

LA INCIDENCIA DEL SEXO EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA*

Rosalvina Otálora Cortés**

Rocío Poveda Peña***

RESUMEN

Tradicionalmente el “paradigma de lo humano” se ha construido alrededor del varón; es a él a quien se le atribuyen características socialmente valoradas como la racionalidad, la fuerza, el coraje, etc., en oposición a quien se caracteriza como irracional, débil y sumisa¹. Los diferentes roles y estereotipos que culturalmente se ha asignados al hombre y a la mujer han generado una enorme brecha entre los sexos, que ha dado lugar a la discriminación de la mujer en diferentes campos.

Este artículo muestra que desde la antigüedad hasta hoy el sexo ha tenido gran importancia entre los elementos que han incidido en la condición jurídica de los individuos. El hecho de nacer hombre o mujer ha condicionado la consideración del individuo social y jurídicamente. También muestra que la mujer, a través de los siglos, ha desempeñado en la sociedad un papel público secundario. Esa incidencia del sexo en la personalidad jurídica es el tema central de este artículo.

PALABRAS CLAVE

Personalidad jurídica, sexo, capacidad de obrar, condición jurídica, hombre, mujer, derecho romano, derecho anglosajón, derecho germano, género, situación jurídica de la mujer en Colombia, incidencia jurídica del sexo.

ABSTRACT

Traditionally the “paradigm of humankind” has been constructed about the male; it is to a male that socially valued characteristics are shown as rationality, strength, courage, etc. In

Fecha de recepción de artículo: 1º de junio de 2009.

Fecha de aprobación del artículo: 18 de junio de 2009.

* **Artículo producto de investigación terminada “Transexualidad y Derecho. Consecuencias e implicaciones jurídicas del cambio de sexo en los transexuales”, presentado en el marco del grupo de investigación Protección Social y Conflicto.**

** Docente investigadora de la Universidad Libre. Economista y abogada. Magíster en Estudios Políticos de la Universidad Nacional de Colombia.

*** Docente de la Universidad Santo Tomás. Abogada, especialista en instituciones jurídico penales de la Universidad Nacional de Colombia.

¹ FACIO MONTEJO, AÍDA. “El Principio de la Igualdad en el contexto de una política para la eliminación de la discriminación sexual”. En: *Avances en la construcción jurídica de la igualdad para las mujeres colombianas*. Santafé de Bogotá. Defensoría del Pueblo, 1995.

Rosalvina
Otálora Cortés

Rocío
Poveda Peña

opposition the female is characterized as irrational, weak, and submissive². The different roles and stereotypes which culturally have been assigned to the man and to the woman, have generated an enormous gap between the sexes that has given to the discrimination of women in different fields.

This article shows that –from the ancient age up to now– the sexes have had great influence upon the elements which have affected the judicial condition of the individuals. To be born man or woman, has always determined the acceptance of the individual socially and judicially. Also the article shows that woman, across the centuries, has played a secondary role in society. These incidents of sex in the judicial personality, is the central topic of this article.

KEY WORDS

Judicially personality, sex, aptitude to work, judicial condition, man, woman, Roman law, Anglo-Saxon law, German Law, genre, judicial situation of the woman in Colombia, judicial incident of the sex.

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente en nuestra sociedad el “paradigma de lo humano” se ha construido alrededor del varón. Es a él a quien se le atribuyen características socialmente valoradas como la

racionalidad, la fuerza, el coraje, etc., en oposición a quien se caracteriza como irracional, débil y sumisa. Esa dicotomía en la construcción del género, es decir, los diferentes roles y estereotipos que culturalmente se han asignados al hombre y a la mujer, no han hecho otra cosa que generar una enorme brecha entre los sexos que, a su vez, ha dado lugar a la discriminación de la mujer en diferentes campos³.

Si se hace una breve revisión de esta situación la historia da cuenta –desde la antigüedad hasta la actualidad–, que el sexo ha tenido gran importancia entre los elementos que, en diverso modo, han incidido en la condición jurídica de los individuos. El hecho de nacer hombre o mujer ha condicionado la consideración del individuo social y jurídicamente⁴.

También resulta evidente que la mujer, a través de los siglos, ha desempeñado en la sociedad un papel público secundario, realidad que ha sido siempre objeto de expresa consideración por las normas jurídicas, que la han postergado hasta ser considerada durante siglos como un mero instrumento de placer o de trabajo. Esa es la incidencia del sexo en la personalidad jurídica.

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La condición jurídica de la mujer en los tiempos primitivos no pudo

² FACIO MONTEJO, AÍDA. Op. cit.

³ Sobre el concepto de acto discriminatorio, véase la Sentencia T-098 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes.

⁴ La naturaleza, al separar los sexos, “ha distinguido las aptitudes, ha hecho entre hombres y mujeres una diferencia capital”. Tomado de CIFUENTES FERNÁNDEZ, B. *Estudios fundamentales sobre el derecho civil*. T. I. Madrid, 1943.

La incidencia del sexo en la construcción de la condición jurídica de la persona

estar más deteriorada; prácticamente carecía de personalidad⁵. Desde su nacimiento estuvo sometida al poder absoluto del padre, de los hermanos o del marido, a pesar de que en el siglo pasado Bachofen elaboró su teoría del origen matriarcal de la sociedad. Afirma que antes del patriarcado existió una etapa de matriarcado, la cual tuvo su origen en la probable promiscuidad sexual de los primeros tiempos, época en que la única manera de determinar la filiación era la vía materna, lo que motivó el aprecio y respeto de la mujer, llegándose a la preponderancia femenina absoluta.

No obstante lo anterior, lo que sí es un hecho notorio e históricamente constatable, es que prácticamente en todos los pueblos de la humanidad la discriminación de la mujer ante el Derecho por razón de su sexo no correspondió con la positiva consideración de que gozaba en el círculo familiar. Como señala Jiménez, la influencia de la mujer es poderosísima en todos los órdenes de la vida: “Forma la costumbre, da carácter a la sociedad en la que vive, asiste invisible y presente a todos los grandes acontecimientos de los pueblos y marca, con su poder sobre el corazón del hombre, los derroteros de la vida de su generación”⁶.

