

PERÚ

Observatorio de Sentencias Judiciales

Los derechos de las mujeres en la mira



DEMUS – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer
Dirección: Jr. Caracas 2624 – Jesús María
Teléfonos: 463-1236 / 463-8515
demus@demus.org.pe
www.demus.org.pe

Coordinación y edición: Jeannette Llaja Villena
Autores/as: Carlos J. Zelada Acuña, Cynthia Silva Ticllacuri, Ingrid Díaz
Castillo, Paula Siverino Bavio, Beatriz Ramírez Huaroto y Julissa
Mantilla Falcón.

Lima, marzo de 2014

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-
05599

Corrección y estilo: Carmen Ollé Nava
Diseño y diagramación: Marisa Godínez
Impresión: Urbana Edición y Diseño S.A.C.
Av. César Canevaro 846, Dpto. 201 – Lince
Teléfono: 4719481
E-mail: urbana.gerente@gmail.com

Esta publicación es posible en el marco del proyecto "JUSTICIA DE
GÉNERO: construyendo un sistema de justicia que responda a las ne-
cesidades de las mujeres urbanas y rurales que han sufrido violencia",
con el apoyo financiero de la Cooperación Belga al Desarrollo.

**GÉNERO Y DERECHO DE FAMILIA: ENRIQUECIENDO LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Beatriz Ramírez Huaroto*

BEATRIZ RAMÍREZ HUAROTO

Magistra en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y abogada por la misma universidad. Diplomada en Estudios de Género por la PUCP y Diplomada en Género y Derecho por el Colegio de Abogados de Lima. Ha sido docente del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, de la Academia de la Magistratura y del Colegio de Abogados de Lima, y ha participado como ponente en diversos espacios de formación jurídica. Durante varios años se desempeñó como profesora adjunta y asistente de docencia del curso de Derecho Familia en la Facultad de Derecho de la PUCP.

Integrante del capítulo Perú del Comité de América Latina y El Caribe para la defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), ha desarrollado su carrera profesional en organizaciones feministas y se ha desempeñado como consultora en temas de género y derechos humanos para organismos de sociedad civil y el Estado. Actualmente forma parte del equipo técnico del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

El trabajo analiza la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la formación de las/los operadoras/es del sistema de justicia. A propósito de varios casos relativos al Derecho de Familia resueltos por diversas instancias nacionales, la autora señala que la aplicación del enfoque de género debería haber provisto de argumentos adicionales para las resoluciones judiciales.

1. Perspectiva de género: ¿qué y para qué?

“Con lentes de género, se ve otro Derecho” es la expresión acuñada por la abogada costarricense Alda Facio para enunciar el aporte de este enfoque en el campo jurídico (2003b). Y la expresión alude a la relevancia de esta mirada para el análisis jurídico.

El concepto de género tuvo como objetivo fundamental “evidenciar la fragilidad y falsedad de las explicaciones biologicistas de la subordinación de la mujer”; por lo tanto, es un concepto que muestra que las diferencias entre mujeres y varones son construidas social y culturalmente, y que en este nivel se jerarquizan y se hacen dicotómicas (Ruiz Bravo 1999: 134). Si la categoría *sexo* alude a lo real y corpóreo, integrado por los aspectos o características biológicas, hormonales, fisiológicas y genéticas que diferencian a hombres y mujeres, la categoría de *género* nos remite a las características que, social y culturalmente, se adscriben a hombres y mujeres a partir de las diferencias corpóreas (Ruiz Bravo 1999: 135). La distinción entre sexo y género es muy importante, pues permite entender que no hay nada de natural en los roles y características que socialmente se atribuyen a hombres y mujeres (Yáñez y Dador 2000: 23-24). El concepto de género permite entender que no es la anatomía lo que posiciona a las mujeres y hombres en ámbitos y jerarquías distintas, sino la simbolización que las sociedades hacen de ella.

Las construcciones culturales construidas por razón del género se plasman en tres ámbitos. El primer ámbito es el de los roles, de modo que se asocia lo femenino a la reproducción y lo masculino a producción; el segundo es el ámbito de los espacios en el que lo público se identifica con lo masculino y lo privado con lo femenino; y el último es el ámbito de los atributos y características de la personalidad que se asocian respectivamente: lo femenino con la dulzura, la debilidad, la emoción, el sacrificio y la renuncia, mientras que lo masculino con la agresividad, la fuerza, la competencia y la razón (Ruiz Bravo 1999: 137-139).

¹ Las reflexiones expresadas en este documento corresponden a la autora y no comprometen a ninguna entidad.

