

# LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LA LEY ESPAÑOLA DE IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

**Burgos, García, Olga**  
**Abogada**  
**Máster Género e Igualdad**  
**Universidad Pablo de Olavide. Sevilla**  
[ocburgosgarcia@gmail.com](mailto:ocburgosgarcia@gmail.com)

## **RESUMEN**

Se trata de abordar la insuficiencia del derecho tradicional para el estudio de los problemas que afectan fundamentalmente a las mujeres, reflexionando sobre un asunto de discriminación por razón de género en el ámbito civil como análisis de la falsa neutralidad del Derecho deconstruyendo el concepto jurídico de igualdad hegemónico conceptualizando la discriminación a través de la igualdad de trato. Se abordará la reflexión desde la perspectiva teórica, tratando de verificar la actual insuficiencia de las ramas del derecho tradicionales y el presunto carácter interdisciplinar de los temas jurídicos sobre las mujeres.

## **PALABRAS CLAVE**

Discriminación, igualdad de trato, punitive damage, tutela, resarcimiento de daños, nulidad.

## INTRODUCCIÓN

El carácter neutral del derecho privado deriva de la consideración de que los derechos sobre la persona desde su codificación en el que se conoce como uno de los “más trascendentes acontecimientos de la evolución del derecho en general que se corresponde con el nacimiento del Código Civil Napoleónico de 1804” lo son de las mujeres y de los hombres bajo el principio fundamental a la igualdad. Se parte de una codificación con sesgo de género en el primer instrumento regulador de los derechos de la persona que, como modelo a imitar, prácticamente transpone en su casi “literalidad” al derecho español en la creación, casi un siglo después, del Código Civil en 1898 en España. No debe olvidarse que el Código Francés es el producto de una historia, de una cultura, y simboliza indudablemente la tradición romano-germánica e incluye un legado al mundo de notable impacto que regula todo el derecho de la persona, pero que, al amparo de la revolución francesa “olvida” la consideración de la mujer como ciudadana igual en derechos y obligaciones que el ciudadano, cuestión que se encarga de recordar de Gouges <sup>1</sup>, y que como redacción propia llega a España ya tardíamente y, en cierto modo, algo “caduco” en cuanto a la consideración de ciudadano “universal” y no ciudadanía universal<sup>2</sup> poco antes de alcanzarse el sufragio femenino <sup>3</sup>. Es por ello que, la misoginia del code de Napoleón, se traduce a nuestro código siendo el mismo que, en definitiva permanece en el tiempo, a pesar de las distintas modificaciones a las que ha sido objeto hasta nuestros días, las reformas de 1981, 1990 y 2005.

### 1.- LA ENGAÑOSA NEUTRALIDAD DEL DERECHO

Sobre la engañosa respuesta positiva de los derechos de igualdad se decantan expertos y expertas en derecho y género analizando el paradigma predominante de la neutralidad del derecho desde la perspectiva histórica de su nacimiento hasta nuestros días <sup>4</sup> y se valoran los

<sup>1</sup> Olympia de Gouges redactó la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, calcada sobre la Declaración de los Derechos de hombre y del Ciudadano de 1789, en la cual afirmaba la igualdad de los derechos de ambos sexos.

<sup>2</sup> “Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista.” ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ. Catedrática de Derecho civil Universidad Pablo de Olavide. En la actualidad se ha superado esa visión estática para dotarla de un contenido más rico y dinámico, y sobre todo más real, al requerir del ejercicio efectivo de todos aquellos derechos que colocan a las personas en condiciones de libertad e igualdad a fin de ser sujetos activos en los ámbitos de relaciones en los que se construye el futuro de la comunidad. Hablamos entonces de la igualdad sustancial y de la libertad real de las personas, y también, y ello es imprescindible, del goce de los bienes materiales y espirituales que las emancipan y les dan autonomía. Desde esta perspectiva, la ciudadanía requiere de los derechos que tienen un perfil eminente- mente político, pero también de aquellos que están llamados a satisfacer necesidades elementales de la persona, como la educación o el trabajo, y se identifica igualmente con bienes como la cultura o el ambiente. Y esta mudanza en la percepción de la ciudadanía ha requerido, como parece lógico, la transformación del modelo liberal burgués en una organización política más implica- da con la construcción de esa ciudadanía y, por consiguiente, más concernida con la igualdad sustancial y la libertad real. Este es el cambio que se produce en el tránsito del Estado burgués al Estado Democrático y Social”

<sup>3</sup> En el año 1931 se alcanza el sufragio femenino en España (A partir de 1947, durante el régimen franquista sólo los padres de familia podían votar en sufragios parciales; en 1977 se reintrodujo el sufragio universal).

<sup>4</sup> Derecho y Familia” Mary Ann Glendon. El derecho de familia se ha convertido en todas partes en un

diferentes status jurídicos que la mujer ha padecido influido por su rol tradicional relegado al ámbito doméstico y su sometimiento en el ámbito familiar.<sup>5</sup> Y que en el derecho civil se ha arrastrado a lo largo de los años, hasta acabarse muy recientemente con nuestra dependencia civil de los varones alcanzando así nuestra completa ciudadanía<sup>6</sup>.

