

PERSONA, CONDICIÓN CIVIL Y GÉNERO, IGUALDAD (las reformas pendientes)¹

*M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera
Catedrática de Derecho Civil
Universitat Autònoma de Barcelona.*

Planteamiento general. El principio de igualdad.

Las modificaciones legislativas más llamativas de las últimas décadas se han producido en torno a la situación y consideración jurídica de la persona. En general con referencia a determinados grupos, la intervención del legislador ha tomado como fundamento principios, derechos fundamentales y conceptos universales: La igualdad y la libertad, valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE, también art. 14 CE); la dignidad, los derechos inherentes inviolables de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, elementos que se erigen “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10 CE). La intervención del legislador ha incidido bien en la modificación, reforma o derogación del cuerpo normativo anterior, bien en la creación de normas (leyes) nuevas. Lo que ha desembocado en mandatos particulares cuyo contenido especial está ordenado para aplicarse a colectividades de personas que tienen determinadas condiciones, cualidades o están en situaciones que por su carácter reiterado merecen atención.

Las modificaciones jurídicas y la persona

En general, una parte importante de las reformas legislativas, a la par que han dado cumplimiento a los mandatos constitucionales, han supuesto la creación de nuevos términos y regímenes jurídicos en los que se toma en consideración a la persona íntegramente. La integridad supone, de una parte, la consideración de las circunstancias, dignas de atención, que impiden o dificultan el desarrollo de la persona para darles cabida en su conceptualización jurídica; de otra la adopción de medios, medidas e instrumentos jurídicos adecuados que mejoren la configuración de los sujetos de derecho. Identificación y fijación de los datos, de las cualidades y circunstancias, que son relevantes que, aunque dependen de la política legislati-

.....
1 Esta aportación se incardina en los trabajos de investigación del Grup NOVIT (UAB) dentro del Proyecto (SEJ2007-60834) *No discriminación y persona*.

va tienen como punto de referencia los conceptos² y los valores sociales. En esta ponencia interesa detenerse y aportar índices para la calificación jurídica de la persona, sus condiciones, y estatus.

El Artículo 1 (*Objeto de la Ley*), de la *Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujer y hombres* (en adelante LOIMH) dispone: "1. Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes" y, al describir la finalidad indica que "(...) tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria". Agrega (apartado 2) que la Ley, "establece principios de actuación de los poderes públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo". El ámbito es amplio, por la finalidad proclamada y por su fundamento en los mandatos constitucionales, alcanza a todas las personas³ y particular, a la vez especifica el principio constitucional de igualdad por razón de sexo (art. 14 CE).

Un derecho (principio) de igualdad adjetivado como "*efectiva*" respecto de la condición hombre /mujer que dota de fuerza y denota, de una parte la búsqueda de la igualdad real, verdadera, no solamente nominal, de otra, de la que se persigue su eficacia es decir la adecuación de los medios, medidas y derechos al fin.

La igualdad "*efectiva*" entre hombre y mujer se erige en un principio informador del ordenamiento (art. 4 LOIMH), lo que conduce, a la hora de estudiar el panorama jurídico en el que se aplica, a plantearse sus caracteres.

Igualdad principio informador

En una primera aproximación al principio de *igualdad "efectiva" entre hombre y mujer*, se percibe que la intención del legislador ha sido más que la

.....
2 Entendido el concepto como la representación universal abstracta de una materia u objeto.

3 Artículo 2. LOIMH (*Ámbito de aplicación.*), en el que se dice:

"1. Todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

2. Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia."



de innovar, la de dejar patente, aclarar y, a la vez concretar el principio de igualdad que ya se contenía en otros preceptos legales, que pertenecen a distintas materias y ámbitos, aplicados al factor género (hombre / mujer). Dicho con otras palabras, de los preceptos que componen la LOIMH no se sigue, como hubiera sido quizá deseable y esperable, una configuración propia, innovadora, del principio / derecho de igualdad, sino su especificación y, por supuesto, la creación de principios de actuación y medidas concretas que atañen a todos los poderes, sea cual fuere su naturaleza, y que se extienden a todos los ámbitos y sectores y derechos y deberes que afectan más al ámbito público que al privado (arts. 1.2 y 2 LOIMH). Es el ámbito del derecho privado el que ha quedado fuera de la ley y el más necesitado de reforma, aunque en las grandes declaraciones generales, las de los preceptos contenidos en el título preliminar (arts 1 y 2) y los del título I (arts. 3 a 13), sí se haga mención expresa del mismo. En realidad, como es sabido, interesaba al legislador más el explicitar las políticas de actuación pública, el ámbito público y el laboral / funcional que el sector privado; probablemente porque es primero la conciencia de los poderes públicos que la de los, llamémosles así, poderes privados en los que la ley actúa como límite.