La perspectiva de género critica la concepción y el análisis de la realidad que deja de lado a una parte de la humanidad: las mujeres (Lagarde 1996: 13). La teoría de género señala que no puede comprenderse ningún fenómeno social sin analizarlo desde la perspectiva que da la categoría género (Facio 2003a: 143). El Derecho es un elemento de la sociedad que está hecho para la sociedad: regula la vida en común vinculando a los individuos, enmarcando su conducta. En tanto componente de la realidad, el Derecho es susceptible de un análisis de género, pues su proceso de configuración difícilmente ha escapado de las características discriminatorias con las que se ha configurado el orden social. Al estudio de esta premisa se han encaminado las teorías jurídicas feministas. El derecho no es neutral, ahistórico o independiente de las relaciones de poder que subyacen a la sociedad. Detrás del discurso jurídico se han mantenido jerarquías en términos de género, pero también de raza, etnia, clase y otras formas de exclusión (Obando 1999: 169).

Desde la perspectiva de género se cuestiona “la visión formal y clásica de interpretación y aplicación del Derecho” y su uso se inscribe en “la tendencia actual del constitucionalismo, que afirma el carácter normativo de la Constitución y la ubicación central del ser humano en los sistemas jurídicos constitucionales” (Alvites 2011: 143). Las corrientes jurídicas feministas tienen críticas variadas al plano sustantivo del Derecho²⁷⁵, pero a ellas se suma una propuesta metodológica para el análisis legal. En general existe una conexión de las perspectivas críticas feministas con la corriente de teorías críticas sobre el Derecho denominada *Critical Legal Studies* (Pérez 1996: 198-208).

En el plano de la metodología, desde la perspectiva de género se plantea que para deconstruir los aspectos materiales del Derecho, hay que innovar en la metodología utilizada en los procesos de adjudicación basados en principios amplios y abstractos. En su lugar, se propone apostar por una metodología en la que los principios se evalúen a la luz de las realidades particulares de las/los “afectadas/os” por el Derecho en los casos concretos. En este campo de crítica es referente el texto *Feminist Legal Methods* de Katharine Bartlett.

Bartlett señala que las abogadas y abogados feministas hacen lo mismo que otras/os abogadas/os no feministas: en los casos concretos analizan los hechos del problema, identifican los principios legales que deben guiar la resolución del conflicto y luego los aplican al caso concreto. Reconociendo que para ello abogadas y abogados feministas usan la amplia gama de métodos del razonamiento legal, la autora pone de relieve que

²⁷⁵ Marisol Fernández Revoredo (2006) presenta de forma sucinta las diferentes corrientes feministas críticas del Derecho.

existen métodos particulares que muestran aspectos de los problemas legales que los métodos tradicionales tienden a suprimir o pasar por alto. El primero de esos métodos es la pregunta por la mujer; el segundo es el *razonamiento práctico feminista*, y el tercero es el *aumento de conciencia* (2011: 30-31); nos detendremos en el análisis de los dos primeros por su especial relevancia para los propósitos del trabajo.

La pregunta por la mujer es una metodología que ayuda a exponer cierto tipo de prejuicios existentes en las reglas sustantivas. El formular la pregunta por la mujer no exige decisiones a favor de las mujeres, sino que se evalúen prejuicios de género para alcanzar una decisión que sea defendible en contraste con ellos. Exige, en otras palabras, especial atención a los intereses y preocupaciones de las mujeres que de otra manera podrían ser pasados por alto como ha ocurrido históricamente. La sustancia de formular la pregunta por la mujer reside en lo que busca descubrir: la desventaja basada en el género (Bartlett 2011: 47).

El razonamiento práctico feminista, por su parte, reconcilia las reglas abstractas, jurídicas, generales con las contingencias y cuestiones prácticas presentadas por los hechos del caso concreto (Bartlett 2011: 57-58). Este método presupone abstracción y contextualización: **abstracción en tanto separa lo importante de lo insignificante y con eso, en conjunto con la pregunta por la mujer, puede tornar en relevantes para la resolución de un caso concreto hechos que en un análisis no feminista podrían haber sido dejados de lado** (Bartlett 2011:64-65). Asimismo, supone contextualización porque la racionalidad feminista reconoce mayor diversidad en las experiencias humanas y toma en consideración todas las variables en pugna en un caso (Bartlett 2011: 66-67).

Los métodos feministas aportan –como lo demuestra la experiencia norteamericana de la que Bartlett da cuenta– al hacer efectivos los derechos de todas las personas, pues incluyen el punto de vista de las mujeres y de otros sectores excluidos que tradicionalmente se invisibilizan, y sitúan así, de forma integral, a las/los seres humanos como criterio central de la interpretación jurídica.

En el marco de la corriente neoconstitucionalista actual que pone en el centro de la aplicación de todo el Derecho la vigencia de los derechos fundamentales de las personas, la aplicación de la perspectiva de género ofrece un aporte relevante para este fin. La pretensión de corrección que es inmanente al Derecho, la pretensión de justicia que **Robert Alexy plantea desde su filosofía de esta rama del conocimiento**. Y en ese propósito, el marco de los métodos legales feministas tiene algo que ofrecer.

2. Una nueva mirada del Derecho de Familia

En el marco de proceso de constitucionalización del Derecho iniciado el siglo pasado y que se expresa en la vigencia de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de la vida de las/los seres humanos y, por consiguiente, en todo el espectro de las disciplinas jurídicas, se impone un nuevo enfoque del Derecho de Familia que supere la tradicional visión civilista en esta rama del Derecho.

