

ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO (*)

Luis M. ARROYO YANES
Departamento de Derecho Público.
Universidad de Cádiz

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR Y CONSTITUCIÓN DE 1978. III. ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR Y DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER: EVOLUCIÓN RECIENTE. 1. EL R. DECRETO-LEY 1/88, DE 22 DE FEBRERO, DE INCORPORACIÓN DE LA MUJER A LAS FUERZAS ARMADAS. 2. EL DESARROLLO POSTERIOR DEL R. DECRETO-LEY 1/88, DE 22 DE FEBRERO. 2.1. EL DESARROLLO INMEDIATO DEL MISMO. 2.2. EL INGRESO DE LA MUJER EN LAS ACADEMIAS MILITARES. 3. LA LEY 17/89, DE 19 DE JULIO, DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL. IV. EL ACCESO DE LA MUJER A LA FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA STC DE 14 DE OCTUBRE DE 1991. V. FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR Y ACCIÓN POSITIVA.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores reflejos que la promulgación de la Constitución de 1978, con su potencialidad transformadora, ha tenido en el ordenamiento jurídico público es el que se ha producido —y se viene produciendo, ya que el proceso de *aggiornamento* todavía no puede darse por finalizado— en el ámbito del llamado Derecho Militar, ámbito jurídico que, a diferencia de lo que ocurre con otros sectores de nuestro ordenamiento, y salvo contadas excepciones, se encuentra huérfano todavía de un tratamiento doctrinal equivalente, como mínimo, al que su importancia histórica y real, y también su problemática jurídica efectiva, le hace justamente merecedor.

(*) Comunicación presentada y defendida en las Primeras Jornadas de Estudio sobre la Mujer: Mujer, Derecho y Sociedad, organizadas por el Vicerrectorado de Extensión Universitaria de Cádiz, y celebradas en Jerez de la Frontera los días 28 y 29 de noviembre de 1991.
N. de la R.—Téngase en cuenta la fecha de redacción del presente trabajo.

Es posible que esta situación se deba a un alejamiento de la propia doctrina jurídica de este ámbito particular, por diversos motivos, algunos de los cuales exceden lo estrictamente científico, pero también influye sobre su estado de relativo retraimiento, al menos en el momento actual, el *vertiginoso* proceso de reforma en el que se encuentra inmerso el llamado Derecho Militar, del que puede decirse, sin ánimo de exageración, que prácticamente no existe año en los últimos diez inmediatos en el que no hayan aparecido en los repertorios de legislación al uso disposiciones o grupos de disposiciones de diferente rango normativo afectando de modo intenso a los más variados aspectos de dicho sector del ordenamiento, y que ha sufrido, por esta razón, un cambio de gran calado en su propio régimen jurídico vigente (1).

El objeto de este trabajo se encuentra bastante acotado ya por su propio título. Pretendemos en él realizar una serie de consideraciones sobre la problemática administrativo-constitucional que plantea la discriminación por razón de sexo en un ámbito del empleo público bastante característico y definido, el de la función pública militar, limitando nuestro análisis a un elemento concreto del Derecho Militar de funcionarios, el del reclutamiento profesional, concepto este más amplio que el del ingreso, pero suficientemente perfilado en sus límites constitucionales (2).

Aunque la problemática que plantea la discriminación por razón de sexo, prohibida constitucionalmente, es mucho más amplia, pues abarca todo género

(1) Vid. Ley Orgánica 6/80, de 1 de julio, de Defensa Nacional y Organización Militar; Ley Orgánica 1/84, de 5 de enero, por la que se modifica la anterior; Ley 19/84, de 8 de junio, del Servicio Militar; LO 12/1985, de 27 de noviembre, de Disciplina Militar; Leyes Orgánicas Penales Militares 13 y 14/85, de 9 de diciembre; LO 4/87, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; R. Decreto-ley 1/88, de 22 de febrero, sobre incorporación de la mujer a las FF.AA.; Ley 9/88, de 21 de abril, de Planta Militar; LO 2/89, de 13 de abril, Procesal Militar; Ley 17/89, de 19 de julio, de Personal Militar Profesional; RD 1385/90, de 8 de noviembre, Rto. Gral. de Adquisición y Pérdida de la Condición Militar y de Situaciones Administrativas; RD de 14 de diciembre de 1990, Rto. Gral. de Evaluaciones, Clasificaciones y Ascensos; RD 562/90, de 4 de mayo, Rto. Gral. de Ingreso en Centros Docentes Militares de Formación y Acceso a la Condición de Militar de Empleo; RD 1494/91, de 11 de octubre, Rto. Gral. de Retribuciones del Personal de las FF.AA.

(2) La Constitución, cuando se refiere específicamente a la igualdad que debe de presidir los procesos de incorporación a los cargos y funciones públicas, utiliza precisamente el término *acceso* (art. 23.2), que es interpretado por el Tribunal Constitucional, cuando se aplica a los suuestos de función pública, en el sentido de que el acceso no es sólo un acceso genérico a aquélla, sino a cada uno de sus tramos y esferas, por lo que quedan bajo la protección de este precepto los supuestos de promoción interna existentes en su seno. Vid., entre otras muchas, las SSTC 75/83, de 3 de agosto, y 50/86, de 23 de abril.

de discriminaciones que pueden tener lugar por este motivo, vamos a centrarnos exclusivamente en un aspecto determinado de la misma, quizá el más conocido y evidente: la discriminación de la mujer, refiriéndola al ejercicio de la llamada profesión militar en los términos antes expuestos. A este fin, vamos a seguir un método de análisis cronológico que nos permita destacar, al hilo precisamente de la reciente evolución que se vive en este supuesto concreto de integración de la mujer en los ejércitos, no sólo cuál es el punto en el que se encuentra nuestra legislación en esta materia, sino también cuáles son, a nuestro juicio, si es que efectivamente es así, las más preocupantes desviaciones respecto al mandato constitucional de no violación de la igualdad por razón de sexo.

II. FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR Y CONSTITUCIÓN DE 1978

La función pública militar, no hace falta recordarlo, ha sido tradicionalmente una de las profesiones reservadas al hombre en exclusividad (3), preocupándose la normativa aplicable al reclutamiento de su personal de subrayar este rasgo excluyente para la mujer, a diferencia de lo que desde comienzos de los años sesenta ha sido pauta común en las restantes funciones públicas, donde se observa una mayor, aunque tardía, concordancia con la realidad social del país (4), y lo que ha sido tendencia constante hacia su progresiva incorporación en los ejércitos occidentales desde la segunda posguerra mundial (5).

