

Apuntes sobre el Derecho y su participación en la conservación de los roles de género: reflexiones desde América Latina*

ELENA ALVITES ALVITES **

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO
- III. DERECHO Y GÉNERO
 - 1. DISCRIMINACIÓN DIRECTA
 - 2. NORMAS NEUTRAS Y DISCRIMINACIÓN INDIRECTA
 - 3. OMISIONES LEGISLATIVAS
 - 4. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO
- IV. REFLEXIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

En el actual momento histórico, los derechos fundamentales, y entre ellos el derecho a la igualdad y no discriminación, constituyen ejes centrales del orden constitucional de todo Estado democrático y constitucional, así como del Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, el grado de satisfacción de esos derechos respecto al colectivo mujeres es aún bajo. En esa medida, todavía es

* Ponencia presentada en las Jornadas Mujeres y Justicia: sus derechos, organizadas por el Seminario Universitario sobre los derechos de las mujeres del Área de Derecho constitucional de la Universidad de Alicante. Celebrado en Alicante del 23 al 25 de octubre de 2002.

** Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctoranda y becaria de investigación del área de Derecho constitucional de la Universidad de Alicante.

un síntoma de nuestros días que el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de las mujeres no sea equitativo en relación al de los varones, ya que ellas afrontan mayores limitaciones en el ejercicio de sus derechos.

Diversos son los factores que hacen posible la situación descrita, pero en esta exposición nos detendremos brevemente en uno de ellos, el que trata sobre los condicionamientos sociales e ideológicos de los operadores jurídicos competentes para elaborar y aplicar las normas, pues no puede olvidarse que la interpretación y la creación de las normas están sujetas a las *veleidades ideológicas* del sujeto que las realiza.¹ En ese mismo sentido, abordaremos también los supuestos de normas con contenido discriminatorio contra la mujer que aún subsisten en los ordenamientos jurídicos de los países de América Latina. Ello, porque en razón de la pervivencia de dichos elementos se ha sostenido que el Derecho es un mecanismo de perpetuación de las percepciones de lo que social y culturalmente se suele considerar como hombre o mujer,² es decir, un instrumento que coadyuva a mantener los roles y las relaciones desiguales de género.

La idea de este texto es dar cuenta del cuestionamiento que se hace al Derecho respecto a su papel conservador del *status quo*, desde la óptica de los derechos fundamentales de las mujeres. En ese orden de ideas, será preciso abordar el Derecho a partir de la perspectiva de género, puesto que «una mirada que no contempla este eje de desigualdad no puede dar cuenta cabal de la realidad. Está condenada a ser parcial y sesgada».³ Asimismo, resulta esencial complementar el análisis con ejemplos, los cuales van a provenir de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, aunque nos detendremos especialmente en el examen de casos peruanos.

¹ MALEM SEÑA, Jorge F. «¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?». *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 24. Alicante: CEPC-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2001, p. 399.

² Véase FACIO MONTEJO, Alda. *Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis del fenómeno legal*. San José: ILANUD-Proyecto Mujer y Justicia Penal, 1992, en concreto, pp. 107-135; CHIAROTTI, Susana. *El Derecho desde una perspectiva de género*. Lima: Ponencia presentada en el V Curso Internacional Mujer y Derechos Humanos, febrero del 2000; VILLANUEVA FLORES, Rocío. «Análisis del Derecho y perspectiva de género». *Sobre género, derecho y discriminación*. Lima: PUCP-Defensoría del Pueblo, 1999.

³ RUIZ BRAVO, Patricia. «Una aproximación al concepto de género». *Sobre género, derecho y discriminación*. Lima: PUCP-Defensoría del Pueblo, 1999, p. 132

II. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

La perspectiva de género nos permite afirmar que las limitaciones al ejercicio de los derechos de las mujeres no es únicamente un problema que afecta solo a estas, sino que constituye un problema social. Involucra a las personas pero no como individuos aislados sino a las relaciones que se entablan entre ellas y el sistema del que forman parte. El enfoque de género «supone una permanente interrogación a los estereotipos sobre lo que son las relaciones entre hombres y mujeres, una constante puesta en escena de las diferencias y de los contenidos de ellas en la vida social».⁴

Un punto de partida para descifrar la problemática de las relaciones entre hombres y mujeres lo constituye el concepto de género, pues resulta imprescindible para entender la posición diferencial de mujeres y varones en la sociedad y, de una manera especial, las limitaciones que en el ejercicio de sus derechos fundamentales padece el colectivo femenino.

El concepto género busca romper las explicaciones *biologicistas* sobre la subordinación de la mujer, y afirma que tal situación constituye una construcción social y cultural. Así, llama la atención sobre situaciones que se hacen pasar como cuestiones fácticas, biológicas o naturales, y no son más que construcciones sociales realizadas en función de diferencias biológicas. Un ejemplo de este tipo de situaciones se presenta cuando se atribuye a la mujer la obligación exclusiva del cuidado de los hijos solo porque tiene la capacidad de quedar embarazada. En ese sentido puede decirse que el concepto de género alude a «las características que social y culturalmente se adscriben a hombres y mujeres a partir de las diferencias biológicas, constituyendo así lo que se conoce como género masculino y género femenino [...] alude a una realidad compleja, fundamentalmente psicosocial y simbólica, que se asienta en la variable sexo y que interactúa con esta generando actitudes, comportamientos, valores, símbolos y expectativas diversas según distintos grupos sociales».⁵

⁴ MONTECINO, Sonia. *De la mujer al género: implicancias académicas y teóricas*. Ponencia presentada en el Primer Seminario Interuniversitario, octubre de 1993, Facultad de Ciencias Sociales y Departamento de Extensión Universitaria de la Universidad de Chile, p. 41.