Así como, en algunos ámbitos y contextos, no hay que olvidar el debate existente en torno al "concepto jurídico" del matrimonio ocurrido recientemente en nuestro país con la última reforma del código civil del 2005 <sup>7</sup>que se tiende a pensar que el derecho de familia regula las instituciones ya existentes de un modo natural, entendiendo que es el históricamente pre-existente <sup>8</sup>.

Incluso con la misma naturalidad se ha entendido que la mujer tuviera un estatuto jurídico diferenciado del varón hasta el año 1975 en que se suprime la licencia marital, hoy en día, los discursos más prolíficos contrarios a la eficacia de las acciones positivas como instrumento de corrección de las desigualdades persistentes entre las mujeres y los hombres en diversos ámbitos y contextos de especial vulnerabilidad, hacen presagiar una errónea percepción a la

campo de pruebas para nuevas formas de concebir las relaciones entre los sexos y las generaciones. Con todo, detrás de esa apariencia de desorden, de la retórica y las consignas, y más allá de las particularidades locales y regionales, lo que se está contando es una misma historia acerca de roles y relaciones que son básicos en la vida de la mayoría de las personas. Exponer dicha historia, explorar las variaciones significativas en lo narrado y plantear interrogantes acerca de la compleja relación entre el cuento que nos relata el derecho y el comportamiento real de la familia y las nociones de la vida familiar

<sup>5</sup> "Diversidad, Feminismo y Principio de Igualdad". Angel M. López Y López. "El Code (y sus epígonos y el epígono español) instauran un status de mujer conectado con el status familiae y que se refleja, desde el ángulo de las leyes civiles en un menoscabo del status libertatis en la relación con el hombre "

<sup>6</sup> Blanca Rodríguez. Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla. "En el caso de los derechos civiles, cuyo reconocimiento a las mujeres en igualdad de condiciones con los varones eliminó las bases legales de nuestra dependencia civil de los segundos posibilitando así nuestro acceso a la ciudadanía." 2010. Revista de Estudios políticos. Hacia un estado postpatriarcal.

<sup>7</sup> La ley fue publicada el 2 de julio de 2005, y el matrimonio entre personas del mismo sexo fue oficialmente legal en España el 3 de julio de 2005. A pesar del apoyo del 66% de los españoles al matrimonio homosexual, la tramitación de esta ley se vio acompañada de movilizaciones sociales en contra, pero también a favor de la medida, que congregaron a miles de personas de toda España. Mientras que los partidarios de la medida estiman que la verdadera igualdad solo se consigue si se equiparan todas las parejas en una misma figura jurídica, el matrimonio sus oponentes opinan que el término "matrimonio" debería reservarse a la unión de un hombre y una mujer

<sup>8</sup> "Derecho y Familia" Mary Ann Glendon. Podemos, con todo, formular ciertas apreciaciones generales. La familia y el matrimonio son instituciones pre-jurídicas. Aun cuando, basándonos intuitivamente- te en nuestras observaciones y nuestra experiencia individual, los hombres y mujeres contemporáneos tendemos a creer que el matrimonio es anterior a la familia, es esta última la institución primaria. En todas las sociedades humanas, y en muchas sociedades animales, es posible encontrar algún tipo de familia como un grupo distinto dentro de la horda. El matrimonio, sin embargo, en el sentido de una relación heterosexual altamente individualizada, es, según se dice, apenas detectable en algunas de las sociedades humanas más simples y en otras es visto como irrelevante para la formación de la familia. Es útil, especialmente en las culturas contemporáneas en que el matrimonio y la procreación están cada vez más diferenciados, distinguir entre la familia como grupo social que incluye más personas que los partícipes en un matrimonio (si lo hay), y el matrimonio, que puede coincidir o no con la existencia de una familia.

ciudadanía de que se ha tocado el techo de la igualdad formal en el ámbito jurídico <sup>9</sup>. Y hay que seguir atendiendo a esa utilización del derecho como neutro en todos los ámbitos de su aplicación donde se pueda quedar de manera subliminar y soterrada amparada la discriminación indirecta de las mujeres en la práctica civil porque no debemos olvidar que los paradigmas de la igualdad se expresan en muchos casos en masculino si no se atiende a la perspectiva de género en la aplicación y efectos concretos de la norma <sup>10</sup>. Pues desde mi reflexión como jurista que en la práctica abordo diariamente los límites normativos y estructurales en la administración de justicia para combatir la desigualdad y la discriminación de la mujer en todos los ámbitos percibo que mantener la perspectiva de género en la regulación jurídica se hace cada vez más imprescindible, sigue siendo una necesidad acuciante, cuando las barreras de acceso a los puestos de representatividad pública y protagonismo en la creación el derecho no se evidencie el impacto de género que puede tener una norma aparentemente neutra <sup>11</sup>.