La promulgación de la Constitución de 1978 vino a introducir un elemento nuevo y decisivo en cuanto al debate jurídico de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, ya que de la lectura de sus preceptos se deducía, sin

(3) En este sentido, se hace oportuno recordar aquí las *Ordenanzas Militares decimonónicas* (fundamentalmente las *leyes del Ejército de 29 de noviembre de 1878*, y de *Nueva Organización de 19 de julio de 1889*), que, con independencia de otros antecedentes del siglo pasado y de carácter histórico más remoto, postulaban semejante criterio.

(4) La Ley 56/61, de 22 de julio, de Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo, que reconocía la igualdad de acceso a la práctica generalidad de las funciones civiles —excluidos en la función pública de la Administración de Justicia los cargos de magistrados, jueces y fiscales, no así las jurisdicciones tutelar de menores y laboral, exclusiones que se mantendrían hasta la Ley 96/66, de 28 de diciembre—, mantenía la prohibición de ingreso en las FF.AA., salvo en supuestos especiales que serían excepcionalmente autorizados por la ley (art. 3.2.a). Se pone aquí de manifiesto, en nuestra opinión, en mayor medida que en otros aspectos, el carácter de compartimento estanco del mundo militar, y de su manifestación más gráfica, su Derecho, respecto al imparable avance de la igualdad de la mujer a nivel social y profesional.

(5) Para la evolución de los casos británico, norteamericano y francés, vid. MUÑOZ ALONSO, J. M.: *Derecho Administrativo Militar. II. El Estatuto del Personal*. Ed. autor, Madrid, 1989.

excesivos esfuerzos hermenéuticos, el contrasentido constitucional de la negativa en términos absolutos a dicha incorporación. Así, el mandato a la promoción de la igualdad real y efectiva de los individuos y grupos de individuos que se recogía en su art. 9.2 con carácter vinculante para todos los poderes públicos; el principio de igualdad de los españoles sin prevalencia de discriminación alguna por razón de sexo (art. 14); el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que fijen las leyes (art. 23.2); y el acceso a la función pública conforme a requisitos que sólo podían ser referibles a los principios de mérito y capacidad (art. 103.3). Todos ellos hacían que fuera difícilmente compaginable el plano constitucional con los criterios que se venían aplicando a la hora de realizar convocatorias de acceso a plazas militares, reservadas como estaban éstas únicamente a los hombres.

La aplicación directa de los preceptos constitucionales citados exigían sin duda por parte del legislador una rápida toma de postura sobre el alcance de dicha integración. Sin embargo, éste permaneció pasivo frente a esta problemática, ya que ni las Reales Ordenanzas aprobadas a finales de 1978, coetáneas de la propia Constitución, ni la Ley Orgánica 6/80, de 1 de julio, de Defensa Nacional y Ordenación Militar (art. 36.2) —modificada por LO 1/84, de 5 de enero—, ni la ley 19/84, de 8 de junio, del Servicio Militar (art. 41), aprovecharon la oportunidad para determinar en qué términos se produciría la entrada en la profesión militar de la mujer, remitiendo el tratamiento de esta cuestión a una ley futura en lo que *parecía una decisión premeditada de paralización temporal sine die* (6).

Esta postura de *inactividad* por parte tanto del legislador como de las *autoridades del Ministerio de Defensa*, se mantendría *varios años más*, pero comenzó a hacerse insostenible a partir de mediados de 1987 (7). Es entonces cuando se

(6) En esta postura debió de influir, sin duda, las particulares coordinadas en las que se movía la institución militar en este momento histórico, que hacía que este problema tuviera que ser afrontado con mucho tacto por los efectos secundarios que podía desencadenar en el seno de la institución militar, que tenía en este momento problemas mucho más apremiantes que resolver. Ello, no obstante, conviene recordar, como agudamente ha señalado la doctrina, que, a partir de 1985, comienza a tenerse en cuenta en el aparato normativo en curso de reforma la futura incorporación de la mujer, aunque ésta no fuera abordada frontalmente de forma definitiva (a título de ejemplo, pueden citarse algunas tipificaciones de la LO 12/85, de 27 de noviembre). Vid. LÓPEZ BENÍTEZ, M.: «Más allá de la disciplina. (Reflexiones sobre los límites de la aplicación del Derecho Disciplinario Militar)», en VV.AA., *Estudios Jurídicos de conmemoración del X Aniversario de la Facultad de Derecho*. Córdoba, Universidad, 1991 (pp. 407-433), p. 419.

(7) Significativamente, los Informes del Defensor del Pueblo correspondientes a 1986 y 1988 recogen ya algunas quejas sobre esta materia. Vid. las quejas 290/86 y 4720/88.

conoce una de las primeras sentencias de un Tribunal Contencioso-Administrativo declarando la nulidad de la exigencia de ser «varón» para poder concurrir a las pruebas de acceso a la función pública militar por ser contraria e incompatible con el art. 14 de la Constitución. En dicha sentencia, de 8 de junio de 1987, la Audiencia Nacional declaraba la nulidad de una Orden mediante la cual se convocaba concurso-oposición para el ingreso en el Cuerpo de Farmacia del Ejército del Aire en unos términos que, si bien eran muy limitados en cuanto a sus efectos reales, eran suficientemente expresivos en cuanto a la doctrina informadora de sus fundamentos de derecho (8). En los mismos, tras recordar que el reconocimiento de un derecho subjetivo no podía quedar supeditado a la elaboración de una ley, ya que ello supondría demorar la posibilidad de hacerlo efectivo —supeditando y demorando así la aplicabilidad de la Constitución, y desconociendo su carácter normativo de aplicación directa—, y recordar la doctrina que el Tribunal Constitucional había ido formando sobre el art. 14 (SSTC 5 de mayo y 14 de julio de 1982 y 21 de julio de 1983), la Audiencia Nacional entra a conocer el supuesto planteado, examinando a través de su normativa las funciones atribuidas al Cuerpo de Farmacia, a fin de comprobar si su especificidad pudiera justificar un trato desigual sobre la base de que el carácter militar de la función no es exclusivamente por sí solo de la integración de la mujer, y llegando, por último, a la siguiente conclusión:

«... si se examinan las funciones a desarrollar que con las necesarias adaptaciones en razón del tiempo subsisten en la actualidad, no se aprecia en ellas circunstancia alguna que pueda justificar razonablemente la exclusión de la mujer, por el hecho de ser tal, para participar, mediante el acceso a dicho Cuerpo, en el desempeño de las mismas que fundamentalmente depende de la preparación y aptitud profesional del funcionario sin relación determinante con el sexo, y ello tanto respecto de la actividad técnica propiamente dicha como de la superación de las condiciones en que haya de desarrollarse, que por tratarse de un Cuerpo y en razón de la naturaleza y alcance de las referidas funciones, en general no son las más extremas en el ejercicio de la actividad militar, ni constituyen el núcleo operativo de la misma...» (9).