La familia es una institución cuya finalidad esencial es facilitar a sus integrantes el ejercicio de sus derechos fundamentales. Las familias, en una mirada que reconoce su diversidad y deja atrás un modelo ideal basado en una concepción naturalista de las mismas, son una esfera importante de desarrollo de la afectividad, de la socialización y del desarrollo humano y por ello los Estados promueven normas y políticas en torno a ellas²⁷⁶. No obstante, hoy “[e]l centro de la protección estatal ha dejado de ser la institución identificada como modelo ideal [...] y han pasado a ser los miembros del grupo familiar, en tanto sujetos de derechos fundamentales, los beneficiarios de esta defensa” (Fernández 2013: 21).

En esta visión, el ámbito de las relaciones familiares no debe ser considerado como adscrito al Derecho Privado y como exclusivamente integrado por derechos de origen legal; está llamado más bien a ser permeado por el discurso de los derechos fundamentales. La estricta división privado/público -que puede reflejarse en la dicotomía derecho legal/constitucional- debe ser dejada de lado para no restar eficacia a los derechos entre las/los integrantes de las familias y la posible reivindicación de los mismos al interior de estas (Roca 1999: 62-75; Olsen 1999: 416-442). En esa medida, “el actual derecho de familia, englobado en el sistema constitucional, debe ser concebido como un medio para la protección de los derechos fundamentales de los individuos que forman parte del grupo familiar. El derecho de familia no es nada en sí mismo si no tiene como finalidad básica y esencial procurar la efectividad de los derechos fundamentales” (Roca 1999:150).

Un primer avance en esta línea se produjo al promulgarse en nuestro Código Civil de 1984, que abrió parcialmente el Derecho de Familia a la regulación de los derechos fundamentales reconocidos de forma universal en la Carta Constitucional de 1979. Y dentro del catálogo de derechos, el de mayor impacto fue el derecho-principio de igualdad con el consiguiente mandato de no discriminación que transformó la regulación de las relaciones familiares: la de varones y mujeres en sus relacio-

²⁷⁶ Sobre las diferencias entre una concepción tradicional y crítica sobre las familias puede consultarse Fernández (2013: 21).

nes de pareja, y la igualdad entre hijas e hijos independientemente de su origen (Fernández 2013: 44-45).

Como producto de este replanteamiento, en las normas de Derecho de Familia vigentes casi no existen normas expresamente discriminatorias, por lo que puede argumentarse que ha sido erradicada casi totalmente la *discriminación directa*, entendida como un tratamiento jurídico diferenciado, injustificado y desfavorable a una persona por alguno de los motivos prohibidos (Villanueva 1999: 20). No obstante, ese tipo de discriminación no es el único existente: antes de emitir un juicio sobre igualdad debe atenderse a la *discriminación indirecta*. Este concepto hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras, pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos de las personas en razón de los motivos prohibidos de discriminación (Villanueva 1999: 21). Esto implica prestar atención no solo al texto de normas, sino a sus efectos, a su aplicación, a si en la práctica no generan impactos diferenciados que no estén justificados.

Una mirada aguda de la igualdad en el campo de Derecho de Familia requiere conciencia acerca de las relaciones de poder que generan desigualdades en el interior de los grupos familiares. Y al mirar las relaciones intrafamiliares es evidente que existen personas en posiciones vulnerables. El primer grupo evidente es el de las niñas, niños y adolescentes cuyo reconocimiento de derechos ha requerido la adopción de un tratado internacional con un cambio de enfoque en el Derecho de la Infancia: de la *doctrina de la situación irregular* que les consideraba objetos de tutela a la *doctrina de la protección integral* que les reconoce el estatus de sujeto de derechos²⁷⁷. Un segundo grupo en posición vulnerable es el de las mujeres cuya fuente de discriminación no se ancla en la naturaleza de las diferencias biológicas, sino en el peso cultural y las construcciones armadas a partir de las diferencias sexuales; también se ha requerido un tratado internacional que reinterpreté los clásicos derechos iusfundamentales desde la perspectiva de las mujeres para evitar la discriminación en todo aspecto de la vida²⁷⁸. Un tercer grupo es el de las personas adultas mayores, quienes por el declive de sus capacidades corporales y/o mentales sufren postergación y situaciones de

²⁷⁷ El paso entre ambas visiones está marcado por la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990; este tratado tiene vigencia desde septiembre de 1990 en el mundo y en el Perú. Sobre el tema puede consultarse IIDH 2008: 13-19.

²⁷⁸ La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) es denominada la Carta Magna de los Derechos Humanos de las Mujeres por su relevancia; entró en vigencia en 1981 y en el Perú tiene vigor desde septiembre de 1982. Para mayor información puede consultarse Facio 2003a.

violencia, lo mismo que las personas de toda edad con alguna discapacidad, que son un cuarto grupo en posición vulnerable en las relaciones familiares²⁷⁹.

