

Discriminación por razón de edad y de sexo. Retos pendientes del Estado Social.
Directoras: M.^a CRESPO GARRIDO y M.^a Fernanda MORETÓN SANZ. Presentación:
Carlos LASARTE ÁLVAREZ. Editorial Colex (Madrid, 2010), 358 págs.

por

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático *Emérito de Derecho Civil*

1. La *ocassio* de este volumen, dice el presentador del mismo, tuvo su origen en un Congreso internacional celebrado en noviembre de 2009, en la Universidad de Alcalá y en el Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España (IDADFE), con apoyo en sendos proyectos de investigación desarrollados en la UNED y en la Universidad de Alcalá. Pese a la identidad del enunciado —utilizado, se subraya, como *argumento inspirador*—, advierte el presentador que ni todas las ponencias se han recogido aquí, ni muchos de los capítulos fueron objeto de discusión en aquel foro académico. Ha habido, por tanto, una *refacción* del material científico, acaso por exigencias editoriales o por otras razones. De cualquier forma se subraya la mayoritaria presencia del profesorado femenino (evidenciándose, apostilla el presentador, que *la investigación científica es uno de los campos donde la eliminación de desigualdades entre géneros más ha progresado*), así como la colaboración de diez universidades y ocho áreas de conocimiento, de suerte que el resultado final, de una totalidad de catorce capítulos, representa una aportación fundamentalmente interdisciplinar, pese al peso que sigue ostentando en el tema el Derecho Civil.

2. *Sistemática*. Los capítulos de la obra se agrupan, por razones sistemáticas, en tres partes diferenciadas en razón al tema tratado:

- a) Políticas y acciones positivas: edad, sexo y discapacidad y dependencia.
- b) Conciliación, y
- c) Género y orientación sexual.

La materia se distribuye desigualmente, pues se incluyen siete capítulos en la parte *a*), dos capítulos en la parte *b*) y cinco capítulos en la parte *c*). En esta recensión me ocupo de los que, a mi juicio, presentan mayor densidad privatista.

3. *Contenido*:

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Edad y sexo (primogenitura y masculinidad) en relación con los títulos nobiliarios. La pervivencia de la primogenitura y la abolición de la masculinidad: una incongruencia más del legislador contemporáneo* (págs. 19-34).

A modo de introducción observa el autor que, durante siglos y siglos, la mujer ha desempeñado un papel secundario en la sociedad y que dicha realidad ha sido objeto de expresa consideración por las normas jurídicas, tal como se recogía en la redacción originaria del Código Civil de 1889. El giro copernicano que supuso la Constitución de 1931, apenas si logró desarrollar el artículo 40 (relativo a la admisibilidad a los empleos y cargos públicos, según mérito y capacidad y sin distinción de sexo) en las normativas sobre oposiciones a Notarías y Registros (1931), Prisiones (1931) y Secretarías de Tribunales (1932). Las coyunturales reformas durante el régimen del general Franco (Leyes de 24 de abril de 1948, 22 de julio de 1961, 22 de julio de 1972, y 2 de mayo de 1975), fueron puntuales y dejaron subsistir discriminaciones por razón del sexo, así como normas de protección de la mujer de cariz paternalista. Es preciso esperar a los artículos 14, 32.1 y 35.1 de la Constitución vigente para que la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer quedara definitivamente fijada, así como la eliminación de desigualdades, lo que también constituye principio fundamental en la UE, siendo un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la misma y de cada uno de sus Estados-miembro. Entre nosotros, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, persigue combatir todas las discriminaciones todavía subsistentes por razón del sexo, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla.