(8) La sentencia limitaba la eficacia del fallo únicamente a la participación de la recurrente, sin afectar a los restantes aspectos de la convocatoria, sin viciar la intervención de los que sí cumplieron con el requisito, sin efecto, por tanto, *erga omnes*. Vid. el fdo. de derecho cuarto, *Actualidad Administrativa*, 30, semana 20-26, julio 1987, rep. 509, pp. 1778-1781.

(9) A falta de otro criterio, dadas las distintas posibilidades de integración de la mujer en los

Este pronunciamiento constituía una severa llamada de atención para las autoridades del Ministerio de Defensa, e indirectamente también para el legislador, pues estaban en marcha otros recursos, igualmente a través del procedimiento previsto en la ley 62/78, de 26 de diciembre, del mismo tenor que el citado en los que se recurría la existencia de ese mismo requisito para ingresar en las Academias Militares (10), lo cual significaba que si no se quería que fuera la jurisprudencia, con los riesgos que ello conllevaba (11), la que fijara el grado de participación de la mujer en la institución militar profesional, tendría que producirse un *cambio de «actitud»* respecto de esta problemática, afrontándose la misma de forma definitiva (12).

En septiembre de este año, el día 28, el Gobierno aprueba el Plan de Acción para la Igualdad de Oportunidades para el período 1988-1990, recogiendo toda una gama de medidas tendentes a conseguir la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y la progresiva mixtificación de los empleos públicos (13).

A comienzos de 1988, un nuevo fallo judicial, ahora de la Audiencia Territorial de Madrid, de fecha 29 de enero de 1988, consideraba discriminatoria la exigencia del requisito de ser varón para poder participar en las pruebas de acceso a la Academia del Aire, lo cual precipitaría la intervención del Gobierno en la materia, el cual, menos de un mes después, dictaba un R. Decreto-ley, el 1/88, de 22 de febrero, por el cual se entraba a regular la materia en los términos que veremos seguidamente (14).

efectivos militares que se conocen en el Derecho comparado, era hasta cierto punto lógico que el Tribunal acudiera, sobre todo en un caso como éste de funciones eminentemente técnicas, al criterio de las funciones a desarrollar para determinar la razonabilidad de la medida.

(10) Vid. *Diario El País* de 21 de marzo de 1987.

(11) No ya sólo por la falta de unidad de los fallos de los Tribunales, sino porque éstos podían marcar un «techo» muy limitado a la integración, acarreado, asimismo, la nulidad de las pruebas celebradas con el requisito de ser varón, con la consiguiente inseguridad jurídica para el reclutamiento del personal militar.

(12) En agosto de ese año el Subsecretario de Defensa no descartaba el que alguna mujer pudiera ingresar en el Ejército al año siguiente. Vid. *Diario El País*, 12 de agosto de 1987.

(13) Vid., especialmente, las actuaciones 3.4.1 y 3.4.2.

(14) La sentencia citada será examinada más tarde al tratar la STC de 14 de octubre de 1991, con la que se encuentra en conexión. Si bien pudiera resultar acertado desde un punto de vista político la elección de la figura jurídica del decreto-ley —en base se decía en su Exposición de Motivos, a la necesidad de dar respuesta a la demanda social—, su utilización, a la vista de los antecedentes que hemos intentado resumir, resultaba difícilmente asumible en términos de extraordinaria y urgente necesidad, ya que hubo tiempo sobrado para tramitar un proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

III. ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR Y DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER: EVOLUCIÓN NORMATIVA RECIENTE

El cambio normativo posibilitador de la incorporación de la mujer a las FF.AA. se abre con el R. Decreto-ley 1/88, de 22 de febrero, al que siguen un conjunto de normas de rango reglamentario, cambio normativo que culmina en la Ley 17/89, de 19 de julio, del Personal Militar Profesional. Pasamos a analizar seguidamente este conjunto normativo.

1. *El R. Decreto-ley 1/88, de 22 de febrero, de incorporación de la mujer a las FF.AA.*

Este R. Decreto-ley tenía un carácter ciertamente limitado, ya que no propugnaba la incorporación inmediata de la mujer *a todos los empleos militares*, sin ninguna exclusión, mediante la desaparición de la distinción por razón de sexo en todas las convocatorias de ingresos en éstos (15). En realidad, su misión era más bien la de permitir el acceso a algunos cuerpos y escalas militares previamente delimitados —que se detallaban en su art. 2, fundamentalmente, jurídicos, sanitarios y de música— demorando a un momento ulterior «... una vez realizadas las necesarias adaptaciones organizativas y de infraestructura...» el acceso a los restantes cuerpos y escalas por un orden que sería progresivamente determinado por el Gobierno a instancias del ministro de Defensa (art. 4) (16).

Junto a esta previsión de carácter coyuntural —ligada en última instancia al régimen transitorio de la propia integración—, el R. Decreto-ley 1/88 contenía cuatro previsiones que, desde nuestro punto de vista, han condicionado en gran medida el desarrollo posterior que ha recibido esta materia:

(15) Vid. «BOE» 46, de 23 de febrero de 1988, convalidado por Resolución de 10 de marzo del mismo año («BOE», 74, de 26 de marzo). Esta disposición, contrariamente a lo que viene siendo práctica, no fue tramitada como proyecto de ley, quizá porque las autoridades del Ministerio de Defensa tenían pensado el envío del proyecto de ley sobre personal militar profesional a la mayor brevedad.

(16) La oferta de plazas de ingreso a esos cuerpos y escalas «restantes» era muchísimo mayor en número: los 24 cuerpos y escalas a los que se permitía el acceso a la mujer sumaban un total de 193 plazas del total de 1.654 (excluida Guardia Civil), que se ofertaban para 1988, lo cual constituía, *aparte de la menor importancia de las funciones asignadas*, un porcentaje sumamente exiguo, un 11,66 por 100 del total. De estas plazas, el grueso estaba formado por las de ingreso a las distintas Academias Militares. Vid. la O. de 5 de febrero de 1988 por las que se convocan las plazas de ingreso en la función pública militar para 1988, en «BOE» 32, de 6 de febrero.