También en el ámbito del mundo de las relaciones jurídicos privadas, de la contratación civil y mercantil en nuestra sociedad aparece una perspectiva general de normalidad y neutralidad de género, de hecho se deja al ámbito de la autonomía de la voluntad la mayor parte de la regulación privada, y la intervención mínima del derecho es, en todo caso, para “corregir” situaciones “extremas y muy evidentes” de vulneración de derechos, de abuso de posición dominante, en definitiva de discriminación de la mujer <sup>12</sup>. La supuesta neutralidad en el derecho

<sup>9</sup> “De la Paridad la Igualdad y la Representación en el Estado Democrático”. Blanca Rodríguez Ruíz y Ruth Rubio Marín. 2008. “destacan la superficialidad y la carga presuntiva de la igualdad formal, lo que Luigi Ferrajoli ha calificado de «aporías en que puede caer una concepción acrítica del principio de igualdad» (1). Se señalan así las carencias de una igualdad entendida en sentido puramente formal de cara a lograr la igualdad efectiva entre los sexos, carencias que, en el terreno político, se ponen de manifiesto en el salto entre el número de hombres y de mujeres que ocupan cargos representativos

<sup>10</sup> Blanca Rodríguez. Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla. “En la medida en que los derechos siguen definiéndose en masculino, en la medida en que siguen siendo masculinos los paradigmas de igualdad y libertad o autonomía que los derechos actualizan y en los que se apoyan -vinculados al discurso de los derechos así definidos-la lucha contra la discriminación por razón de sexo tiene como horizonte, no la deconstrucción del género, sino la asimilación de las mujeres a parámetros axiológicos definidos por y para los varones. El lenguaje de los derechos, de la libertad y de la igualdad opera aquí sobre las mujeres a modo de anestesia sobre nuestra capacidad de definir nuestros propios parámetros, ofreciéndonos, en palabra de Tamar Pitch “los derechos como fármacos y, al mismo tiempo como veneno”

<sup>11</sup> Mujeres y el estado constitucional: un repaso al contenido de los grandes conceptos del derecho constitucional” Jasone Astola Madariaga. “Tampoco otras igualdades podría decirse, pero en este trabajo sólo voy a referirme al hecho de que ningún Estado del mundo ha conseguido que en sus instituciones públicas o en sus instituciones privadas exista coparticipación y corresponsabilidad de los dos sexos. Es decir, que el principio democrático, base de todos nuestros sistemas constitucionales, que iguala teóricamente a toda la ciudadanía, a todas las personas, no tiene una representación visual de lo que predica. Y es extraño porque en todas las luchas para hacer efectivo tal principio han participado por igual mujeres y hombres. Ahora bien, cuando la lucha deviene principio organizativo del poder las mujeres desaparecen”.

<sup>12</sup> La Supuesta Nulidad de los Actos y Negocios Jurídicos que Constituyan o Causen Discriminación por Razón de Sexo en el Ámbito del Derecho Civil y Mercantil”. Maria Paz García Rubio “también las relaciones jurídico obligatorias puramente civiles o comerciales pueden estar seriamente afectadas por el mencionado principio de no discriminación. “

europeo también se ha puesto en discusión por algunos autores <sup>13</sup> en el ámbito de armonización legislativa en derecho privado.

Es, con la toma de conciencia de la falta de neutralidad de los actos privados, en cuanto a la limitación de los mismos para evitar sus consecuencias discriminatorias para las mujeres, que el derecho europeo comienza a legislar como respuesta necesaria para evitar la creciente realidad del desigual trato <sup>14</sup> que, en numerosos contextos y circunstancias en el acceso a bienes y servicios, se desarrolla en la práctica entre las mujeres y hombres en las siguientes normativas como respuesta de la Unión Europea: La Directiva 2004/113/UE, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios. Siendo dicha normativa específica para este tipo de discriminación. Dicha directiva se traspone en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres en España y se convierte en ley transversal desde el punto de vista jurídico y político que motiva entre otras la STC 29 de enero de 2008 <sup>15</sup> y el llamado “draft common frame of reference/DCFR: Principles, definitions and model rules of european private law, Group on a european civil code en el libro II dedicado a los principio generale, capítulo segundo, relativo a la no dicriminación) <sup>16</sup>. Afianza el supuesto principio general de derecho comunitario a no ser discriminado en la contratación privada <sup>17</sup>del cual es un buen ejemplo reciente la necesidad de

<sup>13</sup> “En segundo lugar, el efecto horizontal en el Derecho contractual no es políticamente neutral, sino que inspiró

al menos en su aplicación por los tribunales nacionales por las políticas sociales de justice.” The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice Aurelia Colombi Ciacchi. Fellow of the Centre of European Law and Politics (ZERP) at the University of Bremen; Lecturer in Comparative Law at the Hanse Law School, Bremen.

<sup>14</sup> La igualdad formal no nos sirve para resolver los problemas que plantea la igualdad de trato. Y es que, si nos fijamos bien, en esta fórmula quedan en el aire las cuestiones relativas a quien es igual a quien y en qué. Dicho de otra manera, la igualdad presupone una relación comparativa en la que se selecciona un patrón de comparación que, en tal medida, resultara relevante” “Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de los análisis teóricos-conceptuales”. M<sup>a</sup> Ángeles Barrére Unzueta. Universidad del País Vasco/EHU.

<sup>15</sup> De nuevo sobre la incidencia del principio de no discriminación por razón de sexo en la contratación privada. Igualdad de género una visión plural. M-P. García Rubio.Universidad de Burgos 2008. “resalto sobre todo, aquel punto, donde, refiriéndose a la ley en su conjunto, se afirma que “...su finalidad...no es otra que alcanzar la igualdad material, sustancial entre ambos sexos..”.

