

# ¿Hacia un Derecho Feminista?

## Patrones masculinos de conducta en la Responsabilidad Extracontractual.

**Verónica Zavala Lombardi**

Alumna de 9no. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC. Miembro del Comité Directivo de Thémis

El Código Penal sanciona por delito de violación a aquel que "por violencia o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual"<sup>1</sup>.

A su vez, el delito de seducción está tipificado de manera tal que el sujeto pasivo sólo puede ser "una joven de conducta irreprochable"<sup>2</sup>. ¿Quiere ésto, acaso, decir que un varón no puede ser violado o que no hay sanción para aquella mujer que seduce a un joven varón de conducta irreprochable? En Derecho de Familia, el Código Civil establece que si ambos cónyuges han incurrido en causal de divorcio la esposa queda con la custodia de los hijos menores de 7 años<sup>3</sup>. ¿Por qué el legislador ha preferido a la mujer en desmedro del marido si ambos son culpables? Por otro lado, los estudiosos del Derecho han desarrollado, como patrón de conducta para determinar si una persona actúa de manera diligente, el concepto del **buen padre de familia**, concepto que se remonta al Derecho Romano. En caso de estarse juzgando a una ama de casa, ¿cómo se le aplica el concepto de buen padre de familia para determinar si ha cumplido con el deber de debida diligencia?

El Derecho, como toda expresión cultural, refleja y responde a los valores, ideales y cosmovisión de un grupo humano en un momento dado. El Derecho es, además, producto de un proceso histórico. Es por ello que cambia con lentitud y que tiende a tener

conceptos e instituciones que responden a épocas anteriores. Los contenidos de estos conceptos e instituciones jurídicas no son siempre los que demanda la sociedad de hoy.

Es precisamente en torno a la "masculinidad" del Derecho<sup>4</sup> que pretendemos centrar nuestra reflexión; en torno a si los valores, ideales y conceptos que nuestro orden jurídico encarna y promueve son los que corresponden a nuestro tiempo, si tienen vigencia para toda la comunidad a la que está dirigida o si son propios de un solo grupo ubicado preferentemente al interior de ella.

El propósito de este trabajo es contribuir al debate que tiende a que nuestras leyes sean una suma de todo aquéllo que, mujeres y hombres, consideramos ideales dignos de ser alcanzados.

### 1.- La aparente neutralidad del Derecho: el standard del hombre razonable

El Derecho es el resultado de un proceso histórico en el que, por los roles tan marcadamente diferentes que les ha tocado cumplir a hombres y mujeres, aquéllos han tenido un papel creador preponderante. Los hombres<sup>5</sup> han creado las instituciones jurídicas para regular aquellos aspectos de la vida social que, en su opinión, debían ser regulados y las han creado

1. Artículo 196 Código Penal: "Será reprimido con (...) el que por violencia o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio".
2. Artículo 201 Código Penal: "Será reprimido (...) el que sedujera y tuviera acto carnal con una joven de conducta irreprochable, de más de catorce años y menos de dieciocho".
3. Artículo 340 Código Civil.
4. En el sentido de estar hecho en base a la concepción masculina del mundo y de la sociedad y no en tanto que, necesariamente, favorezca al hombre. Un ejemplo de ésto está en el artículo 340 del C.C. que favorece a la mujer en perjuicio del esposo debido a que dentro de una concepción masculina la mujer es la que debe estar a cargo de los hijos.
5. Utilizamos la palabra hombre en la segunda acepción que consigna el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "2. varón, criatura racional de sexo masculino".

de acuerdo con ideales y términos propios de su género y de su cosmovisión.

Las normas que se han hecho así, y que rigen para toda la sociedad, no siempre pueden ser tildadas a priori de portar valores típicamente masculinos. Algunas normas sí pueden serlo. Por ejemplo, en el caso del delito de violación, la idea que lo inspira, si se interpreta contrario sensu, no busca sancionar al marido que obliga a sufrir el acto sexual a su cónyuge o, en el caso del delito de seducción, no se prevé la seducción de un joven y es requisito que la joven víctima sea de conducta irreprochable. Si bien el Código Penal data de 1924, y la sociedad ha evolucionado mucho desde entonces, también es cierto que de haber tipificado las mujeres este delito -o de haber sido consultadas por los legisladores de manera que la cosmovisión femenina estuviera también presente- el contenido de ellas hubiera sido otro, no hubiera importado, e.g., que la joven menor de edad hubiese tenido una conducta irreprochable, que el sujeto pasivo fuera un hombre o que la violación se diera dentro del matrimonio.