1. *En los procesos de selección no podrían darse más diferencias que las derivadas de las distintas condiciones físicas del hombre y la mujer, las cuales tendrán su concreción en el cuadro de condiciones físicas exigibles para el ingreso* (art. 1.2). El sentido de esta referencia parecía bastante claro, y desplegaba sus efectos en dos ámbitos concretos: del mismo modo que existían circunstancias de carácter físico impeditivas para el hombre, también tendrían que existir, correlativamente y teniendo en cuenta la *existencia de enfermedades susceptibles de ser padecidas sólo por las mujeres*, sus equivalentes en este caso. Igualmente, si se exigía la superación de *una tabla de pruebas físicas* conforme a unas puntuaciones concretas y una determinada estructura física (altura y peso), estos parámetros tendrían que ser *distintos para el caso de la mujer* (17).

2. *La mujer podrá alcanzar todos los empleos militares* (art. 1.3.I). Se trata, sin duda, del aspecto más importante de toda la disposición. Al fijarse esta previsión se va a asumir la *integración de la mujer en todas las unidades, grados y empleos de las FF.AA.*, optándose por una integración plena en lugar de la otra opción posible, de integración limitada o selectiva (18). Aunque semejante principio de integración total pudiera sufrir paralizaciones en su concreción efectiva, quedaba claro que no podrían existir derogaciones y excepciones, dado los términos en los que el mismo aparece recogido.

3. *En la denominación de los empleos militares no existirían distinciones terminológicas* (art. 1.3.II). Se trata de una previsión *discutible*, y en clara oposición con el espíritu del Plan para la Igualdad de Oportunidades de 1987, que la propia Exposición de Motivos se encargaba de citar, ya que una de sus actuaciones más señeras pretendía *acabar con el uso del lenguaje sexista*, y con la consagración de este criterio se mantienen inalteradas las denominaciones «masculinas» de los empleos militares (19).

4. *Rige para la mujer militar el principio de progresión de carrera, aunque pueden existir diferencias derivadas de sus condiciones fisiológicas para la provisión y desempeño de determinados destinos* (art. 1.4). Este precepto plantea la cuestión de cuáles pueden ser las restricciones que puede sufrir el principio

(17) Se trata de una cuestión ciertamente importante para el posible acceso a los empleos militares, ya que no basta sólo con la superación de unas pruebas intelectuales, sino también la demostración de que los candidatos se encuentran en mejores condiciones físicas que sus competidores, dato este irrelevante para el acceso a otras funciones públicas, pero que en el caso de la función pública militar *continúa teniendo un gran peso en el éxito o fracaso de las pruebas de acceso*.

(18) Para la comparación con los modelos elegidos por otros países de nuestro área cultural, vid. MUÑOZ ALONSO, J. A.: *Derecho Administrativo militar*, tomo II, ob cit., p. 114.

(19) La mujer será sargento, pero no sargenta; general, pero no generala, etcétera.

de progresión en la carrera militar por el hecho de ser mujer. Al referirse a las condiciones *fisiológicas*, parece que queda clara la posibilidad de establecer limitaciones, bien entendido que éstas habrían de tener una justificación objetiva (p. ej., *el embarazo*) y que esta circunstancia no puede afectar de ningún modo a la carrera profesional de la mujer militar, y sólo —recuérdese que no se distingue en esta disposición entre puestos que conlleven la utilización de armamento y los que no, por lo que las mujeres pueden desempeñar aquéllos— puede influir dicha circunstancia en la provisión y ejercicio de determinados destinos militares (20).

2. El desarrollo posterior del R. Decreto-ley 1/88, de 22 de febrero

Dos fueron las líneas de desarrollo reglamentario del Decreto-ley en este punto, condicionado por las dos vías de acceso existente a la función pública militar; una más rápida y casi inmediata a la aprobación del mismo, y otra más lenta y demorada en el tiempo.

2.1. El desarrollo inmediato del Decreto ley 1/88, de 22 de febrero

Dado que el Decreto-ley citado admitía la posibilidad de que la mujer accediera a los cuerpos y escalas que citaba, era necesario ampliar y modificar tanto el cuadro médico de exclusiones como las puntuaciones a fijar por los resultados obtenidos en las pruebas de aptitud física que habrían de superarse para el ingreso (21). Dicha medida se llevaría a cabo mediante Orden de 23 de febrero de 1988, de la cual conviene retener tres datos (22):

- Declara que el *embarazo* como tal será causa de exclusión para el ingreso (23).
- *No se revisan los requisitos* exigidos para intentar fomentar así el acceso de la mujer. Esta, si desea ingresar en los ejércitos, tendrá que superar

(20) La nueva legislación militar distingue entre los empleos y categorías militares (general, teniente, etc.) que «pertenecen» al funcionario militar de carrera y los destinos o puestos de trabajo cuya provisión y desempeño guardan una debida correlación con aquéllos, y en los cuales pueden entrar a operar la potestad organizatoria de la Administración.

(21) Recogidas en las Ordenes Ministeriales 67/85, de 25 de noviembre, y 52/86, de 17 de junio.
(22) Vid. «BOE», 47, de 24 de febrero de 1988.

(23) Dicha medida nos parece que, en ciertos supuestos, puede ser *discriminatoria* para la mujer. La trataremos más adelante al referirnos al mismo supuesto existente para el acceso a las Academias Militares.

una serie de *pruebas físicas* que desde mucho tiempo atrás *se encuentran «pensadas» para sus competidores varones.*

- Se establecen una serie de adaptaciones y modificaciones en los llamados *parámetros biológicos y enfermedades generales*, cuadro médico de exclusiones y en la *tabla de puntuaciones de los ejercicios a realizar* que toman como punto de referencia las ya existentes para los varones.

De lo visto se concluye que esta disposición no se orienta a dar un tratamiento jurídico global a la problemática que plantea la integración de la mujer —y, desde luego, más ajustado a las previsiones constitucionales—, sino que se *limita a «añadir» o «adicionar»* unas tablas de requisitos arbitrados para hacer frente al *emergente* ingreso de la misma, sin que se tenga en cuenta ningún criterio de revisión del «modelo» seguido hasta ese momento.

2.2. El ingreso de la mujer en las Academias Militares

Este ámbito era, quizá, el más problemático en cuanto al ingreso de la mujer, debido, fundamentalmente, a la tradición masculina de estos centros docentes y al mayor número de plazas que para los mismos se convocaban anualmente, y quizá fuera por estos motivos, entre otros, por los que el Ministerio de Defensa se mostraba reacio a asumir, sin solución de continuidad, la misma norma que imperaba ya en otros cuerpos y escalas militares (24).

