

STC 216/1991, de 14 de noviembre

Mujer que solicitó la participación en las pruebas para el ingreso en la Academia General del Aire vio rechazada su solicitud por la falta de promulgación de la Ley a que se refería el art. 36 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar (LODN) que disponía en su inciso segundo que “la Ley establecerá la forma de participación de la mujer en la defensa nacional”. A su vez, la disposición adicional del Real Decreto 2078/1985, de 6 de noviembre, por el que se fijan las condiciones y las pruebas para el ingreso en la Enseñanza Superior Militar preceptúa que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 36 de la LODN, “el ingreso de la mujer en la Enseñanza Superior Militar ser regulado por la Ley que determine su participación en la Defensa Nacional, como también se lo impedía el Real Decreto-Ley 1/1988 que posponía el acceso de la mujer a las pruebas de selección para el ingreso en determinados Cuerpos y Escalas militares (y entre ellos el que solicitó la recurrente) hasta que se encuentren “realizadas las necesarias adaptaciones organizativas y de infraestructura en las Fuerzas Armadas”, y en tanto en cuanto en la convocatoria se solicitaba “ser español y varón”. La solicitud de ingreso fue previa a la ley 17/1989 que finalizó con aquella discriminación. El TC concede el amparo entendiendo que no fue admisible la tardanza del legislador en adecuar a la Administración militar a la incorporación de las mujeres que era completamente constitucional.

TIPO: SENTENCIA

REFERENCIA-NUMERO:216/1991

FECHA-APROBACION:14-11-1991

PUBLICACION-BOE:17-12-1991 [“BOE” núm. 301]

SALA: Sala Primera: Excmos. Sres. Tomás, García-Mon, de la Vega, Leguina, López y Gimeno.

NUMERO-REGISTRO:1844/1988

PONENTE: don Carlos de la Vega Benayas

RECURSO-TIPO: Recurso de amparo.

EXTRACTO:

1. Con la promulgación de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, se elimina toda discriminación por razón de sexo en los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares.

2. El precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de sexo (art. 14) es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de la Constitución. Su adecuada interpretación exige, sin embargo, la integración sistemática del mismo con otros preceptos de la Ley fundamental, pues así lo precisa la unidad de ésta.

3. La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de éste último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y

constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial.

4. Si bien no cabe, por lo general, medir “ex Constitutione” la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificada en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan.

5. No todo trato diferenciador resulta, desde la perspectiva del art. 14 de la C.E., discriminatorio, pues cabe que el legislador lo haya establecido con arreglo a criterios fundados y razonables, de acuerdo con juicios de valor generalmente admitidos.

DISPOSICION-CITADA:

Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de septiembre de 1987. Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres.

En general.

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

Artículo 10.

Artículo 24.1.

Artículo 9.2.

Artículo 97.

Artículos 14.

En general.

Ley 17/1989, de 19 de julio. Régimen del Personal Militar Profesional de las Fuerzas Armadas.

Artículo 44.

En general.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Artículo 43.

Artículo 44.

Artículo 55.2.

Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar.

Artículo 36.

En general.

Real Decreto 2078/1985, de 6 de noviembre. Condiciones y pruebas a superar para ingreso en la Enseñanza Militar Superior.

Disposición Adicional.

En general.

Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero. Regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas.

Artículo 4.

En general.

Preámbulo.

Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa, de 23 de febrero de 1998, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en la Academia General Militar, Escuela Naval Militar y Academia General del Aire.

En general.

MATERIAS:

Derecho a no ser discriminado por razón de sexo

Acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas.

Mandato al legislador.

Nace "ex Constitutione".

Fuerzas Armadas

Acceso de la mujer.

Legislador

Mandato al legislador para poner fin a la pervivencia de discriminaciones.

Mujer

Acceso a las Fuerzas Armadas.

Principio de igualdad

Acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas.

Sentencias del Tribunal Constitucional

Contenido del fallo.

PREAMBULO:

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Jesús Leguina Villa, don Luís López Guerra y don Vicente Gimeno Sendra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1844/88, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Muñoz Rivas, en nombre y representación de doña Ana Bibiana Moreno Avena, asistido del Letrado don Blas Camacho Zancada, contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1988, dictada en la apelación núm. 703/88. Han comparecido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES:

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado el 17 de noviembre de 1988, compareció ante este Tribunal el Procurador don Nicolás Muñoz Rivas, interponiendo, en nombre y representación de doña Ana Bibiana Moreno Avena, recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de fecha 7 de octubre de 1988, dictada en la apelación núm. 703/88.

2. Los hechos que, con base en el escrito de demanda y en las resoluciones judiciales que lo acompañan, son aquí de interés resultan ser los siguientes:

A) El 5 de marzo de 1987 presentó la actora solicitud de acceso a las pruebas selectivas unitarias para el ingreso en la XLIII Promoción de la Academia General del

Aire, convocadas por Resolución 722/38099/1987, de 18 de febrero (“Boletín Oficial del Estado” del 19). Semanas después, la actora recibió un escrito de fecha 23 de marzo firmado por el Coronel Jefe de SERES de la Dirección de Enseñanza del Mando de Personal del Ejército del Aire (Ministerio de Defensa), escrito en el que le comunicaba la devolución de la solicitud referida -que se adjuntaba a la comunicación- y le significaba que “no es posible legalmente admitir su petición en tanto no se promulgue la Ley a que se refiere el art. 36 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de Criterios Básicos de la Defensa Nacional”.