Para centrarse en el objeto de su estudio, el autor expone el régimen de los apellidos en relación con la filiación, con base en el Código Civil, en la Ley 40/1999 y en la legislación del RC, finalizando con el cambio de apellidos en el supuesto de violencia de género según la LO 1/2004, de 28 de diciembre. En relación con el derecho al nombre, opina el autor que en nuestro ordenamiento puede considerarse un atributo de la personalidad, si bien carece del rango de derecho fundamental. Similar, en cierto modo, es el caso de los títulos nobiliarios, que tampoco son derechos de la personalidad ni fundamentales, sino especiales *mercedes o dignidades sociales* graciamente atribuidas por los Reyes o Jefes de Estado a algunas personas por sus peculiares méritos, con raíces medievales, asentadas en los principios de primogenitura y masculinidad. Esta concepción choca frontalmente con los principios constitucionales contemporáneos, y en algunos países europeos los títulos nobiliarios han sido expresamente derogados (Italia, por ejemplo). Lo que no ha ocurrido en la CE de 1978, cuyo artículo 62, letra f), implícitamente los estima vigentes, pues atribuye al Rey la potestad de conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes. El Rey Juan Carlos I, la ha ejercido con apoyo en la Ley de 4 de mayo de 1948 y su legislación de desarrollo. Si tradicionalmente el TS había mantenido los principios de primogenitura y masculinidad, a partir de la STS de 20 de junio de 1987 (Presidente: LÓPEZ VILAS), seguida de otras, cambió de criterio y estableció que la sucesión nobiliaria debía corresponder por igual a hombres y mujeres. Pero la STC 126/1997, de 3 de julio, declaró que la primacía del sexo masculino, en cuanto regla histórica que asienta sus raíces en los siglos medievales, no puede considerarse inconstitucional.

Por tanto, hasta la aprobación de la Ley 33/2006, tanto el TC cuanto el TS a partir de 1987, habían reiterado que *en materia de títulos nobiliarios, el planteamiento sucesorio es distinto a las normas sucesorias del Código Civil, debiendo regirse por las determinaciones de la Real Carta de Concesión y por la sucesión regular de los títulos nobiliarios, y, en particular, la Partida 2.15.2, de la que deriva la regla o criterio de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y*

grado aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 y el artículo 1.º de la Ley de 4 de mayo de 1948.

En contraste con esta doctrina jurisprudencial, y evitando cualquier desaire hacia el TC sin desautorizar su línea argumental, la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios ha establecido que *no hay preferencia alguna del varón, aunque ha mantenido el principio de primogenitura*. Añade el autor que la Exposición de Motivos no menciona el artículo 14 CE, argumentando el valor meramente simbólico de los títulos nobiliarios e invocando la Convención de Nueva York de 1979. ¡La contradicción del nuevo régimen sucesorio con el citado precepto constitucional está servida al mantener el principio de primogenitura!

MORETÓN SANZ, M.ª Fernanda: *Nuevas perspectivas jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia* (págs. 35-52).

La autora describe el marco internacional y comunitario en que tendrán que desarrollarse las políticas legislativas, aquí contempladas, teniendo en cuenta la receptividad que muestra la Constitución en vigor para que entren a formar parte de nuestro ordenamiento interno las normas internacionales que aplican y desarrollan los derechos humanos, a cuyo ámbito pertenece, sin duda, la no discriminación de las personas con discapacidad, así como la relativa agilidad del procedimiento constitucional para llevarlo a efecto. Sin olvidar la Convención Interamericana de 1999, el trabajo se centra en la Convención europea de 1950 y en la labor interpretativa desarrollada por el TEDH, así como en los preceptos de la Carta Social Europea revisada y en las diversas Recomendaciones de los órganos comunitarios de 1992 y 1998 que han supuesto un verdadero detonante de las políticas a desarrollar ante el panorama de 50 millones de ciudadanos comunitarios aquejados de alguna discapacidad. El objetivo de lograr el bienestar de los mayores y personas dependientes se ve ahora incorporado a la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 2004, que, además, han contribuido en su conjunto a universalizar el tema en la importante Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006, cuyo preámbulo reitera la convicción de que *la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de esta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones*. Finaliza la autora observando que un importante número de personas discapaces o dependientes se encuentran fuera de su ámbito familiar, lo que adicionalmente supondrá un nuevo reto para los estados.

VIVAS TESÓN, Inmaculada: *De la discriminación a la tutela de la mujer en el Derecho Civil: Panorámica y notas críticas a la luz de las políticas y acciones positivas de la Ley Orgánica 3/2007* (págs. 75-106).