Hubo que esperar a comienzos de 1989 a que el Ministerio de Defensa acordara que todas las convocatorias de ingreso que se realizaran a partir de entonces en todos los cuerpos y escalas, incluyendo ya a las Academias Militares, habrían de realizarse sin distinción de sexo (art. 5 de la Orden de 27 de febrero de 1988) (25). Un día más tarde, esto es, el 28 de febrero, se aprobaba la Orden en la que se recogía la ampliación y modificación del *cuadro médico de exclusiones y las pruebas de aptitud física* para el ingreso de las candidatas femeninas, para lo cual se siguió *la misma criticable técnica* que se había

(24) Esta verdadera «asignatura pendiente» requería, como desde distintos sectores sociales se intentaba hacer ver, una rápida respuesta. Vid., el editorial de *El País* del día 20 de febrero, bajo el expresivo título de «La mujer militar», y el artículo de CAMACHO ZANCADA, B.: «Mujeres en las Fuerzas Armadas: un golpe», en el correspondiente al día 15 de marzo del mismo diario.

(25) Vid. «BOE», 51, de 1 de marzo de 1989. Aunque la medida afecta a todas las plazas convocadas, entre las mismas se echa en falta las asignadas a algunos cuerpos y escalas como el de suboficiales de tropa y servicios del Ejército del Aire, que tenían unas cuarenta asignadas en la convocatoria de 1988 (vid. RA 277) y de los que ahora no se convoca ninguna. Evidentemente, aunque este supuesto haya «escapado», por esta razón, a *la penetración femenina*, no cabe duda que se encuentra también afectado por el mismo principio jurídico de no exclusión.

utilizado en el supuesto que hemos visto con anterioridad, a pesar de que menos de dos meses antes habían aparecido publicadas las unitarias para todas las Academias Militares (26).

Al igual que veíamos en el supuesto anterior, se plantean aquí dos cuestiones que deben de ser analizadas: por un lado, la negativa al ingreso de la mujer embarazada, y, por otro, la forma en que se produce la «adaptación» de las tablas existentes de puntuación.

Respecto a la primera cuestión, cabe señalar que, si bien en principio dicha medida parece no ser discriminatoria por sí sola, en la medida en que la candidata tiene que superar, al igual que sus competidores masculinos, unas pruebas físicas de cierta relevancia, esta circunstancia es impeditiva para que dicha superación pueda darse en una generalidad de supuestos (27). Sin embargo, aun siendo ello así, este no es el único dato que tiene que ser tenido en cuenta a la hora de realizar las pruebas de acceso, pues junto a él existe un *rígido límite de edad* —que se computa, curiosamente, no desde la fecha en la que se produce el nacimiento, sino desde su coincidencia con el año en que tiene lugar la correspondiente convocatoria— (28), y un obstáculo añadido, de dudosa constitucionalidad, como la imposibilidad de presentarse a más de tres convocatorias (29), todo lo cual conforma o puede conformar supuestos en los que algunas de las candidatas femeninas vean volatizadas sus legítimas expectativas (pudiéndose llegar a incurrir en inconstitucionalidad por este motivo) frente a los candidatos masculinos que no pueden encontrarse, obviamente, con esta eventualidad, y para los cuales dichas otras «restricciones» son perfectamente asumibles. En este sentido, resulta del todo incongruente que la circunstancia de la *gestación* no

(26) Por Orden de 29 de diciembre de 1988 («BOE», n.º 8, de 10 de enero). Las modificaciones aparecieron publicadas en el «BOE», 52, de 2 de marzo de 1989.

(27) En realidad, nos encontramos con una causa obstativa en sí misma y que, aunque *no se trata*, evidentemente, de una *enfermedad inhabilitante*, recibe el mismo tratamiento jurídico que éstas.

(28) Lo cual es mucho más gravoso para el candidato al empleo, y desde luego, no tiene lógica jurídica alguna su mantenimiento. En este punto parece mucho más acertado el criterio que se ha seguido tradicionalmente en la función pública civil de ligar este hecho jurídico (como cualquier otro) a la fecha de *expiración del plazo* señalado para la presentación de instancias, sin otorgar relevancia, por consiguiente, al cumplimiento de la edad con posterioridad (vid., p. ej., el art. 18.2 del Rto. de Ingreso de la ACE, RD 2223/1984, de 19 de diciembre, «BOE», 305, de 21 de diciembre de 1984), y que en aras de un mayor acercamiento entre una y otra legislación debería ser tenido en cuenta por su mayor equidad.

(29) Y que además se interpreta del modo más rígido posible, desde la realización del primer ejercicio, con lo cual desaparece la posibilidad de «tanteo o prueba» que sí se da, en cambio, en los cuerpos y escalas civiles.

N. de la R.—En las Convocatorias de 1993 no se exige número de convocatorias.

sea una causa inhabilitante para la permanencia en el empleo militar, pero sí pueda serlo *para ingresar en él*, máxime cuando puede ser perfectamente asumible por los propios Tribunales de Selección, ya que del mismo modo que se prevé la figura del «no apto circunstancial», podría arbitrarse una solución que permitiera a la candidata embarazada la continuidad en las pruebas a la espera de realizar las de carácter físico dentro del plazo límite que fije el Tribunal, si ello es posible, o, en su defecto, esperar hasta la próxima convocatoria para su realización (30).

Respecto a la segunda cuestión, el modo en el que se lleva a cabo la adaptación de los *requisitos* de carácter físico exigibles a las candidatas femeninas, cabe señalar que se producen algunas particularidades difícilmente comprensibles, como el mero añadido de unos nuevos parámetros en cuanto al peso y la talla (de 155 a 159 cm.) que se aplicarán exclusivamente a la mujer, manteniéndose, en cambio, los que estaban en vigor a partir de 160 cm., y que se aplicarán tanto a hombres como a mujeres (31). Asimismo, se observan algunas *pequeñas «irregularidades»* en la tabla de valoración de la aptitud física para la mujer, que pueden que estén pensadas, más que para perjudicarla, para corregir el modo en el que se lleva a cabo propiamente la adaptación, pero que a su vez trasluce el posible riesgo del subjetivismo que rodea toda esta materia (32).

3. *La Ley 17/89, de 19 de julio, del Personal Militar Profesional*

Culminando un largo proceso de reforma de la legislación sobre personal de las FF.AA., esta ley supone una «pequeña revolución» en la materia, en la medida en la que incorpora toda una aserie de nuevos criterios moduladores de

(30) En nuestro Derecho vigente se prevé expresamente la posibilidad de calificar «no apto circunstancial» a aquellos candidatos que presenten enfermedad banal o proceso reversible que permita al candidato continuar con las pruebas, no efectuando las de carácter físico hasta que sea declarado apto por el Tribunal, con posibilidad de fijación de una fecha límite para la misma (ver art. 4.1 E. de la Orden citada de 29 de diciembre de 1988).