La Exposición de Motivos de la Ley, justifica el porqué de decantarse por proyectar "(...) el principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad", debido a "(...) la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto". La distribución sistemática de la norma revela un menor contenido del esperado y el carácter programático del principio delimitado. De todas formas, junto al valor programático, destacan dos datos:

1º.- El *reforzamiento de la calidad de derecho relacional* que es el de igualdad cuyo contenido se desarrolla junto a las situaciones jurídicas particulares y que, ahora, recibe un refuerzo adicional: se aplica a las situaciones jurídicas de contraste entre hombre / mujer; valores androcéntricos / femeninos.

Desafortunadamente, parece que el desarrollo del principio en la ley, aun considerándolo, deja al margen, el ámbito de derecho privado, incluso el que se refiere a la definición de la situación /estatus jurídico de las personas o a la relación familiar o de grupo. Lo que no debe interpretarse como una renuncia del legislador pues no lo puede hacer sino al contrario como una llamada a él para que cumpla con el mandato.

2º.- *El impulso a la adopción de una determinada conducta: la obligada revisión de los conceptos y reglas jurídicas que se comprenden en los ordenamientos jurídicos civiles vigentes. Y de los términos – los valores y la redacción de las normas.*

Esta constatación deriva tanto del propio carácter del derecho de igualdad, que es relacional, como se ha indicado, lo que implica que se hayan de tener en cuenta, como bien recuerda el texto de la ley, cualquiera situación y cualquier ámbito, como de la transversalidad que se predica del mismo. En general, en el ámbito del derecho privado, la labor pendiente, que se ha de emprender con urgencia, a la luz del principio de igualdad es replantear los conceptos, términos y valores que son el contenido de las normas jurídicas: las que afectan a la configuración de la persona como sujeto de derecho en su dimensión individual, las de convivencia en grupo, las de relación (jurídica), los poderes y deberes jurídicos.

De los artículos de la LOIMH interesa, hacer hincapié en el artículo 4, que se titula. *Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.* Se dice en éste: “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”. El precepto transcrito es uno de los más importantes, a mi parecer, de la LOIMH pues, a la vez que impone un mandato, califica un principio general del ordenamiento, el de igualdad, y lo hace ceñido a un ámbito determinado.

Los textos de referencia y los datos

El principio de igualdad se contiene en los textos fundamentales, internacionales y europeos, en declaraciones generales, como *la Universal de Derechos Humanos* (1948), o, por citar el más específico, *la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (diciembre de 1979).

En el ámbito de la Unión Europea, además del antiguo art. 111 del Tratado de Roma, cabe mencionar que, ya desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (1 de mayo de 1999), la igualdad entre hombres y mujeres se erige como un principio rector de la misma. La *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (diciembre de 2000), se refiere al principio de no discriminación en *artículo 21.1y en el artículo 23* específico sobre la *igualdad entre hombres y mujeres*: “la igualdad entre hombres y mujeres se garantizará en todos los ámbitos, incluidos la



ocupación, el trabajo y la retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado". A ello se agrega el *Tratado de la Constitución Europea de Lisboa (2007)*, en cuyo artículo 1 bis se indica "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad". La igualdad de género se califica por la Comisión como "derecho fundamental, un valor común de la Unión Europea y una condición necesaria para alcanzar los objetivos de la Unión Europea de crecimiento, creación de empleo y cohesión social"⁴.

La garantía del trato igualitario entre la mujer y el hombre, y la defensa de los derechos civiles y humanos, en particular, de la mujer, se erigen en pre requisitos esenciales que se exigen a todos los estados que se adhieren a la Unión Europea⁵. No debe olvidarse el completo bagaje legislativo y la tradición social – práctica.