<sup>16</sup> De nuevo sobre la incidencia del principio de no discriminación por razón de sexo en la contratación privada. Igualdad de género una visión plural. M-P. García Rubio.Universidad de Burgos 2008

<sup>17</sup> Los contratos ilegales en el derecho privado europeo”. Francisco J. Infante Ruiz, Francisco Oliva Blázquez. Facultad de Derecho Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla Contratos contrarios al principio de no discriminación (II.-2:101-2:2105 DCFR) (i) Contexto europeo del “principio de no-discriminación”. En el reciente derecho comunitario la prohibición de discriminación no sólo se extiende a las relaciones laborales o de empleo, sino que también se prevé que se aplique a las relaciones contractuales (acceso y puesta a disposición de bienes y servicios)<sup>92</sup>. En esta vía la última tendencia es la inducción mediante el derecho comunitario existente de la prohibición de discriminación como principio general del derecho de la Unión. La inclusión en el DCFR del “principio de no-discriminación”, tanto en la primera como en la segunda versión<sup>93</sup>, tiene su origen en la labor desarrollada por un grupo científico vinculado al “Acquis Group”, denominado “Working Group on Non-Discrimination”<sup>94</sup>. La investigación de este grupo en relación con el derecho comunitario antidiscriminación llegó a la conclusión de que

respetar la igualdad entre mujeres y hombres en la contratación de seguros a la que haremos referencia en relación a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha de 1 de Marzo de 2011.

## **2.- GARANTIAS DE LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES: LA TUTELA DE LA IGUALDAD.**

En cuanto a las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias, ahondando en el aspecto jurídico práctico de la regulación del derecho a la igualdad en la LOIHM, coincido con mi profesora García Rubio en esta materia, que se trata de “garantizar la indemnidad” y también con su valoración jurídica de que siempre una regulación deficiente del derecho, de sus contenido preciso y sus efectos dificulta el tortuoso camino hacia los tribunales como último remedio para su garantía y eficacia, es decir, con la regulación insuficiente del derecho se dificulta la tutela de la igualdad abarcando lo que la autora mencionada define como: “*la prohibición de las conductas discriminatorias, la evitación de las que puedan producirse en el futuro, la falta de efectos o la modificación de los previstos de las ya realizadas, la sanción para ellas, y el restablecimiento íntegro de la situación anterior a la violación del derecho a no ser discriminado, incluida la indemnización de daños y perjuicios.*” Y siendo el art. 10 LOIHM el que regula las consecuencia jurídica de las conductas discriminatorias,<sup>18</sup> y en concreto, la nulidad, reflexionar sobre el análisis que la sanción de nulidad que se acoge con un carácter general pueda tener como un posible efecto llamado por algunos autores como “descontrolado”<sup>19</sup> además de “*por la falta de concreción del procedimiento para hacerlas valer, así como por la falta de definición del órgano, las circunstancias las condiciones y efectos de dicha nulidad,*” me preocupa las consecuencias jurídicas de una contratación privada al amparo de la LO3/2007 y, como expone García Rubio que, en su deficiente regulación de dichas consecuencias jurídica, el legislador estime de manera casi subliminal en dicha ley que la sanción civil por antonomasia ante conductas discriminatorias sea la indemnización de los daños causados, en definitiva, al no regular los efectos de nulidad con concreción y rigurosidad. Con ello queremos señalar que quizás la única consecuencia jurídica cierta y tutelable efectivamente ante los tribunales ordinarios sea vía de reparación el daño causado por la discriminación de género en el ámbito civil y no la nulidad del

no hay duda de que existe un principio general de derecho comunitario relativo a la “no-discriminación”. iii) Los contratos contrarios a la prohibición de discriminación como contratos inmorales. A diferencia de los PECL en los que la materia no fue tratada, el DCFR apuesta decididamente por la inserción con carácter general de reglas configuradoras del principio de no-discriminación en el seno del derecho privado. Se introducen en el Capítulo 2 (“Non-Discrimination”) del Libro II (“Contracts and other Juridical Acts”) dedicado la formulación de los principios y reglas generales de los contratos y otros actos jurídicos y en el Capítulo 1 (“General”) –junto con otros principios- del Libro III (“Obligations and Corresponding Rights”) que contiene el derecho de obligaciones. Se trata, por tanto, de un principio que ilumina todo el derecho de los contratos y de las obligaciones y que dota de una eficacia hasta ahora desconocida a la lucha contra la discriminación en el derecho privado

<sup>18</sup> Art. 10 LOIHM “Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias

<sup>19</sup> Consideración novena del dictamen del consejo de Estado núm. expediente 803/2006, trabajo y asuntos sociales).

acto discriminatorio <sup>20</sup>siendo más acertado una fórmula más abierta al desarrollo legislativo posterior, procesal y reglamentario como el empleado según García Rubio en otras leyes reguladoras de la discriminación: *“todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho”*<sup>21</sup>.