(31) La cuestión que se plantea aquí, de carácter científico-médico, es la de si esta solución es la que mejor concuerda con las diferencias existentes a nivel físico en este terreno entre el hombre y la mujer. La tabla de relación peso-talla señala un peso teórico ideal en cada caso, y un peso que, ni por exceso ni por defecto, puede sobrepasar el candidato, si no quiere quedar eliminado, y que se cifra en un 20 por 100 en más o en menos.

(32) Así, a diferencia de lo que acontece con la tabla «masculina», en la femenina falta la calificación 9,90 puntos. Respecto al riesgo de subjetivismo, puede citarse el mero añadido que se hace de un segundo más para el cómputo de la carrera de 50 metros, o de 30 segundos más en la de la carrera de 1.000 metros, sobre la numeración asignada a los candidatos masculinos.

la carrera militar que eran desconocidos hasta esta fecha en dicha profesión (33). En su Exposición de Motivos la ley 17/89, de 19 de julio, señala que únicamente en un aspecto concreto, el de la integración de la mujer, se decidió adelantar el proceso de reforma en el cual inicialmente se encontraba integrado aquél, alcanzando con esta ley su plenitud el plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres en el ejercicio profesional dentro del ámbito de las FF.AA. (34).

Las novedades que presenta la ley 17/89 respecto a la disposición con fuerza de ley en vigor sobre la materia no son muy numerosas, ya que se repiten aquí algunas de sus previsiones más destacadas, como la *no distinción terminológica de los empleos* (art. 10.4), o la de que en los procesos de selección no podrán existir más diferencias por razón de sexo que las derivadas de las distintas condiciones físicas que, en su caso, puedan considerarse en el correspondiente cuadro de condiciones exigibles para el ingreso en los centros docentes militares (art. 44.3).

En nuestra opinión, el mayor problema que se plantea en este momento con la nueva legislación, dado el reconocimiento expreso del principio de igualdad de sexos en la selección de la función pública militar, es el «desplazamiento» que se ha producido de lo que es propiamente el reclutamiento inicial de dicho personal al posterior proceso de desarrollo profesional en el seno de las FF.AA., a través de los distintos mecanismos previstos *para articular la progresión en la carrera de sus integrantes*. Es en este campo donde, a partir de la entrada en vigor de la ley, y conforme el colectivo femenino sea más numeroso, se van a plantear el mayor número de *posibles discriminaciones para la mujer*, independientemente de que el otro terreno del ingreso inicial pueda seguir planteando problemas concretos hasta la total consolidación del principio de igualdad (35). En este sentido, cabe recordar aquí el art. 1.4 del Real Decreto-ley 1/88, que, aunque reconocía el principio de progresión en la carrera a la mujer, sometía éste a la posible existencia de límites derivados de las condiciones *fisiológicas* en cuanto a la provisión y desempeño de determinados destinos, precepto que, por mandato de la Disposición Transitoria Segunda de la nueva ley, se mantiene

(33) En términos de «auténtica revolución» cifraban las autoridades del Ministerio de Defensa las líneas básicas de dicha disposición cuando fue enviada como proyecto de ley al Parlamento. Vid. *Diario El País*, 2 de agosto de 1988.

(34) Vid. «BOE», 172, 20 de julio de 1989.

(35) Y en cuestiones relacionadas con el acceso a centros docentes militares. En este sentido, puede recordarse la problemática concreta que plantean los llamados *Institutos Politécnicos del Ejército*, en los que todavía a comienzos de este año se planteaban *conflictos jurídicos* debido a que permanece vigente el requisito de ser *varón* para el ingreso. Vid. *Diario El País*, 17 de mayo de 1991.

con rango reglamentario, conformando, junto a su art. 74.5, la normativa vigente hasta su posterior desarrollo reglamentario. En este importantísimo precepto de la ley se hace una remisión a las normas de provisión de los destinos para que sean éstas las que detallen en qué supuestos se establecen limitaciones por este motivo para la mujer, señalándose, asimismo, la posibilidad de que la mujer *embarazada* pueda recibir otro puesto orgánico distinto del que estuviese desempeñando (36).

En nuestra opinión, este precepto reproduce, y es eco en gran medida, del debate sobre la existencia en la mujer de «condiciones fisiológicas» que le impiden rendir adecuadamente en el desempeño de ciertas funciones (37), y que parece aceptada *acríticamente* por el legislador de 1989 (aunque sea en términos potestativos), que asume este hecho jurídico como causa de posible diferenciación en las provisiones de puestos de trabajo, remitiéndose su desarrollo posterior a disposiciones reglamentarias. A nuestro juicio, y aun asumiendo a nivel dialéctico el hecho de que en determinados supuestos tasados pudiera existir algún género de diferenciación que tome como causa esta circunstancia —que tendría que venir sólidamente fundamentada por documentados estudios científico-médicos—, hubiera sido deseable una mayor concreción de la previsión de la ley, pues la remisión, aunque aparezca condicionada por la utilización del concepto jurídico indeterminado «condiciones fisiológicas específicas», es lo suficientemente amplia para admitir diferentes desarrollos reglamentarios. En cualquier caso, queda claro, tras una lectura sistemática de la ley, que de la existencia de este rasgo distintivo, no pueden ni deben derivarse discriminaciones ni de orden retributivo ni de carrera para la mujer, ya que, de no ser así, estaría sirviendo de vehículo a actuaciones no deseadas por el constituyente, y penalizadoras para la capacidad profesional de la mujer. Por ello, en la medida en la que dichas disposiciones de desarrollo y actos administrativos generales y concretos sean respetuosos con el principio de igual retribución y progresión en la carrera militar para la mujer (sobre el que puede incidir la posesión de un determinado destino), y se respete escrupulosamente el criterio de que dichas

(36) Señala este artículo lo siguiente: «Las normas de provisión de destinos *podrán* establecer *particularidades* para la mujer derivadas de sus *condiciones fisiológicas específicas*. Durante el período de embarazo *se podrá* asignar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico distinto del que estuviere desempeñando. En los supuestos de parto o adopción se tendrá derecho a los correspondientes permisos, de la madre o del padre, en su caso, conforme a la legislación vigente para los funcionarios de la Administración Civil del Estado. La aplicación de estos supuestos no supondrá la pérdida del destino» (la cursiva es nuestra).