En lo que afecta a nuestro orden constitucional, se ha comentado ya, el principio de igualdad se enuncia en el artículo 14 Constitución española (1978) y en general la mayor parte de los Estatutos de Autonomía reiteran el principio constitucional y asumen competencias exclusivas en lo que atañe a la promoción de la igualdad de la mujer en base a las que, algunas CCAA han promulgado Leyes específicas. Así ha sucedido en las dictadas por la Comunidad Foral Navarra (Ley 33/2002, 28 de noviembre de fomento de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres), la Comunidad de Castilla y León (Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres), la Comunidad Valenciana (Llei 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad de mujeres y hombres), la Comunidad de Galicia (Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres), la Comunidad del País Vasco (Ley 4/2005, 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres) y la Comunidad de las Islas Baleares (Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la Mujer).

.....
4 "Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006 – 2010" en *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, Bruselas, 1 de marzo de 2006, COM (2006) 92 final, {SEC (2006) 275}, p.2.

5 *L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'Union européenne* (COMISIÓN EUROPEENNE, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances. Unité G1., Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005) p.31.

Los *datos* que se extraen de los textos aludidos de cara a la caracterización del sexo (género) como cualidad de la persona resumen en:

- a) *El concepto de persona debe responder a la división de género.* Las mujeres son *sujetos* que actúan y participan en la vida de la sociedad
- b) *La personalidad jurídica es inherente a toda persona con independencia del sexo.*
- c) Reconocer *la individualidad de los sujetos comporta considerar el género* en todos los ámbitos.
- d) *La dignidad de la persona y el libre desarrollo* de la personalidad, se predica de todos, incluidas las mujeres, lo que obliga a prestar una *especial atención a los asuntos y materias propios y aquellos en los que se la discrimina.*
- e) En *esfera personalísima*, la pertenencia a un género es un dato de individualización e identificación jurídico que justifica las normas y medidas diferentes para uno y otro sexo.
- f) En el ámbito de *las relaciones jurídicas* el género determina reglas para las relaciones personales y familiares.
- g) En lo que afecta al *ámbito económico*, el género es importante sobre todo en lo que afecta al ejercicio efectivo de los derechos en orden a la consecución de un patrimonio, en la participación en las relaciones contractuales y reconocimiento (atribución de valor) del trabajo.
- h) *La condición femenina no es justa causa de pérdida patrimonial* (o no reconocimiento).

Estado civil - Condiciones civiles emergentes.

La referencia al género, a la igualdad del hombre y la mujer, obliga a replantear la calificación jurídica de la persona desde la perspectiva civil. No debe olvidarse que el concepto de persona, sus cualidades, los atributos y condiciones personales que son considerados jurídicamente, son el punto de partida de toda norma jurídica, del *ius*, en tanto que es el sujeto por excelencia. La persona física con personalidad civil, sujeto de derecho (arts. 29, 30 CC), a la que se atribuyen y reconocen derechos y que actúa en todos los ámbitos jurídicos y económicos.

En el momento de delimitar el sexo (el género) como dato que se predica de la persona y que es, a su vez, factor de regulación, bajo el principio de la igualdad, es necesario recordar conceptos comunes del derecho de la persona y contrastarlos con la realidad presente. A la luz de éstos será posible formular la calificación adecuada de las modificaciones normativas y



proponer las reformas que se han de efectuar. Una adecuada comprensión de los conceptos jurídicos base es muy importante para evitar, precisamente, el efecto de desigualdad o discriminación que las nuevas normas pretenden erradicar.

Estado civil

En técnica jurídica privada (Derecho Privado) la existencia de una normativa específica, propia y distinta, en la que el factor tomado en cuenta por el supuesto de hecho de la norma sea un determinado dato personal, se acostumbra a explicar desde el concepto *estado civil*. Un *estado civil* que se entiende como *la cualidad jurídica personal que determina un conjunto de reglas jurídicas que dan razón de la situación de la persona en el ordenamiento jurídico y de la que se derivan importantes consecuencias*.

El concepto primigenio de estado civil se ligaba a la pertenencia a una clase determinada, y a la diferenciación. En el devenir de la sociedad y los principios, la persona individual y sus derechos van ganando terreno, sobre todo a partir de la codificación civil, iniciada en el s. XIX, y paulatinamente se sustituye la noción de clase por la justificación de la discriminación en otros datos que merecen relevancia; en especial, a lo largo del siglo XX se pone el acento en la manera en que el dato personal afecta a la capacidad de obrar de la persona⁶.