Pues bien, en cuanto a las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias el CGPJ se ha vuelto a pronunciar en su informe de febrero pasado en relación, esta vez al Anteproyecto de la nueva Ley Iguualdad de trato, en cuanto a que las indeterminaciones jurídicas en la definición de las conductas discriminatorias, más concretamente en la utilización del término “que puedan causar discriminación” en la regulación del art.26 del anteproyecto, que comprende del conjunto de medidas que puedan adoptarse para poner fin a una situación de discriminación, por un lado, y de otro, se señala asimismo por dicho órgano de gobierno del Poder Judicial, la imprevisión de determinadas medidas específicas en función de la finalidad perseguida por las misma. El CGPJ vuelve a reflexionar sobre la existencia de formulaciones abiertas y genéricas y que exigirá para su efectividad de la inclusión de las medidas de las leyes procesales, su concreción y articulación en instrumentos procesales tales como las acciones de cesación (que se pueden llevar a cabo), las medidas cautelares (previas al pronunciamiento en caso de necesidad, protegiendo a las víctimas de discriminación) o la adopción medidas ejecutivas (para hacer cumplir la ley).

Coincido con lo expuesto por García Rubio, en cuanto a que la literalidad del artículo 10 no *“sirve para resolver todos los problemas”* yo tampoco estoy segura de que la nulidad *“tout court”* sea lo que mejor garantiza los derechos de las víctimas de discriminación ni que la nulidad sea la respuesta jurídica más pertinente, adecuada y oportuna en la mayoría de los casos, sino que se abra la posibilidad a todo un elenco de remedios necesarios, oportunos y ya previstos en la legislación ordinaria para otros casos, para reponer a la mujer discriminada en la integridad de sus derechos y completar el derecho a ser resarcida por la violación de su derecho fundamental a la igualdad. Quizás mi experiencia como letrada en el ámbito laboral he experimentado la observación directa en tantas ocasiones de ese efecto perverso de la norma que, en ocasiones, como en el ámbito laboral, en la regulación de la nulidad del despido en caso de discriminación de la mujer, en la práctica no suele ser el medio de reparación del daño más idóneo para amparar y proteger su derecho al trabajo -difícilmente una mujer tras ser despedida por su embarazo quiere, o puede moralmente volver a trabajar para el empleador/a que ha violado sus derecho a trabajar en igualdad de condiciones que un varón con independencia de su estado de gestación y su futura maternidad-. Tras haber tenido que demandar ante los tribunales a su empleador para que considere, respete y proteja su derecho a la igualdad en el trabajo, en la práctica habitual la mujer discriminada prefiere una indemnización económica que, si bien no será reparadora al menos, simbólicamente protege su derecho y tenga un efecto disuasorio sobre un comportamiento futuro a otra compañera en su misma situación) . <sup>22</sup>

<sup>20</sup> La Supuesta Nulidad de los Actos y Negocios Jurídicos que Constituyan o Causen Discriminación por Razón de Sexo en el Ámbito del Derecho Civil y Mercantil”. Maria Paz García Rubio. “no en vano, la sanción indemnizatoria es la típica en los casos de discriminación en la jurisprudencia del TJCE y es la única legalmente contemplada, por ejemplo, en la legislación portuguesa”.

<sup>21</sup> García Rubio, MP. “el uso de una fórmula similar a la adoptada en el art. 18.1 de la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados.”

<sup>22</sup> El TSJCE declara que las medidas además de adecuadas deben tener un “efecto disuasorio”, es decir, preventivo de futuras conductas discriminatorias.

En cuanto al análisis de García Rubio sobre si debía expresamente regularse las acciones de cesación en la protección jurídica de la igualdad, aunque ella coincida con otros autores sobre su innecesidad ya que, implícitamente la LEC lo permite, me gustaría añadir una valoración propia. Si bien es verdad que, en teoría y, tal como expone la doctrina especializada, parece ser innecesario que una norma material reconozca derechos subjetivos que establezcan los mecanismos hábiles para su tutela judicial, la práctica jurídica o "praxis" ante los tribunales dificulta a los interlocutores jurídicos las demandas en el cumplimiento de dicha acción de cesación porque no está expresamente previsto en la norma y por tanto, esa remisión indirecta a otras normas procesales son difíciles de tutelar en los procedimientos prácticos y una herramienta deficiente o imprecisa siempre está sujeta a la discrecionalidad judicial,<sup>23</sup> con la dificultad que ello entraña para la seguridad jurídica y la inmediatez en la protección del derecho fundamental, que en definitiva y, en muchas ocasiones, necesita la protección inmediata de dicho derecho. Es por ello que, para estas cuestiones de carácter práctico me parecen fundamental su regulación pormenorizada, como medida cautelar, con las limitaciones pertinentes con rigurosidad y motivación, tal y como García Rubio propone, y que ya se ha efectuado en otras legislaciones protectoras de derechos fundamentales. Todo ello porque a veces parece olvidarse por el legislador esa especial necesidad de protección, de tutela de ese derecho fundamental, del que el derecho a la igualdad derecho merece por su especial protección constitucional y que afecta en su vulneración en la discriminación a más del 50% de la población española, es decir, de la ciudadanía. No se trata de una especial protección, como parece a veces entenderse, de derechos de minorías<sup>24</sup>.

