



¿LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO-GÉNERO ESTÁ GARANTIZADA POR LA NEUTRALIDAD DE LAS NORMAS DE DERECHO FAMILIAR? A PROPÓSITO DE LOS EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

MARISOL FERNÁNDEZ REVOREDO*

Sumario: 1. Introducción. 2. El principio de igualdad y el mandato de no discriminación. 2.1 Las causas o motivos prohibidos de diferenciación. 2.2 Los rostros de la discriminación. 3. La discriminación en las relaciones personales entre los cónyuges. 3.1 Normas que refuerzan una división sexual del trabajo. 3.2. El impacto de la división sexual del trabajo. 3.3 El nombre de la mujer casada. 4. En síntesis...

1. Introducción

El matrimonio genera efectos en el orden personal y patrimonial. Las consecuencias personales previstas en nuestro ordenamiento jurídico determinan la organización de la familia matrimonial así como un modelo de relación conyugal.

No es exagerado afirmar que, históricamente, las normas que regularon las relaciones entre los cónyuges fueron discriminatorias, reforzando así un patrón cultural de dominación de varón a mujer que forma aún parte de nuestra realidad. Es gracias al progresivo reconocimiento de los derechos humanos y a la adopción de preceptos constitucionales, tales como el principio de igualdad y el mandato de no discriminación, que se han ido superando estos tratos desiguales en el campo normativo.

La manera más sencilla de apreciar esta evolución es comparando las disposiciones sobre los deberes y derechos que nacen del matrimonio, contempladas en el código civil de 1936, con las actualmente vigentes. El ya derogado código de 1936 sustentó la organización familiar en un modelo de potestad marital, ello significaba la ubicación del varón como cabeza y jefe de su familia, concentrándose en él prácticamente todas las decisiones sobre la marcha del hogar:

La “potestad marital” es parte de lo que tradicionalmente se ha denominado “patriarcado” que es el sistema que reconoce un poder casi omnipotente del padre sobre todos los miembros de la familia y que ha constituido la base social sobre la que se desarrolló el Occidente. Durante largos siglos este orden fue considerado como natural y fue respaldado por la religión, la moral y el Derecho. La mujer no fue vista como un sujeto en sí misma sino que estaba en función de las necesidades del varón, sometida a su dominio vía el control de la fecundidad (capacidad reproductora) y la división sexual del trabajo. *Socialmente este control se logró mediante la demarcación de dos esferas bien definidas: la pública del trabajo y la política y la privada de la familia y la gestión de los afectos.*¹

* Profesora de Derecho de Familia del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú



El código civil de 1936 previó un modelo de potestad marital que se aprecia de manera muy clara en la regulación de los deberes y derechos que nacen del matrimonio. Así, se disponía lo siguiente:

Artículo 161. *El marido dirige la sociedad conyugal. La mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar.*

Artículo 162. *Al marido compete fijar y mudar el domicilio de la familia así como decidir sobre lo referente a su economía.*

Artículo 164. *El marido está obligado a suministrar a la mujer y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación. Cesa la obligación de alimentar a la mujer cuando abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella.*

Artículo 168. El marido es el representante de la sociedad conyugal.

Artículo 173. La mujer puede ejercer cualquier profesión o industria así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común *con el consentimiento expreso o tácito del marido.*²

El patrón cultural de relaciones varón–mujer que se observa en el articulado anterior, se puede graficar de la siguiente manera:

SEXO	ROLES	ESFERA DE ACTUACION
VARONES	Proveedores	Pública
MUJERES	“Ama de casa”	Privada

Con lo expuesto no pretendemos, afirmar que las normas antes citadas y otras conexas fueran la causa de la desigualdad y discriminación por razón de sexo. Sin embargo, a través de aquellas se consolidaba y reforzaban las costumbres y patrones culturales ya existentes.

La Constitución Política del Perú de 1979 marcó un hito fundamental para el derecho familiar pues entre otras cosas consagró el principio de igualdad entre varón y mujer, así como la prohibición de la discriminación por razón de sexo. En este contexto, el modelo de potestad marital y las diferencias de trato entre esposa y esposo resultaban abiertamente contrarios al nuevo ordenamiento constitucional por lo que fue tarea del legislador la elaboración de una normatividad ajustada a los referidos preceptos.

¹ Marcela HUAYTA, “Desigualdades de género en las consecuencias económico-financieras del divorcio”, en Alda FACIO y Lorena FRIES (eds.), *Género y Derecho*, LOM Ediciones, 1999, p.496.