En el Derecho Privado mientras el concepto de *personalidad jurídica* que se atribuye a las personas es manifestación de la igualdad, el de *estado civil* explica la discriminación entre las personas⁷. *El conjunto de normas propias que corresponde aplicar a determinadas personas se justifica en una cualidad personal común que es tomada como elemento de la norma*. Por recordar los estados civiles: la *edad* (mayoría – minoría de edad), la *capacidad de autogobierno* (incapacitación), el *vínculo conyugal* (casado, soltero), la *filiación* (matrimonial, no matrimonial, adoptiva), la pertenencia a una CCAA *con ordenamiento civil propio* (vecindad civil), la condición de *nacional* de un Estado.

.....
6 Como es sabido, a partir, fundamentalmente, de la Revolución Francesa (la caída del Antiguo Régimen) y de la abolición de la esclavitud, la doctrina de manera unánime, ciñó el concepto de estado civil a las situaciones personales que repercuten o determinan la capacidad de obrar de la persona, donde se incluye el grueso más importante y a aquellas que definen su posición en la sociedad (fundamentalmente, la nacionalidad y la vecindad). Ver PUIG I FERRIOL, Lluís *et altri* (2001).

7 Se señala que “a partir de la Codificación, el concepto de estado civil adquiere un nuevo significado: determina las distintas situaciones en las que puede encontrarse la persona y que justifican el reconocimiento de una diferente capacidad de obrar o de una situación diferenciada de derechos y deberes, susceptibles de tratamiento unitario” (HUALDE SÁNCHEZ, 2001).

Condiciones civiles emergentes

Las normas más recientes, junto a los estados civiles tradicionales definen otras circunstancias personales cuya trascendencia, para el orden social, ha desembocado en la creación y aparición de auténticos *estatutos personales* nuevos en contraste a los tradicionales. En estas normas jurídicas el supuesto de hecho es, asimismo una situación personal pero frente a los estados civiles consolidados, son datos de los que se infiere una situación que reclama una *particular y reforzada tutela* que no se consigue con las normas existentes y en la que el índice capacidad de obrar no se tiene en consideración (ya está insito en el de estado civil).

Las normas de estos nuevos estatutos personales inciden *sobre la protección de las personas*, se agrupan según la circunstancia personal / factor de regulación y son garantistas de los derechos fundamentales de aquellas. Son manifestación de la puesta en práctica del principio de protección integral (dignidad de la persona – libre desarrollo de la personalidad, art. 10 CE) adecuado a la situación, y de las políticas sociales. En un elenco rápido, se identifican e incluyen como tales las relativas a la protección de menores desamparados, la de las personas afectadas de alguna minusvalía o discapacidad, personas de avanzada edad, mujeres maltratadas o violentadas o las personas en situación de dependencia, por recordar las situaciones que cuentan con norma especial. Pese a que la mayor parte de las leyes se incardinan en el ámbito público, sin embargo no son ajenas a los conceptos civiles básicos a los que abocan a una reformulación.

En el derecho de la persona, estas situaciones con regulación propia se denominan "*condiciones civiles emergentes*"⁸ y se colocan junto a los estados civiles. En una calificación técnica jurídica, la intervención del legislador en estas *condiciones civiles emergentes* persigue la *protección integral* de la persona a la que se cataloga en esa situación (menor abandonado o desprotegido, persona discapacitada, de edad avanzada, en situación de dependencia....). Se adjetiva la protección como *integral* ya que la pretensión es abarcar todas las esferas de actuar y ser (personal y patrimonial), y además desde lo individual se proyecta en las relaciones con los demás, pues establece pautas de comportamiento para terceros y para la sociedad. Las reglas particulares se introducen en la esfera de las relaciones personales y económicas entre los individuos, entre los unidos por vínculos de parentesco, los derivados de la unión matrimonial y no matrimonial, e

.....
8 BADOSA COLL (2002); DELGADO ECHEVERRÍA (1998); GETE-ALONSO, SOLÉ RESINA e YSÁS (2008); GETE-ALONSO y CALERA (2005); GETE-ALONSO y CALERA (2008).



incluso en las relaciones que pertenecen a la esfera íntima y comportan, además de la calificación jurídica personal (la emergente) que la identifica, las medidas de protección que se delimitan y establecen.