Como puede verse entonces, las familias en su diversidad son un conjunto de individuos/os entre quienes culturalmente se han construido relaciones que no han estado históricamente marcadas por la igualdad y por ello se requieren análisis particulares para hacer efectivo este principio-derecho. El enfoque de género ofrece elementos para considerar particularmente la situación de las mujeres.

La igualdad entre hombres y mujeres incluye el plano de las relaciones familiares sobre lo que el Perú tiene estándares internacionales específicos que cumplir, estándares plasmados en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)²⁸⁰, tratado del Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas que forma parte de nuestro ordenamiento desde 1982, y cuyos derechos son de rango constitucional conforme a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional²⁸¹.

La CEDAW prescribe en su artículo 16 que el Estado peruano debe adoptar “todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares”. Complementariamente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), instancia de seguimiento de este tratado y que provee la interpretación “auténtica” del mismo, ha emitido parámetros sobre el particular²⁸². En la Observación General N° 21 dedicada a la igualdad en el matrimo-

²⁷⁹ La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad presenta los derechos del catálogo general de derechos humanos desde las necesidades y la situación particular de las personas con discapacidad; marcó un cambio de modelo de objeto de protección a titularidad de derechos. Entró en vigencia en el mundo y en el Perú en 2008.

²⁸⁰ Acerca de la historia de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) puede consultarse Facio (2003a).

²⁸¹ Los tratados internacionales de derechos humanos detentan rango constitucional en el ordenamiento jurídico peruano por lo que los derechos que consagran en ellos son a su vez derechos de naturaleza constitucional con fuerza tanto activa como pasiva. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en los Expedientes N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, de fecha 25 de abril de 2006, numerales 25 al 34. Disponible en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.html>>

²⁸² Los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano y eso incluye una adhesión a la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales encargados de su seguimiento, lo que comprende a las Observaciones Generales. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 0217-2002-HC/TC, de fecha 17 de abril de 2002, numeral 2. Disponible en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00217-2002-HC.html>>.

nio y en las relaciones familiares²⁸³, se precisa que “[e]l Comité desea aprovechar la oportunidad para subrayar la importancia del ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer en el seno de la familia[...]” (numeral 4), y que para ello se analizan y desarrollan “tres artículos en la Convención que revisten especial importancia para la situación de la mujer en la familia”(numeral 5): el artículo 9 sobre nacionalidad, el artículo 15 sobre capacidad jurídica y el artículo 16 sobre discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares.

3. El género en el Derecho de Familia I: el control de constitucionalidad en materia de filiación

Las normas sobre filiación originales del Código Civil de 1984 tienen un desfase con la realidad y generan situaciones que colisionan con los derechos fundamentales²⁸⁴. Por ello, se ha recurrido desde hace varios años a la aplicación del control difuso de constitucionalidad para contrarrestar los efectos adversos de su vigencia.

La pionera en este campo fue la Consulta N° 2858-2002. En este caso se elevó a la Corte Suprema la resolución dictada por la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima que inaplicó por control difuso el artículo 400 del Código Civil referido al plazo para impugnación del reconocimiento de la paternidad. A esta decisión le siguieron muchas otras y, a la fecha, existen numerosos pronunciamientos judiciales que han inaplicado diversas disposiciones legales de filiación²⁸⁵.

La inaplicación de normas en casos concretos en virtud del control difuso es una buena nueva, porque da cuenta de una acción judicial en resguardo de los derechos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. No obstante, en los análisis de constitucionalidad para la aplicación del control difuso en materia de filiación, la reflexión ha estado centrada en lo más evidente: la relación entre los derechos del/la hijo/a, cuya filiación está en discusión, y los

²⁸³ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General N° 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994. Disponible en <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom21>>.

²⁸⁴ Una presentación crítica del estado actual del sistema de filiación peruano y los desafíos que se plantean en el mismo se encuentra en el trabajo de Marisol Fernández Revoredo (2013: 60-99).

²⁸⁵ Al respecto, Beatriz Ramírez (2013a).

Disposición inaplicada	Texto de la disposición inaplicada Filiación matrimonial	Casos en los que se ha inaplicado
Art. 361 Código Civil	Presunción de paternidad Artículo 361.- El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.	Consulta N° 000110-2012, 000393-2012, 003254-2010,
Art. 362 Código Civil	Presunción de hijo matrimonial Artículo 362.- El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.	Consulta N° 000110-2012
Art. 364 Código Civil	Plazo de acción contestatoria Artículo 364.- La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.	Consulta N° 004666-2011, 003079-2012, 002802-2012, 001870-2012, 001598-2011, 004164-2011, 003038-2011, 003019-2011, 001072-2011, 004366-2010, 000942-2011, 004076-2010, 003688-2010, 002861-2010, 002561-2010, 002253-2011, 001975-2010, 001505-2010, 001794-2010, 001712-2010, 00670-2010, 003143-2009, 002777-2009, 002932-2008
Art. 366.2 Código Civil	Improcedencia de la acción contestatoria Artículo 366.- El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363, incisos 1 y 3: [...].2.- Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo.	Consulta N° 001712-2010
Art. 367 Código Civil	Titularidad de la acción contestatoria Artículo 367.- La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.	Consulta N° 004895-2012, 002520-2012, 003313-2011, 001706-2011