Normas como las que se refieren a violación y seducción pueden ser reconocidas como portadoras de valores típicamente masculinos porque estos valores aparecen en el texto mismo. Sin embargo, muchas veces tras un texto neutro pueden encontrarse valores y conceptos que no tienen esta misma característica. El Derecho es un lenguaje, y como tal cada palabra conlleva una idea, connota algo. El lenguaje que usamos cotidianamente, el lenguaje jurídico e, incluso, el Derecho en sí son aparentemente neutros, en el sentido que parecen estar exentos de cualquier valoración propia de un determinado género, raza, etnia, etc. El poder en la creación del lenguaje se da en dos niveles: el poder de nombrar las cosas y el poder de darle significado a las palabras; este poder, en el caso del lenguaje jurídico lo han detentado los hombres<sup>6</sup>.

Es por esto que, tras un texto aparentemente neutro se pueden encontrar valores ideales y concepciones típicamente masculinas. Un ejemplo de esta aparente neutralidad se da en la responsabilidad extracontractual. La regla general para determinar cuándo debe una persona indemnizar a otra es la contenida en el artículo 1969 del Código Civil. La

norma en cuestión establece que aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro debe indemnizarlo, o lo que es lo mismo, que existe un standard de conducta que la sociedad desea promover a tal grado que si se causa un daño a otro de manera no intencional no cabe la indemnización.

En el caso que queremos analizar, el texto es neutro, por lo que el sesgo, de existir, estaría dado en el nivel del contenido, en el significado de las palabras dolo y culpa. ¿Quién le da significado a la palabra culpa? Evidentemente los legisladores a través de las exposiciones de motivos que sustentan sus leyes, los jueces que interpretan las normas y los juristas que, a través de la doctrina, retroalimentan el sistema. De una forma u otra, todos ellos han sido hombres, en razón de las características antes señaladas de nuestro desarrollo histórico.

Ahora bien, ¿cómo está definida la culpa? Como la falta contra el deber de debida diligencia. Una persona no tiene culpa si es que hubo caso fortuito, fuerza mayor o si el que padece el daño fue imprudente. También queda liberado aquél que observó una conducta **prudente y diligente**, es decir, que obró dentro de una conducta **razonable**<sup>7</sup>, y que ni aún así logró evitar el daño.

El standard de conducta que se desea promover, el deber de diligencia requerido, es el de aquel individuo que se conduce razonablemente, cabe preguntarse entonces, qué es conducirse razonablemente. Según algunos autores, este patrón objetivo de conducta es aquél del **hombre razonable**, otros lo denominan la conducta que hubiera tenido bajo las mismas circunstancias el **buen padre de familia**<sup>8</sup>. Para Calabresi, actuar razonablemente es algo más que hacerlo de la mejor manera que uno puede, uno debe hacerlo de la manera en que lo hubiera hecho el **hombre razonable** puesto en las mismas circunstancias<sup>9</sup>.

Calabresi sostiene, sin estar de acuerdo con ello, que el hombre razonable siempre ha sido definido en términos además de vagos, masculinos<sup>10</sup>. Así cita el caso de la referencia al buen padre de familia, tan conocida por nosotros y por los demás herederos del derecho romano, la referencia al hombre que toma el Clapham Omnibus en el Derecho inglés, y en el caso

6. Cfr. Bender, Leslie: A Lawyer Primer on Feminist Theory and Tort; American Journal of Legal Education, 3, 1988.

7. Cfr. León Barandiarán, José. Código Civil Exposición de Motivos y Comentarios, Compilación de Delia Revoredo Marsano. Tomo VI, p.800.