Vemos entonces cómo el sexo ha sido considerado tradicionalmente como una de las causas que modifican la capacidad de obrar de una persona, al entenderse que las diferencias

existentes entre el hombre y la mujer (fisiológicas, anímicas, etc.), hacían aconsejable restringir, de distintas formas, la libre iniciativa de ésta. El hombre, por el contrario, nunca sufrió ninguna restricción por razón de su sexo, puesto que alcanzada su emancipación se le permitía actuar con total libertad en todos los ámbitos de la vida. Con toda razón decía Magdalena León en la década del cuarenta que el hombre “ha gozado de plena capacidad en todos los órdenes del derecho”⁷, a diferencia de la mujer que, por el simple hecho de serlo, ha sufrido hasta nuestros días una limitación de su capacidad, fruto de la concepción social reinante.

Son muchas las referencias históricas y filosóficas que dan cuenta de ello. Rousseau, por ejemplo, en el capítulo V de *El Emilio*, escribió: “*Toda la educación de las mujeres debe estar referida a los hombres... Agradarles, serles útiles, hacerse amar y honrar por ellos, criarles de pequeños, cuidarles cuando sean mayores, aconsejarles, consolarles, hacerles la vida agradable y dulce: esos son deberes de todos los tiempos y lo que ha de enseñárseles desde la infancia*”⁸.

Kierkegaard, filósofo del existencialismo, en el *Diario de un Seductor*, sostuvo: “*La esencia de la mujer viene indicada justamente como gracia, expresión que nos recuerda la vida vegetativa; ella es como una flor, gusta decir a los poetas, y por último lo que en ellas hay de espiritual tiene algo de vegetativo. Entra en los límites de la naturaleza y es, por esto, libre más bien*

⁵ CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO, define a la personalidad jurídica como: “Actitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones” (*Diccionario Jurídico Elemental*. Bogotá. Editora Heliasta, SRL, 1984).

⁶ JIMÉNEZ F. *La mujer y el Derecho*. Salamanca, 1982.

⁷ LEÓN, MAGDALENA. *La mujer y el desarrollo*. Bogotá. Editorial Cromos, 1944.

⁸ ROUSSEAU, J. *El Emilio o de la Educación*. Ediciones Piratas, 1990.

Rosalvina
Otálora Cortés

Rocío
Poveda Peña

estéticamente. En un sentido más profundo, es liberada por medio del hombre”.

De acuerdo con estos pensadores, la autonomía y la individualidad eran características exclusivas del sexo masculino. La mujer, debía resignarse al lugar que la “naturaleza” le había reservado, dados sus atributos biológicos: tener hijos, cuidar al padre de los niños y mantener organizada la casa. Por ello, cada uno ocupaba un espacio determinado dentro de la familia, el problema es que aquél que correspondía a la mujer, siempre ha estado subvalorado.

METODOLOGÍA

Hasta este punto se ha visto que el sexo sólo incidió negativamente en la condición jurídica de la mujer. A pesar de que estas últimas referencias están ubicadas en la producción filosófica ilustrada, la concepción de la mujer como ser inferior al hombre alejada de la cultura, y por consiguiente sometida a la voluntad del hombre, impregna más de un ámbito social y de producción cultural, entre ellos el del derecho. Las instituciones jurídicas y políticas reflejaron tal situación y en muchos casos reforzaron dichas prácticas discriminatorias.

Sin querer hacer una exposición minuciosa, pues sería apartarnos del objeto central de nuestro trabajo, haremos a continuación un recuento histórico de las variaciones que ha sufrido la capacidad jurídica de la mujer en los diferentes períodos de la historia. Lo anterior, mediante la revisión de textos jurídicos de

relevancia histórica, buscando la importancia de ser hombre o mujer en la configuración del derecho en cada una de las etapas por las que atraviesa el mismo.

RESULTADOS: LOS HALLAZGOS SOBRE LA IMPORTANCIA JURÍDICA DEL SEXO A TRAVÉS DE LA HISTORIA

3.1 En los inicios del derecho

A medida que se retrocede en la historia se encuentra mayor desigualdad entre las personas por razón de su sexo, y por tanto mayor desigualdad en el estatus jurídico de hombres y mujeres.

En la antigüedad, y en relación con el pueblo hebreo, la capacidad de obrar de la mujer fue nula pues el padre, o el marido, en su caso, la representaban en todos sus actos. De esta representación se exceptuaba a la viuda, quien quedaba obligada por su sólo juramento. Asimismo, los derechos hereditarios de la mujer eran muy limitados, ya que la hija sólo heredaba al padre cuando no había hermanos, al gozar éstos de derechos de masculinidad y de primogenitura, y la esposa no adquiría derecho sucesorio alguno sobre los bienes del marido¹⁰.

En la India el Código de Manú refleja la perpetua incapacidad civil de la mujer. Cuando era niña dependía de su padre; en la juventud de su marido, y cuando enviudaba de sus hijos, y a falta de éstos, de los parientes más

⁹ KIERKEEGARD, S. *Diario de un seductor*. Madrid. Guadarrama, 1975.

¹⁰ LASARTE. *Curso de Derecho Civil*. Madrid. Editorial Tecnos, 1991.

La incidencia del sexo en la construcción de la condición jurídica de la persona

próximos. No podía gobernarse por sí sola ni disponer de nada, pues todos sus bienes estaban destinados exclusivamente a cumplir una serie de ritos funerarios.

En contraste, en el antiguo Egipto se reconoció a la mujer, y en especial a la mujer casada, una capacidad de obrar que no se encuentra en otros pueblos de la época. Entre los egipcios la esposa gozaba de gran dignidad dentro de la familia. El marido le hacía donaciones nupciales, tenía capacidad para contratar sin permiso de éste, se le reconocieron derechos de dote y alimentos. También gozaba de autoridad sobre los hijos, la dirección de la familia y el régimen patrimonial familiar¹¹.