Art. 376 Código Civil	Impugnabilidad de la filiación matrimonial Artículo 376.- Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo.	Consulta N° 004895-2012
Art. 382 Código Civil	Filiación por adopción Prohibición de pluralidad de adoptantes Artículo 382.- Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges.	Consulta N° 000518-2010
Art. 395 Código Civil	Filiación extramatrimonial Irrevocabilidad del reconocimiento Artículo 395.- El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.	Consulta N° 000132-2010
Art. 396 Código Civil	Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada Artículo 396.- El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.	Consulta N° 001415-2012, 003313-2011, 001706-2011, 002293-2010, 00788-2010 Casación N° 2726-2012 Del Santa
Art. 399 Código Civil	Impugnación del reconocimiento Artículo 399.- El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395	Consulta N° 005034-2012, 002427-2012, 000342-2012, 000201-2012
Art. 400 Código Civil	Plazo para negar el reconocimiento Artículo 400.- El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto.	Consulta N° 0065-70-2012, 006201-2012, 005214-2012, 004833-2012, 003195-2012, 003113-2011, 002848-2012, 002844-2012, 002566-2012, 002427-2012, 001897-2012, 001684-2012, 004940-2011, 004873-2011, 004452-2011, 004229-2011, 004127-2011, 002409-2011, 002164-2011, 002056-2011, 002047-2011, 001841-2011, 001822-2011, 001261-2011, 000572-2011, 000293-2011, 004364-2011,

		003875-2010, 002685-2010, 002036-2010, 000832-2010, 00700-2010, 001285-2010, 000608-2010, 000229-2010, 004645-2009, 003814-2009, 003698-2009, 002669-2008
Art. 401 Código Civil	Negación del reconocimiento al cesar la incapacidad Artículo 401.- El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad.	Consulta N° 000656-2010, 000655-2010
Art. 402.6 Código Civil	Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: [...] 6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. El juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.	Consulta N° 000393-2012, 003254-2010, 001388-2010
Art. 404 Código Civil	Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada Artículo 404.- Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.	Consulta N° 005028-2012, 001415-2012, 000393-2012, 003313-2011, 001706-2011, 001388-2010, 00788-2010 Casación N° 2726-2012 Del Santa
Art. 407 Código Civil	Titulares de la acción Artículo 407.- La acción corresponde sólo al hijo. Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste. El tutor y el curador,	Consulta N° 003073-2010

	<p>en su caso, requieren autorización del consejo de familia.</p> <p>La acción no pasa a los herederos del hijo. Sin embargo, sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado.</p>	
Art. 1 Ley N° 28457	<p>Artículo 1.- Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. [...] Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad [...]»²⁸⁶.</p>	Consulta N° 005187-2012, 000654-2010
Art. 2 Ley N° 28457	<p>Artículo 2.- Oposición La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil. El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo. Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad»²⁸⁷.</p>	Consulta N° 000654-2010
<p>Fuente: Página web del Poder Judicial <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cj_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_consultas_sobre_control_difuso/as_Derechoalaidentidad/> y búsqueda propia. Elaboración propia.</p>		

²⁸⁶ Párrafos pertinentes de la norma vigentes en 2010 y en 2012, años en que se emitieron las resoluciones judiciales sistematizadas.

²⁸⁷ Texto vigente en 2010, año en el que se emitió la resolución judicial sistematizada.

derechos del padre declarado o presunto. En consonancia con ello, el centro de la argumentación para la inaplicación de las normas ha sido el derecho fundamental a la identidad, específicamente el acceso a la verdad biológica en los vínculos filiales. En ninguno de los casos se dijo algo de la dicotomía entre los derechos del demandado y los derechos de las mujeres posiblemente afectados por las normas sobre filiación. Frente a ello, la idea que se plantea es la siguiente: en la determinación de la filiación no hay dos, sino tres intereses en juego: los del padre, los de la madre y los de hijo o hija, y, por tanto, todos deben ser evaluados al realizar el análisis de constitucionalidad.

Por ejemplo, en la filiación matrimonial existe rigidez en la presunción *pater est*, pues esta opera *iure et de iure* aunque las mujeres declaren que su cónyuge no es el padre de sus hijas/os. Esto se complementa con que no se reconozca a las mujeres legitimidad para plantear la acción de impugnación de la paternidad, la que está reservada exclusivamente al marido. En consecuencia, no está permitido el emplazamiento de paternidad de hijas e hijos considerados matrimoniales hasta que el esposo hubiera ganado en una acción de impugnación demandando a su esposa y al/la hijo/a cuya filiación está en discusión. Estas restricciones normativas son una violación directa del mandato de no discriminación por sexo: *discriminación directa* en tanto suponen un tratamiento legal diferenciado, desfavorable e injustificado por uno de los motivos prohibidos en el Derecho Constitucional (Villanueva 1999: 20). A la aplicación inflexible de la presunción *pater est* se suman otras normas que están orientadas a dar estabilidad a la paternidad matrimonial fijada por ley: las causales cerradas para la impugnación, las personas consideradas como legitimadas y los plazos.