B) Deducido recurso contencioso-administrativo por la vía especial de la Ley 62/1978, la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, por Sentencia de 28 de enero de 1988 (asunto núm. 731/87), lo estimó parcialmente, considerando que el acto impugnado vulneraba el art. 14 de la Constitución por discriminación por razón de sexo e, indirectamente, el art. 23.2 de la Ley fundamental, decretando su nulidad -con el alcance y eficacia prevenidos en el fundamento jurídico 6.º, en el que se decía: “... entiende la Sala. que la eficacia directa del fallo dictado debe circunscribirse a reconocer, única y exclusivamente, la nulidad del acto impugnado, respondiendo así al carácter individualizado de la protección instada ante esta Sala, y entendiendo que mediante la desaparición de la discriminación referida no se asegura la efectiva remoción para el futuro de cualquier otra medida discriminatoria, que no es competencia de esta Sala y corresponde, en todo caso, a la acción legislativa y normativa la determinación de las circunstancias que propicien la consecución de la igualdad y la evitación de discriminaciones..., por lo que, con pleno respeto al desarrollo de las pruebas realizadas y en las que intentó participar la recurrente, la anulación del acto que se impugna produce su eficacia ex nunc y no con carácter retroactivo, estableciendo la no discriminación de la recurrente, ínterin, 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 cometidos y actividades de las Fuerzas Armadas en que se crea oportuna su participación...”.

C) Apelada la anterior decisión judicial por el Abogado del Estado, fue revocada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que la consideró “disconforme con el ordenamiento constitucional, al no concurrir las vulneraciones apreciadas”.

Afirma el Alto Tribunal que el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo “no podrá ser contemplado sólo en abstracto, sino en función de las particulares circunstancias, de las realidades sociales y de las situaciones jurídicas en que se produce la diferenciación, al objeto de proscribir la desigualdad irracional que es ciertamente la que conlleva la discriminación”. En el caso enjuiciado, no cabe apreciar conculcado aquel derecho, pues aun reconociendo “la aplicabilidad inmediata de la Constitución, 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... no lesiona el núcleo esencial del derecho de igualdad..., ni comporta la discriminación proscribida, 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”.

Alude a continuación el Tribunal Supremo a la Ley 6/1980, de 1 de julio, definidora de los criterios básicos de la Defensa Nacional y Organización Militar, y sobre todo al Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero, sobre incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas. Ambas “determinaciones legislativas -observa- constituyen adecuado desarrollo de los mandatos constitucionales para integrar a la mujer en la Defensa Nacional y aunque marginamos aquí y ahora las diferencias a que aludíamos 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 razón suficiente justificativa del rechazo de la instancia presentada por la recurrente, en cuanto basada en causas razonables objetivamente consideradas”.

3. La actora fundamenta su pretensión de amparo frente a la discriminación de que, en su sentir, ha sido objeto en las consideraciones que a continuación se reseñan:

A) En primer lugar, discrepa la actora de la Sentencia de la Audiencia Territorial en lo concerniente a la eficacia ex nunc de la declaración de nulidad del acto administrativo cuestionado, así como “en cuanto supedita sus efectos a la posible futura normativa”. Pero el centro de su crítica se dirige contra la Sentencia del T.S., que confunde -opina- la existencia del derecho a la no discriminación con los problemas que puede suscitar su inmediata aplicación. Por otra parte, y frente a lo manifestado por el Alto Tribunal, entiende la actora que no se dan las condiciones objetivas que justifiquen la discriminación sufrida, pues no pueden reputarse de tales “unos criterios subjetivos de la Sala carentes de cualquier tipo de base científica” como son los referentes a las razones fisiológicas, la falta de disponibilidad o la inadecuación presente de las estructuras del Ejército, extremos todos ellos que no se basan en estudios científicos. Lo que hace la Sala del T.S. “es considerar como datos objetivos lo que no son sino criterios personales de los Magistrados que la integran. Y ello no puede ser determinante para resolver la eficacia de un derecho fundamental que debe entenderse aplicable, en principio, sin restricción alguna”.

B) En segundo lugar, cree la actora que el Real Decreto-ley 1/1988, por el que se regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, es inconstitucional por varios motivos. Primero, porque carece del presupuesto de hecho habilitante establecido en el art. 86.1 de la C.E., esto es, la extraordinaria y urgente necesidad. Segundo, porque contraviene la prohibición de afectación a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, prohibición contenida en ese mismo art. 86.1. Tercero, porque no sólo regula un derecho fundamental, obviando la exigencia de la Ley Orgánica, sino que, además, su art. 4 deslegaliza la regulación, remitiéndola, sin ninguna limitación temporal, a lo que disponga el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Defensa. Y encima “esta deslegalización no contiene siquiera los elementos básicos de la regulación cuya competencia se transfiere al Consejo de Ministros”. En definitiva, el art. 4 citado se reduce a hacer una remisión en blanco a una norma de carácter reglamentario, incumpliendo la reserva establecida en el art. 81.1 de la Constitución.

C) De otro lado, el art. 4 del Real Decreto-ley mencionado infringe el derecho fundamental a la igualdad regulado en los arts. 1.1 y 14 de la C.E., sigue diciendo la actora, a los que se oponen la deslegalización y demora sine die pretendidas en aquel precepto. Tal derecho constitucional “se configura como un derecho de aplicación inmediata en base a la inmediatividad de la aplicación de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, y debe traducirse en una igualdad real y no meramente

formal, como exige el art. 9.2 de la Constitución que obliga a todos los poderes públicos a promover las condiciones para que ésta se produzca". Sin duda, cabe que existan desigualdades, mas siempre que "respondan a razones objetivas y razonables, lo que obliga a fundamentar la razonabilidad de las diferencias"; razones que, en lo tocante a la discriminación de la mujer en su acceso a las Academias Militares, son inexistentes.