En la antigua Grecia la incidencia del sexo en la configuración de los derechos civiles varió de conformidad con las distintas etapas de su historia. En la primera etapa, llamada heroica, la concepción patriarcal de la sociedad griega no impidió que la mujer gozara de honores y privilegios, sobre todo dentro del matrimonio, como lo muestran las obras clásicas¹².

Sin embargo, esa aparente igualdad desapareció en la llamada

época ateniense, pues en ella la desconsideración hacia la mujer se hizo patente¹³. Por la debilidad propia de su sexo, se le privó de capacidad de obrar y se le condenó a una minoría perpetua, pues durante toda su vida dependía de su tutor¹⁴.

La condición jurídica de la esposa ateniense fue similar a la de otros pueblos. Luego de casarse, quedaba sometida a la autoridad marital, aunque se le concedía cierta independencia económica con la dote que recibía de su padre. Sobre estos bienes tenía el *ius utendi et fruendi*, aunque no poseía el *ius agendi* o derecho de disponer, dada su incapacidad de obrar, pues como afirmaba Aristóteles: “Las atribuciones domésticas no son las mismas para los esposos: el fin del hombre es adquirir, el de la mujer conservar”¹⁵.

Luego de la caída del Estado ateniense, la época helenística introdujo profundos cambios en la capacidad de la mujer griega. El desmembramiento de los valores clásicos por los cínicos y los estoicos dio lugar al nacimiento de un mundo nuevo en el que se amplió el campo de la actuación jurídica de la mujer. Su capacidad de obrar fue casi plena¹⁶, si se exceptúa la

¹¹ JIMÉNEZ. Op. cit.

¹² *La Iliada* y *La Odisea* muestran, a través de sus personajes, una mujer venerada y un matrimonio honrado.

¹³ Mientras que el hombre desarrollaba plenamente sus facultades en la vida pública, ella “se reducía a guardar la casa, ocuparse de los asuntos domésticos, obedecer a sus padres y a su marido” (PLATÓN: *Menom*).

¹⁴ El tutor actuaba por la mujer en los mismos actos prohibidos a los hombres menores de 18 años: obligarse, disponer, adquirir, etc.

¹⁵ ARISTÓTELES. *La Política*. Bogotá. Ediciones Universales, 1993.

¹⁶ La mujer pudo comprar y vender libremente bienes muebles e inmuebles, constituir hipoteca sobre su patrimonio, conceder y obtener préstamos, asumir obligaciones de trabajo, hacer testamento, ser instituida heredera, recibir legados y, raramente, concluir personalmente su contrato de matrimonio.

Rosalvina
Otálora Cortés

Rocío
Poveda Peña

prohibición de ser testigo en contratos y testamentos, o la imposibilidad de poseer tierras.

3.2 En el derecho romano

De la misma manera que en muchos otros pueblos de la antigüedad, la capacidad jurídica del individuo quedó condicionada en el derecho romano por la pertenencia a uno u otro sexo¹⁷. En sus diferentes etapas, se encuentra un gran número de limitaciones y prohibiciones para la mujer.

Por ejemplo, durante la denominada etapa arcaica la sociedad romana responde a un rígido esquema patriarcal. Su ordenamiento sólo consideraba como sujetos de pleno derecho a los ciudadanos masculinos jefes de un grupo familiar, y al varón púber. La mujer, en ese marco de absolutismo patriarcal, era considerada como una menor psíquica, necesitada de ayuda, y por ello a lo largo de su vida estaba sometida a una de estas tres potestades masculinas: la patria potestad del padre si era una menor; la *manus* del esposo si estaba casada, y la tutela del pariente más cercano (*agnado*) si se trataba de una viuda¹⁸.

Diferentes razones llevaron a los romanos a constituir la tutela sobre la

mujer, entre ellas la ligereza de juicio que le atribuía, la debilidad de su sexo y el desconocimiento de las cosas del foro. Sin embargo, la verdadera razón práctica residía en el alto interés público que tenía la conservación de la familia, que no podía quedar rota por la muerte del *paterfamilias*. Así, la mujer siempre estaba sometida al poder masculino, sufriendo en general graves limitaciones en la esfera jurídico-privada¹⁹, y en la esfera de lo público también estuvo excluida de todo oficio inherente a la organización estatal, hasta el punto de poderse hablar de una falta de capacidad jurídica respecto al derecho público²⁰.

Durante la etapa clásica el estatus de la mujer mejoró sustancialmente. La expansión comercial de Roma originó un cambio en las costumbres que incidió de manera positiva en los derechos del sexo femenino. La mujer viuda fue beneficiada con la caída del *ligamen agnaticio*. La esposa también se benefició, pues al desaparecer prácticamente la antigua *manus*, el matrimonio no supuso transferencia de la mujer a la familia del marido, con lo que éste perdió los derechos sobre aquella, y los dos esposos vivieron en una cierta igualdad e independencia²¹.

¹⁷ DALLA, D. pone de presente que además de la tradicional bipartición de sexos, el derecho romano contempló casos de hermafroditismo.

¹⁸ MEDELLÍN, CARLOS. *Derecho Romano*. Santafé de Bogotá. Editorial Temis, 1989.

¹⁹ En efecto, no podía ejercer la patria potestad, ni ser tutora de impúberes, ni adoptar hijos, ni actuar de testigo en un testamento, ni figurar en juicio por otros, ni entablar una acusación pública, ni contraer obligaciones a favor de terceros, ni heredar, ni mucho menos testar.

²⁰ La mujer no podía ser magistrado, ni procurador, ni formar parte de la *comitiorum communio*, ni tampoco podía asumir la acusación en proceso criminal, ni ser actor en las llamadas acciones populares.

²¹ La mujer ya no estaba obligada a obedecer a su marido, sino simplemente a convivir junto a él, serle fiel y permitirle su corrección. Gozó, además, de cierta independencia económica, al ser titular de un patrimonio constituido por la dote y ciertas donaciones nupciales.