En la filiación extramatrimonial se han hecho importantes reformas normativas en los últimos años: se levantó la prohibición para inscribir a un/a hijo/a extramatrimonial con el apellido del/la progenitor/a no presente en el reconocimiento (Ley N° 28720 de 2006) y se han ampliado los supuestos que habilitan una declaración judicial, creando para ello un procedimiento especial (Ley N° 28457 de 2005, Ley N° 29715 de 2004 y Ley N° 29821 de 2011)²⁸⁸. No obstante, la omisión de las mujeres dentro del análisis desconoce que si se obstaculiza la declaración judicial de este estado de familia, se refuerza el rol de la mujer como cuidadora y proveedora exclusiva de las necesidades de los hijos e hijas. Si no hay paternidad establecida, la única filiación emplazada es la materna y con eso se con-

²⁸⁸ Sobre la reforma normativa aprobada por la Ley N° 28457 se presenta un análisis detallado en Ramírez 2007 y 2009; respecto de los cambios instaurados por la Ley N°29715 puede consultarse Ramírez 2011.

centra en las mujeres el cumplimiento de las responsabilidades familiares de la crianza con la carga patrimonial y emocional que ello implica. Eso configuraría una violación indirecta del mandato de no discriminación por sexo: *discriminación indirecta* porque hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras, pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos de las mujeres en razón de uno de los motivos prohibidos de discriminación: sus efectos tienen una carga diferenciada y no justificada en razón del sexo (Villanueva 1999: 21).

¿Qué implicancias tienen las normas vigentes sobre filiación para las mujeres?, ¿cómo las asume el Derecho?, ¿qué posición les asigna? La rigidez de la presunción pater est a pesar de la declaración de las mujeres en contrario muestra cómo no se les reconoce la misma capacidad legal pues su palabra, su dicho no vincula, no es creíble, no tiene valor. Adicionalmente, la consecuente prohibición de que las mujeres casadas impugnen la paternidad matrimonial evidencia un doble estándar de evaluación de la infidelidad: **si los hombres tienen hijos e hijas fuera de sus matrimonios no tendrán problema alguno para establecer la filiación, pero si las mujeres tienen hijas o hijos fuera de sus matrimonios no podrán reclamar la verdadera filiación paterna, están a merced de la voluntad de sus esposos para ello. Existe sanción solo para la infidelidad femenina, pues no es lo mismo procrear por fuera del matrimonio para mujeres y para hombres. Se expone además a las mujeres a una posible situación de vulnerabilidad, de desventaja en las negociaciones –si estas son posibles– frente a sus esposos para que soliciten la impugnación: un grupo de mujeres estará principalmente interesado en cautelar los derechos a la identidad de sus hijas e hijos y puede realizar una amplia cadena de sacrificios personales para conseguirlo, algo que los estereotipos de género refuerzan. En el caso de las normas de filiación extramatrimonial, una lectura desde la perspectiva de género valora las modificaciones aprobadas a la luz de sus consecuencias no solo en el derecho a la identidad de hijas e hijos, sino considerando la situación de las mujeres; asimismo, una mirada desde la igualdad de género ampliaría la legitimidad para accionar, así como los plazos que en la actualidad siguen una lógica formalista, propia de la redacción inicial del Código Civil de 1984.**

Una vez reconocido que el marco vigente tiene repercusiones de género que corresponde atender, integrar esta perspectiva a la argumentación jurídica constitucional para sustentar el control difuso de constitucionalidad de las normas de filiación parece una consecuencia lógica. Y aun cuando las normas citadas se reformen, la tesis central de estas líneas es que un análisis jurídico complementario desde la perspectiva de género respecto de las normas de filiación pone de relieve que en esta

materia no solo están en juego los derechos de las hijas o hijos, y de sus padres, sino también que las normas tienen efectos directos o indirectos en las mujeres que son discriminatorios, pues no tienen una justificación imperiosa y, así, vulneran el derecho a la igualdad.

4. El género en el Derecho de Familia II: el cálculo de las pensiones alimentarias²⁸⁹

El establecimiento de las pensiones alimentarias es otro de los aspectos en lo que se torna relevante el análisis de los casos concretos con un enfoque de género. Nuestra normativa hace expresa referencia a que son criterios para la determinación de las obligaciones alimentarias por un lado, el estado de necesidad de quien debe recibir los alimentos y, por otro, las posibilidades de quien debe prestarlos: el artículo 481 del Código Civil señala expresamente que debe prestarse atención especial a las obligaciones a las que se halle sujeto el que presta los alimentos. Esto va unido a la previsión de que solo puede embargarse el 60% de remuneraciones y pensiones para garantizar obligaciones alimentarias²⁹⁰, lo que remite a la consideración de que las personas deben contar con un monto para su subsistencia.