En inicio, en una valoración y calificación precipitada⁹, puede existir la tentación de incluir el sexo (género) y los cambios legislativos que ha provocado, en alguna de las categorías indicadas, ya la tradicional del estado civil, ya situación civil emergente. En un análisis más detenido, desde el derecho de la persona, no es esta la calificación acertada, de ahí la necesidad de continuar precisando.

Sexo – género: delimitación civil.

En la legalidad vigente *no puede mantenerse que el sexo sea un estado civil*, sin perjuicio de la individualización que comporta. Afortunadamente, desde la Constitución¹⁰, el sexo, a diferencia de lo que era lugar común en la literatura jurídica del siglo XIX y gran parte del XX, en la que se incluía entre los estados civiles pues afectaba a la capacidad de obrar de la persona, en particular a la de la mujer casada¹¹, *no debe considerarse en el elenco de los estados civiles*, sea cual sea el concepto que se mantenga de estado civil. Ya se defina como cualidad personal común que se toma como elemento de la norma y comporta un conjunto de reglas propias, ya conforme a la concepción más clásica que lo entronca a la capacidad de obrar. En la actualidad, el mandato constitucional del art. 14 veda su calificación como estado civil, ello no obstante sin perjuicio de la trascendencia de este índice (dato) del sexo, que se manifiesta profusamente en la legislación. Que no exista una categoría jurídica tradicional es una garantía para la calificación de la situación jurídica del colectivo que se incluye porque asegura la no discriminación (art. 14 CE) y por lo tanto la igualdad. Aunque, es evidente, la igualdad puede y de hecho exige normas especiales para procurar por la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, eliminar las discrimi-

9 Y, según se mire, incluso cómoda para quienes no están dispuestos a aceptar la evolución de las ideas y conceptos jurídicos.

10 Aunque, como es conocido, el camino hacia la igualdad ya se inició, si bien tímidamente (y no como tal sino como equiparación) hacia 1975 (fundamentalmente, en lo que afecta al Derecho Civil a través de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges).

11 Si bien no era uniforme la situación de capacidad limitada de la mujer casada, ya que en algunos ordenamientos civiles, como el catalán, no era tan amplia la restricción como en el régimen en del Código Civil al no ser necesaria la licencia marital. Aunque, también ha de decirse no por ello dejaban de existir otras más concretas, como la prohibición de avalar o afianzar al marido.



minaciones y garantizar a las personas (las mujeres), los derechos en toda su extensión, así en lo relativo a su adquisición, tenencia y a su ejercicio (*efectividad*).

La consideración anterior lleva a plantear la duda sobre si el sexo, con las nuevas connotaciones, se ha de considerar, en el orden jurídico, en el grupo de lo que hemos denominado *situación civil emergente* tal y como se ha descrito. Tampoco es acertada esta caracterización. Las condiciones personales con trascendencia jurídica, estados o situaciones emergentes tienen un denominador común que no concurre cuando el género integra el supuesto de hecho de una norma: la protección de la persona ante determinada situación de hecho (abandono, violencia, discapacidad física, dependencia...) que no afecta a la capacidad de obrar. Pese a que la protección se configure como *integral*, sólo se proyecta sobre un sector o grupo concreto, lo que no puede predicarse del género o sexo. Tanto en el *estado civil* como en *las situaciones emergentes, la condición personal que determina la normativa es relativa*, es decir toma en cuenta una característica concreta de la persona a la que se va a aplicar la norma, ya física y / o psíquica (edad, falta de autogobierno: capacidad – limitación de la capacidad – incapacidad) ya jurídica (determinación de la filiación, existencia o no de matrimonio), ya de hecho (situación de abandono, avanzada edad, violencia, dependencia, grado de discapacidad...) que es la que determina la regulación.

Si se observa con detenimiento, pese a que sólo se puede aplicar a una parte de las personas (las mujeres) con exclusión de la parte opuesta (los hombres) no tiene carácter relativo sino absoluto pues se predica de la persona (el humano)¹². Es característica innata y propia de la persona la pertenencia a uno u otro género (sexo), genético y biológico pero también psíquico (transexualidad)¹³. De ahí que, jurídicamente, como dato personal deba decirse que *el sexo sea una característica absoluta de la persona, que concurre necesariamente sin posibilidad de exclusión*.