² El énfasis en todos los artículos citados es nuestro.



Hoy, entonces, encontramos que los artículos 287° al 294° del código civil de 1984 regulan las relaciones personales entre los cónyuges respetando la igualdad formal. Este cambio si bien ha sido un avance en el reconocimiento de la mujer como sujeta de derechos al igual que el varón, no tiene como correlato necesariamente un cambio en la realidad pues la remoción de patrones culturales supone no sólo normas sino políticas públicas que incidan en los aspectos educativos, en nuevos valores, etc.

La visión de la familia como institución “natural y fundamental de la sociedad”³, ha llevado a que sea muchas veces idealizada no reconociéndola como un espacio en el que se han tejido relaciones desiguales y violentas. Así pues, más allá de conocer las obligaciones y deberes que nacen de las relaciones de pareja, es importante darles una mirada crítica a la luz de la igualdad y no discriminación.

2. El principio de igualdad y el mandato de no discriminación

El principio de igualdad de trato y el mandato de no discriminación están íntimamente vinculados, sin embargo, diversos autores señalan su carácter autónomo. La prohibición de discriminar, a diferencia del principio de igualdad de trato, lo que busca es la paridad. Así, mientras que la igualdad tiene por propósito evitar la arbitrariedad en las diferenciaciones, admitiéndose entonces los tratos desiguales siempre que se funden en una causa objetiva y razonable; en el caso del mandato de no discriminación estamos ante una prohibición de diferenciación cuando el motivo de ésta es una de las razones vedadas.

Rodríguez Piñero y Fernández López presentan como elementos que definen la discriminación, los siguientes:

- a) Diferenciación de trato, entendiéndose por ello distinciones, limitaciones o restricciones, y exclusiones, que se realicen en contra del sujeto discriminado.
- b) Existencia de un elemento de comparación bajo el cual se hace la diferencia.
- c) Existencia de un perjuicio, que va más allá de lo económico y que hay que verlo de modo más amplio. Así por ejemplo, en el tema racial “el sólo hecho de la existencia de una diferenciación por razón de raza es ya una negación de la igualdad entre las razas, en perjuicio de la propia dignidad del hombre. Por ello, la alegación de una falta de perjuicio individual inmediato, de un elemento concreto de desfavorabilidad de las situaciones de discriminación, no obstará la existencia de discriminación, dado que el perjuicio de unos y el desfavorecimiento de los otros ha de ser examinado, además, desde una visión global del fenómeno”.⁴
- d) La discriminación se trata de un fenómeno jurídico. Para que exista discriminación debe existir un interés jurídico en juego, esto es, “la privación en lo que se refiere al reconocimiento, goce o ejercicio de derechos”.⁵

³ Así lo establece el artículo 4° de la Constitución de 1993.

⁴ Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y Discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 170-171.

⁵ *Ibidem*, p. 171.



- e) La diferencia de tratamiento debe estar basada en alguno de los motivos prohibidos en el texto constitucional. Esto quiere decir que no cualquier diferencia de trato será discriminatoria.
- f) El trato discriminatorio tiene por destinatarios, como parte pasiva, a las personas consideradas individualmente o en grupo.

2.1 Las causas o motivos prohibidos de diferenciación

Para efectos del presente artículo, es relevante detenernos en el sexo como motivo prohibido para discriminar. En ese sentido, es importante como punto de partida, tener en cuenta la naturaleza de la lista de razones vedadas para discriminar que se encuentran tanto en convenios internacionales en materia de Derechos Humanos como en las normas constitucionales. En el caso peruano debemos remitirnos al artículo 2° inciso 2° de la Constitución que, dicho sea de paso, es virtualmente idéntico al artículo 14° de la Constitución Española.

Las causas vedadas de discriminación responden a fenómenos históricos de segregación que han significado mantener a grupos excluidos, marginados y privados del ejercicio de sus derechos. En el caso del sexo, que es el factor que nos concierne, no cabe duda que las mujeres por su condición de tales, han sido históricamente excluidas. Ahora bien, es preciso destacar que la lista de motivos prohibidos si bien no es abierta a cualquier factor posible de diferenciación, sí lo es a nuevos motivos por los cuales se van formando grupos discriminados. A ello responde, la cláusula “y de cualquier otra índole”. Un ejemplo, podrían ser las personas que han contraído el virus del VIH o las personas enfermas de SIDA.

En consecuencia, se podría afirmar que las razones prohibidas de discriminación en unos casos responden a situaciones históricas de segregación y en otros casos a fenómenos nuevos pero con una magnitud social que permita afirmar la existencia de grupos discriminados por determinada condición⁶.