⁵ RUIZ BRAVO, *op. cit.*, pp. 135-136.

La construcción social de pautas de actuación por parte de los miembros de una comunidad no solo se orienta a determinar la conducta de hombres y mujeres sino que también incide en sus maneras de pensar y hasta de sentir. En ese orden de ideas, es evidente que el desenvolvimiento de los actores sociales en concordancia con el guión informador de género se da en diversos aspectos: en el tipo de relaciones que entablan hombres y mujeres, cuyo ejemplo más ilustrativo o paradigmático es la división del trabajo dentro del hogar; en los espacios de actuación, cuya concreción más burda es la atribución del espacio público al varón y el espacio privado a la mujer;⁶ y en los atributos o características físicas y de personalidad que se atribuyen a lo femenino y lo masculino, siendo una muestra de ello tanto la dulzura que se predica de las mujeres como la agresividad que se afirma como característica innata de los varones.⁷

La adecuación social de la conducta, de los espacios y de las características femeninas y masculinas permite que se creen en los hombres y las mujeres la identidad de género. La formación de dicha identidad responde a un largo proceso que se inicia en la familia, continúa en la escuela y se reafirma en la comunidad, principalmente por medio de los sistemas de organización y control social, los cuales suelen responder a una lógica prescriptiva como la del Derecho. Al término de este *programa formativo* los seres humanos interiorizan sus respectivas identidades, sea masculina o femenina, en función del sexo al que pertenecen.

Las identidades de género, por su parte, constituyen el presupuesto sobre el que se producen las relaciones entre hombre y mujeres, las

⁶ Respecto a este punto, no sin falta de razón, se ha sostenido que la identificación de la mujer con el ámbito privado ha incidido negativamente en el ejercicio del derecho a la participación política de las mujeres. Asimismo, a partir de la reclusión de la mujer en el espacio privado se le ha atribuido un tipo de comportamiento que constituye una forma de desigualdad. En el caso de los varones, por otro lado, las altas tasas de desempleo los obligan a asumir labores dentro del hogar lo cual incide negativamente en su identidad de género, porque para ellos no es fácil redefinir los roles y espacios, por ello puede generarse sentimiento de frustración. BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta. «Mujer e igualdad política». *Derechos humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, 1996, pp. 138-139.

⁷ FACIO MONTEJO, Alda. «El principio de igualdad ante la ley». *Derechos humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, 1996, p. 73.

cuales históricamente han sido, y en la actualidad son, de desigualdad. Por lo general, lo que se identifica como femenino suele ser infravalorado, lo que legitima la subordinación de la mujer al varón;⁸ además, esta desigual valoración de las identidades de género ha permitido que lo masculino sea el referente de toda creación de humana,⁹ sin ser el Derecho una excepción a esta regla.

III. DERECHO Y GÉNERO

Las doctrinas científicas, religiosas, educativas o jurídicas, en tanto manifestaciones sociales, se encuentran transversalmente influidas por las identidades de género y las relaciones que se dan entre ellas. Por medio de ellas se expresa la significación y valoración que se atribuye a lo femenino y lo masculino. Incluso permanecen en el tiempo con pocos cambios, y por ello se conservan las mencionadas identidades y la relación de subordinación del género femenino con respecto al masculino.¹⁰

En esa medida, las desigualdades plasmadas en el Derecho deben verse como insertas en un modelo mayor de discriminación, porque «la limitación y subordinación de la mujer no depende esencialmente de las discriminaciones concretas, particulares, sino de la discriminación estructural que representa la articulación de un modelo global cultural, sociopolítico y normativo patriarcal, tal como ratifica la historia y la tradición, es decir, tal como garantiza la proclamación universal de un único modelo de razón que es la razón masculina».¹¹ En ese sentido, es claro que el problema de la discriminación femenina no es solo un problema del Derecho, pero a la vez, sí un problema que incumbe al mundo jurídico. Ello, porque mediante las normas jurídicas y su aplicación se recrea esta desigualdad estructural. Además, contribuye a reforzar patrones de conductas y modelos de virtud personal, debido a que los distintos papeles socialmente asignados a las personas sobre la base del sexo han sido incorporados al Derecho mediante normas discriminato-

⁸ RUIZ BRAVO. *op. cit.*, p. 143.

⁹ FACIO MONTEJO, «El principio de igualdad...», pp. 74-75.

¹⁰ Para Chiarotti, dentro del entramado de las relaciones de género, las instituciones jurídicas ocupan un lugar importante en la perpetuación de las mismas. CHIAROTTI, *op. cit.*, p. 2.

¹¹ SUÁREZ LLANOS, Leonor. *Teoría feminista, política y derecho*. Madrid: Dykinson, 2002, p. 62.

rias contra la mujer;¹² ejemplo de ello fue el artículo 564¹³ del Código Penal Peruano de 1863,¹⁴ en el que se tipificaba el adulterio y se establecía que el único sujeto activo del mismo era la mujer, pues la conducta adúltera del cónyuge varón no era considerada delito.