El propio Preámbulo del Decreto-ley habla de la necesidad de "eliminar los obstáculos que se oponen a la plena efectividad del principio constitucional de igualdad", y en su art. 4 únicamente se invocan como razones de aplazamiento sine die de la aplicación del principio de igualdad "las necesarias adaptaciones organizativas y de infraestructura de las Fuerzas Armadas", razones insuficientes y que no parecen responder a la realidad, pues en el presente curso se han admitidos mujeres en los Cuerpos y Escalas a que se refieren los arts. 2 y 3 del Decreto-ley, así como en la Academia General Básica de Suboficiales.

4. Termina la demanda suplicando que el Tribunal Constitucional declare la nulidad de la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo impugnada, así como la de la Audiencia Territorial en cuanto concede efectos ex nunc al reconocimiento del derecho de no discriminación y, en consecuencia, se declare el derecho de la actora a que se tramite su instancia para participar en las pruebas de acceso a la XLIII promoción de la Academia General del Aire y a que no se la discrimine en dichas pruebas por razón de sexo.

Suplica también la recurrente que se plantee ante el Pleno del Tribunal la inconstitucionalidad del art. 4 del Real Decreto-ley 1/1988.

5. Por providencia de 23 de enero de 1989, la Sección Cuarta de la Sala Segunda de este Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la demanda de amparo formulada por doña Ana Bibiana Moreno Avena, y tener por personado y parte en nombre y representación de la misma al Procurador de los Tribunales señor Muñoz Rivas, a quien se le concede un plazo de diez días para presentar el poder que acredite su representación, del que sólo se acompaña con la demanda, copia simple.

Al mismo tiempo, se requiere al Tribunal Supremo y a la Audiencia Territorial de Madrid, para que remitan, respectivamente, testimonio del recurso de apelación núm. 703/88 y del recurso núm. 731/87, seguidos ante la Sala Quinta y Cuarta, respectivamente, interesándose al propio tiempo se emplace a quienes fueron parte en mencionado procedimiento, para que en el plazo de diez días puedan comparecer en este proceso constitucional.

6. Por providencia de 18 de diciembre de 1989 la Sección acuerda tener por recibidas las actuaciones remitidas por el Tribunal Supremo y la Audiencia Territorial; y tener por personado y parte al Abogado del Estado.

Al mismo tiempo, se concede un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal, Abogado del Estado y Procurador señor Muñoz Rivas, para que, con vista de las actuaciones, puedan presentar las alegaciones que a su derecho convengan.

7. El Fiscal, en escrito presentado el 18 de enero de 1990, después de exponer los antecedentes, y de advertir que se está ante un recurso de amparo del art. 43 de la LOTC, añade que lo que hay que determinar es si es discriminatorio por razón de sexo el hecho de que no se admita a la demandante, por el mero hecho de ser mujer, en las pruebas de acceso en la Academia Militar del Aire.

Advierte también el Fiscal que entre la Sentencia de primera y la de segunda instancia, se promulgó el Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero, cuyo Preámbulo declara que "la incorporación (de la mujer) a los demás Cuerpos de los Ejércitos se hará de una forma progresiva, a medida que se vayan efectuando adaptaciones de diversa

índole que, al tiempo que aseguren la adecuada integración, permitan atender al desarrollo de las funciones que las Fuerzas Armadas tienen encomendadas". No cabe duda de que el único motivo de rechazo de la solicitante de amparo en las pruebas en que intentaba tomar parte es precisamente el hecho de ser mujer. Y el art. 14 -como es bien sabido- cita expresamente el sexo entre los motivos de discriminación que expresamente se prohíben.

Ahora bien, es también doctrina común que no toda desigualdad supone discriminación, sino tan sólo aquella que se encuentre desprovista de una justificación objetiva y razonable. La desigualdad existe sin duda: en las pruebas de acceso publicadas por la Subsecretaría del Ministerio de Defensa el 23 de febrero de 1988 se cita como requisito "2. 1.-Ser español y varón".

El problema, para el Fiscal, queda centrado en resolver si la desigualdad realmente existente tiene o no carácter discriminatorio. No cabe duda de que existen diferencias objetivas respecto del servicio de las armas entre el hombre y la mujer. Pero el propio art. 9.1 de la C.E. obliga a los poderes públicos a remover -en la medida de lo posible- los obstáculos para que la igualdad pueda ser real y efectiva. Tal remoción de obstáculos no es sencilla, ni puede exigirse inmediatamente. Este Tribunal ha hablado de la progresiva actualización de determinados derechos fundamentales, que poco a poco deben ser accesibles a todos en los términos previstos por la Constitución. Pero tal progresividad exige la adopción de medidas que la hagan posible. Se ha visto cómo el legislador ha iniciado ya el camino de la integración, en el Real Decreto-ley 1/1988. Y -como consecuencia del mismo- la mujer tiene ya acceso a determinados Cuerpos y Armas militares. El hecho de que las Academias Generales no se encuentren todavía en ese caso no es sino una consecuencia del escalonamiento de las medidas previstas por el legislador.

Por tanto, entiende el Ministerio Fiscal que la desigualdad actualmente existente respecto de la solicitante de amparo no puede entenderse -hoy por hoy- discriminatoria, pues obedece a factores objetivos, y ha sido iniciada ya la trayectoria legislativa que pondrá fin a la misma, en los términos que los representantes del pueblo español determinen, de acuerdo siempre con el texto constitucional. Pide, por ello, la desestimación del recurso de amparo.

8. El Abogado del Estado, en escrito presentado el 12 de enero de 1990, comienza por decir que el amparo debe entenderse dirigido no contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1988, que representa el fallo que agota la vía judicial procedente, sino contra el acto administrativo del Coronel Jefe de SERES que devolvió a la señorita Moreno Avena su instancia. De haberse producido discriminación por razón de sexo, tendría su origen en este acto administrativo y no en la Sentencia judicial que afirma, con razón o sin ella, que la devolución de la solicitud no violaba los arts. 14 y 23.2 C.E. Por tanto, el presente recurso se encuadra en el art. 43 LOTC y no en el 44 de esta misma Ley.