La incidencia del sexo en la construcción de la condición jurídica de la persona

Un tiempo después, la mejora introducida en el estatus de la mujer, supuestamente produjo una cierta relajación en las costumbres romanas que obligó al Estado a intervenir dictando una serie de medidas, de las que la mujer salió desfavorecida. Por ejemplo, la *Lex Voconia* (año 169 a. C.) prohibió a la mujer heredar por testamento más de cien mil ases²². Posteriormente Augusto, con el fin de fomentar los matrimonios, dictó las dos leyes *Iulia*, que declararon incapaces de heredar a las mujeres célibes; también persiguieron a la adúltera y le prohibieron ser testigo, contraer matrimonio y recibir herencias, legados o fideicomisos.

Ya en la etapa postclásica y en la justiniana, la configuración de los derechos de la persona por la pertenencia a un sexo u otro estuvo influenciada por el cristianismo. Éste, que convertido por Constantino en religión oficial y postulando como valores fundamentales la fraternidad, la caridad y la igualdad entre los hombres, mejoró la condición de la mujer. De hecho, este progresivo y gradual avance encontró su principal campo de acción en la institución matrimonial.

Desde la época de Constantino la legislación del imperio romano intentó equiparar los derechos entre los cónyuges, y buscó cierta protección de la mujer. A pesar de continuar sometida a la autoridad del marido, comenzó a gozar dentro del matrimonio de una posición privilegiada, hasta entonces

desconocida. El matrimonio ya en la época de Justiniano es considerado cómo una “comunidad” en la que los cónyuges se deben recíproca fidelidad, socorro y asistencia. En este periodo también la madre es protagonista de las relaciones paterno-filiales, y a pesar que no llegó a ejercer la patria potestad sobre los hijos, desempeñó un papel fundamental en su educación.

En el ámbito extramatrimonial la capacidad de obrar de la mujer mejora como lo prueba la desaparición de la antigua tutela *mulieris*. Además, Justiniano reconoció a la mujer capacidad para testar y derechos sucesorios sobre los bienes de sus hijos²³. Sin embargo, en el derecho público no se produjeron avances en la capacidad de la mujer.

A pesar de la manifiesta influencia del derecho justiniano en la posterior producción legislativa de Bizancio, ésta, sin embargo, se apartó de sus fuentes romanas de una forma radical en el reconocimiento de los derechos de la mujer. Las limitaciones impuestas no sólo incidieron en la mujer casada. También se dictaron, sobre todo por León VI (886-912), una serie de medidas que limitaron la capacidad de la mujer en general, entre los que se destacan: el no poder testar a favor del hombre que se sospechaba, era su amante, el no poder testimoniar salvo en las cuestiones llamadas femeninas o propias de la mujer (por ejemplo el nacimiento de un niño) y la pérdida por la viuda de la tutoría sobre sus hijos si contraía nuevas nupcias.

²² GAYO. *Instituciones*.

²³ Ello lo hizo Justiniano mediante la derogación de las Leyes Voconia y le reconoció a la mujer derechos sucesorios.

3.3 En el derecho germánico

En el derecho germano las limitaciones a la capacidad jurídica de la mujer fueron múltiples. Como ésta era incapaz de protegerse por sí misma, y desprovista de otra protección que no fuera la familia, quedaba sujeta desde que nacía a una tutela perpetua: el *mundium*²⁴. Mientras permanecía soltera dependía del padre; si este moría antes de casarla el *mundium* se transmitía al pariente varón más próximo por línea paterna. o en su defecto al Estado. Una vez contraía matrimonio la mujer pasaba al poder del marido, y la viuda quedaba sujeta al *mundium* del hijo mayor hasta que contrajera nuevas nupcias.

Sin embargo, tal incapacidad estaba presente más en las normas que en la realidad, pues aún siendo incapaz para actuar sin permiso de su representante, en cambio, sí podía actuar por medio de terceros: celebraba por sí misma algunos actos de administración, y aunque no le era permitido ocupar el puesto de tutor, sus consejos siempre motivaron las decisiones de éste.

Esa tendencia del derecho germánico a eliminar las diferencias jurídicas entre el hombre y la mujer fue muy clara en la institución del matrimonio. La esposa, aunque quedaba sujeta al *mundium* o potestad del marido²⁵ y estaba privada del ejercicio de la patria potestad, gozaba de cierta

independencia económica al ser titular de un patrimonio integrado por la dote (que a diferencia de la romana –constituida por el padre de la esposa– aquí lo era por el marido), las donaciones nupciales (*morgen gabe*) y las herencias.

La posterior influencia del cristianismo en el derecho germánico determinó una serie de mejoras en la condición de la mujer. Así, la esposa compartió con el marido las facultades inherentes al cuidado y educación de los hijos, se prohibió al esposo repudiar a su mujer, y se creó un tribunal doméstico con el fin de controlar el ejercicio del *mundium* por el marido. En materia económica se concedió a la mujer el derecho a hacer suyo, luego de la muerte del marido, un patrimonio compuesto por los bienes propios, la dote nupcial (*morgen gabe*), y lo que correspondería por su participación en los bienes del difunto.

A pesar de que en los primeros siglos del dominio visigodo en España existió una cierta desigualdad entre los derechos del marido y la esposa, con el tiempo se llegó a la equiparación formal entre los cónyuges. La influencia manifiesta del derecho romano y del cristianismo en la legislación visigoda, benefició a la esposa dotándola de una peculiar capacidad jurídica²⁶.

De cualquier modo, puede concluirse que también en el derecho germánico

²⁴ GIDE. *Estudio sobre la condición privada de la mujer*. París, 1967.

²⁵ Con el *mundium*, la esposa quedaba sujeta a la potestad del marido hasta el punto que éste era dueño de ella y de todo lo que le pertenecía.

²⁶ En la legislación visigoda se le reconoció a la mujer el ejercicio de la patria potestad y la tutoría sobre sus hijos, fue titular en exclusiva de un pequeño patrimonio, y disfrutó de la llamada potestad doméstica o potestad de las llaves, así mismo, pudo contraer deudas de pequeña cuantía y obligar al marido por la adquisición de objetos precisos para el uso diario, personal y de su familia.