Los fundamentos filosófico-políticos del Derecho y su evolución histórica se corresponden con una concepción ideológica que percibe lo femenino como inferior a lo masculino. En esa medida, el Derecho moderno ha contribuido al mantenimiento de las relaciones desiguales entre los géneros. La construcción del orden jurídico se ha orientado a proteger un determinado tipo de ser humano: el hombre, blanco y propietario, y lo ha convertido en su paradigma.¹⁵ En ese sentido, el supuesto carácter neutral e imparcial del Derecho, el mismo que tiene como una de sus manifestaciones el principio de igualdad jurídica formal, ocultó por mucho tiempo la cara masculina del Derecho y dejó de lado las necesidades femeninas y las violaciones de derechos que cotidianamente afectaban a las mujeres.¹⁶

¹² VILLANUEVA FLORES, *op. cit.*, p. 16.

¹³ Código Penal del Perú de 1963. «Artículo 564.- La mujer que cometa adulterio perderá todos los derechos de la sociedad conyugal, y sufrirá una reclusión por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de seis meses».

¹⁴ El Código Penal de 1863 fue el primer Código en esta materia y permaneció vigente hasta 1924. Sobre la evolución de la legislación penal, en el Perú, véase HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal*. 2.ª ed., Lima: Eddilli, 1987. La versión informática puede ser revisada en <<http://www.unifr.ch/derechopenal/obras/mdp/mdphist.htm>>.

¹⁵ El espíritu de la Ilustración, posteriormente plasmado en el Código Civil Napoleónico de 1804, se convirtió en el símbolo del Estado y el Derecho liberal que se asentará en Europa a partir del siglo XIX. Este dio toda la protección y capacidad jurídica al varón, blanco y propietario, y echó por la borda las esperanzas que las mujeres pusieron en el pensamiento ilustrado. Por ello señala NIELFA CRISTÓBAL que el Estado liberal va a perpetuar y acentuar las diferencias que separan la posición social de los varones y de las mujeres, a pesar de manejar un discurso político igualitarista contra los privilegios de tipo estamental, y argumentando la irracionalidad y la no conveniencia de mantener en la sociedad diferencias basadas en el nacimiento. NIELFA CRISTÓBAL, Gloria. «La revolución liberal desde la perspectiva de género». *Ayer*, n.º 17, Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 104.

¹⁶ Como señala Villanueva Flores, el sistema jurídico no siempre ha respetado la autonomía de las mujeres, y por ello hemos sido objeto de normas legales que han dificultado o impedido que podamos elaborar nuestros propios planes de vida y que seamos, en definitiva, dueñas de nuestro propio destino. VILLANUEVA FLORES, *op. cit.*, p. 15. Para una posición similar, véase FACIO MONTEJO, «*El principio de la igualdad...*», p. 83.

En esa medida, se puede afirmar que en Europa a «lo largo del siglo XIX, en los diferentes países en que se ha implantado el liberalismo, no existe la igualdad de mujeres y hombres ante la ley, lo que pone en entredicho el igualitarismo jurídico proclamado».¹⁷ Esta misma ideología se extendió a las jóvenes repúblicas latinoamericanas y dio fundamento a sus ordenamientos jurídicos; así, la mujer fue vista más como objeto que como sujeto de Derecho. Como ejemplo, basta recordar que la legislación civil establecía que, al contraer matrimonio, la mujer debía obediencia al cónyuge, quien fijaba el domicilio de ambos y actuaba como representante de ella en la celebración de actos jurídicos patrimoniales. Es decir, la mujer, al entrar en la edad adulta, no adquiriría necesariamente capacidad jurídica y, peor aún, al contraer matrimonio pasaba de la potestad de su padre a estar sometida a su cónyuge.¹⁸

En el Perú, durante los primeros años de la vida republicana se subrayó la obra de las mujeres que prestaron servicios a la independencia y se enaltecó la virtud de patriotismo que ellas exhibieron. Incluso se llegó a crear la Medalla Cívica al Bello Sexo y se integró a las mujeres que la recibieron en la Sociedad Peruana de las Damas para servir a la educación, la beneficencia y la moralidad.¹⁹ Sin embargo, por el contrario, esta prédica sobre la función que cumplió la mujer durante las luchas de independencia no significó un cambio en la percepción de lo que era ser mujer y del lugar que le correspondía. El ejemplo de la medalla es gráfico de los ámbitos a los que se circunscribió la labor de las mujeres —educación, caridad o cuidado de la moralidad—, que eran considerados *propios* o *naturales* de ellas.

De esta forma, la independencia y la implementación del Estado liberal en el Perú no trajo consigo la profundización de la capacidad jurídica y educación de las mujeres, ni el incremento de su participación en la vida pública. Por el contrario, en el ámbito educativo existió descuido en su formación, y muchas mujeres constituyeron la mayor parte de la masa de analfabetos.²⁰

¹⁷ NIELFA CRISTÓBAL, *op. cit.*, p. 105.

¹⁸ CARRILLO MONTENEGRO, Patricia. «Normas jurídicas discriminatorias y aplicación del Derecho desde una perspectiva de género: el divorcio por causal de violencia». En: AA.VV. *Discriminación sexual y aplicación de la ley. Derecho Civil*, vol. I. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000, pp. 166, 169.

¹⁹ DE LA PUENTE CANDAMO, José A. *La independencia del Perú*. Madrid: Mapfred, 1992, p. 210.

²⁰ BASADRE, Jorge. *Perú: Problema y posibilidad y otros ensayos*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1992, p. 22.