En lo que atañe al campo normativo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en el seno de las Naciones Unidas y en vigor para el Perú desde el 13 de octubre de 1982, recoge un concepto de discriminación que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y que debe ser fuente de interpretación de los preceptos contenidos en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución:

Artículo 1. A los efectos de la presente Convención, la expresión “*discriminación contra la mujer*” denotará toda distinción, exclusión, o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por 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 de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.⁷

⁶ Si pudiésemos establecer una gradación entre las diferentes razones vedadas, podríamos afirmar que las más injustas responden a factores que son inmodificables como el sexo o la raza, pues frente a ellas los sujetos discriminados no pueden cambiar de condición. Ello no significa que las otras razones no sean graves, por ejemplo la opinión, la religión, etc.

⁷ Énfasis nuestro.



En los artículos siguientes de la Convención se establece la posibilidad de adoptar medidas de discriminación positiva “encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”. Asimismo, los Estados se comprometen a adoptar medidas apropiadas para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole”.

2.2 Los rostros de la discriminación

La discriminación por razón de sexo puede presentarse de dos maneras: la discriminación directa y la indirecta o también llamada en la jurisprudencia norteamericana *impacto adverso*. En cuanto a la primera, se hace referencia a aquella disposición o actuación que conlleva desde su origen una diferencia de trato, la cual es explícita. Así, Saez la define como “el tratamiento diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo”.⁸

La discriminación indirecta se presenta cuando una disposición o actuación formalmente neutra, produce una discriminación en contra de quienes están protegidos por el mandato de no discriminación por sexo. Sobre el particular, Saez sostiene que:

[L]a construcción del concepto de discriminación indirecta, en primer lugar, pone el acento en el efecto de la medida, y la intencionalidad discriminatoria es irrelevante. En segundo lugar, conlleva un concepto de igualdad de oportunidades. Y en tercer lugar, descubre y considera la dimensión supraindividual del fenómeno antidiscriminatorio, que quedaba como vimos oscurecida bajo la teoría de las diferencias de trato, especialmente idóneas para tratamientos desigualitarios individualizados. Dentro de la teoría de las discriminaciones indirectas la comparación no se verifica entre singulares individuos de uno u otro sexo, sino entre grupos, delimitados por el factor sexual.⁹

A partir del marco conceptual que acabamos de presentar, es necesario dar una mirada a la normatividad sobre las relaciones personales entre los cónyuges, tomando en cuenta lo siguiente:

- a) En principio, no cabe distinción alguna por razón de sexo entre los cónyuges, a no ser que aquella responda a una medida de discriminación positiva. En todo caso las diferencias de trato deberían ser examinadas a la luz del test de razonabilidad.¹⁰
- b) La sola existencia de enunciados neutros en la regulación de los derechos y deberes que nacen del matrimonio, no son suficientes para aprobar un test de no discriminación, pues podría ser el caso que se presenten discriminaciones indirectas o por resultado.

⁸ Carmen SAEZ, *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1994, p.56.

⁹ *Ibidem*, 107.

¹⁰ Para conocer sobre la aplicabilidad del test de razonabilidad se puede consultar la Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-022/96 del 23 de enero de 1996, publicada en COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Derechos Fundamentales e interpretación constitucional*, Lima, 1997, pp. 515 – 527.



3. La discriminación en las relaciones personales entre los cónyuges

Una lectura superficial de las disposiciones contenidas en los artículos 287° al 294° nos llevaría a concluir que normativamente se ha consolidado un modelo de organización familiar igualitario. Sin embargo, a nuestro juicio, es conclusión resulta muy cuestionable. En efecto, como punto de partida hay que tomar nota sobre la forma cómo el legislador del Código Civil de 1984 incorporó el principio de igualdad y el mandato de no discriminación al regular las diferentes instituciones del Derecho Familiar. En el campo que nos atañe —las relaciones personales entre los cónyuges— lo que se hizo fue reconocer derechos para las mujeres que, hasta ese entonces, habían sido atribuidos sólo a los varones.

Esta forma de construir la igualdad, en el campo normativo, ha sido denominada por algunas estudiosas del Derecho como una manifestación del sexismo, denominada *androcentrismo*. Aunado a ello, está el hecho que la realidad sobre la que se reguló las relaciones entre los cónyuges no era (ni es) neutra en términos de género, es decir, existían (y se mantienen) patrones culturales que respondían al modelo de potestad marital y sobre el cual una norma neutra en términos de sexo-género, sólo maquillaba una situación que se mantenía como esencialmente discriminatoria.