No obstante, cuando se conocen los casos particulares, se hace evidente que entre ambos criterios surge comúnmente un conflicto. ¿Qué sucede si las posibilidades del demandado “no son suficientes” para atender a las necesidades del/la alimentista? Esta situación nos remite, en primer lugar, a las responsabilidades familiares compartidas entre padres y madres respecto de sus hijas e hijos que será abordada de forma diferenciada a la regulación de alimentos en las relaciones de pareja.

Una reflexión previa acerca de la forma como se regula la documentación de las posibilidades de la parte demandada: el artículo 481 señala expresamente que “[n]o es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos”, norma que en muchas ocasiones juega en contra de los intereses de quien pretende que se establezca la obligación alimentaria como sucedió en el Expediente N° 404-09 resuelto en abril de 2010 por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Jesús María (Fernández 2013: 135-137).

²⁸⁹ Esta sección retoma en su mayor parte consideraciones expuestas en Marisol Fernández y Beatriz Ramírez (2008).

²⁹⁰ Así lo establece el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil.

En general, en las normas que rigen el acceso a los procesos de alimentos debe aplicarse una lectura género-sensitiva, pues si las mujeres están más expuestas, en general, a contar con menores índices de riqueza por las condiciones de desigualdad en que desempeñan sus trabajos, ya sea porque estos son domésticos no remunerados, informales o formales con diferenciación salarial y de condiciones respecto de las de los varones, entonces es lógico que formen gran parte de la masa poblacional que acciona por pensiones alimenticias en favor de sus hijas, hijos y por ellas mismas.

¿Qué sustenta a la institución de los alimentos? Un fundamento ético: el deber de asistencia y de solidaridad entre las/los integrantes de una familia para su desarrollo integral (Plácido 2002: 349). La institución de los alimentos cubre, tanto en nuestra legislación como en el Derecho Comparado, lo indispensable para el sustento, la habitación, el vestido, la asistencia médica, la educación y, en el caso de los menores de edad, **la recreación (Plácido 2002: 350)**. Así, los alimentos pueden ser definidos como una garantía legal del derecho a contar con una cobertura mínima vital: tiene sentido entender a los alimentos como una garantía legal de este derecho fundamental de índole social, la que se satisface en el marco de las relaciones familiares como expresión del fundamento de solidaridad en el que se funda una familia y ante planos de desigualdad material que se plasman en cuadros de vulnerabilidad que merecen ser atendidos.

Desde esa perspectiva, por ejemplo, la regulación diferenciada del acceso a las medidas cautelares de asignación anticipada²⁹¹, el entendimiento de lo que se entiende por estudios exitosos para las pensiones alimenticias de hijas e hijos mayores de edad²⁹², los plazos de prescripción para el cobro efectivo recientemente modificados²⁹³, y otros aspectos materiales y sustantivos vinculados con el acceso a una pensión de alimentos deben ser leídos desde la perspectiva de derechos fundamentales de las personas, y de las mujeres en particular.

Alimentos respecto de hijas e hijos

Si tanto padres y madres están obligados a prestar alimentos a sus hijas e hijos, conforme a lo señalado en el artículo 93 del Código de Niños y

²⁹¹ Artículo 675 del Código Procesal Civil.

²⁹² Artículos 424 y 483 del Código Civil.

²⁹³ Por Ley N° 30179 se ha ampliado el plazo de prescripción contemplado en el artículo 2001 del Código Civil para el cobro de pensiones alimentarias a 15 años.

Adolescentes, la evaluación debería centrarse en las necesidades de los alimentistas y a que haya una igualdad de aportes entre padres y madres. Esto, no obstante, no sucede en casi la totalidad de casos de alimentos que se resuelven a diario.

Un ejemplo puede ser útil para aclarar el panorama. María y José tienen una hija y un hijo en común, la mayor estudia en un instituto superior y el hijo en un colegio particular. José trabaja como vigilante dependiente en una empresa de seguridad y su sueldo mensual es de S/.800.00 con beneficios laborales. María desempeña un trabajo familiar no remunerado como "ama de casa" y vende frituras en la puerta de su casa todos los días por las noches, por lo que percibe un ingreso mensual de S/.500.00 como trabajadora informal. Las necesidades mensuales de ambos hijos suman S/.800.00 aproximadamente. Desde que la pareja se separó José no cumple regularmente sus obligaciones alimentarias, por ello María ha iniciado un proceso judicial. Los gastos de José ahora que vive fuera de hogar suman S/.450.00. ¿Cuál es el monto de la pensión alimenticia que debe destinar José a favor de sus dos hijos? Si la jueza o juez se concentra únicamente en los gastos de José la pensión para la hija y el hijo sería de S/. 350. ¿Si a José se le fija una pensión como esta ambos padres cumplirán en igualdad con sus obligaciones?