Alega después que la petición de que se plantee cuestión de inconstitucionalidad del art. 4 del Real Decreto-ley 1/1988 no puede ser acogida porque, frente a la regulación general art. 35 LOTC, el art. 55.2 LOTC sólo permite plantear la cuestión después de fallar estimatoriamente (y no inmediatamente antes del fallo) y únicamente ex officio; de ahí que en los casos del art. 55.2 LOTC este Tribunal -con todo acierto- no tenga por estilo el oír a las partes del amparo acerca de la pertinencia en plantear la cuestión.

Después de un examen de los requisitos y naturaleza de la norma, afirma el Abogado del Estado que admitido que sea razonable aplicar el acceso de la mujer a los

cuerpos y escalas militares precitados el modelo del derecho de aplicación progresiva o la “reserva de lo posible”, como parece lo sensato, el único problema de constitucionalidad que plantearía el art. 4 del Real Decreto- ley 1/1988 es si las adaptaciones organizativas y de infraestructura eran o no realmente “necesarias”, es decir, si la necesidad de las adaptaciones respondía a la realidad o no representaba más que un subterfugio para dilatar indebidamente el acceso de las mujeres a las pruebas selectivas de ingreso en los cuerpos y escalas militares no citados en el art. 2 del Real Decreto-ley 1/1988. No hay el más mínimo indicio de que haya ocurrido esto último. Por el contrario todos los datos inclinan a pensar en la necesidad de esas adaptaciones, que van desde la refacción de locales e instalaciones sólo previstas para varones, hasta, tal vez, algunas reformas de pedagogía y textos. En suma, pues, el art. 4 del Real Decreto-ley 1/1988 carece del significado estricto que gratuitamente le es atribuido, y por el contrario, representa una medida promocional fundamentada en el art. 9.2 C.E. y enderezada a la efectiva realización de la igualdad de los españoles de uno y otro sexo ante las pruebas selectivas para acceder a los cuerpos y escalas más característicamente militares, esto es, en las que la impronta varonil era históricamente mayor.

En cuanto a la lesión del derecho fundamental de igualdad, alega el Abogado del Estado que es doctrina de este Tribunal que el art. 23.2 C.E. es *lex specialis* respecto al art. 14 C.E. en materia de acceso a la función pública, siempre que no se trate de alguna de las circunstancias específicas que menciona el art. 14 C.E. (SSTC, entre otras, 10/1989 y 67/1989). Puesto que el sexo está mencionado en el art. 14 C.E., este es el precepto verdaderamente pertinente para nuestro caso. A su luz debemos examinar si la devolución de la instancia presentada por la señorita Moreno Avena, con el fin de participar en las pruebas selectivas para la XLIII promoción de la Academia General del Aire - acto que se produjo el 23 de marzo de 1987- entrañaba o no violación del derecho fundamental de igualdad. A esta cuestión respondió afirmativamente la entonces Audiencia Territorial de Madrid y negativamente el Tribunal Supremo. El razonamiento de éste viene a coincidir con lo expuesto, a saber: la indudable eficacia vinculante del derecho fundamental de igualdad no es incompatible, en nuestro caso, con razonables temperamentos en su aplicación, que ha de llevarse a cabo progresivamente mediante las adaptaciones precisas de organización e infraestructura, sin olvidar que las condiciones físicas y fisiológicas de la mujer pueden ser razón o base de tratamientos jurídicos diferenciales (en beneficio, a veces, de la mujer).

Ha de notarse, añade el Abogado del Estado, que el acto contra el que hay que estimar dirigido el amparo no devuelve la instancia de la señorita Moreno aduciendo su condición de mujer. Por el contrario, fundamenta su devolución en una circunstancia impeditiva a juicio del Coronel-Jefe del SERES: la falta de promulgación de la Ley prevista en el párrafo segundo del art. 36 de la L.O. 6/1980, esto es, la ley que habría de establecer “la forma de participación de la mujer en la defensa nacional”. Con esta respuesta, la citada autoridad militar no niega que el art. 14 C.E., en cuanto prohíbe discriminar por razón de sexo, carezca de eficacia directa en materia de admisión a las pruebas selectivas para la XLIII promoción de la Academia General del Aire. Simplemente manifiesta que el legislador aún no había determinado el modo de efectuar las indispensables adaptaciones orgánicas y de infraestructura precisas para la plena realización del derecho a la igualdad (no discriminación por razón de sexo) en el campo que nos ocupa. El acto recurrido no niega, pues, el derecho fundamental, sino que se apoya en la omisión de la medida legislativa necesaria, no para atribuir el derecho, que esto ya lo hace directamente la propia Constitución, sino para realizarlo efectivamente como manda el art. 9.2 C.E. De hecho, antes de que transcurriera un año de producirse

el acto recurrido, se dictó el Real Decreto-ley 1/1988, y desde el 1 de enero de 1990 rige ya la Ley 17/1989, de 19 de julio, cuyos arts. 43 y 44.3 eliminan todo obstáculo por razón de sexo en los procedimientos selectivos para el ingreso en centros docentes militares. Como doc. núm. 1 se aportan fotocopias remitidas al Abogado del Estado, demostrativas de que la señorita Moreno Avena fue admitida a las pruebas selectivas para el ingreso en la Enseñanza Superior Militar (Academia General Militar, Escuela Naval Militar y Academia General del Aire), convocatoria 1989; pruebas que no superó. Como puede verse, pues, el progreso en la aplicación de la plena igualdad entre sexos en las pruebas para ingreso en la Enseñanza Militar Superior (que incluye la Academia General del Aire) ha sido verdaderamente rápido: han bastado dos años.