La incidencia del sexo en la construcción de la condición jurídica de la persona

es patente la diferenciación en el trato jurídico, a causa de diferencia de sexo.

3.4 En el derecho de la Edad Media

Durante el medioevo la influencia del sexo en la capacidad de obrar de la persona difiere según los distintos regímenes jurídicos que coexisten en el mundo. De hecho, la organización feudal creó un derecho de familia plagado de rígidos privilegios masculinos. La mujer, incapaz de usar las armas²⁷, tampoco podía ser titular de derechos, cuya posesión suponía obligaciones y cargas que no podía realizar por sí misma.

Durante el Bajo Medioevo, debido a la recepción del derecho romano y el auge de la filosofía aristotélica y la escolástica, que desconfían de la mujer, se acentuó en los textos jurídicos de la época la tradicional restricción de su capacidad. En el Fuero Real el sexo siguió condicionando el disfrute de los derechos. Tanto la mujer soltera o viuda como la casada²⁸, vieron limitada su capacidad²⁹.

La concepción romana del sexo femenino como débil, de ligero juicio y necesitado de protección,

pasó a las Partidas, de Alfonso X, El Sabio, que rigieron en América durante mucho tiempo, las que también dieron a la mujer un trato jurídico desfavorable. De ahí que partan de la idea de que el hombre era siempre de “mejor condición” que la mujer, y fruto de tales ideas era la consideración que si nacían a la vez dos criaturas de distinto sexo, se entendía que el hombre había nacido primero. Así mismo, cuando se presentaba muerte conjunta, de hombre y de mujer, y no se podía determinar quién murió primero, se entendía premuerta a la mujer³⁰.

El recato público debido por la mujer se hace evidente en un conjunto de prohibiciones tales como ser juez, procuradora o abogada, fiar, ser tutora, salvo la madre o la abuela sobre sus hijos o nietos, respectivamente, y ser adoptante³¹. En relación con la mujer casada, las limitaciones impuestas a su capacidad proceden de la potestad marital dentro la sociedad conyugal y el principio de dirección del patrimonio familiar³². Sin embargo, gozó de algún margen de actuación, pues podía testar, heredar e incluso suceder *ab intestato* a su marido, también era titular de un patrimonio integrado por la dote y por primera vez en nuestro derecho

²⁷ La capacidad de tomar las armas constituía la esencia del feudalismo y el origen de la capacidad para ser propietario. Véase: HUBERMAN, LEO. *Los bienes terrenales del hombre*. Antropos, 1995.

²⁸ La esposa no podía obligarse, ni prestar fianza, sin licencia marital.

²⁹ Curiosamente, este cuerpo legal, al regular qué personas no podían testificar, contempló la primera referencia del derecho al fenómeno del hermafroditismo: “...ni home que anda en semejanza de mujer, ni aquel que haya naturaleza de home y de mujer” (FR II, VIII, 9). La doctrina europea, cuando se ha ocupado del fenómeno del hermafroditismo en la regulación, se ha referido siempre a las Partidas.

³⁰ Las XII Partidas. Madrid: Edición especial de la Real Academia de la Lengua Española, 1975.

³¹ *Ibid.* Partidas III, IV, V, VI, XII, XVI.

³² Con base en esto, la mujer quedaba sometida a la autoridad marital, y se le privaba de la patria potestad sobre los hijos (P. II, III, IV, XVII).

Rosalvina
Otálora Cortés

Rocío
Poveda Peña

por los llamados bienes parafernales (P. I, IV, XI, XIII, XVII).

Los grandes textos legislativos, posteriores a las Partidas, presentan apenas alguna novedad en la configuración de los derechos por la pertenencia a uno u otro sexo.

3.5 El derecho moderno y la situación jurídica de la mujer colombiana³³

El derecho moderno confirmó en nuestro ordenamiento la tendencia, ya iniciada en otros sistemas jurídicos, de ir eliminando, lenta y paulatinamente, las discriminaciones que pesaban sobre la mujer. Se destaca la Novísima Recopilación de las Leyes de Indias, que derogó el antiguo privilegio de la mujer de poder excusarse por ignorancia de la ley, y también reconoció a la mujer el derecho a trabajar en las artes compatibles con el decoro de su sexo³⁴. A pesar de lo anterior, este ordenamiento recogió la mayoría de las discriminaciones históricas e incluyó una adicional, cual es la preferencia de la línea masculina sobre la femenina en la sucesión.

En Colombia la erradicación del sexo, como factor discriminador en la ley, fue y continúa siendo el resultado de un proceso muchísimo más lento que el de otros países. Los

sucesivos intentos codificadores y legislativos en la historia de Colombia se resistieron hasta hace muy pocos años a desprenderse de una larga tradición discriminatoria. Se hace por lo tanto necesario comprobar que la situación social, económica y política de la mujer en nuestro país ha estado marcada por múltiples factores, estrechamente vinculados a su condición sexual y a la cultura patriarcal y machista que nos ha caracterizado.

Uno de los aspectos que permite apreciar claramente la situación de la mujer en la sociedad colombiana es el relacionado con su condición civil, cuyas instituciones constituyen una clara expresión manifiesta del estado de subordinación de la mujer respecto al hombre³⁵.

El ordenamiento jurídico colombiano es producto de la conjunción de varias corrientes³⁶ de diversa procedencia, que tienen en común su carácter patriarcal³⁷. De hecho, las instituciones civiles fueron adaptadas a la vida de las repúblicas latinoamericanas a mediados del siglo XIX. Andrés Bello y su Código Civil chileno de 1855 fue la guía de los legisladores colombianos.

Por ejemplo en 1873 se adoptó el Código Civil de la Unión que en la parte relativa al derecho de familia

³³ En este aparte fue de gran ayuda el escrito de VELÁSQUEZ TORO, MAGDALA. "Condición jurídica y social de la mujer". En: JARAMILLO URIBE, TIRADO MEJÍA, JAIME, MELO, JORGE ORLANDO y BEJARANO, JESÚS ANTONIO. *Nueva Historia de Colombia, NHC*. Vol. IV. Bogotá, Planeta, 1991, pp. 9-59.