Sin embargo, ya entrado el siglo XX, las reivindicaciones provenientes mayoritariamente del movimiento feminista²¹ influenciaron positivamente el contenido del Derecho de los Estados latinoamericanos y en el Derecho internacional de los derechos humanos.²² Actualmente, es preciso reconocer que el Derecho ha evolucionado favorablemente en pos de la consecución de la paridad de las mujeres; ha tratado de articular los derechos existentes y otros nuevos conforme a las necesidades, intereses y características femeninos.²³

En ese sentido, la mujer se ha convertido en sujeto de derechos con capacidad jurídica y se han previsto mecanismos legales orientados a conseguir la equitativa realización de sus derechos, intentando así revertir la situación injusta que afronta en la realidad.²⁴ Paradigmas de

²¹ A pesar de que en el movimiento feminista no existe uniformidad en cuanto a las propuestas, todas las tendencias comparten un núcleo común de crítica frente al modelo social, político-institucional y jurídico de sesgo masculino, lo que ha permitido influir favorablemente en los cambios que han experimentado dichos modelos. «Este núcleo común a todo feminismo actuaría para ofrecer una cierta noción de feminismo que destacaría que ante la discriminación de la mujer frente al varón [...] que determina la obstrucción de un desarrollo libre y original de las mujeres —consideradas individual o colectivamente— tanto en el marco público como en el privado, y que se asienta sobre la base de la diferencia sexual [...] se impone la actualización del concepto —psicológico, económico, sexual— de lo femenino y la reubicación de la mujer en el centro de todo análisis y propuesta política, jurídica, económica y social en relación con los ámbitos público y privado». SUÁREZ LLANOS, *op. cit.*, p. 57.

²² Al respecto pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Protección de los derechos humanos de la Mujer. Estándares internacionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2000; MANTILLA FALCÓN, Julissa. «El Sistema Interamericano de Protección de derechos humanos: la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Para)»; TAMAYO LEÓN, Giulia. «Discriminación contra la mujer y estándares internacionales de derechos humanos». Los dos últimos trabajo en: *Sobre género, derecho y discriminación*. Lima: PUCP-Defensoría del Pueblo, 1999.

²³ SUÁREZ LLANOS, *op. cit.*, p. 168.

²⁴ Esta evolución comenzó con el reconocimiento de la igualdad jurídica formal entre mujeres y varones, pasó por la lucha por el ejercicio de los mismos derechos de los que gozaban los hombres, y actualmente se encuentra en el reconocimiento de derechos específicos relacionados directamente con las necesidades de las mujeres, es decir el reconocimiento de derechos basados en un concepto de igualdad que tomen en cuenta las condiciones sociales reales del colectivo femenino. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *Las mujeres como titulares de derechos humanos específicos. Concepto y fundamento de los derechos de la mujer*. Ponencia presentada en el V Curso internacional «Mujer y derechos humanos». Lima, febrero de 2000, p. 3 y ss.

esta evolución lo constituyen el crecimiento del número de tratados internacionales para la protección de derechos de la mujer²⁵ y la superación del sentido formal del derecho a la igualdad y no discriminación, cuyo contenido actual tiene en cuenta la situación real de la mujer y sus necesidades específicas.²⁶ De esta forma, este nuevo sentido del principio de igualdad, orientado a la consecución de la igualdad real o material, ha afectado positivamente la mayor parte del área del Derecho. Ejemplos de esta nueva orientación del derecho a la igualdad y no discriminación lo constituyen la adopción de normas o programas de acción afirmativa o discriminación positiva a favor de las mujeres.²⁷

A pesar de estos alentadores avances, como ya hemos mencionado, todavía existen en el mundo jurídico supuestos de afectación del derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres. Por ello, en las siguientes líneas examinaremos algunos de dichos supuestos: normas que contienen discriminación directa contra la mujer; normas neutras que,

²⁵ Sin buscar hacer una enumeración exhaustiva cabe mencionar los siguientes tratados internacionales: Convención sobre los derechos políticos de la mujer de 1952; Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada de 1957; Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960; Convención sobre el consentimiento para contraer matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962; y Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979. Asimismo, en el ámbito interamericano se han aprobado los siguientes instrumentos internacionales: Convención sobre la nacionalidad de la mujer de 1933; Convención sobre concesión de los derechos civiles a la mujer de 1948; Convención Interamericana sobre la concesión de los derechos políticos a la mujer de 1948 y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de 1994.

²⁶ En relación a la igualdad jurídica, Facio Montejó señala que «hablar de igualdad es hablar de diferencias porque si mujeres y hombres fuéramos iguales no tendríamos por qué estar discutiendo este tema hoy. [...] El problema es que el concepto de igualdad es tan androcéntrico como son todas las instituciones del patriarcado, incluyendo, por supuesto, al Derecho. Pero podemos darle un contenido que no sea androcéntrico o, al menos podemos intentarlo», tomando en cuenta la situación real de la mujer y las construcciones sociales. FACIO MONTEJO, *op. cit.*, pp. 87, 94-98.

²⁷ A manera de ejemplo, se puede mencionar que actualmente varios países latinoamericanos han incorporado en su legislación electoral cuotas obligatorias de candidatas mujeres para los puestos de elección popular, como el de parlamentarias. Entre otros países cabe citar a Argentina (1991), Bolivia (1997), Costa Rica (1997), Ecuador (1997), México (1997), Paraguay (1996), Perú (1997) y Venezuela (1998).

al ser aplicadas en la realidad, generan un impacto adverso contra la mujer; omisiones legislativas que inciden negativamente en las mujeres; e interpretación y aplicación sexista de la ley. Estos casos, en nuestra opinión, coadyuvan a dar la imagen de que el Derecho cumple un papel conservador respecto de las relaciones de género.