Atendido, pues, este razonamiento, no cabe sostener que pueda entenderse producida una real infracción del derecho y principio de igualdad, Mas, por si la Sala entendiera otra cosa, es necesario precisar cuáles serían los pronunciamientos procedentes si se otorgara el amparo, puesto que el art. 55.1 LOTC concede una gran libertad al Tribunal en la configuración de los fallos estimatorios del amparo. A juicio del Abogado del Estado sería impropio cualquier pronunciamiento que entrañara, según parece pretender la demanda, una nueva celebración de las pruebas selectivas de la XLIII promoción. Estas pruebas, naturalmente ya efectuadas, condujeron a la producción de un conjunto de actos administrativos por los que se admitió a varios candidatos en la Academia General del Aire, los cuales han proseguido regularmente sus estudios. Es evidente que el principio constitucional de seguridad jurídica -art. 9.3 C.E.-, capital en un estado de Derecho (art. 1.1 C.E.), impide invalidar y ni siquiera perturbar la situación jurídica de esos terceros, a los que no es en absoluto imputable la hipotética discriminación sufrida por la recurrente.

Por otra parte, tampoco es posible la restitutio in integrum, en el sentido de vuelta a la situación prístina (repristinazione), limitada individualmente a la señorita Moreno. El que haya podido padecer una discriminación por razón de sexo no la convierte sin más en apta para ingresar en la Academia General del Aire y menos aún da pie para equipararla a todos los efectos con los alumnos de la XLIII promoción. Tampoco es posible pensar en que se reproduzca para la señorita Moreno Avena exactamente las mismas pruebas selectivas de acceso que padecieron quienes forman la citada promoción y juzgadas por las mismas personas que juzgaron aquéllas-, menos factible es aún que ulteriormente la citada señorita sufra los mismos exámenes y otras pruebas que han pasado desde 1987 los alumnos de la XLIII promoción. Aunque fuera posible esa repetición - que no lo es-, las pruebas y exámenes nunca serían idénticos, pues en todo procedimiento selectivo es decisivo el contexto concreto en que se celebra, fuera del cual es evidente el peligro de falseamiento.

En cambio, podría ser pensable, termina diciendo el Abogado del Estado, una medida reparatoria de carácter pecuniario, consistente en indemnizar a la señorita Moreno de los gastos y daños directos, efectiva y razonablemente imputables a la supuesta discriminación. Pero este Tribunal carece de jurisdicción para apreciar daños y fijar un quantum indemnizatorio, aunque, claro es, eso no excluya que una Sentencia que declare vulnerado un derecho fundamental pueda tal vez prestar base para iniciar una reclamación con arreglo al art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y los arts. 134 y siguientes del Reglamento de Expropiación Forzosa. En todo caso, el resultado práctico a que conduciría la estimación del recurso no sería muy disímil del determinado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la que fue Audiencia Territorial de Madrid: se declarararía la vulneración del derecho de igualdad de la

recurrente, pero dejando intacto el procedimiento selectivo de la XLIII promoción en los términos que ya se han razonado. Por ello solicita se dicte en su día Sentencia denegando el amparo pretendido.

9. Don Nicolás Muñoz Rivas, Procurador de los Tribunales, en la representación que tiene acreditada de doña Ana Bibiana Moreno Avena, en escrito presentado el 17 de enero de 1990, expone y reitera los hechos y puntualiza, respecto de los hechos posteriores, que en aplicación del Real Decreto-ley 1/1988, de 2 de febrero, en la convocatoria que se publica en el "Boletín Oficial del Estado" de 24 de febrero de febrero de 1988 -Resolución 432/38115/1988, de 23 de febrero- de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa, por la que se convocan pruebas para el ingreso en la Academia General Militar, Escuela Naval Militar y Academia General del Aire, se sigue exigiendo el requisito de ser varón y español. Pero que ya en el año 1989, la Orden de 27 de febrero de 1989, sobre provisión de plazas para el ingreso en la profesión militar en 1989 ("Boletín Oficial del Estado" núm. 51, de 1 de marzo), establece en el acuerdo 5 del anexo, que las plazas "se convocar n sin distinción de sexo en todos los Cuerpos y Escalas".

No obstante esto, la recurrente entiende que a pesar de que para el último curso se ha convocado el ingreso en todos los Cuerpos y Escalas del Ejército sin distinción de sexo, es necesario el pronunciamiento de este Tribunal Constitucional por las siguientes razones: De mantenerse el criterio del Tribunal Supremo, según el cual la discriminación de la mujer en su acceso a las Fuerzas Armadas podría no ser anticonstitucional por existir razones objetivas y razonables para ello, el Gobierno podría, de nuevo, limitar dicho acceso por razón de sexo. Es necesario, pues, fijar la doctrina constitucional en este punto. La nueva situación, si bien posibilita el acceso actual de su representada a las Fuerzas Armadas, no reconoce su derecho a hacerlo en el momento en que lo solicitó. Y si dicho derecho existía, como mantenemos, debe reconocerse con eficacia desde la fecha de su solicitud, es decir, con eficacia ex nunc, lo que tendría importantes consecuencias en orden a posibles indemnizaciones por los perjuicios causados.

Por todo ello, pide que se dicte Sentencia de conformidad con lo solicitado en el escrito de interposición del recurso de amparo.

10. Por providencia de 29 de enero de 1990, la Sección acordó tener por recibido el testimonio del rollo de apelación 703/1989 remitido por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, así como los escritos de alegaciones del Ministerio Fiscal, Abogado del Estado y Procurador señor Muñoz Rivas; y conforme se solicita por el Abogado del Estado en el otrosí de su escrito, se reclamó a la Dirección General de Enseñanza del Ejército, la remisión de testimonio del expediente administrativo que dio lugar a la resolución de 23 de marzo de 1987.