### **3.- LA PRIMACIA DEL DERECHO A LA IGUALDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

Se estudia por García Rubio los límites de la autonomía de la voluntad en la libertad de contratación como principio informador en el ámbito privado y dicha consideración se deja fuera de toda duda, al tratar por dicha autora, su tratamiento preferente, en el caso en que se produjese una colisión con el principio fundamental de igualdad, todo ello, necesariamente tras un juicio de ponderación de efectos en el caso concreto y dejando restringidas las consecuencias de la obligatoriedad o imposición al autor de la discriminación de contratar con quien no quiere en razón de su sexo limitado *"a los casos en los que este contrato es todavía posible, sin perjuicio de terceros de buena fe. La doctrina de la contraposición y ponderación de principios, antes mencionada, debe servir como guía para la resolución de los problemas concretos aquí planteados"*.

<sup>23</sup> JULIO PÉREZ GIL me puso de manifiesto que la mención de la acción de cesación resulta totalmente innecesaria en la medida en que este tipo de tutela cabe sin problema alguno en el ámbito de aplicación del art. 5.1 de la LEC, conforme a cuyo tenor literal. "Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley"

<sup>24</sup> En la búsqueda de lo antes he denominado "garantía de indemnidad", ante una situación de discriminación efectivamente producida, lo primero que debería poder exigir la víctima es el cese de la discriminación. Esa acción de cesación, que no está expresamente recogida con carácter general en el ordenamiento jurídico español, pero que cuenta con expresiones concretas en números textos civiles y mercantiles, sí se da en casos que guardan semejanza con el presente, como sucede, por ejemplo, en el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.



En el mismo sentido se pronuncia S. NAVAS NAVARRO quien fundamenta su respuesta al conflicto planteado en lo que denomina principio de proporcionalidad <sup>25</sup>. En cuanto al frecuente efecto perverso de la normas protectoras y garantista si son inadecuadas e insuficientes en su regulación jurídica estimar que la nulidad como plantea García Rubio de un contrato discriminatorio como una “consecuencia jurídica” prevista en el art.10 de l LOIHM puede ser no sólo insuficiente sino en algunos casos perjudicial, porque no sólo invalida el negocio jurídico o contrato discriminatorio sino que se pierden todos los efectos del mismo ej: tasas discriminatorias de la universidad privada, ¿se perderían, en tal caso, todos los derechos de la alumna matriculada? <sup>26</sup>

#### **4.- CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DERECHO A LA IGUALDAD, EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS EN LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO.**

En cuanto a la nulidad jurídica como consecuencia jurídica directa de la discriminación, comparto con García Rubio la insuficiencia de la misma, ya que la vía de resarcimiento por el daño producido en el ámbito discriminatorio será, entiendo, el más oportuno y frecuente en su uso y

<sup>25</sup> El artículo 69.2 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en el que se incorpora el contenido del referido art. 3.2 Directiva. En él se afirma que: “lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo”.

“El legislador español, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007, no ha dado ninguna explicación del porqué de esta norma. Se limita a afirmar que el Título VI está dedicado a la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios, con especial referencia a los seguros. El legislador comunitario, en cambio, se ha entretenido más en esta cuestión, en el considerando núm. 14 de la Directiva 2004/113/CE, en el que expone la razón de la introducción de este precepto. En efecto, advierte que: «todas las personas gozan de libertad para celebrar contratos, incluida la libertad de elegir a la otra parte contratante para efectuar una transacción determinada. Una persona que suministre un bien o preste un servicio puede tener una serie de razones subjetivas para elegir a la otra parte contratante. En la medida en que dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante, la presente Directiva no debe afectar a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante”. Con ello se estaría indicando que no se pretende limitar la libertad de elección de las partes, salvo cuando la elección de la contraparte venga exclusivamente determinada por el sexo de la persona, de suerte que exista una voluntad de discriminar a esa contraparte, lo que afecta, sin duda, a su dignidad personal. En este caso, entonces, no existiría libertad de elección, es decir, no podría negarse a contratar con ella. Dicho en sentido afirmativo, se vería obligado a contratar con la contraparte, si ésta, claro está, le exigiera la celebración del contrato “la parte perjudicada por una negativa a contratar con ella, sólo conllevarán una reparación que consista en imponer a la otra la obligación de contratar con ella cuando se cumplan tres condiciones: que no exista alternativa en el mercado, que no se haya celebrado por el discriminador el contrato con un tercero de buena fe y finalmente, que estén determinados o sean determinables los otros elementos esenciales del contrato.”

<sup>26</sup> M. P. García Rubio “desidia del legislador español que debió ser más cuidadoso a la hora de regular los efectos jurídicos del negocio discriminatorio, pues es evidente que no siempre esa nulidad tout court la solución más ventajosa para la persona discriminada. En los términos expuestos más arriba parece preferible entender que la referencia a la nulidad debe ser interpretada como “invalidez” por razones materiales y que, en consecuencia, no es preciso concluir que siempre y en todo caso la consecuencia jurídica del negocio discriminatorio haya de ser la nulidad de pleno derecho. Existen sin duda remedios contractuales que amparan a la víctima de un contrato discriminatorio que no han de pasar necesariamente por la nulidad de pleno derecho. Con seguridad de cara a evitar los efectos perversos de la discriminación por razón de sexo en el ámbito contractual resulta más efectivo, por ejemplo, el remedio consistente en permitir que la parte discriminada pueda instar una modificación del contrato, de suerte que se le permita exigir la misma contraprestación que le correspondería en ausencia de discriminación”.