.....
12 Vid, acerca de esta denominación Jesús MOSTERIN, (2006, págs 260 y ss) este vocablo es el mejor para designar al ser vivo. "La mayor parte de las lenguas del mundo... distinguen los dos conceptos, el de humano y el de hombre, pero el francés y el español no lo hacen, lo cual es un defecto, que aquí hemos subsanado echando mano del morfema castellano *human-*, que aparece en palabras como 'humano', 'humanidad', 'humanizar', y 'humanamente'... En el español actual, 'hombre' casi siempre se refiere al humano macho, al varón". Y concluye que "la naturaleza humana es la naturaleza del humano. El conjunto de los humanos constituye la humanidad. Lo humano es lo que atañe al humano. El humano macho es el hombre y el humano hembra es la mujer".

13 Según el filósofo MOSTERIN (2006, pág. 161), la naturaleza humana se manifiesta en el cerebro. "De hecho – indica (pág. 176) – los genes, el cerebro, las hormonas y los estímulos externos interaccionan constantemente entre sí en la producción de la conducta observada".



Del género, como cualidad personal que se tiene en cuenta por la ciencia jurídica y, por el legislador, se predica, en consecuencia, que:

- Es una *cualidad personal absoluta*
- Es *inherente* a la persona desde el nacimiento.
- *Ninguna persona puede sustraerse* a la pertenencia a uno de los géneros¹⁴.

Siempre existe asignación a uno u otro, pese a que a lo largo de la vida puedan producirse cambios, que no necesariamente han de ser a consecuencia de una intervención quirúrgica (transexualidad).

- Se sitúa por encima de las demás cualidades, características o situaciones personales que individualizan aspectos concretos de la persona. En realidad, actúa como *presupuesto previo – soporte – de las demás*.

En la *configuración legal el sexo coincide con la descripción que se hace por la ciencia biológica*, en la que se tiene en cuenta el material genético que lo determina; no obstante, la configuración legal deviene *artificial*, creación jurídica, cuando se considera la *transexualidad* para autorizar una modificación de la inicial determinación del sexo de la persona, bien sea porque se ha producido una *modificación de la apariencia física* de la persona (operación quirúrgica), bien por la constatación de la *disforia sexual* sin intervención clínica. Creación jurídica en ambos casos del sexo que se justifica (fundamenta) en la dignidad de la persona y en libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Esto es lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la *Ley 3/2007, de 16 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, en la que se permite, cumpliendo ciertos requisitos, la rectificación de la mención oficial del mismo (la que se efectuó en el momento del nacimiento).

Esta concepción del sexo como característica o cualidad de la persona, si se observa con detenimiento, difiere de manera notoria de la calificación, llamémosle histórica del mismo pero se acomoda al concepto general de

.....
 14 "El gen SRY (abreviatura de *Sex-determination Region Y*) es el que determina la masculinidad. Es el interruptor, la llave o el disparador que pone en marcha la cascada de cambios anatómicos y hormonales que hacen del embrión un hombre y no una mujer (.....). El sexo femenino es el sexo por defecto de los mamíferos, y por lo tanto el sexo humano que se desarrolla si no se hace nada para impedirlo, el sexo que se adquiere si se carece del gen SRY o si el gen SRY no funciona adecuadamente. Este gen está en el cromosoma Y. Sin cromosoma Y, y por consiguiente sin gen SRY, el embrión se convierte en hembra" (MOSTERIN, 2006, pp. 263, 264).



persona como sujeto de derecho (cf. arts. 10 CE)¹⁵, que es obligado seguir por la legislación positiva, en la que, conforme al mandato constitucional, debe configurarse con respeto o con cumplimiento del principio de igualdad (art. 14 CE)¹⁶.

Dicho de otra forma, *el concepto jurídico de persona*, de personalidad jurídica (art. 29 y 30 CC) *lleva insito el género*, lo que obliga al legislador a tenerlo en cuenta y repercute, de manera necesaria, en la configuración de las instituciones que deberían estar previstas teniendo en cuenta este dato y conforme al mismo. Es decir, sin hacer distinciones cuando no proceda, y haciéndolas allá donde el género lo reclame (igualdad material).