1. DISCRIMINACIÓN DIRECTA

Todavía en los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica se conservan algunas normas que obedecen a concepciones desiguales de las relaciones de género y que constituyen supuestos de discriminación directa contra la mujer. En dichas normas se dispensa un irrazonable trato diferente a hombres y mujeres, lo que conlleva a que ellas no puedan desarrollarse libremente en todos los ámbitos de su vida.²⁸ Así por ejemplo, el artículo 113 del Código Civil de Guatemala dispone que la mujer podrá desempeñar profesión, industria, oficio o comercio, siempre y cuando estas actividades no perjudiquen el interés y cuidado de los hijos y demás atenciones del hogar. Obviamente no se establece en dicho Código una disposición igual para el varón padre de familia, ya que se trata de una disposición legal que asume que lo propio de la mujer es realizar el cuidado del hogar a diferencia de los varones cuyo papel, atribuido por la mentalidad conservadora, sería el de trabajar fuera del hogar y ganar los recursos económicos necesarios para la subsistencia de la familia.

Es preciso indicar que esta disposición del Código Civil guatemalteco existe a pesar de que la Constitución guatemalteca, en su artículo 49 señala que el Estado se encuentra obligado a promover la igualdad de derecho entre los cónyuges, y que el Estado de Guatemala ha ratificado la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.²⁹

²⁸ De acuerdo a al artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, se entiende por discriminación contra la mujer «toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».

²⁹ El Estado guatemalteco ratificó este tratado el 12 de agosto de 1982.

Otro ejemplo de esta situación la podemos encontrar en Bolivia donde el artículo 99 del Código de Familia establece que los cónyuges pueden ejercer libremente la profesión u oficio que elijan, pero también dispone que el marido puede obtener que se restrinja o no se permita a la mujer el ejercicio de cierta profesión u oficio, por razones de moralidad o cuando resulte gravemente perjudicada su función dentro del hogar.³⁰

Igualmente, la normativa sobre la edad para contraer matrimonio en algunos países de Latinoamérica todavía conserva remanentes de la tradicional concepción de género. Así, en países como Argentina³¹ o Bolivia, existen leyes que establecen que la adolescente, siendo todavía menor de edad, puede obtener dispensa para contraer matrimonio con menos edad que el varón adolescente.³² Ello responde a una concepción tradicional sobre la mujer núbil, a la que no le correspondería realizar estudios superiores ni trabajar fuera del hogar, sino formar una familia y tener descendencia, por ello se establece que puedan contraer matrimonio antes que los varones. Cabe indicar también que las circunstancias que generalmente justifican la concesión de la dispensa de matrimonio tienen que ver con el embarazo de la adolescente, y subyace a tal concesión la creencia de que solo el matrimonio puede reparar el *daño* causado a la honra de la joven.³³

2. NORMAS NEUTRAS Y DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

No es preciso que la legislación sea abiertamente y explícitamente sexista para revelar el privilegio de lo masculino sobre los intereses femeninos; las discriminaciones también se presentan cuando la legislación se centra en atribuir derechos y protección jurídica solo a sujetos abstractos y formalmente iguales. En ese sentido, basta con normas supuestamente abstractas y generales, aparentemente neutrales, pero que

³⁰ Bolivia también ha ratificado la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, tal compromiso se encuentra en vigor desde el 8 de junio de 1990.

³¹ Argentina ratificó la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer el 15 de julio de 1985.

³² En el Perú, dicha regulación también estuvo prevista en el artículo 241 del Código Civil, pero fue modificada a través de la Ley 27201 de 14 de noviembre de 1999, estableciéndose la misma edad para mujeres y hombres.

³³ CARRILLO MONTENEGRO, *op. cit.*, p. 164.

por las condiciones sociales en que se halla el colectivo femenino, conllevan consecuencias negativas para sus integrantes. Es decir, se legisla sin tomar en cuenta el contexto en el cual se concretan las normas, lo que puede producir discriminaciones indirectas contra las mujeres,³⁴ como podría suceder con el artículo 293 del Código Civil peruano.³⁵ Dicho artículo establece que cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro. Sin embargo, si uno de los cónyuges se negase a conceder el permiso, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia. En nuestra opinión, esta norma, al dispensar igual tratamiento a ambos cónyuges, olvida la relación de subordinación que la mujer, tradicionalmente, puede tener en el interior del matrimonio; por ello, tal precepto podría causar un impacto adverso en el desarrollo profesional de la cónyuge. Lamentablemente, es la mujer quien siempre se ve constreñida a pedir permiso al cónyuge para trabajar fuera de casa; en ese sentido, serán las mujeres quienes se vean obligadas a recurrir con más frecuencia ante el juez, con todo los costos que ello implica. Adicionalmente, este precepto establece que el juez, para tomar su decisión, podrá tener en cuenta el interés de la familia, con lo cual siempre queda abierta la posibilidad de que un juez conservador deniegue el permiso porque *el interés familiar supone que la madre se quede en casa al cuidado de los hijos*.

3. OMISIONES LEGISLATIVAS

Las omisiones legislativas también coadyuvan en la tarea conservadora que desempeña el Derecho.³⁶ En este caso, nos encontramos frente a lagunas jurídicas referidas a necesidades específicas de las mujeres que requieren atención y protección por parte del sistema jurídico. Es-

³⁴ Es decir, tratamientos formalmente neutros pero que derivan, por diversas condiciones de la realidad social, en consecuencias desiguales, perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre las mujeres generalmente. Véase REY MARTÍNEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: Mc Graw Hill, 1995, pp. 15 y ss.

