

ANDRÉS OLLERO: *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

ANA PAZ GARIBO (\*)

El título de este nuevo trabajo del profesor Ollero, es altamente sugerente por lo apasionante y lo conflictivo del tema. Con todo, no es la discriminación por razón de sexo el objeto fundamental de su investigación, sino la excusa empleada para ocuparse de algo de mayor interés si cabe: evidenciar las limitaciones del pensamiento dominante entre los prácticos del derecho, el positivismo normativista, el cual, en coherencia con el modelo de creación y aplicación del Derecho que propone, acaba minusvalorando la dimensión hermenéutica consustancial a todo lo jurídico.

Para ello el autor ha realizado una minuciosa labor de *crianza* (ésta sería una de las tres tipologías de libros que según indica él mismo en la introducción existen en el ámbito académico) rumiando sus tesis durante un dilatado período de tiempo, al analizar tanto la jurisprudencia constitucional más relevante relativa a la discriminación por razón de sexo, desde los orígenes mismos del Tribunal, como el intenso debate doctrinal suscitado por dicha jurisprudencia.

---

(\*) Profesora de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia.

El modelo de derecho dominante identifica los conceptos derecho - positivo - norma - ley en una *curiosa ecuación*. Comprendida así la teoría del Derecho, nada pre-legal ni pre-normativo ni pre-positivo, puede considerarse jurídico. Sólo el ordenamiento como sistema de normas puestas (siendo las leyes las normas puestas por antonomasia) puede identificar y delimitar la realidad jurídica. Y sólo ante indeseables defectos de esas normas puestas, cabría recurrir, para complementarlas, a unos principios que únicamente por esta vía llegan a ser considerados como jurídicos. Cualquier referencia axiológica fuera de este esquema habría que desecharla por ser extraña a la realidad del derecho.

La tarea de interpretación aparece así como inevitable recurso ante situaciones patológicas de dificultad o conflicto.

Si la literalidad de las normas es lo suficientemente clara, ello permite una aplicación técnica y avalorativa. En defecto de tal claridad el propio ordenamiento debe prever un método científico que permita su integración sin necesidad de que a través de la interpretación judicial se diluya la frontera entre la tarea de creación y la de aplicación del derecho. De ahí el temor a un peligroso activismo judicial que a través del recurso a la teleología realice una labor de integración axiológica que invada las competencias del Legislativo.

Pero el Derecho *funciona* de otra manera, y un recorrido por la jurisprudencia constitucional relativa al art. 14.CE nos permitirá desarticular el modelo descrito. Esta es la propuesta del Profesor Ollero.

Es el art. 14 CE el que, en su segundo inciso, prohíbe, entre otras, la discriminación por razón de sexo —aunque como el autor en algún momento indica sería más correcto hablar de género—. Dicha prohibición sería consecuencia ineludible de la igualdad formal que el mismo artículo consagra en su primer inciso. Y a la igualdad se refiere previamente la Constitución en su título preliminar al propugnarla como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico en el art. 1.1, y al encomendar a todos los poderes públicos que promuevan las condiciones para hacer real y efectiva la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra en el art. 9.2.

Comienza el autor destacando como el Tribunal recuerda que existen valores (a propósito de la igualdad) que por su carácter tan jurídico como pre-legal, vinculan al legislador y a todos los poderes públicos. De modo

que estamos ante un peculiar sistema integrado no sólo por normas puestas, sino por valores que operan sobre todo como principios «informadores y dinamizadores del ordenamiento» y que activan el proceso de positivación.

Una positivación interpretativa derivada de las exigencias de un principio pre-legal, poco tiene que ver con la pretendida aplicación técnica de las normas, con ella entrará en crisis también el criterio interpretativo literal, criterio que paradójicamente pretende hacer innecesaria toda interpretación. Pero constitución en mano ya no parece tan evidente que «*in claris non fit interpretatio*».

A la entrada en vigor de la Constitución la condición femenina se hallaba en situación de desventaja en la vida política, social, económica y cultural y sometida a una serie de medidas protectoras de cariz paternalista. Ollero analiza las vicisitudes y contradicciones del Tribunal a la hora de mantener o desterrar dichas medidas. El criterio teleológico entra en juego junto a la relativización del literal. Habrá que dilucidar si esas medidas contribuyen a mantener la situación de discriminación de la mujer por perpetuar la desigualdad que les dio origen, o si deben conservarse por la función compensatoria que cumplen, invocando la desigualdad para luchar contra la desigualdad misma. La finalidad que se persiga o las consecuencias producidas por este tipo de normas harán hablar de forma muy distinta a un mismo artículo, ya que al menos tres principios operan a través del mismo, y al Tribunal compete su ponderación en un obligado activismo judicial: El principio que prohíbe la discriminación exigiendo un trato igual entre hombres y mujeres, el que tiende a conservar medidas protectoras que compensen desigualdades y el que tiende a impulsar medidas de acción positiva que lleven a la equiparación de varón y mujer.

Así que podemos concluir con el autor: «Disfrazar de *aplicación* lo que es *invención* hermenéutica obligaría a cerrar los ojos ante los auténticos perfiles de la realidad jurídica»

En definitiva, desde una perspectiva dinámica e interdisciplinar, Ollero desentraña el funcionamiento del derecho, hace filosofía jurídica desde el derecho mismo. Su condición de *alienígena anfibio* (profesor entre políticos y político entre profesores) le proporciona una situación privilegiada para llevar a cabo esta tarea, con un estilo ágil, hondo y perspicaz, no exento en ningún momento de sentido del humor.