³⁴ Novísima Recopilación de las Leyes de Indias, Madrid, 1982.

³⁵ GUTIÉRREZ DE PINEDA, VIRGINIA. *Familia y Cultura en Colombia*. Bogotá. Biblioteca Básica Colombiana, Colcultura, 1987.

³⁶ En el ordenamiento jurídico colombiano se incorporan elementos de la tradición judeocristiana, de las instituciones romanas, del derecho canónico, del ordenamiento español y del Código Napoleónico.

³⁷ VELÁSQUEZ TORO, MAGDALA. *Op. cit.*, p. 10.

La incidencia del sexo en la construcción de la condición jurídica de la persona

otorgaba derechos patrimoniales mínimos a la mujer casada tales como la administración y uso libre de “los bienes de su exclusivo uso personal”³⁸. Es de anotar, además, que los legisladores criollos superaron en detalles y reglamentos al Código Napoleónico, especialmente en lo relacionado con las obligaciones y prohibiciones de la mujer y los correlativos derechos absolutos otorgados al hombre sobre su esposa y sus hijos.

En relación con el divorcio, que realmente era una separación porque no disolvía el matrimonio, se establecieron como causales el adulterio de la mujer y el amancebamiento del marido. Así, para señalarla como culpable del divorcio sólo se exigía que la mujer hubiera sostenido una relación ocasional con un hombre distinto de su marido. En contraste, para señalar al hombre como el causante del divorcio, se requería que éste conviviera en unión permanente con otra mujer. Además de sancionar a la mujer que daba lugar al divorcio con la pérdida de los hijos, se le negaba todo derecho sobre los gananciales de la sociedad conyugal, se le confiscaban sus bienes y se otorgaba al marido la administración y usufructo de los mismos, a pesar

de que la confiscación de bienes estaba expresamente prohibida por la Constitución, en cambio no se imponía ningún tipo de sanción pecuniaria al marido que causaba el divorcio por amancebamiento³⁹.

La legislación civil brindaba a la mujer soltera una serie de beneficios. Para ella no existían mayores prohibiciones expresas en razón de su sexo, excepto las de ser tutora y testigo. Sin embargo, es necesario recordar que por un camino iba la ley y por otro la costumbre, la tradición y la ideología patriarcal dominante socialmente.

Así, por el solo hecho de casarse la mujer se transformaba jurídicamente en incapaz⁴⁰ y debía ser representada legalmente por el marido. Cuando la mujer contraía matrimonio perdía la capacidad de manejar su dinero y sus bienes, puesto que la ley otorgaba al marido su exclusiva administración.

En el caso de la mujer casada que ejercía alguna profesión, tales como ser directora de colegio o maestra, se presumía la autorización del marido para realizar los actos relativos a los compromisos que su ejercicio suponía, pero como los ingresos percibidos entraban a formar parte

³⁸ Entiéndase por bienes de uso personal sus vestidos, ajuares, joyas e instrumentos de su profesión u oficio. Código Civil del Estado de Santander, artículo 1804.

³⁹ VALENCIA ZEA, ARTURO, ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho Civil*. T. V. *Derecho de Familia*. Santafé de Bogotá. Editorial Temis, 1995.

⁴⁰ En el aparte titulado de manera eufemista “Obligaciones y derechos entre cónyuges”, de dieciséis artículos, diez versaban sobre las obligaciones de la mujer. Consignaba el Código Civil colombiano que “el marido debe protección a la mujer y la mujer obediencia al marido”. Definía la potestad marital como “el conjunto de derechos y obligaciones que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer”. El concepto de potestad marital de los legisladores colombianos de 1887 era mucho más lesivo que el establecido por Andrés Bello, que lo entendía como el derecho del marido a autorizar los actos de la mujer. La mujer tampoco tenía domicilio propio, sino el del marido. Código Civil de 1887 (VELÁSQUEZ TORO, MAGDALA. *Op. cit.*, pp. 12 y ss.).

Rosalvina
Otálora Cortés

Rocío
Poveda Peña

de la sociedad conyugal, el marido administraba también así su salario.

La patria potestad de los hijos era ejercida de manera exclusiva por el padre. Así éste quedaba facultado para usufructuar los bienes del hijo y elegir su profesión futura y para completar la discriminación por razones de sexo, los juristas decidieron en sus interpretaciones ampliar la potestad marital a aspectos tales como la facultad de inspeccionar las relaciones y la correspondencia de la cónyuge, y prohibirle amistades que según él fueran “notoriamente perjudiciales”. Por último, el decreto 1003 de 1939 impuso a la mujer la obligación de tomar el apellido del marido, agregándolo al suyo precedido de la preposición “de”, que denotaba la pertenencia⁴¹.

Luego de una larga evolución, el camino que han recorrido las mujeres en defensa de sus derechos lentamente se empezó a ver plasmado en instrumentos jurídicos que buscaron reafirmar su dignidad. Por iniciativa del gobierno de Olaya Herrera, hacia 1930, se empezó a debatir el reconocimiento de los derechos patrimoniales de la mujer casada⁴². Así, fue presentado al Congreso el primer proyecto de ley que buscaba la

igualdad patrimonial de la mujer en el matrimonio y que no fue aprobado⁴³.

El debate sobre este aspecto de la condición de la mujer colombiana generó discusión en otros aspectos, que hasta el momento eran vedados. Los conservadores temían contrariar los principios de la Iglesia Católica y se opusieron a esta reforma que “atentaba gravemente contra la estabilidad del hogar colombiano puesto que iba directamente contra la unidad conyugal, base del matrimonio católico”⁴⁴.

Sin embargo, la actuación de los liberales en el Congreso, y la presión ejercida por el gobierno y por un grupo de mujeres de clase alta, hicieron posible la aprobación de la Ley 28 de 1932, norma que modificó la potestad marital en la parte relativa a los bienes de la mujer, consagró la libre administración y disposición de los bienes pertenecientes a cada uno de los cónyuges al momento de la celebración del matrimonio y de los adquiridos durante su vigencia, estatuyó la responsabilidad de cada cónyuge de las deudas personales y la solidaridad ante terceros por las contraídas para satisfacer las necesidades del hogar⁴⁵.