La autora —que bien puede merecidamente ser considerada especialista en el tema (1)— hace una exposición bivalente, destacando el contraste entre el

(1) Véase la recensión de M.ª Fernanda MORETÓN SANZ, a su reciente monografía sobre «La dignidad de las personas con discapacidad: Logros y retos jurídicos» (Madrid, 2010), en *RCDI*, enero-febrero de 2010, pág. 697 y sigs., con inclusión de otras obras y trabajos de su autoría ya publicadas sobre el tema.

derecho derogado y la nueva normativa, aunque afirma que se trata de un proceso todavía inacabado, pues aun quedan resquicios o flecos de esa inferioridad social de la mujer, la cual, tras los plausibles esfuerzos normativos realizados en estos últimos años, ha dejado de ser, en buena medida, legal. Añade —no sin cierta ironía, que cabría detectarse— la aséptica interpretación y aplicación de las normas equiparadoras por parte de los operadores jurídicos, quienes han de ser extremadamente cautelosos a la hora de aplicar, con exquisita objetividad, las leyes de igualdad y, muy especialmente, a la hora de cristalizar el concreto contenido de muchos de los conceptos jurídicos indeterminados que en aquellas se contienen. En este trabajo caben destacarse observaciones puntuales que merecen atenta reflexión. Por ejemplo (pág. 86) cuando solicita que la jurisprudencia llene de contenido concreto el principio de *actuación en interés de la familia*; o cuando observa que tres de cada cuatro cuidadores principales de los dependientes familiares son mujeres, al comentar la *addenda* introducida en el artículo 68 del Código Civil; o la ubicación del artículo 1438 del Código Civil cuando, en la realidad, serán poco frecuentes los supuestos en que se haya pactado la separación de bienes trabajando fuera de casa uno solo de los cónyuges (lo que le permite denunciar el carácter marginal con que, a su juicio, se ha planteado el tema del trabajo en el hogar: pág. 94); o las incisivas observaciones terminológicas sobre el derecho de visita (pág. 101).

HERNÁNDEZ SAMPELAYO, María: *Género y educación* (págs. 239-265).

El moderno término *género* resulta novedoso en el ámbito del Derecho Civil, sobre todo si pretende sustituir al tradicional *sexo* preponderante todavía en el Código Civil. Por su valor, a mi juicio, clarificador he seleccionado este trabajo, de finalidad no jurídica sino educativa. Sostiene la autora que las novedosas doctrinas sobre la ideología del género se apoyan, por un lado, en distintas teorías marxistas y estructuralistas, dentro de las cuales destacan las de ENGELS y también los postulados de algunos representantes de la *revolución sexual* (REICH y MARCUSE). Influye fuertemente el existencialismo ateo de Simone DE BEAUVOIR, quien proclamó ya en 1949: *¡No naces mujer, te hacen mujer!, ¡No se nace varón, te hacen varón!* Además los estudios socioculturales de Margaret MEAD consolidaron una nueva rama del feminismo radical, aunque la validez científica de sus aportaciones es controvertida. Pero al proclamar que los géneros masculino y femenino serían el producto exclusivo de los factores sociales, sin relación alguna con la dimensión sexual de la persona, los defensores de esta teoría se oponen radicalmente a un modelo, tan unilateral como el suyo, que sostiene lo contrario. Analiza luego las cuestiones de sexo y género desde el punto de vista sociológico y comparativo, apreciándose un predominio del género masculino en la mayoría de los países del mundo. En este caso se entiende el género como un espacio cultural en el que en la interacción simbólica hombre-mujer se sitúan los estereotipos y modelos de comportamiento, pero también las relaciones de dominio y subordinación, las luchas por la hegemonía y las pautas de resistencia. Muchos de estos ámbitos resultan ser claramente injustos y discriminatorios. Así resulta que España es el único país europeo donde la prensa seria publica anuncios de contactos sexuales por los que ingresan grandes beneficios publicitarios. Partiendo del papel de la familia en la adjudicación de los roles sociales femeninos o masculinos, la autora analiza algunos cambios importantes últimamente producidos como la anticipación de las conductas problemáticas

de las adolescentes, comprobando la diversidad de actitudes entre chicos y chicas. Opina que en España continuamos con un reduccionismo ideológico que considera intrínsecamente malo y machista la escuela diferenciada por sexos. En su opinión, la enseñanza mixta no es un principio intangible del derecho escolar sino un instrumento para la igualdad de oportunidades y la transmisión de valores fundamentados en el respeto y la tolerancia. Lo importante es ver si está sirviendo para ello.

VILLAGRASA ALCAIDE: *La discriminación por orientación sexual* (págs. 267-292).