(37) Vid. el siguiente apartado de este trabajo.

restricciones puedan influir únicamente —algo que debe interpretarse siempre con carácter restrictivo— sobre el desempeño, en circunstancias muy concretas, de determinados destinos, se estará siendo consecuente con el principio de igualdad sexual consagrado constitucionalmente. En cualquier caso, habrá que esperar el desarrollo específico que el Ministerio de Defensa pueda llegar a realizar de este discutible precepto.

IV. EL ACCESO DE LA MUJER A LA FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1991

Aunque sea algo tardíamente, se resuelve en esta sentencia un recurso de amparo que tiene su origen en una actuación administrativa por la que se le negaba a una joven candidata la posibilidad de participar en las pruebas convocadas a comienzos de 1987 para ingresar en la Academia General del Aire en base a que no reunía el requisito, imprescindible para participar en las mismas, de ser varón (38). Ante este hecho, la recurrente acudió a los Tribunales de lo Contencioso para que, por el procedimiento de protección jurisdiccional previsto en la Ley 62/78, se declarara que se había violado el principio de igualdad de acceso a los empleos públicos, obteniendo una primera sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid a comienzos de 1988 (28 de enero), en la cual se estimaba parcialmente su demanda (39). Dicha sentencia sería recurrida por el Gobierno sobre la base de que existía una concreta reserva de ley para regular el papel de la mujer en la Defensa Nacional (40), pronunciándose el *Tribunal Supremo (Sala Quinta)* a finales de ese año estimando los motivos aducidos por el mismo (STS de 7 de octubre de 1988, ponente MATEOS GARCÍA; RA 7579). Tras recordar en su fdo. dcho. quinto la doctrina sobre el principio de igualdad, dicha

(38) Vid. *Diario El País*, 21 de marzo de 1987.

(39) En términos sumamente contradictorios, ya que en la misma, aun partiéndose de la base de que había habido violación de la igualdad, se estimaba que la efectividad de la medida correctora tenía que venir propiciada por la acción legislativa y normativa, y, en consecuencia, respetaba la celebración de las pruebas celebradas, anulando el acto recurrido con efecto *ex nunc*, y no, como hubiera correspondido, con efecto *ex tunc*, «... estableciendo la no discriminación de la recurrente, *interín*, no se desarrollen, legislativamente, las normas que propicien el marco legal en el que se regule el acceso de la mujer en la participación de la defensa nacional, atendiendo a los diversos contenidos y actividades de las FF.AA. en que se crea oportuno su participación» (del fundamento de derecho sexto de la sentencia citada, recogido en el número nueve de la STS de 7 de octubre de 1988).

(40) Vid. *Diario El País*, 11 de febrero de 1988.

Sala se pronunciaba en el número seis en términos que no ofrecían lugar a dudas sobre el posicionamiento de los magistrados que la integraban ante la cuestión debatida, para los cuales no cabía entender conculcado el principio de igualdad,

«... pues aunque reconozcamos, como reconocemos, la aplicabilidad inmediata de la CE, los efectos igualitarios que ésta genera y la sujeción a los mandatos constitucionales de los Poderes Públicos, a los que, de otra parte, corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos sean reales y efectivas, *es lo cierto que la demora del acceso de la mujer al Ejército del Aire, estructurado, como las demás Armas, en contemplación de circunstancias distintas, no lesiona el núcleo esencial del derecho de igualdad... ni comporta la discriminación prosrita, pues realmente se produce en armonía con una realidad social que no cabe desconocer, con las diferencias existentes en orden a la permanente disponibilidad para el servicio, con la infraestructura actual de los Ejércitos e incluso con las características y funciones propias del Arma aérea, al menos en sus actividades operativas y de combate*» (la cursiva es nuestra) (41).

De la STS citada se deducía, por tanto, no uno, sino varios motivos justificativos que hacían razonable la actuación administrativa impidiendo la participación en las pruebas, y que, aunque en última instancia pudiera referirse a una falta de adaptación de la infraestructura existente, tenía su apoyo tanto en la realidad social (42) como en las diferencias fisiológicas, o en la actividad operacional a desarrollar con posterioridad. Visión, pues, sumamente restrictiva para la integración de la mujer en la Administración militar, y difícilmente asumible desde los presupuestos jurídico-constitucionales informadores de la materia, y que lejos de zanjar el debate de la cuestión avivaba aún más éste,

(41) En el fundamento séptimo se hacía un repaso a la evolución normativa en esta materia, «reinterpretándose» en el octavo la fundamentación ya citada en el sexto del siguiente modo: «... y aunque margináramos aquí y ahora las diferencias a que aludimos con anterioridad, en orden a las condiciones fisiológicas y disponibilidad permanente para el servicio, así como las especiales características del arma aérea en sus actividades operativas y de combate, es lo cierto que la plena incorporación demanda las previas y necesarias adaptaciones de la infraestructura militar, que en último término constituirían la razón suficientemente justificativa del rechazo...».

(42) Tan sólo un mes antes de que se firmase esta sentencia el Ministerio de Defensa daba a conocer en los medios de comunicación una encuesta según la cual sólo el 39 por 100 de los españoles se mostraba favorable a la incorporación de la mujer al Ejército. Vid. *Diario El País*, 4 de septiembre de 1988.

sobre todo por la apelación que realizaba a las condiciones fisiológicas con motivo para fundamentar suficientemente el rechazo para ser piloto militar sin violentar el principio de igualdad de sexos.

Estos dos antecedentes jurisprudenciales, y el conjunto normativo anteriormente citado, han conformado el contexto jurídico que ha encontrado el *Tribunal Constitucional* cuando ha tenido que resolver, más de *cuatro años y medio después* de que se produjera el inicial rechazo de la documentación de la recurrente, la cuestión planteada, y una vez que la candidata frustrada a piloto militar —tras perder varias convocatorias por este motivo y participar infructuosamente en las de 1990 (primer año que se le reconoció dicha posibilidad a las candidatas femeninas y año a la vez en el que la recurrente superó la edad máxima para participar de nuevo en las pruebas)—, hubiera optado por otra carrera profesional distinta de la inicialmente elegida.