tutela procesal como medio garantista y protector de dicho derecho <sup>27</sup>. Si bien es verdad que, lamento como ella, que la referencia en el artículo 68 del antiguo proyecto de la LOIHM que preveía una referencia a la proporcionalidad en la reparación del daño a la víctima en función a los daños y perjuicios producidos. Si bien dicho artículo no se ha mantenido como en el proyecto, en relación a la adecuación a la situación concreta, tal y como establece la jurisprudencia del TJCE, y sin entender, e dicho sentido, que es limitativo y no concurre con el elemento doloso en la discriminación

Se abre el interrogante a desarrollar en un análisis posterior cuanto a si existe en las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias un resquicio para los punitive damages<sup>28</sup> decir, tal y como se lleva aplicando en el derecho de origen anglosajón y, muy frecuentemente en EEUU, imponer una indemnización a quien ha causado un daño por su conducta dolosa o especialmente negligente, y cuyo importe es muy superior al de la indemnización estrictamente compensatoria (compensatory damages)<sup>29</sup> o toda indemnización pecuniaria que, en un pleito civil se impone al demandado, que es adicional e independiente de otra indemnización de carácter compensatorio por ser culpable de lesionar flagrantemente los derechos del actor<sup>30</sup>.

Existe una doctrina favorable a la consideración de su aplicación en el ámbito de la discriminación de la mujer *“si la conducta dañosa es particularmente intolerable, dolosa, o cuando se trate de imprudencias temerarias; pero también en el caso de el daño ocasionado proporciona al infractor un beneficio económico que supera con creces el importe de la indemnización que debe satisfacer al perjudicado”*<sup>31</sup>.

Si bien es verdad la ausencia de tradición en derecho español, algunas regulaciones se impregnan de dicho espíritu en la legislación laboral y el recargo al empresario por el AT culpable o doloso, y en la práctica jurisprudencia en las indemnizaciones a tanto alzado en supuestos análogos en responsabilidad civil extracontractual en el ámbito de la reparación del daño causado por los profesionales en el desempeño de sus responsabilidades a las personas (arquitectos, médicos, abogados..) o como señala Mesa en la valoración del quantum indemnizatorio en las lesiones de otros derechos fundamentales como el del art.93 de la LO 1/1982 de 5 de mayo de protección civil al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que toma de referencia de nuevo la ponderación en el caso concreto atendiendo entre otros criterios jurisprudenciales: las circunstancias del caso, la gravedad de la lesión producida y el beneficio obtenido por el causante de la lesión parámetros que podría haber tenido en cuenta el legislador de manera análoga desde los órganos legislativos para concretar y graduar las sanciones en el nuevo anteproyecto de igualdad de trato.

Y dicha Indemnización, que también podría añadir un plus de compensación por discriminación, comprendería el resarcimiento que se diferencia de la “reparación” por daños morales por daño

<sup>27</sup> El remedio civil por excelencia ante una actuación discriminatoria en el ámbito del suministro de bienes y servicios es la indemnización de los daños causados al sujeto que sufre la discriminación. Así se reconoce en el art. 72.1 LO 3/2007 conforme al cual, “Sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de aplicación del artículo 69, sufra una conducta discriminatoria, tendrá derecho a la indemnización por los daños y perjuicios sufridos”.

<sup>28</sup> Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: ¿un resquicio para los punitive damages?. Carolina Mesa Marrero. Profesora de derecho civil. Universidad las Palmas de Gran Canaria. El levantamiento del velo : las mujeres en el derecho privado. 2010

<sup>29</sup> “Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: ¿un resquicio para los punitive damages?”. Carolina Mesa Marrero. Profesora de derecho civil. Universidad las Palmas de Gran Canaria. El levantamiento del velo : las mujeres en el derecho privado. 2010 ref. a OEWN D. “PUNITIVE DAMAGES OVERWIDE; PROBLEMS AND REFORM.

<sup>30</sup> Salvador Coderch, P y Castiñeira Palou, Ma T. Prevenir y castigar.

<sup>31</sup> Mesa Marrero, C. idem

como consecuencia de conducta discriminatoria a veces lleva consigo el concepto de daño punitivo. Ya que los resarcimientos del Daño moral son infracomensurables porque es imposible cubrir todos los daños (daños a quien discriminas, a las personas que pertenecen a dicha categoría, es imposible la reparación integral del daño.)

Desde una perspectiva de género es obvio argumentar que la Indemnización por daños causados a mujeres no incluye un daño que no tiene que ver sólo con la discriminación en sí misma tiene que ver con la discriminación histórica de las mujeres: que no será reparable, sino resarcible y que, al perjuicio concreto ocasionado sobre su patrimonio se debe incluir el lucro cesante, incluyendo aquel toda aquella pérdida económica que la mujer deja de percibir por su condición de mujer en ese contexto discriminatorio. La jurisprudencia que desarrolle estas consecuencias nos delimitará si comprenderá o no las indemnizaciones ese concepto ampliado del resarcimiento por daño o lesión de derecho fundamental.