11. Por providencia de 12 de marzo de 1990, la Sección acordó tener por recibido el testimonio remitido por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. Asimismo, se concedió un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal, Abogado del Estado y Procurador señor Muñoz Rivas, con vista de las actuaciones remitidas, para que, dentro de dicho término, amplíen las alegaciones formuladas al amparo de lo dispuesto en el art. 52 de la LOTC, si lo estiman procedente.

12. El Fiscal, en escrito presentado el 20 de marzo de 1990, evacuando el traslado conferido para ampliar alegaciones del art. 52 de la LOTC, a la vista del testimonio de antecedentes remitido por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, dice que los informes remitidos confirman la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, en el que se consideraba el derecho fundamental alegado como de implantación progresiva. Así lo evidencia el hecho de que la solicitante de amparo

haya sido admitida a las pruebas deseadas en una convocatoria posterior a la de autos. No obstante, entiende el Fiscal que el recurso no ha quedado sin objeto, pues el mismo se refiere al ingreso en la XLIII promoción de la Academia General del Aire, mientras que de los antecedentes remitidos se deduce que la recurrente ha sido admitida -y suspendida- en una convocatoria posterior. En consecuencia, el Fiscal insiste en su petición de que dicte Sentencia denegando el amparo por cuanto no resulta del proceso la lesión de los derechos fundamentales que sirven de apoyo a la demanda.

13. El Abogado del Estado, en escrito presentado el 20 de marzo de 1990, manifiesta que ha examinado los antecedentes remitidos por el Ministerio de Defensa y el testimonio del rollo de apelación, a que se refieren las providencias de 29 de enero y 12 de marzo de 1990, sin que, a la vista de los mismos, considere preciso ampliar el escrito de alegaciones que formuló el pasado 12 de enero de 1990.

14. Don Nicolás Muñoz Rivas, Procurador de los Tribunales y de doña Ana Bibiana Moreno Avena, en escrito presentado el 23 de marzo de 1990, da por reproducidas las anteriores alegaciones de su referido escrito de 16 de enero de 1990, ya que los documentos remitidos por el Ministerio de Defensa no supone ninguna alteración sustancial en cuanto al contenido del recurso.

No obstante, cree conveniente precisar las siguientes ideas: A) El recurso de amparo se promueve contra un Acuerdo del Coronel Jefe del SERES, por el cual se procedió a devolver una instancia de doña Ana Bibiana Moreno Avena para participar en las pruebas de ingreso de la XLIII promoción de la Academia General del Aire. El motivo de la devolución no era otro que su condición de mujer, si bien la argumentación contenida en el escrito hacía referencia a que no era posible legalmente admitir la petición al no haberse promulgado la ley a que se refería el art. 36 de la L.O. 6/1980, de 1 de julio, de criterios básicos de la Defensa Nacional. Tal acuerdo es el que constituye el objeto del amparo, según se deduce claramente de nuestro escrito de demanda, si bien, claro está, se solicita la anulación de la Sentencia del Tribunal Supremo que, revocando la de la Audiencia Territorial, desestimaba la petición de su mandante. B) El mantenimiento del presente recurso, cuando ya se ha producido una total equiparación del varón y de la mujer en el acceso a las Fuerzas Armadas, tiene su razón de ser en dos principios, uno en que es necesario que este Alto Tribunal fije la doctrina constitucional aplicable al supuesto que nos ocupa. En otro caso, se mantendría la vigencia doctrinal de la Sentencia del Tribunal Supremo, según la cual, la discriminación de la mujer en su acceso a las Fuerzas Armadas estaría basada en razones objetivas y razonables, es decir, no sería contraria al art. 14 de la C.E., con lo que, en cualquier momento, el Gobierno podría limitar, de nuevo, el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas por razón de sexo o podría ser invocada como doctrina por analogía para otros supuestos en que la mujer tiene dificultades para incorporarse pudiendo aportar dudas sobre si hay fundamentos "objetivos y razonables" para la discriminación. Y otro, en la posibilidad de fundar en la Sentencia que otorgue el amparo, una indemnización por los daños y perjuicios que a su mandante ha producido la discriminación. No se solicita ni una nueva celebración de las pruebas selectivas, inconstitucionalmente celebradas a nuestro entender, ni una restitutio in integrum limitada a su representada, de manera que hubiesen de repetirse las pruebas con respecto a ella. Pero sí se solicita, insiste, una Sentencia reconocedora de la discriminación producida en su momento, que pueda dar lugar a una posible indemnización de los daños y perjuicios causados. Aunque lógicamente no ha sido esta posible indemnización el principal interés de su

representada para mantener el amparo. Solicita, pues, se dicte Sentencia de conformidad con lo solicitado en el escrito de interposición del recurso de amparo.

15. Por providencia de 11 de noviembre de 1991, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 14 siguiente.

FUNDAMENTOS:

II. Fundamentos jurídicos

1. Aunque no tenga carácter esencial, no está de más advertir que el recurso interpuesto en nombre de la señora Moreno Avena (y esto lo indican también el Fiscal y el Abogado del Estado), si bien se deduce contra una resolución judicial, en realidad, el acto atacado, como lesivo de su derecho a la igualdad, procede del Ministerio de Defensa, que inadmitió su solicitud de participación en las pruebas para el ingreso en la XLIII promoción de la Academia General del Aire. La pretendida lesión de aquel derecho, en efecto, no tuvo su origen inmediato y directo en un acto de un órgano judicial. La Sentencia impugnada podrá haber resultado desfavorable para la pretensión de la actora, mas, en la medida en que se haya dictado con respeto a su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la C.E.) -lo que aquí no se ha cuestionado-, no le ha producido la lesión de la que se queja. Otra cosa es, naturalmente, que dicha Sentencia deba anularse si se estimara el recurso de amparo frente al acto administrativo que tal resolución judicial consideró constitucionalmente válido.