A más de veinte años de vigencia del Código Civil de 1984, podemos decir que las normas que regulan los efectos personales del matrimonio y su aplicación, continúan planteando una serie de problemas que a continuación esbozamos:

3.1 Normas que refuerzan una división sexual del trabajo

Entre las normas que refuerzan la atribución del trabajo por sexo ubicamos a las disposiciones contenidas en los artículos 291° y 293° del Código Civil. En efecto, aun cuando el artículo 287° del mencionado cuerpo normativo enuncia una igualdad de trato entre los cónyuges con relación a las obligaciones que ambos tienen frente a los hijos, la disposición contenida en el artículo 291° reconoce la existencia de una división sexual del trabajo, que tradicionalmente ha impuesto a las mujeres el cuidado de la familia y el hogar, y al varón, el sostenimiento de la familia.

Sobre el particular hay que destacar que las responsabilidades familiares compartidas tienen su fundamento en el principio de igualdad de responsabilidades y derechos en el matrimonio. Al respecto, en el año 1995, el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, recomendó al Perú¹¹ la adopción de medidas que garanticen las responsabilidades familiares equitativas entre varones y mujeres. Asimismo, en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995,¹² se dice que los gobiernos deben adoptar medidas como “asegurar, mediante leyes, incentivos o estímulos que se den oportunidades adecuadas a las mujeres y los hombres para obtener licencias y prestaciones de maternidad o paternidad; *promover que la distribución de las responsabilidades del hombre y la mujer respecto de la familia en*

¹¹ *Concluding Observations: Perú*, 31 de mayo de 1995. El Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es el órgano de protección de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer

¹² Aprobada en el marco de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer reunida en Beijing en septiembre de 1995.



pie de igualdad,¹³ incluso mediante leyes, incentivos o estímulos apropiados, y promover además que se facilite la lactancia a las madres trabajadoras”. En este marco, resulta inadecuado —por decir lo menos— prever que sólo uno de los cónyuges —la mujer— se dedique al trabajo del hogar, debiéndose más bien promover la participación de ambos en esa esfera.

Por otra parte, la disposición materia de comentario plantea adicionalmente otro problema: desvaloriza el trabajo doméstico y no le atribuye una connotación económica. El trabajo en el hogar y el cuidado de los hijos tiene sin duda alguna un valor económico, si lo hiciera un tercero se le pagaría por ello, de tal modo que si lo hace la cónyuge de manera exclusiva se genera un ahorro familiar. De otro lado contribuye a la reproducción de la fuerza laboral pues, quienes trabajan fuera del hogar, cubren en éste sus necesidades básicas para poder cumplir con sus jornadas de trabajo.

Así pues tenemos en el citado artículo 291° del código civil una disposición de cuya redacción aparece una igualdad de trato pero que en nuestro contexto social y cultural plantea problemas de sexismo y de discriminación.

Otra disposición problemática es el artículo 293° del código en cuestión que prescribe 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. Si éste lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia*”.¹⁴

Estamos nuevamente ante una disposición que respeta la igualdad de trato, pero que al ser aplicada en nuestra realidad va a causar un impacto diferencial que va a afectar desfavorablemente a las mujeres. Es prácticamente una regla que en las familias sean los esposos los que siempre trabajen fuera del hogar, es más, se puede decir que socialmente no está bien visto que el varón no trabaje y se quede más bien en la casa. Resulta poco probable que el esposo solicite autorización a su cónyuge para trabajar y que esta se niegue.

Vistas así las cosas, no es exagerado afirmar que la autorización para trabajar fuera de la casa se aplicaría sólo a las mujeres. En efecto, como ya hemos mencionado anteriormente, son ellas a las que tradicionalmente se les ha asignado las labores del hogar, sobre todo cuando son madres de hijos muy pequeños, por lo que es común que encuentren una negativa a trabajar fuera del hogar. Pero el problema no queda allí, pues en caso de discrepancia entre los cónyuges, la ley prescribe que el juez decidirá, sobre si puede trabajar o no, atendiendo al interés de la familia. En otras palabras, se supedita el ejercicio del derecho fundamental de la persona al trabajo, al interés familiar. Facio considera que situaciones de esta naturaleza constituyen sexismo y en la modalidad de “familismo”.¹⁵

Imaginemos un supuesto: Cecilia y Francisco son esposos, tienen tres hijos de 8 meses, 3 y 5 años. Francisco trabaja y Cecilia también lo hacía, hasta que su esposo la convenció que deje de hacerlo cuando nació el segundo de sus hijos. Sin embargo, ella quiere nuevamente ejercer su profesión pero Francisco no está de acuerdo con tal

¹³ Énfasis nuestro.