La constatación de que el género no es estado civil implica una obviedad; si el legislador y el jurista deben tener en consideración las concepciones sociales de un momento y los principios constitucionales por los que se rige un país, parece que huelga cualquier normativa específica en la que se haga una previsión acerca del género que no responda a su caracterización. Ocurre sin embargo que las normas jurídicas ya por la influencia del grupo político que las propone y elabora, ya por el sentir y las concepciones de la sociedad de un momento histórico no recogen aún la evidencia de que el género es la *summa divisio* de los humanos que ha de ser tenida en cuenta por el legislador. Al contrario, precisamente una determinada concepción acerca de uno de los géneros (el femenino)¹⁷, avalada por un acervo importante cultural, social y religioso, *ha propiciado, a lo largo de la historia un configuración legal en la que se parte de la situación inferior o subordinada del género femenino*, hasta la consideración de especialidad que comporta el estado civil. Evidencia que se rastrea en las normas, pese al tiempo transcurrido, que es la que impulsa la necesidad de modificación de la perspectiva legal y de las concepciones de las instituciones.

Las circunstancias, el entendimiento del contenido de las normas en el que se parte de una concepción no superada (visión masculina) obligan a dictar normas especiales ya para ámbitos y relaciones concretas, ya más

.....
15 Sobre el concepto de persona y su función en el Derecho, me remito a M^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA (1993).

16 Indica la Exposición de Motivos de la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, que "La transexualidad, considerada como un cambio en la identidad de género, ha sido ampliamente estudiada ya por la medicina y la patología. Se trata de una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas".
17 O, visto desde el otro, una concepción determinada del género masculino como preponderante, actor – sujeto principal en el ámbito jurídico (norma y tráfico).



generales, como la LOIMH, a fin de extender el certificado de defunción definitiva de la panorámica jurídica anterior¹⁸.

Del sexo debe *diferenciarse la orientación sexual*¹⁹ de las personas, circunstancia o atributo que, también ha originado importantes modificaciones legislativas con repercusión en instituciones jurídicas del derecho de la persona y del derecho de familia. Baste recordar la configuración actual del matrimonio (ex reforma de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio). La orientación sexual de la persona es independiente del sexo genético, biológico o adoptado (supuesto de transexualidad) que aquella tenga, que no se discute o cuestiona, como sí ocurre en la situación de transexualidad. La orientación sexual, desde el punto de vista jurídico, es en realidad una conducta en la esfera de las relaciones personales, que debe ser respetada por formar parte del libre desarrollo de cada uno y que no debe ser objeto de discriminación, pero en la que no concurre el dato absoluto que sí se da en el género (sexo).

El concepto de género que se ha delimitado *supra* es manifestación de la aplicación del principio de igualdad entre las personas, más en concreto de la no discriminación entre hombres y mujeres.

Las propuestas de modificación

Los cambios legislativos habidos y por haber, en política de género han de procurar *por la instauración de un concepto de persona, en el ámbito jurídico* – como sujeto de derechos – *que, efectivamente responda a la división de género que se deriva y marca la naturaleza y sin que ello suponga discriminación. Una división del género que, jurídicamente no tiene porqué ajustarse siempre a la naturaleza (admisión de la transexualidad).*

En el ínterin, hasta llegar a la perfecta adecuación entre lo que nos viene

.....
18 De algún modo, aunque salvando las distancias, como ocurrió cuando el importante movimiento de la codificación y el concepto de persona.

19 MOSTERÍN (2006) (pp. 69 y 70) "Desde un punto de vista conceptual y científico, hay que distinguir claramente entre la reproducción (la producción de un organismo del mismo tipo que el reproductor), la sexualidad (el intercambio y recombinación de los genes), el sexo (el ser macho o hembra), el erotismo (la obtención de placer, excitación y relajación mediante tocamientos y otras interacciones relacionadas con conductas que a veces conducen a la reproducción) y la crianza (el cuidado y la alimentación de las crías) (...). Los homosexuales pueden practicar el erotismo y a veces pueden llevar a cabo la crianza, pero lo que no pueden hacer nunca entre ellos es ejercer la sexualidad o reproducirse. En cualquier caso, el erotismo y la crianza son desarrollos relativamente recientes (a escala evolutiva). La sexualidad y la reproducción, por el contrario, son aspectos profundísimos de la naturaleza humana (...) están íntimamente asociados con las fuentes primigenias de la vida y la evolución".

dado, las políticas legislativas se encaminan a la meta a través de modificaciones parciales, mediante la previsión de acciones, establecimiento de derechos, instauración de medidas... Hasta la reforma completa se habrá de echar mano del mandato del art. 4 LOIMH, al carácter de principio general del principio de igualdad como informador del ordenamiento jurídico, al que ha de acudir el juez para integrar (llenar lagunas) e interpretar las normas (art. 3 CC). Labor inexcusable de quien ha de aplicar las normas.