De ello resulta que el presente recurso ha de entenderse inserto en la vía procesal del art. 43 de la LOTC y no en la del art. 44 de la misma Ley.

2. También, para precisar el objeto del recurso, ha de rechazarse el examen que la demandante propone -incluso interesando la puesta en marcha del mecanismo previsto en el art. 55.2 de la LOTC- del Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero, por el que se regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas. Dicha norma podría tener un valor ilustrativo, pero ello no justifica su consideración en los términos interesados en la demanda, porque no se da relación alguna entre ella y la decisión de la Administración Militar en verdad recurrida, que es de 23 de marzo de 1987 y, por tanto, anterior a la misma.

3. El acto administrativo referido invoca en apoyo de su carácter denegatorio de la solicitud presentada la falta de promulgación de la Ley a que se refiere el art. 36 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar (LODN). Tal precepto dispone en su inciso segundo que "la Ley establecer la forma de participación de la mujer en la defensa nacional". A su vez, la disposición adicional del Real Decreto 2078/1985, de 6 de noviembre, por el que se fijan las condiciones y las pruebas para el ingreso en la Enseñanza Superior Militar preceptúa que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 36 de la LODN, "el ingreso de la mujer en la Enseñanza Superior Militar ser regulado por la Ley que determine su participación en la Defensa Nacional". No ofrece duda, pues, que en el momento en que la actora pretendió ser admitida a las pruebas de acceso a la Academia General del Aire, la non-nativa aplicable se lo impedía en atención a su condición femenina, como también se lo impedía el Real Decreto-Ley 1/1988 que posponía el acceso de la mujer a las pruebas de selección para el ingreso en determinados Cuerpos y Escalas militares (y entre ellos el que aquí importa) hasta que se encuentren "realizadas las necesarias adaptaciones organizativas y de infraestructura en las Fuerzas Armadas", correspondiendo al Gobierno, a propuesta del Ministro de Defensa, la determinación del orden progresivo de acceso a las mismas. Y así lo confirmó la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa 432/38115/1988, de 23 de febrero ("Boletín Oficial del Estado" del 24), por la

que se convocaron pruebas selectivas para el ingreso en la Academia General Militar, Escuela Naval Militar y Academia General del Aire, estableciendo dentro de las condiciones para opositar la de “ser español y varón”.

4. Que la exclusión de las mujeres de las vías de acceso a la profesión militar resultaba discriminatorio e inconciliable con el derecho fundamental a la igualdad, no ofrecía duda a quien -en virtud del art. 97 de la C.E.- dirige la Administración militar y la defensa del Estado, esto es, al Gobierno, el cual, en el preámbulo del Real Decreto-ley 1/1988 empieza por englobar la acción integradora e incorporadora que con tal disposición afirma emprender dentro de las previsiones del “Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres” aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de septiembre de 1987. Este Plan -prosigue diciendo el preámbulo mencionado- “contiene una serie de medidas orientadas a eliminar los obstáculos que se oponen a la plena efectividad del principio constitucional de igualdad”. De conformidad con esas previsiones, “procede iniciar el programa de incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, regulando sin demora su acceso a determinados Cuerpos y Escalas militares” (los que se enumeran luego en el articulado del Decreto- ley), en tanto que “la incorporación a los demás Cuerpos de los Ejércitos se hará de una forma progresiva a medida que se vayan efectuando adaptaciones de diversa índole que, al tiempo que aseguren la adecuada integración, permitan mantener el normal desarrollo de las funciones que las Fuerzas Armadas tienen encomendadas”.

Por otra parte, ni el legislador parlamentario autor de la LODN ni el Gobierno mediante el Real Decreto 2078/1985 han efectuado exclusión discriminatoria alguna per se, limitándose a deferir, de modo amplio y onmicomprensivo la LODN, de forma precisa el Real Decreto, la integración e incorporación aludidas a la adopción de una ley específica, demora legislativa que se prolongó hasta después de las alegaciones de este proceso, según se ha hecho constar en los antecedentes, pero que dejó de ser tal demora con la promulgación de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, cuyo art. 44 elimina toda discriminación por razón de sexo en los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares. Una convocatoria de 1989, en efecto, permitió a la aquí recurrente ser admitida a las pruebas selectivas para el ingreso en la Enseñanza Superior Militar, pruebas que no superó.

5. Ahora bien, la cuestión, entonces, ya no radica en determinar si la desigualdad producida a la recurrente encuentra su justificación en una diferenciación razonable establecida por el legislador aplicada por la Administración Militar, sino, PRIMERO, si cabe calificar de razonable el mantenimiento temporal de una diferenciación discriminatoria en los términos vistos, y, SEGUNDO, en caso afirmativo, si ha de reputarse asimismo de razonable el lapso de tiempo transcurrido desde que el mantenimiento fue normativamente decidido hasta que a la actora se le expresó la negativa aquí enjuiciada.

Desde luego, el precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de sexo (art. 14) es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de la Constitución. Su adecuada interpretación exige, sin embargo, la integración sistemática del mismo con otros preceptos de la Ley fundamental, pues así lo precisa la unidad de ésta.

Al respecto, cabe observar que la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico - inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también a la de Estado de Derecho- no sólo se traduce en la de carácter

formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva.

La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial. Así lo viene entendiendo este Tribunal constantemente (SSTC 128/1987, 166/1988, 19/1989 y 145/1991, que versan precisamente sobre pretendidas discriminaciones por razón de sexo y a cuya doctrina en este punto procede remitirse).

