sin considerar las consecuencias que el objetivo perseguido acaba generando. “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 la sitúa en un “desigual punto de partida”. El Tribunal teme 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. A su juicio, la medida ha “perdido su razón de ser”²⁴, lo que le permitirá descartar de nuevo esa igualación por arriba, de consecuencias nada inocuas.

El primado de lo *teleológico* explica que, repetidamente, nos haya salido al paso la alusión a la existencia o inexistencia de una *razón de ser*, como versión más dinámica de ese *fundamento objetivo y razonable* capaz de discernir entre una discriminación y una irrelevante desigualdad. Toda actividad jurídica —o sea la realidad del derecho— mantiene una vieja querencia a vincularse con la razón²⁵. Podría aducirse, apelando a lo teleológico en clave “débil”, que lo jurídico siempre tiene una *razón*: nadie hace nada sin motivo. Parece, sin embargo, que afirmamos bastante más cuando atribuimos a algo una *razón de ser*. Más allá de todo *relativismo*, habría razones más cercanas que otras a la realidad de las cosas: o sea a la del derecho.

Insistiendo en versiones “débiles”, o políticamente correctas, cabría apelar aún 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. Quienes cuestionaban las horas extraordinarias del trabajo dominical de las enfermeras, sugerían, por ejemplo, que “tales medidas deben ser sometidas a revisión para derogarlas si es que carecen de *actualidad*”. El Tribunal no dejó de mostrar su escándalo: “el problema no es la conformidad de la solución jurídica

²² 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 esforzarse “para ‘modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en funciones estereotipadas’”. Se trataría en concreto de erradicar aquellas 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 (ibídem, pág. 130).

²³ “Así como a perpetuar la situación de desventaja en el acceso y el mantenimiento del puesto de trabajo” -STC 317/1994 de 28 de noviembre, F. 3 y 4 (ibídem, pág. 130).

²⁴ STC 16/1995 de 24 de enero, F. 7 y 3 (“BJC” 1995 (166), págs. 84 y 83).

²⁵ Ello nos ha llevado a preguntarnos *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.

con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse 'actualidad', sino su conformidad con la Constitución"²⁶. Esta tiene, pues, peculiares razones, no identificables necesariamente con las opiniones mayoritarias.

El "contenido esencial" de los derechos y libertades, al que se refiere su artículo 53.1, se sitúa por encima de la opinión coyuntural de los ciudadanos y de las no menos coyunturales 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 que convertir a *tópicos* de actualidad en fundamento de una liberadora utopía²⁷.

El "contexto social" no nos serviría 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 su hoy cuestionable existencia. Tal ocurrió al hacerse depender el posible reingreso de un trabajador —en excedencia forzosa por matrimonio— "del momento en que se constituya en cabeza de familia". Su análisis confirmaba que dicho concepto revestía en el caso "un sentido claramente discriminatorio". En clave protectora, se reservaba al marido²⁸, 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'"²⁹.

6. La *pasividad judicial*, propia de la aplicación técnica de la norma, acaba 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 formalmente 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 lograrían enmarcar más adecuado en la del artículo 9.2 de la Constitución. El

²⁶ STC 81/1982 de 21 de diciembre, F. 2 ("BJC" 1983 (21), pág. 71).

²⁷ 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).

²⁸ "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 trasfondo 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 la mujer, "altamente elogiabile 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". El Tribunal no encontró así mayor dificultad para inferir de ello que cualquier varón en similares circunstancias no habría visto "depender su reingreso igualmente de la adquisición de la cualidad de 'cabeza de familia', ya que, sólo por el hecho de ser tal, se le consideraba titular de la misma" —STC 241/1988 de 19 de diciembre, F. 3 y 4 ("BJC" 1989 (93), pág. 47).

²⁹ Según bizarra expresión del llamado "Fuero del Trabajo" en su apartado 11.1. 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 (ibídem, pág. 48).

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.

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”; lo que obliga a analizar las medidas de turno “desde una perspectiva más compleja”³⁰. 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 “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 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”³¹.

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 adelantarse 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 considerara una medida protectora de la mujer, como las que parten “de presupuestos de inferioridad física, o de una

³⁰ “Que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona”. 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).

³¹ STC 19/1989 de 31 de enero, A.2.c) y F. 5 (ibídem, págs. 300 y 304).

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 mentalidad³².

La prestación por guardería, 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”, lo que justificaría el intento de evitar “que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños”³³.

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”³⁴.

Rechaza 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”³⁵. 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.

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

³² STC 128/1987 de 16 de julio, F. 1 y 6 (“BJC” 1987 (76-77), págs. 1205 y 1206). En el segundo supuesto, dado que “determinados grupos sociales, definidos entre otras características por el sexo”, aparecen a la vez “colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables”, lo que haría obligado un trato desigual —ibídem, F. 7 (pág. 1207).

³³ STC 128/1987 de 16 de julio, F. 9 y 10 (ibídem, 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%)”.

³⁴ STC 49/1990 de 26 de marzo, F. 3 y 4 (“BJC” 1990 (108), pág. 94).

³⁵ “Sin que, como consecuencia de ello, se trastorne el ‘equilibrio de las prestaciones’” propio del sistema mutualista contractual —STC 49/1990 de 26 de marzo, F. 4 (ibídem, pág. 94).

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’”³⁶.

Con ayuda del “valor interpretativo” reconocido, en materia de derechos fundamentales, a los tratados internacionales, el “*principio estricto de igualdad salarial a identidad de trabajo*” da paso a una “apreciación de trabajos de igual valor”³⁷, que irá más allá de la mera *constatación empírica*, e incluso de la *positivación formal*: “la adscripción de un determinado trabajador a una categoría”, no basta para desmontar la *realidad judicialmente comprobada* de la identidad del trabajo”³⁸.

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”³⁹.

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 realidad, facilitando que cada cual obtenga de ella las consecuencias oportunas.

7. No parece fácil 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, hasta invitar a asumir la tarea ineludible de *modificar utópicamente* la praxis social, para hacer efectivos unos derechos prelegales. 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 protectorado paternalista perpetuador de la discriminación previa. Aceptarlo, vistos los hechos, sería condenarnos a la mitología jurídica.

³⁶ 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).

³⁷ Como “ha sido interpretado extensivamente por la jurisprudencia comunitaria” europea. “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 (ibídem, pág. 228).

³⁸ 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 (ibídem, pág. 228).

³⁹ “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 (ibídem, pág. 229).

Se ha situado en un nuevo contexto histórico el horizonte hermenéutico que había dado paso a las normas protectoras, re-creándolo hasta hacerlas 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.