En general, por lo que afecta a las leyes civiles queda mucho camino por recorrer pues permanece esa visión, valoración, punto de vista unilateral a la hora de formular la institución jurídica, la regla. Y aun se mantienen términos androcéntricos.

Las propuestas de modificación implican llevar a cabo una revisión profunda de los preceptos civiles, en particular, como se ha comentado, para trasladar el concepto de persona.

Haré relación de algunas cuestiones más relevantes en el derecho de la persona para dar paso a la discusión:

- Conviene redefinir *los requisitos de la personalidad civil*: arts. 29 y 30 CC, son los primeros sobre los que se ha de llamar la atención. Deben formularse de otra manera, no sólo porque están desfasados y por la incorrección del lenguaje (el feto), sino porque es contrario a la dignidad de la mujer suponer que pueda concebir un embrión que no tenga "figura humana".

- Entre las condiciones /situaciones de la persona que habrían de tenerse en consideración para atribuir o quitar derechos o para establecer un régimen especial, destaca la *violencia de género y la violencia doméstica*. Llama poderosamente la atención que no se hayan puesto al día, para incluirla, en los preceptos en sede de atribuciones gratuitas (donaciones) y en el derecho de sucesiones, aunque en el derecho civil catalán sí se toman en consideración.

- Conviene, en general replantearse las situaciones de convivencia no matrimonial y su estatuto jurídico como unión y respecto a los hijos.

- La organización, configuración de los grupos familiares, su caracterización, la eliminación de los roles preconcebidos, la igualación en las responsabilidades de las tareas familiares, cargas y en el ejercicio de las funciones sobre los menores de edad y los incapacitados son reformas urgentes.

- Finalmente, convendría una adecuada y completa regulación jurídica de la maternidad.



BIBLIOGRAFÍA

BADOSA COLL, Ferran (2002): *Manual de Dret Civil Català*, Barcelona – Madrid, Marcial Pons.

BALLESTER PASTOR, Amparo i BALLESTER CARDEL, María (2008): “Significado general y conceptual de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujer y hombres” en SALA FRANCO, Tomás (2008): *Comentarios a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujer y hombres*. Madrid, La Ley.

BALLESTERO, María Vitoria (2006): “Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita”. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, pp. 59-76.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (1990): “Principio de igualdad y Derecho Privado”. *ADC*, Abril- Junio, pp. 369 y ss.

COMISIÓN EUROPEENNE (2005): « L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'Union européenne ». Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances. Unité G1., Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2006): “Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre la igualdad entre mujeres y hombres”, Bruselas, 22 de febrero de 2006, COM (2006) 71 final.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, (2006): “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006 – 2010”, Bruselas, 1 de marzo de 2006, COM (2006) 92 final.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (eds.) (1998): *Elementos de Derecho Civil*, Parte General, Volumen 2, Madrid, Dykinson.

GETE-ALONSO, M^a del Carmen (2005): “La violencia de gènere: La configuració de l'estatus en la Ley orgánica 1/2004. Perspectiva civil” en GETE-ALONSO, M^a del Carmen (2005): *Dona i Violència*, Mataró, Cálamo. Producciones Editoriales.



GETE-ALONSO, M^a del Carmen (1993): "Persona y Derecho" en *Cuadernos Jurídicos*. Año 2, N^o 11, septiembre.

GETE-ALONSO, M^a del Carmen (2008): "Condición civil de la persona y género" en *Actualidad Civil*, núm. 11.

GETE-ALONSO y CALERA, M^o del Carmen; SOLÉ, Judith e YSAS SOLANES, María (2008): *Derecho de la Persona vigente en Cataluña*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MOSTERIN, Jesús (2006): *La naturaleza humana*, Madrid, Espasa Calpe.

PUIG I FERRIOL, Lluís, GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier (2001): *Manual de Derecho Civil: Tomo I: Introducción y Derecho de la Persona*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 3^a ed.