Pero, por otra parte, la modulación aludida, además de llevar a la calificación de no discriminatorias, en los términos del art. 14, a las acciones diferenciadoras semejantes, exige de los poderes públicos, enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que, si bien no cabe, por lo general, mesurar ex constitutione la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificadas en un lapso de tiempo razonable habrá de nevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan.

6. En el presente caso, los poderes públicos -el legislador parlamentario, el Gobierno y la Administración- heredan de la etapa preconstitucional una situación de desigualdad consistente en que las mujeres encontraban vedado su acceso a las Academias Militares, exclusión a todas luces inconstitucional, pues, como se dice en la STC 207/1987, “el sexo en si mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexos está reconocida expresamente por el art. 14 de la Constitución”. Prohíbe tal precepto constitucional de manera explícita el “mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la C.E. En este sentido no debe ciertamente olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 C.E. y es un nimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina...” (STC-128/1987).

El carácter discriminatorio de la situación heredada se reconoce en el preámbulo del Real Decreto-ley 1/1988, según se ha visto, y antes en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de septiembre de 1987 sobre el Plan de Acción para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres (1988-1990), Plan en el que se afirma que, “de acuerdo con los principios constitucionales, es preciso modificar la normativa vigente a fin de hacer posible el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas” (Actuación 3.6.4). De modo más o menos explícito también dicho reconocimiento tuvo lugar en el curso de la elaboración parlamentaria del art. 36 de la LODN. Y, sin embargo, 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 en la Academia General del Aire (23 de marzo de 1987), que es el período que aquí hay que considerar, no se adoptó medida alguna de tipo normativo correctora de la discriminación referida.

Para la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en la Sentencia traída a este proceso, la pasividad señalada, y la consiguiente demora del acceso de la mujer al Ejército del Aire, no lesiona el “núcleo esencial” del derecho a la igualdad, produciéndose en armonía con una realidad social que no cabe desconocer, con las diferencias existentes de orden fisiológico y de permanente disponibilidad para el servicio de las mujeres, con las especiales características del Arma aérea en sus actividades operativas y de combate y, en todo caso, con la infraestructura actual de los Ejércitos, pues la plena incorporación femenina “demanda las previas y necesarias adaptaciones de la infraestructura militar, que en último término constituirían razón suficientemente justificativa del rechazo de la instancia presentada por la recurrente, en cuanto basada en causas razonables objetivamente consideradas”.

Pero estos argumentos, a la luz de la doctrina constitucional, no pueden ser aceptados. Es verdad que no todo trato diferenciador resulta, desde la perspectiva del art. 14 de la C.E., discriminatorio, pues cabe que el legislador lo haya establecido con arreglo a criterios fundados y razonables, de acuerdo con juicios de valor generalmente admitidos. No es éste el supuesto, sin embargo.

Aquí, en efecto, el legislador parlamentario ha demorado la corrección de la situación desigual, sin ofrecer explicación alguna justificativa de tal demora, ni proponerse plazo, al menos aproximativo, en orden a aquella corrección. Y aunque la LODN -en la interpretación de su art. 36 m s favorable para el legislador- no resulta inconstitucional a se, puesto que, encarándose, en un momento postconstitucional tan temprano como 1980, con la desigualdad existente, no la mantiene sino, indirectamente, de forma temporal y carente de justificación.

Esa justificación se invoca por vez primera en el Real Decreto-ley 1/1988. Ahora bien, esta disposición con fuerza de ley, que prolongó la situación de desigualdad en el acceso a la enseñanza superior militar en perjuicio de la población femenina hasta que se realicen “las necesarias adaptaciones organizativas y de infraestructura en las Fuerzas Armadas” (art. 4), no puede contemplarse ahora por las causas ya apuntadas, entre las cuales la de ser posterior a la negativa de acceso a las pruebas.

7. De acuerdo con lo expuesto, queda sólo por indicar el alcance del fallo estimatorio que ha de pronunciarse. Su contenido, a este respecto, ha de venir y viene determinado tanto por los hechos sobrevenidos como por la última petición procesal de la recurrente, según se relata en los últimos antecedentes de esta Sentencia.

En ese sentido, dicha parte, en su escrito de 23 de marzo de 1990, precisa su pretensión de amparo al decir que la nulidad solicitada se refiere al Acuerdo del Coronel Jefe del SERES -que devolvió la instancia a la recurrente- y, lógicamente, a la Sentencia del Tribunal Supremo, y todo ello con el fin de fijarse la doctrina constitucional aplicable por este Tribunal Constitucional al respecto de haberse cometido vulneración del art. 14 C.E., sin m s aditamentos.

Esto es, en efecto, lo que procede y sin necesidad de hacer m s precisiones, ya que tanto la legislación sobrevenida (Ley 17/1989, de 19 de julio), como el ejercicio del derecho sin obstáculos discriminatorios ejercido por la recurrente, hacen evidente, por no ser otra cosa necesaria, la simplicidad del fallo que subsigue, es decir, limitado a la estimación del recurso en cuanto a la sola declaración de anular el Acuerdo y la Sentencia del Tribunal Supremo por no dar al art. 14 C.E. su propio efecto constitucional.

FALLO:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso interpuesto por doña Ana Bibiana Moreno Avena y, en su virtud:

1.§ Declarar la nulidad del acto o resolución dictada por el Coronel Jefe de SERES de la Dirección de Enseñanza del Ejército del Aire de 23 de marzo de 1987, así como la de la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1988, que confirmó dicho acto.

2.§ Reconocer a doña Ana Bibiana Moreno Avena, recurrente, el derecho a la igualdad y a no ser discriminada en el acceso a la Academia General del Aire.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a catorce de noviembre de mil novecientos noventa y uno.