¹⁴ Énfasis nuestro.

¹⁵ El “familismo” es una forma de sexismo que consiste en identificar a la mujer con la familia.



decisión. Si tal conflicto fuera llevado a la esfera judicial, el juez podría decidir que Cecilia no trabaje porque sus hijos son muy pequeños y requieren de especial cuidado de la madre, más aún si el sueldo de Francisco resulta suficiente para el sostenimiento de la familia. Este caso hipotético, que no es lejano a la realidad, constituye a nuestro juicio una clara violación a los derechos humanos de las mujeres.

Así, lo regulado en torno a la autorización para trabajar es neutral en términos de sexo-género, pero en la práctica creará una discriminación por resultado ya que la norma se aplicará a las mujeres, quienes encontrarán un límite para poder trabajar fuera del hogar. En consecuencia, el artículo 293° del Código Civil debiera ser derogado por discriminar en el ejercicio de la libertad de trabajo.

Finalmente no podemos dejar de mencionar un conjunto de normas conexas que son aquellas destinadas a la protección de la maternidad en el ámbito laboral, que al no contemplar la intervención del varón en el cuidado y crianza de los hijos, terminan reforzando el modelo que es imperioso superar.

3.2. El impacto de la división sexual del trabajo

Si aceptamos que somos una sociedad en la que se mantienen vigentes patrones culturales discriminatorios en contra de las mujeres y que ello se traduce, en el marco de las relaciones familiares, en la adjudicación de roles distintos para cada sexo, que además se encuentran recogidos y reforzados en las disposiciones comentadas en el punto anterior; tenemos que reconocer las consecuencias que ello genera en las demás relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges.

Hay que señalar que estas consecuencias las podemos encontrar no sólo en el campo normativo sino en la aplicación de éste. En efecto, consideramos que la igualdad de trato entre los cónyuges, presente en las disposiciones sobre representación de la sociedad conyugal y sociedad de gananciales,¹⁶ puede llegar a ser sólo un maquillaje que esconde una realidad en la que existe una total asimetría en las relaciones esposo-esposa, la cual tiene su origen en la división sexual del trabajo legitimada por el Derecho.

3.3 El nombre de la mujer casada

El Código Civil de 1936 disponía en su artículo 171° que “la mujer lleva el apellido del marido agregado al suyo, y lo conserva mientras no contraiga nuevo matrimonio”. De ser una imposición para la mujer pasó a ser un derecho en el código de 1984 pues en él se estipula que “la mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio”.

El primer problema que plantea esta disposición es que viola el principio de igualdad de trato; en nuestro análisis no encontramos una causa objetiva y razonable para tal diferenciación.

En segundo lugar nos parece importante resaltar que con esta disposición se afecta el derecho a la identidad de la mujer. Si bien no nos encontramos ante una imposición

¹⁶ Sobre el particular se puede consultar Marcela HUAYTA, *op. cit.*, pp. 487-539.



sino a la posibilidad de elegir, el optar por llevar el apellido del esposo se convierte posteriormente en una obligación pues para dejar de llevarlo se requiere de autorización judicial. Así, lo que nace como un derecho se convierte en una obligación.

La disposición que comentamos, constituye un rezago más de un modelo de potestad marital que no ha sido dejado de lado.

4. En síntesis...

Llegado a este punto, creemos necesario concluir que la revisión de las normas del Código Civil de 1936 a la luz del principio de igualdad de trato, ha dado como resultado disposiciones formalmente igualitarias y neutras pero que, al aplicarse a una realidad que conserva patrones culturales sexistas, dicha igualdad es solo una ilusión.

Así pues, el estado de la regulación de los derechos y deberes que nacen del matrimonio plantea importantes retos al legislador. No basta adecuarlos a una igualdad formal sino que es preciso cuidar las distorsiones que pueden crearse cuando tales normas se aplican en contextos como el nuestro, donde las mujeres sufren aún violencia y discriminación en el ámbito familiar. Asimismo, es importante adecuar la referida normatividad a los nuevos estándares de protección de derechos. Existe un conjunto de compromisos que el Estado ha asumido y que deben ser cumplidos. Caminar hacia un sistema de relaciones familiares compartidas constituye un paso hacia un modelo familiar democrático.