³⁵ El Estado peruano también ha ratificado la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y es parte de ella desde el 13 de setiembre de 1982.

³⁶ CHIAROTTI, *op. cit.*, p. 7.

tas lagunas provocan consecuencias negativas para la realización de los derechos y libertades de la mujeres. Un buen ejemplo de esta situación resultan ser las constantes negativas a establecer una legislación que ampare a la mujer en caso de acoso u hostigamiento sexual en el trabajo. A pesar de que está demostrado que el acoso sexual es un problema que afecta el libre desarrollo de la mujer en el empleo, se han presentados casos de reticencia por parte del legislador para aprobar una norma para prevenir y sancionar ese tipo de conductas por parte de los empleadores o superiores jerárquicos. Esta omisión, en nuestra opinión, muestra que aún se percibe como *natural* que la mujer deba aceptar o soportar ciertos comportamiento masculinos, incluso en su centro de trabajo.³⁷

De igual forma, la falta de reconocimiento o de mayor cobertura legal a las uniones de hecho, en varios países de Latinoamérica, repercute en mayor grado contra la mujer. Por lo general son las mujeres quienes cuentan con menores recursos para defenderse frente a una ruptura de la unión de hecho, por ello son ellas las que afrontan en mayor medida los efectos negativos, generalmente patrimoniales, de dicha disolución.

Otro ejemplo que vale la pena comentar lo encontramos en la normativa chilena sobre violencia doméstica, la cual define este tipo de violencia como un conflicto intrafamiliar que puede afectar a cualquiera de sus miembros. A nuestro juicio, de esta manera no solo se evita dar protección específica a la mujer, que por lo general es quien más sufre este tipo de violencia, sino que a su vez se minimiza un problema originado en las relaciones desiguales entre los géneros. Así, se deja de lado la situación real en que viven la mujeres y no se garantiza una protección adecuada a sus derechos. Esto sucede a pesar de que el Derecho debería orientarse a la *protección de los derechos específicos de la mujer como instrumentos de protección de valores propiamente humanos*.³⁸

³⁷ En el Perú, la campaña a favor de la aprobación de una ley para prevenir y sancionar el acoso sexual comenzó en 1999 y recién este año el Congreso de la República ha dado la Ley 27942 del 27 de febrero del 2003 para prevenir y sancionar dicha conducta.

³⁸ SUAREZ LLANOS, *op. cit.*, p. 173.

4. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

El papel conservador de las desiguales relaciones de género que realiza el Derecho también se manifiesta en el momento de aplicación de las normas; ello se da cuando estas son interpretadas o aplicadas en la tradicional clave de subordinación del género femenino.³⁹ En ese sentido, resulta esencial poner en evidencia la falsa neutralidad del procedimiento de interpretación y aplicación normativa, dando a demostrar que en el *decisionismo* judicial y administrativo se expresa el triunfo de la concepción masculina del Derecho, lo que trae consecuencias negativas para el colectivo mujeres.⁴⁰

Al respecto, resulta paradigmática la práctica policial en los países de la región andina frente a la denuncia sobre violencia familiar. Todavía subsisten efectivos policiales que se niegan a recibir una denuncia por violencia familiar cuando la mujer no muestra signos evidentes del maltrato (llámese heridas, hematomas o contusiones, entre otras). Esta actitud obedece a una ideología que asigna a la mujer un lugar inferior al del varón; en tanto subordinada, la mujer se encontraría obligada a tolerar cierto grado o nivel de violencia por parte de su cónyuge o pareja de hecho. También es frecuente entre los efectivos policiales que pregunten a la mujer víctima de violencia *qué ha hecho para que su cónyuge o pareja la golpeará*.⁴¹ De este modo, se deja traslucir una forma de pensar que encuentra justificados algunos supuestos de violencia contra la mujer, puesto que el hombre, de acuerdo a esa forma de concebir la realidad, es el jefe del hogar y la esposa le debe obediencia.

En el Perú, en los casos de violencia familiar durante la etapa de conciliación, los jueces y fiscales llegan a recomendar a la agraviada que ceda en sus pretensiones y privilegie la armonía familiar; es de-

³⁹ Para Villanueva Flores no es posible hacer una división tajante entre la ideología de los jueces u otro operador jurídico y la justificación jurídica que empleen en sus argumentaciones. En el caso de los jueces, su ideología juega un papel importante en la resolución de los conflictos «la interpretación que se dé al contenido de una norma puede depender, en gran medida, de los valores o pautas culturales que siga un juez». VILLANUEVA FLORES, *Análisis del derecho y perspectiva...*, p. 31.

⁴⁰ SUAREZ LLANOS, *op. cit.*, pp. 177 y ss.