⁴¹ República de Colombia, Decreto 1003 de 1939.

⁴² Por iniciativa del gobierno de Olaya Herrera, el abogado Luis Felipe Latorre, comisionado por el presidente, realizó un estudio acerca de las reformas requeridas para otorgar derechos civiles a la mujer casada, y dar cumplimiento con ello a uno de los objetivos de su campaña política.

⁴³ En la argumentación del gobierno se encontraban presentes no solo tesis de tipo humanitario, sino la urgente necesidad de incorporar a la mujer al proceso capitalista, en vía de expansión en nuestro país (el sector productivo requería una gran cantidad de fuerza de trabajo libre y disponible); otra causa era el problema que se presentaba en las familias acaudaladas, en las que, por la estructura jurídica, las fortunas familiares estaban a punto de ser disueltas por el mal manejo de los yernos.

⁴⁴ “Debate sobre la mujer en América Latina y El Caribe”. En: *Realidad Colombiana*. Bogotá, 1982.

⁴⁵ También dio a la mujer casada la facultad de comparecer libremente en juicio, eliminó las autorizaciones maritales para el manejo de sus bienes y contribuyó así a limpiar de la legislación colombiana los lastres que menoscababan la dignidad de la mujer.

La incidencia del sexo en la construcción de la condición jurídica de la persona

¿A pesar que fue un gran avance, la mayoría de las mujeres beneficiadas por esta ley no la conocieron, o nunca solicitaron su aplicación. Se necesitó mucho tiempo para que las mujeres colombianas pudieran hacer efectivos los derechos que esta norma contemplaba.

En relación con la mujer frente al Estado, uno de los aspectos más importantes es el ejercicio del sufragio y del derecho a elegir y ser elegido en los órganos de representación popular. En 1853 los constituyentes de la provincia de Vélez establecieron que todo habitante de la provincia “sin distinción del sexo tendrá entre otros derechos el del sufragio”. Se trata tal vez del primer lugar en el mundo que otorga constitucionalmente el derecho del sufragio a la mujer (Suecia lo concedió en 1866, y en 1869 el estado norteamericano de Wyoming lo hizo con el fin de propiciar la inmigración femenina hacia sus tierras).

A partir del reconocimiento de los derechos civiles de la mujer casada, inicia un largo proceso por el reconocimiento de sus derechos políticos. En 1933 algunos parlamentarios conservadores (Augusto Ramírez Moreno y otros), presentaron un proyecto de reforma constitucional, por el cual se concedía el voto a la mujer, que fue archivado en primer debate. Durante el gobierno

de Alfonso López Pumarejo se incluyó una reforma que otorgaba el sufragio universal a los varones, sin discriminación patrimonial, ni de instrucción. Los representantes conservadores plantearon la necesidad de otorgar la totalidad de los derechos ciudadanos a la mujer, mientras que los liberales, movidos por el temor de las consecuencias políticas que podría tener el hecho de que muchas mujeres profesaran la religión católica, acordaron concederles solamente la posibilidad de ejercer cargos públicos.

Hacia 1944, durante el segundo mandato de López Pumarejo, hay un segundo intento de reforma política. Alberto Lleras Camargo, ministro de gobierno, presentó un proyecto en el cual se otorgaba la ciudadanía a la mujer. En esa época nacieron varias formas de organización femenina dirigidas a presionar el reconocimiento de los derechos de la mujer y el análisis de aspectos específicos de la condición femenina en el país⁴⁶.

La Cámara de Representantes aprobó en la primera ronda la plenitud de los derechos políticos para la mujer, por iniciativa de los sectores de la izquierda, que por motivos de conveniencia política abogaban por su reconocimiento progresivo. Cada uno de los grupos políticos luchaba, de acuerdo a sus intereses, por lograr el sufragio femenino que le reportaría

⁴⁶ Las líderes de la reforma utilizaron las emisoras Radio Boyacá con su espacio “La hora feminista”, y Radio Cristal, en Bogotá. Su idea fue concienciar a las mujeres de la necesidad de tener un estatus político. La Primera Conferencia Nacional de Mujeres se reunió en Bogotá, en febrero de 1945 y a ella asistieron obreras, estudiantes y mujeres de clase media de todo el país. Las mujeres utilizaron varios medios de presión: el periódico *Diario Popular* agitó constantemente sus reivindicaciones; se reunieron con las comisiones del Congreso encargadas de estudiar la reforma; allegaron las firmas de miles de mujeres de todo el país y agitaron sus barras durante las plenarias. URIBE DE ACOSTA, OFELIA. *Una voz insurgente*. Bogotá. Editorial Guadalupe, 1963.

Rosalvina
Otálora Cortés

Rocío
Poveda Peña

beneficios electorales. En 1946 se presentaron tres proyectos para reconocer los derechos ciudadanos a la mujer. Luego de varios intentos más y de la participación activa de varias mujeres⁴⁷, la Asamblea Nacional Constituyente, a través del Acto Legislativo 3 de 1954, otorgó a la mujer el derecho de elegir y ser elegida. Sin embargo, la votación no fue unánime, y algunos diputados presentaron una proposición según la cual la ley debía reglamentar el ejercicio del sufragio femenino, para darle particulares garantías que la protegieran, lo que ponía en riesgo la conquista del pleno ejercicio de los derechos políticos de la mujer.

A pesar del reconocimiento legislativo ni las mujeres, ni los hombres colombianos pudieron ejercer el derecho al sufragio, debido a que durante la dictadura no hubo elecciones. Colombia fue de las últimas repúblicas latinoamericanas en reconocer la plenitud de los derechos políticos a la mujer. El ejercicio activo del sufragio femenino se inició con el plebiscito en 1957, en un contexto político complicado por problemas económicos, violentas contradicciones sociales y cuando el país apenas empezaba a salir de la denominada época de la violencia.