8. Las diferencias que pueden existir entre el actuar razonable de una mujer y un hombre no son biológicamente determinadas, pero éstas existen en la mente de aquéllos que están llamados a juzgar si una conducta fue razonable o no. Así, por ejemplo, un buen padre de familia hará horas extras en la oficina para incrementar los ingresos del hogar, una buena madre de familia tratará de salir lo más temprano para pasar un mayor tiempo con sus hijos.

9. Calabresi, Guido. *Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law*. Syracuse University Press. Syracuse, N.Y. 1985.

10. Calabresi, Guido. *Op.Cit.*p.23.

norteamericano al hombre que lee sus revistas al llegar a casa luego del trabajo o que poda el césped de su casa los sábados por la mañana.

Vemos, pues, como la noción de culpa, definida en términos abstractos y a primera vista exenta de toda valoración que refleje la cosmovisión de un grupo particular (en concreto en este caso la de los varones), termina teniendo un significado marcadamente masculino.

## 2.- Reestableciendo la neutralidad: el standard de la persona razonable

En el caso que estamos analizando, el patrón que todos deben seguir para actuar es aquel de un hombre razonable, entendiendo esta palabra no como sinónimo de ser humano sino como persona de género masculino.

El sujeto ideal es un hombre, lo que quiere decir que un juez le exigirá a una mujer que, para que su conducta sea calificada como sin culpa, debe ser conforme a un patrón masculino. Con ello se está haciendo peligrar la subsistencia de valores que natural y gratuitamente la mujer ha aportado a la sociedad, y se pone a la mujer en una situación desventajosa respecto del hombre: para ella es más difícil eximirse de responsabilidad.

Por eso Calabresi propone un cambio en el sujeto que es la referencia, o sea un cambio en el patrón objetivo de conducta. El mencionado jurista propone que el "hombre razonable" ya no sea el standard y que en su sustitución entre la **persona razonable**.

El cambio que propone no sólo es a nivel del signo lingüístico (hombre por persona), este cambio implica una modificación en los atributos que tiene el individuo razonable. Para ser una **persona razonable** se deben tener atributos tanto femeninos como masculinos de razonabilidad. Esto coloca al juez en una posición diferente a la que tradicionalmente tiene cuando se avoca a la tarea de determinar si una persona ha actuado con culpa. Hoy, basta con que el juez ubique un hombre de razonabilidad promedio, lo imagine en las mismas circunstancias y confronte esta abstracción con la actuación de la persona sobre la cual recae la presunción de culpa. En este estado de cosas puede muy bien suceder que baste con que -de considerarse una persona razonable- compare lo que él hubiera hecho con lo hecho por el demandado para determinar si debe responder o no.

De razonar un juez así, ya no estaría actuando con una venda en los ojos, sino con un parche en uno solo de ellos, estaría viendo una realidad distorsionada por sus propios valores -valores masculinos- y juzgando a los demás conforme a ellos, con las consecuencias de trato desigual que naturalmente se desprenden.

## 3.- Repensando el atributo razonabilidad

Hasta ahora hemos enfocado el problema desde el ángulo del sujeto que debía ser razonable. Sin embargo, se puede encontrar que aún el atributo razonabilidad implica un sesgo masculino.

Cabe preguntarse si de haber intervenido todos los grupos que integran nuestra sociedad en la definición del patrón de conducta ideal éste hubiera sido el mismo, dicho en otras palabras, si la razonabilidad habría sido el atributo persona más valorado.

En este sentido, hay quienes sostienen, refiriéndose a la relación entre moral y orden social, que existen dos maneras diferentes de entender lo que es actuar "moralmente", una -la de los hombres- en términos de derechos, deberes, autonomía individual y reglas de aplicación general, y la otra -la moral femenina- en términos de cuidado, responsabilidad, rechazo al sufrimiento y relaciones interdependientes<sup>11</sup>.