La Sala Primera del TC, en sentencia de 14 de octubre de 1991, y de la que ha sido ponente el magistrado C. DE LA VEGA BENAYAS, anula las resoluciones impugnadas y reconoce el derecho de la recurrente a no ser discriminada en el acceso a la Academia Militar del Aire, sobre la base de una argumentación que se despliega del siguiente modo en su fundamento jurídico sexto:

- El art. 14 es de aplicación directa y los poderes públicos están obligados a promover la igualdad efectiva de los individuos y de los grupos de tal modo que esta igualdad sea real y efectiva, sobre todo cuando, como ocurre en este caso, se parte de una desigualdad de origen histórico en la cual la población femenina ha estado colocada en situación de inferioridad en la vida social y jurídica (SSTC 128/87 y 207/87).
- Desde la fecha de entrada en vigor de la Constitución hasta aquella en que a la recurrente se le denegó el acceso a las pruebas de admisión a la Academia del Aire no se adoptó medida alguna de tipo normativo correctora de la discriminación referida, demorando el legislador parlamentario la corrección de la desigualdad sin ofrecer explicación alguna justificativa de tal demora, ni proponerse plazo, al menos aproximativo, en orden a aquella corrección.
- La situación heredada de la etapa anterior por los poderes públicos, conforme a la cual las mujeres encontraban vedado su acceso a las Academias militares, es «una exclusión a todas luces inconstitucional», porque la igualdad entre ambos sexos está reconocida expresamente en el art. 14 CE.

De este modo, y en concordancia con el mandato constitucional de no discriminación, el Alto Tribunal zanja la cuestión planteada en términos que no ofrecen lugar a dudas, al considerar discriminatoria la denegación de la parti-

cipación de la recurrente en las pruebas de acceso, si bien al haberse podido presentar más tarde la recurrente a las pruebas y haber recogido el principio antidiscriminatorio la legislación sobrevenida (Ley 17/89, de 19 de julio), el alcance del fallo estimatorio sería meramente testimonial, fijando en él únicamente la doctrina constitucional en la materia (fdo. jco. séptimo) (43).

V. FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR Y ACCIÓN POSITIVA

De lo visto hasta ahora se desprende la escasa incorporación de la mujer a los empleos militares, situación esta que dista de ser la ideal desde el punto de vista constitucional, plano desde el que es posible extraer y postular la fórmula de la *mixticidad* de los empleos públicos en sus distintos niveles y clases como posible medio para hacer desaparecer la situación de desigualdad de hecho existente en este momento, alcanzando el objetivo de un mayor equilibrio entre el número de mujeres y de hombres que desempeñan esos empleos. En este sentido, la técnica de fomento de la igualdad de oportunidades que intenta superar la más limitada de la mera prohibición de la discriminación se concreta en los denominados *programas de acción positiva*, conforme a los cuales es posible eliminar las desigualdades de hecho mediante medidas de impulso y promoción en materia de oportunidades de empleo y ocupación (44).

(43) Es aquí donde, en nuestra opinión, se produce una laguna importante en orden a la efectividad práctica del pronunciamiento al supuesto de hecho debatido, ya que, como quiera que la joven recurrente había tenido oportunidad de presentarse a dichas pruebas al corregir el legislador dicha exclusión, considera que este fallo tiene efectos limitados a la fijación de la doctrina constitucional citada. Aun cuando la recurrente se pudo presentar a las pruebas en un momento muy posterior a la fecha en la que lo intentó, con el resultado ya conocido, por primera vez, creemos que es entonces, en este primer intento, cuando se produjo una violación de su derecho a la igualdad que aminoró el número de posibilidades reales respecto a sus competidores masculinos, ya que cualquiera de ellos que tuviera la misma edad que la recurrente —la edad y el número de intentos fallidos condicionan dichas posibilidades— gozó de mayor número de oportunidades (y, por ende, también de posibilidades reales de éxito) si se presentó cuando la recurrente vio denegada su participación en las pruebas. Este dato debería haber sido tenido en cuenta por el Alto Tribunal, ya que en él es donde se encuentra la sustancialidad de la tutela antidiscriminatoria en este supuesto, y haber sido abordado al otorgar el amparo a la recurrente en los términos anteriormente expuestos. Si bien ello es así, no podemos olvidar que nuestro Tribunal Constitucional no suele entrar en consideraciones de mera legalidad a la hora de resolver sus recursos de amparo, ciñéndose al examen de la problemática constitucional planteada.

(44) Vid. VOGEL-POLSKY, E.: «Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres. 1. Análisis teórico». *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 104, núm. 2, abril-junio 1985 (pp. 231-244), p. 236. PÉREZ DEL RÍO, T.: «Principio de no discriminación y acción positiva: Co-

La llamada acción positiva (o, más toscamente, discriminación inversa) plantea una gran gama de problemas no sólo de carácter jurídico, sino también sociológicos, ya que el legislador —y en su caso la Administración actuante— tiene que sopesar antes de su adopción los efectos que la incidencia de dicha medida habrá de tener sobre los restantes miembros del colectivo sobre el que operará la misma, circunstancia esta que lastra y obstaculiza su puesta en práctica, aun en los casos más evidentes.

Desde el punto de vista constitucional, como destaca F. RUBIO LLORENTE, el legislador queda colocado ante una aporía de la que sólo puede salir, con la ayuda del juez, mediante una derogación parcial o una reducción en su eficacia de la norma prohibitiva de la discriminación por razón de sexo (que sigue teniendo vigencia general), y con una justificación de la razonabilidad de la medida ciertamente difícil (45).

A pesar de estas y de otras objeciones que pueden plantearse a la utilización de dicha técnica, hoy parece no existir ningún obstáculo objetivo de relieve que pueda impedir, *a la vista del escasísimo número de militares femeninos*, la introducción de dichos programas de *acción positiva en la función pública militar*, por ser este un ámbito, a diferencia del más mixtificado de la función pública civil, en el que la mujer se encuentra *subrepresentada a causa de una discriminación histórica* que debería de ser corregida y superada en el más corto plazo de tiempo posible, para darse así cumplimiento al mandato constitucional de igualdad real y efectiva entre individuos.

mentario a la Parte III del Plan de Igualdad de Oportunidades para la Mujer 1988-1990». *Documentación Laboral*, 25, abril-junio 1988 (pp. 55-98), pp. 68-71. La definición de la acción positiva procede de los Estados Unidos, país en el que nace a mediados de los años sesenta, y en el que ha tenido avances y retrocesos en su aplicación hasta la actualidad, en la que se ha extendido a otros ordenamientos jurídicos. En marzo de 1987 la Corte Suprema ha sancionado en una polémica sentencia su utilización como técnica de reequilibrio para con la igualdad. Vid. COMERCI, M.: *Il lavori delle donne nella pubblica amministrazione*. Franco Angeli, Milano, 1988, pp. 41.

(45) Vid. «La igualdad en la jurisprudencia. Introducción». *REDC*, 31, enero-abril 1991 (pp. 9-36), p. 35.