La discriminación basada en la orientación sexual no ha conseguido su erradicación, no solo en buena parte del planeta, sino incluso en nuestro país, al menos socialmente, al detectarse todavía actitudes de odio o de rechazo irracionales al respecto. Se entiende por orientación sexual la inclinación de sentir atracción emocional, afectiva y sexual por persona del mismo género, del otro género o de ambos simultáneamente; se define como identidad de género, la vivencia interna e individual de género que puede corresponderse o no con el sexo asignado al nacer, de acuerdo con los atributos biológicos. En Europa destacan dos organismos en la lucha contra la discriminación por orientación sexual: El Consejo de Europa y el Parlamento Europeo. El acervo comunitario se ha ido incorporando a nuestra legislación interna (así, Ley 62/2003, de 30 de diciembre). En materia civil es destacable la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, sobre reconocimiento del matrimonio homosexual, que encontró fuerte resistencia institucional y que actualmente está recurrida ante el TC; asimismo la profusión de leyes autonómicas sobre parejas del mismo sexo, y la STC de 8 de febrero de 1993 sobre arrendamientos urbanos. En materia social, la STC 41/2006, de 13 de febrero, en un caso de despido por orientación social. Sucesivamente se ocupa de la actuación de la Fiscalía General del Estado, el papel de la seguridad pública en este campo, la discriminación en los medios de difusión masiva, finalizando con unos consejos sobre la formación de operadores del sector público —extensible a la privada— relacionados con los delitos de discriminación, y la sensibilización de las víctimas.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *Violencia de género, patria potestad e igualdad* (págs. 335-358).

La autora se propone poner de manifiesto la repercusión que la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género (LMPIVG) en relación con la patria potestad, que se puede ver alterada a consecuencia de un suceso de este tipo en el ámbito familiar. Recuerda sobre esta materia la STS de 14 de mayo de 2008 y la STC de 4 de mayo de 2009, que contribuyeron a disipar las dudas sobre la inconstitucionalidad de aquella. Reconoce que suprimidas las causas de separación o divorcio por Ley 15/2005, resulta difícil conjugar la nueva redacción del Código Civil con la LMPIVG. Parece un tanto descarnada la afirmación de Teresa SAN SEGUNDO (2): «la supresión de las causas que impulsan a la separación o al divorcio ha traído como consecuencia un retroceso en la lucha contra la violencia de género». Un logro importante de la LMPIVG es la posibilidad de que los Juzgados sobre la violencia de la mujer conozcan de cuestiones civiles. También puede ser eficaz la

(2) Teresa SAN SEGUNDO MANUEL, «Las leyes civiles ante el maltrato», en el volumen *Violencia de género, una visión multidisciplinar* (Madrid, 2008), pág. 253.

creación en 2002 del Observatorio contra la violencia doméstica de género. A continuación la autora recoge y analiza una abundante jurisprudencia menor, de gran interés por su novedad, en la que se priva de la patria potestad al autor de la violencia de género.

En resumen: una visión interdisciplinar (3), sin duda de valor desigual, aunque versando sobre un tema de evidente actualidad entre nosotros.

(3) Otros trabajos incluidos en el volumen, por orden de inserción: Bárbara DE LA VEGA JUSTIVÓ, *Las políticas legislativas en materia de acción positiva y su incidencia en el contrato de seguro de salud* (págs. 53-74). M.^a José FERNÁNDEZ PAVÉS, *Medidas fiscales de discriminación positiva por razón de edad a nivel local* (págs. 107-143). Carmen QUESADA ALCALÁ, *Guía para el trato de igualdad y los derechos humanos en las instituciones penitenciarias* (págs. 145-164). Yolanda M.^a DE LA FUENTE, *Accesibilidad universal y diseño para todas y todos*, (págs. 165-192). María CRESPO GARRIDO, *La ley de autonomía personal como instrumento de inserción laboral* (págs. 193-223). M.^a Victoria GARCÍA GÓMEZ AGÜERO, *Sexo, género y conciliación de la vida personal y laboral* (págs. 225-236). M.^a del Ángel IGLESIAS VÁZQUEZ, *Violencia contra la mujer: Referencia a la normativa internacional* (págs. 293-302). M.^a Teresa REQUEJO NAVEROS, *La violencia de género en el Código Penal: Constatación de una regulación polémica* (págs. 303-333).