Si es que existen dos conceptos de lo que es actuar moralmente, y cada uno de ellos responde a un grupo determinado -los valores femeninos por un lado, un tanto subvaluados y los valores masculinos presentes en todo nuestro orden social- podría muy bien ocurrir lo mismo en relación con el patrón objetivo de conducta que se ha creado a partir de la teoría de la culpa. El standard plasmado, que los hombres consideran idóneo para la convivencia social, y que además sintoniza con todo nuestro ordenamiento jurídico, podría tener un correlato de contenido femenino, que hasta hoy no ha sido volcado en leyes o en doctrina, al menos no masivamente.

Este correlato podría ser el del "vecino<sup>12</sup> responsable"<sup>13</sup>, figura que, a nuestro entender, alude al cuidado que se tiene con una persona conocida y cuyo destino no nos es indiferente, al que tiene una persona para con sus semejantes cuando su moral gira en términos de cuidado e interdependencia social.

En nuestra opinión, un standard como el descrito tendría las mismas deficiencias que el anteriormente

11. Rand Jack y Diana Crowley Jack: *Moral Vision and Professional Decisions*. Cambridge University Press. Cambridge. 1989.

12. Entendemos que aquí la palabra vecino se está utilizando para connotar vecino varón y vecina mujer indistintamente y no como una referencia a un varón.

13. Bender, Leslie. *Op.Cit.* p.30.

analizado, es decir, estaría sesgado por la concepción moral de un solo grupo. Roberto Miró Quesada, refiriéndose a la ideología de la humanidad, ha dicho que es masculina y que en este sentido "los seres humanos estamos jugando únicamente con el 50% de nuestro verdadero potencial y de nuestra real naturaleza"<sup>14</sup>. Es por ello que pensamos que lo apropiado y justo sería que nuestras leyes y los valores que ellas promueven fueran una suma de todo aquello que ambos grupos consideran óptimo, de los ideales que tanto hombres como mujeres desean alcanzar.

#### 4.- El principio de no discriminación como marco teórico

Nuestra Constitución establece que no se puede discriminar por razón de sexo, es por eso que da a la mujer derechos no menores que al varón<sup>15</sup>. Una premisa como ésta, de acuerdo con nuestro desarrollo histórico, sólo puede entenderse como un mandato doble: tratar a mujer y varón de manera igual cuando ésto es posible porque están en las mismas condiciones y **dar los mecanismos para que se logre la igualdad**<sup>16</sup>.

Si asumimos ésto, en el caso de la culpa -que tiene gran importancia debido a que indica el patrón según el cual debe conducirse **toda persona**- el standard debe ser repensado. Tiene que ser una persona abstracta, cuyos atributos sean los que la sociedad -y no el grupo que controla la producción e interpreta-

ción de la ley- considere idóneo. Así se logrará una igualdad más completa y rica, puesto que los valores femeninos también contarán y todos estarán en la misma situación para cumplir la ley.

Para poder lograr lo anterior, hombres y mujeres deberemos preocuparnos y trabajar para definir cuál es el patrón que consideramos idóneo; en ese sentido un trabajo interdisciplinario y científicamente riguroso se hace imprescindible.

En este orden de ideas hay también un papel preponderante e innovador a cumplir por parte de los jueces: cambiar el standard que se ha venido manejando por uno más acorde con el mandato de no discriminación y, en el caso de la Corte Suprema, el reto es mayor puesto que mediante una jurisprudencia reiterada y uniforme debe crear un standard adecuado para mujeres y hombres de todas las "naciones" que coexisten al interior de nuestro país.

La discriminación a que hemos aludido y que muchas veces esta embozada en normas aparentemente neutras o de texto neutro no se da solamente en cuanto a sexo, se da en contra de todos aquéllos que no son hombres educados según una filosofía y unos ideales occidentales. Por eso, creemos que es necesario comenzar a trabajar con el 100% de nuestro potencial para así evitar la discriminación y asegurar de esta manera la riqueza de nuestra diversidad cultural.

14. Miró Quesada, Roberto. En *Mujer, Trabajo y Empleo*. Maruja Barrig Editora, Lima, 1985. p. 44.

15. Pensamos que el texto constitucional quiso la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y que lo ambiguo del mismo se debe a la intención de plasmar en él los derechos que por maternidad le corresponden a la mujer.

16. El trato igual modernamente se entiende que es tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, es decir conforme a una justicia distributiva.