⁴¹ YAÑEZ DE LA BORDA, Gina y M.ª Jennie DADOR TOZZINI. «La discriminación de género en la aplicación de la legislación civil sobre violencia familiar». *Discriminación sexual y aplicación de la ley. Derecho civil*, vol. I. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000, p. 39.

cir, se le insta a preferir el vínculo familiar a su integridad física o psíquica.⁴²

Otro ejemplo sobre esta forma de interpretar y aplicar el Derecho lo encontramos en una sentencia emitida por una juez de familia en el Perú, en esta oportunidad en un caso de divorcio por causal de violencia psicológica. El Código Civil del Perú establece, sencillamente, que la violencia física o psicológica son causales de divorcio, no obstante, la juez de familia interpretó que dicha causal solo sería válida para romper el vínculo matrimonial si era excesiva e inexcusable. Esta misma línea argumentativa fue seguida por otros jueces e incluso por la Sala Civil de la Corte Suprema de Lima. Para los integrantes de este colegio las causales de violencia psicológica e injuria grave debían ser permanentes e injustificadas, a fin de proteger el vínculo matrimonial y la integridad de la familia.⁴³

Razonamientos como el expuesto demuestran que para los jueces peruanos es mucho más importante el mantenimiento del matrimonio y la familia que los derechos fundamentales del cónyuge agredido. Asimismo, al exigirse

la reiterancia e injustificación para admitir y declarar fundada una demanda de divorcio por causal de violencia, el operador judicial está reconociendo la existencia, «normalidad» y validez de la violencia en la relación de pareja, sancionándola únicamente cuando concurren los requisitos mencionados anteriormente. Esto trae consigo la incorporación de una racionalidad enraizada en la cultura y en la construcción social de los géneros, y en el formalismo de la actuación judicial, que resulta discriminatoria y legitimadora de la violencia contra la mujer, al excluir una serie de situaciones que constituyen violencia.⁴⁴

En contraposición a los razonamientos judiciales citados, es necesario mencionar que el Tribunal Constitucional peruano, en virtud de una demanda de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo, se ha pronunciado en contra de los criterios culturales para eva-

⁴² *Ibidem*, pp. 51-53.

⁴³ Sentencia citada por VILLANUEVA FLORES, «Análisis del derecho y perspectiva...», p. 31-35. De esta línea jurisprudencial también dan cuenta YAÑEZ DE LA BORDA y DADOR TOZZINI, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

⁴⁴ CARRILLO MONTENEGRO, *op. cit.*, p. 157.

⁴⁵ Respecto a los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad dictadas por el

luar la violencia en el interior del matrimonio.⁴⁵ En ese sentido, en la sentencia que declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 337 del Código Civil, el Tribunal sostuvo que la violencia entre marido y mujer es una forma de violación de los derechos fundamentales y que la conservación del vínculo matrimonial no es legítima cuando para ello uno de los cónyuges deba sufrir violaciones de sus derechos fundamentales.⁴⁶

Al respecto, el artículo 337 del Código Civil disponía que ciertas causales de divorcio (a saber, violencia física o psicológica, injuria grave y conducta deshonrosa) debían ser apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges. Tal dispositivo, en opinión de la Defensoría del Pueblo, era inconstitucional y transgredía el contenido de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, al honor y a la buena reputación. Según la institución citada, el artículo 337 del Código Civil permitía atender a las diferencias culturales que existen entre las personas a efectos de determinar la violación de un derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional peruano, por su parte, no solo declaró la inconstitucionalidad de tal norma sino que, como ya hemos mencionado, sostuvo la ilegitimidad de la conservación del matrimonio cuando para ello se admite la violación de los derechos fundamentales de uno de los cónyuges. Dichos derechos, según el Tribunal, son inherentes al ser humano, sin importar su grado de instrucción, costumbres, conducta o identidad cultural. Asimismo, indicó el Colegiado que la violencia entre marido y mujer era una forma de violación de derechos fundamentales, y no deja de ser tal por el hecho de que el autor o la víctima tengan un determinado nivel de cultura.

En el ámbito penal, también es posible encontrar ejemplos de aplicación sexista de la ley, los cuales tienen consecuencias nefastas para

Tribunal Constitucional, cabe señalar que la Primera Disposición General de la Ley 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dispone que los jueces y tribunales interpretan y aplican las normas con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que de los mismos haya realizado el Tribunal en las sentencias que emite en los diferentes tipos de procesos que son de su competencia. En ese sentido, los jueces ordinarios deberán entender como doctrina aplicable y vinculante la contenida en cualquier sentencia que emita el mencionado Colegiado.

⁴⁶ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 018-96-I/TC, sentencia de inconstitucionalidad del 29 de abril de 1997.

las mujeres. Este tipo de problemática lo encontramos tanto en lo que toca a la calificación de los delitos como en la asignación de la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, como parte de los argumentos de una sentencia absolutoria por el delito de violación cometido contra una mujer de 18 años de edad, un juez peruano afirmó que la supuesta víctima no ofreció la resistencia necesaria frente al ataque, a pesar de que tuvo oportunidad de hacerlo. En tal sentido, como la agraviada no actuó de acuerdo con el comportamiento que, en opinión del juez, correspondía a quien no quería ser violada, él llegó a presuponer cierto grado de consentimiento por parte de la víctima.⁴⁷

También es posible percibir la carga ideológica de un magistrado cuando se ocupa de encuadrar una conducta en un determinado tipo penal; así, en el Perú se han presentado casos en los que hechos constitutivos del delito de violación sexual son reconducidos por el juzgador al tipo penal de seducción. Ello obedece a la infravaloración de las declaraciones de la víctima y a una prejuiciada evaluación de la pruebas, en las que se suele dar más credibilidad al agresor.⁴⁸ Debido a este tipo de situaciones, se ha sostenido que los prejuicios que los jueces puedan te-