#### **4.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE DE 1 DE MARZO DE 2011 POR LA QUE SE APLICA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN EL ACCESO A BIENES Y SERVICIOS.**

En dicha sentencia se resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por la Court constitutionnelle (Bélgica) por una asociación de consumidores belga, unos particulares y el Consejo de ministros belga en relación a la anulación de una ley que modifica la anterior que trata la lucha contra la discriminación entre mujeres y hombres por razón de sexo en materia de seguros. Entre los fundamentos de derecho se alude al artículo 6 del Tratado de la UE, al principio de igualdad en la carta de los derechos fundamentales de la unión europea en todos los ámbitos, el artículo 2 del Tratado constitutivo de la unión europea y la directiva 2004/113 que tiene como objeto crear un marco para combatir contra la discriminación sexual en el acceso a bienes y servicios y su suministro, para que entre entre los países miembros el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En el fondo de la cuestión está la discrepancia del Consejo de ministros belga en cuanto a que, según la técnica aplicada a las compañías de seguros que clasifican los riesgos por categorías en función de bases estadísticas, el nivel de riesgo sea diferente o no para mujeres y hombres. Pues bien atendiendo a la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se pronuncia en el sentido del "incontroversado" sentido de la directiva , en cuanto a que la utilización del sexo como factor actuarial no deberá dar lugar a diferencias en las primas y las prestaciones de las personas individuales. Y aunque existía una excepción a dicha norma la misma tenía carácter temporal, es por ello que, tal y como se regula, al no fijarse plazo de finalización, se tenía el riesgo de que se prolongara en el tiempo, y se considera, que ese artículo 5.2 de la directiva que permitía mantener esa excepcional sine die, en la que se basaba la normativa belga es inválido y por tanto contrario al derecho comunitario dicha ley que obliga a Bélgica a rectificar y ha de considerarse inválido tras la expiración de un período transitorio adecuado. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia declara inválida con efectos a 21 de diciembre de 2012 la excepción a la norma general de primas y prestaciones.

Con dicha sentencia se da un paso más en al considerarse la igualdad de trato en toda su extensión y no dejar a los estados mantener por tiempo ilimitado las restricciones dicho derecho dada la primacía del mismo en este ordenamiento comunitario con carácter supranacional. Lo cual supone un duro golpe a las compañías de seguro con ámbito europeo un fuerte lobby económico que deberán respetar estrictamente la legalidad no permitiéndose una discriminación en el tratamiento por sexos y acomodar sus productos y precios en equidad para mujeres y hombres.

Cierta doctrina es crítica en cuanto a que en el ámbito judicial europeo se puede observar la segregación vertical y ello evidentemente influyen en la dimensión de la aplicación en el mismo del principio de igualdad de oportunidades, es por ello que celebramos las juristas con perspectiva de género especialmente esta sentencia, por su fuerza, rotundidad y contundencia en la preferencia de la igualdad de trato sobre los intereses concretos económicos de esferas económicas de amplio poder.

## CONCLUSIONES

Conforme a lo analizado con anterioridad el derecho a la igualdad de mujeres y hombres se va definiendo y consolidando en el tiempo desde la formalidad hasta la extensión de su desarrollo material y se sigue definiendo en paralelo al derecho a la igualdad de trato: si bien, “siempre que exista un juicio de igualdad este no podrá ser neutral”, resolviéndose su contenido de manera más precisa y concreta en un desarrollo normativo más garantista en base a las líneas ya marcadas jurisprudencialmente por el TJ de la UE , en la lucha contra la discriminación de las mujeres respecto de los hombres en toda su extensión y contextos, más allá del ámbito laboral, en el acceso a los bienes y servicios iremos poco a poco construyendo una sociedad más equitativa y equilibrada en nuestros derechos y realidades efectivas, consolidándose así la justicia social.

## BIBLIOGRAFÍA

Barrére Unzueta, M<sup>a</sup> Angeles (Universidad del País Vasco/EHU.) *Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de los análisis teóricos-conceptuales.*”

Coderch, Salvador y Castiñeira Palou, MT. (Facultad de derecho Universidad Las Palmas de gran Canaria).Prevenir y castigar. Principios de *Derecho Contractual europeo y principio de Unidroit sobre contratos.*

*Emakunde. Base legal de la acción positiva.*

García Rubio, Maria Paz. (Catedrática de Derecho civil Universidad Santiago de Compostela) .*La supuesta nulidad de los actos y negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo en el ámbito del derecho civil y mercantil*”

Infante Ruiz, Francisco J. (Facultad de derecho Universidad Pablo de Olavide. Sevilla).*La protección contra la discriminación mediante el derecho privado*”. Recensión a Stefan LEIBLE y Monika SCHLACHTER (Hrsg.) *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, Sellier-European Law Publishers, München, 2006.*

Mesa Marrero, Carolina. (Facultad de derecho Universidad Las Palmas de gran Canaria).*Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: ¿un resquicio para los punitive- damages?*.El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado 2010.

Navas Navarro, Susana (Catedrática de derecho civil Universidad autónoma de Barcelona ).*Sobre la prohibición de discriminación en derecho comunitario.* Dykinson, 2009.

Rey Martínez, Fernando (Profesor de derecho constitucional. Universidad de Valladolid.) (2008): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. Igualdad de género una visión plural.*

Valpuesta Fernández, Rosario. (Catedrática de Derecho civil Universidad Pablo de Olavide. Sevilla)*Transversalidad y acción positiva*”