Es así como luego de una larga y dura lucha de las mujeres en defensa de

sus derechos, el reconocimiento de su dignidad se ha visto plasmado en numerosas normas e instrumentos nacionales e internacionales tales como la Ley 28 de 1932, que consagró la libre administración y disposición de los bienes de cada uno de los cónyuges; el Decreto 1972 de 1933, que abrió las puertas de las universidades a la mujeres; la reforma constitucional de 1954 que les permitió ejercer el derecho al sufragio; el Decreto 1260 de 1970, que eliminó la obligación de llevar el apellido del esposo; el Decreto 2820 de 1974 que estableció la igualdad jurídica de los sexos, y por tanto acabó con la potestad marital; el Decreto 1398 de 1990, que reglamentó la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, suscrita por Colombia en 1981, y finalmente la Constitución Política de 1991 y sus posteriores y múltiples desarrollos, que consagra el derecho a la igualdad como pilar fundamental del Estado social de derecho, pero cuyo análisis excede los límites de este artículo⁴⁸.

CONCLUSIONES

Este escrito ha pretendido mostrar las variaciones que ha sufrido la capacidad jurídica de la mujer en los diferentes períodos de la historia, en la idea de entender que el sexo ha jugado un papel determinante en la

⁴⁷ Las mujeres empezaron a presionar a la comisión desde el mes de diciembre, presentando un memorial suscrito por más de 3.000 mujeres, en el que defendían los convenios internacionales relativos a la mujer suscritos por Colombia, que aún no habían sido traducidos a normas legales, y atacaban tal proyecto que concedía el sufragio a las mujeres casadas porque significaba una discriminación con el resto de la población femenina. Poco tiempo después, con el beneplácito de algún sector de la prensa, dos representantes femeninas de la ANAC presentaron a la plenaria el proyecto de acto legislativo por el cual se concedería el sufragio a la mujer.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-082 de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

La incidencia del sexo en la construcción de la condición jurídica de la persona

configuración del derecho, que ser hombre o ser mujer ha importado e importa a lo largo de la historia jurídica y que por ello esta variable del sexo continúa siendo de gran relevancia al momento de entender derechos como la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, consagrados en la Constitución Política del 91, que permiten hoy en día –junto con todos los avances incluyentes en materia de género–, construir el derecho a la identidad sexual de poblaciones específicas como la población LGBT, por ejemplo.

Ha mostrado también que a pesar de los avances muchos de los instrumentos que equiparan los derechos de la mujer y que sirven de base a la lucha de otras poblaciones organizadas (LGBT) aún

siguen siendo letra, y la mujer continúa siendo discriminada por razón de su sexo.

En todo este proceso histórico-político es claro el papel de la mujer no sólo como espectadora, sino también víctima de la violencia política del país y su deseo de poder contribuir con su participación activa en la vida política a la solución de los problemas sociales que afectaban a la población colombiana. Hoy en Colombia la mayoría de desplazados y víctimas de la violencia tienen rostro de mujer y de niño. Son los hombres quienes teórica y tradicionalmente van a la guerra, pero sin duda son las mujeres quienes en definitiva sufren mayormente las consecuencias y vejámenes de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO X, EL SABIO. *Las XII Partidas*. Madrid. Edición especial de la Real Academia de la Lengua Española, 1975.

ARISTÓTELES. *La Política*. Bogotá. Ediciones Universales, 1993.

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. *Diccionario Jurídico Elemental*. Bogotá. Editora Heliasta, SRL, 1984.

CIFUENTES FERNÁNDEZ, B. *Estudios fundamentales sobre el derecho civil*. T. I. Madrid, 1943.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-082 de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia T-098 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes.

DE BEAUVOIR, SIMONE. “El Segundo Sexo”. En: Lucy Cohen. *Las colombianas ante la revolución universitaria*. Bogotá. Tercer Mundo, 1971.

“Debate sobre la mujer en América Latina y El Caribe”. En: *Realidad Colombiana*. Bogotá, 1982.

Rosalvina
Otálora Cortés

Rocío
Poveda Peña

FACIO MONTEJO, AIDA. “El Principio de la Igualdad en el contexto de una política para la eliminación de la discriminación sexual”. En: *Avances en la construcción jurídica de la igualdad para las mujeres colombianas*. Santafé de Bogotá. Defensoría del Pueblo, 1995.

GAYO. *Instituciones*. Falta información.

GIDE. *Estudio sobre la condición privada de la mujer*. París, 1967.

GUTIÉRREZ DE PINEDA, VIRGINIA. *Familia y Cultura en Colombia*. Bogotá. Biblioteca Básica Colombiana, Colcultura, 1987.

HUBERMAN, LEO. *Los bienes terrenales del hombre*. Antropos, 1995.

JIMÉNEZ F. *La mujer y el Derecho*. Salamanca, 1982.

KIERKERGAARD, S. *Diario de un seductor*. Madrid. Guadarrama, 1975.

La Ilíada. Antropos, 1983.

La Odisea. El Malpensante, 1983.

LASARTE. *Curso de Derecho Civil*. Madrid. Editorial Tecnos, 1991.

LEÓN, MAGDALENA. *La mujer y el desarrollo*. Bogotá. Editorial Cromos, 1944.

MEDELLÍN, CARLOS. *Derecho Romano*. Santafé de Bogotá. Editorial Temis, 1989.

ROUSSEAU, J. *El Emilio o de la Educación*. Ediciones Piratas, 1990.

URIBE DE ACOSTA, OFELIA. *Una voz insurgente*. Bogotá. Editorial Guadalupe, 1963.

VALENCIA ZEA, ARTURO, ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho Civil. T. V. Derecho de Familia*. Santafé de Bogotá. Editorial Temis, 1995.

VELÁSQUEZ TORO, MAGDALA. “Condición jurídica y social de la mujer”. En: JARAMILLO URIBE, TIRADO MEJÍA, JAIME, MELO, JORGE ORLANDO y BEJARANO, JESÚS ANTONIO. *Nueva Historia de Colombia, NHC*. Vol. IV. Bogotá. Planeta, 1991.

COLABORADORES
NACIONALES