⁴⁷ Al respecto el juez sostuvo: «[...] a fojas setentiuno a setenticinco corre la diligencia de confrontación...en la misma se acredita que la agraviada desde el lugar donde subió al motocar al lugar de los hechos existe una distancia de tres kilómetros y que para desplazarse al lugar de los hechos han recorrido calles céntricas en donde es factible que la agraviada podría haber pedido auxilio, podría haberse bajado del vehículo por existir en el trayecto luz eléctrica, población densa; que la misma versión de la agraviada aparece que no fue amenazada con arma alguna pero sin embargo se advierte [...] que la agraviada ha sido golpeada por el acusado por lo que aparece de la misma (certificados) hinchazón y equimosis en región malar izquierdo, en región cervical derecha, así como en el agraviado hinchazón en la región parietal derecha, herida superficial en el hombro izquierdo, como prueba de la resistencia previa de la víctima [...] que el proceder de la agraviada de sujetarse a la voluntad del agresor en un extremo justificable frente a la amenaza de que era objeto dado la personalidad del sujeto; sin embargo debe tenerse en cuenta para aplicar la pena que ha existido cierta voluntad de aceptación de la agraviada puesto que si esta hubiera puesto en juego toda su voluntad de defensa existía posibilidad de evitar los hechos [...]» Expediente 267-97 del Segundo Juzgado Penal de Pucallpa, citado por MONTROYA VIVANCO, Yvan. «Discriminación y aplicación discriminatoria del Derecho Penal en los delitos contra la libertad sexual e infracciones penales contra la integridad personal». *Discriminación sexual y aplicación de la ley. Derecho penal y constitucional*, vol. IV. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000, pp. 67.

⁴⁸ *Ibidem*, m pp. 64-65.

ner respecto a las relaciones de género no solo se manifiestan en el ámbito de la interpretación normativa, sino también en la evaluación de las pruebas y los hechos, los cuales son el referente fáctico de sus resoluciones. Así, «pareciera que ciertas valoraciones personales son también inescindibles de la evaluación de la pruebas en el proceso, como se ha puesto de manifiesto repetidamente respecto de la aplicación del derecho penal sexual, la ideología de un juez juega un papel relevante en la presentación de los hechos que considera probados».⁴⁹

Respecto a lo anterior, cabe señalar también que, muchas veces, los jueces, cuando la víctima ha superado los catorce años, suelen presumir su consentimiento en la realización del acto sexual. Esa es otra de las razones por las que en el proceso de tipificación de la conducta se adopta el tipo penal de seducción en lugar del delito de violación; esto sucede a pesar de que en los hechos no se presenten todos los elementos del tipo penal seducción, como por ejemplo, la promesa de matrimonio previa a la realización del acto sexual.

Estos supuesto muestran cómo los jueces, en tanto aplicadores del Derecho en la solución de los conflictos sociales, continúan exigiendo a las mujeres, mediante sus interpretaciones de las normas jurídicas, formas de comportamiento o modelos de virtud personal que no se encuentran dispuestos por los textos legales. Ello se debe a que sus razonamientos se encuentran determinados por la ideología tradicional y sexista, que en el caso de los delitos contra la libertad sexual se manifiestan de manera más reaccionaria, puesto que se llega a exigir que la mujer actúe heroicamente para defender su *honor*.

IV. REFLEXIONES FINALES

El Derecho latinoamericano fue heredero del Derecho europeo del siglo XIX y como tal, en él también se vieron reflejados los postulados del liberalismo. Estos ideales, que insuflaron las luchas de independencia de las colonias españolas en América, posteriormente dieron fundamento a los sistemas jurídicos de las nuevas repúblicas, en los que también se manifestarían las relaciones desiguales entre los géneros, conservando la mujer una posición subordinada respecto al varón.

⁴⁹ MALEM SEÑA, *op. cit.*, p. 401.

Actualmente, sin duda, los avances en el Derecho son significativos y parecieran suficientes para romper con la tradición. Sin embargo, no sucede así en Latinoamérica. Como hemos visto, al detenernos a revisar ciertas normas y el funcionamiento del sistema jurídico —realizado por la actuación de los operadores del Derecho— es posible detectar todavía espacios que responden a las históricas relaciones desiguales entre los géneros.

En ese sentido, pensamos que es preciso no dejarse deslumbrar por los avances y continuar con una actitud reflexiva y atenta. Es necesario que las/los juristas latinoamericanas/os nos aprestemos a identificar normas o conductas discriminatorias contra la mujer, pero también que hagamos usos de los mecanismos jurídicos para modificarlas o derogarlas, como pueden ser los procesos de inconstitucionalidad o la declaración incidental de inconstitucionalidad. Estos instrumentos, cuyo objetivo es examinar la adecuación de las normas a los contenidos constitucionales —como lo es el derecho a la igualdad y no discriminación— pueden ser útiles para expulsar de los sistemas jurídicos normas discriminatorias, puesto que estas no soportarían un examen de constitucionalidad.

Por otro lado, es necesario también emprender la búsqueda de espacios en las universidades, en las facultades de Derecho. Los operadores jurídicos (jueces, abogados) se forman en ellas, por ello, se hace necesario introducir en ellas la perspectiva de género como metodología de análisis del Derecho. De esta manera, paulatinamente, podremos conseguir la modificación de la cultura e ideología sexista que aún subsiste en la mentalidad de los operadores jurídicos. Sin ánimo de menospreciar las cátedras específicas sobre derechos de la mujer, porque también creemos en su importancia, considero imprescindible la implementación de una metodología de enseñanza del Derecho, así como planes de estudio, que incorporen la perspectiva de género.

Finalmente, cabe volver a insistir en que no se trata de una labor que solo debe involucrar a las mujeres, requiere de la integración de la comunidad jurídica en conjunto, así como de la sociedad organizada y del Estado.