La respuesta es no por varias razones. La primera es que S/.350.00 representan el 44% de los ingresos de José; si María cumpliera con un aporte igual, este representaría el 70% de sus ingresos. Si ambos destinaran el 60% de sus ingresos a las pensiones alimenticias, lo que a primera vista es la solución igualitaria, no se cubren las necesidades identificadas de los hijos: S/.480 soles de él y S/.300 soles de ella no suman los S/.800 soles de los gastos de su hija e hijo. Pero hay una segunda razón: respecto de los aportes de María no se ha considerado el valor económico que conlleva su trabajo en el hogar; por eso ella ya aporta más. Un aspecto más debe ser tomado en cuenta: cuando con la suma de los aportes equivalentes de ambos padres no se completa lo necesario para los gastos de las hijas e hijos, alguien asume ese vacío, y es usualmente quien queda al cuidado de los mismos: las mujeres.

El ejemplo planteado –bastante común en nuestro país– pone de relieve que para la fijación de la pensión alimenticia debe prestarse atención tanto a las necesidades de los/las alimentistas como a las posibilidades no solo del demandado, sino de ambos padres. Con estos tres parámetros debe establecerse una pensión que satisfaga las necesidades vitales de quien solicita los alimentos y también el deber de responsabilidades familiares compartidas que ambos padres tienen respecto de sus hijas e hijos.

Alimentos en las relaciones de pareja

Los cónyuges se deben recíprocamente asistencia (artículos 288 y 474 inciso 1 del C.C.). A los cónyuges no les es aplicable la regla que señala que deben encontrarse en estado de incapacidad física y/o para ser sujetos de derecho alimentario: los cónyuges tienen derecho alimentario como regla general y el derecho tiene su fundamento en el deber de solidaridad y asistencia recíproca. La obligación alimentaria entre cónyuges cesa en los siguientes casos: Respecto del cónyuge que abandona el hogar conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella (artículo 291 del C.C.) y en caso de divorcio salvo: a) respecto para el **cónyuge inocente que carezca de bienes propios, gananciales suficientes** o estuviere imposibilitado de cubrir sus necesidades, y b) respecto del cónyuge culpable que esté en estado de indigencia. La obligación cesa si el cónyuge alimentista contrae nuevo matrimonio o si el estado de necesidad desaparece (artículo 350 de C.C.).

No obstante lo previsto, existe jurisprudencia en la que se señala, por ejemplo, que no corresponde alimentos para una cónyuge joven que no está incapacitada para trabajar²⁹⁴: se aplica entonces el criterio de necesidad antes comentado y no el de asistencia que rige para el caso de los cónyuges. En este panorama deben tomarse en cuenta para la **determinación de obligaciones alimentarias en una pareja las reflexiones** de la sección subsiguiente acerca de lo que sucede con las mujeres en el marco de la división sexual del trabajo, situación que se agrava cuando hay una separación en la pareja.

Un comentario sobre el peso que tiene el trabajo doméstico en la vida **de las mujeres, pues existe evidencia oficial en el Perú. El Instituto Nacional de Estadística e Informática y el Ministerio de la Mujer** publicaron en 2010 la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT). Sus datos **ofrecen evidencia verificable acerca de la mayor carga de trabajo que** tiene la mujer en el Perú, en comparación con el hombre, tanto si se habla del trabajo global, es decir trabajo remunerado y doméstico, como si se considera solamente el trabajo doméstico. Mientras los hombres dedican al trabajo doméstico 15 horas, las mujeres laboran en este ámbito más de 36 horas, y en el cálculo del trabajo doméstico más trabajo remunerado las mujeres exceden en 8.42 horas el tiempo de trabajo total de los hombres, lo que equivale a que cada semana las mujeres trabajan una jornada más que los hombres (INEI, MIMP 2010).

²⁹⁴ Decisión comentada en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 166 de julio de 2012.

Asimismo, se ha documentado para el caso peruano que en mujeres y hombres de clases altas se presenta una conservadora división sexual del trabajo en la que las mujeres mantienen un alto estatus de vida, pero totalmente dependiente de sus parejas. Este hecho se agrava en la separación, momento en el que las mujeres deben negociar términos en los que usualmente se da un empobrecimiento respecto de la vida que tenían cuando convivían con sus parejas (Liuba Kogan, citado por Fernández 2013: 144-145).

Por otro lado, nuestro ordenamiento solo concede alimentos en el caso de abandono unilateral de un conviviente respecto del otro. El artículo 326 del Código Civil señala que en caso de que la unión de hecho termine por decisión unilateral, el juez o jueza puede conceder, a elección del conviviente abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos. Numerosas decisiones judiciales respaldan esta opción legislativa²⁹⁵ y conforme a lo establecido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se requiere obtener el reconocimiento de la unión de hecho para hacer efectivo el derecho a alimentos de los exconvivientes²⁹⁶, lo que dificulta el acceso a las prestaciones alimentarias por su costo. Además, se requiere acreditar la condición de abandono de manera fehaciente²⁹⁷, lo que plantea desafíos: por ejemplo, si una mujer deja a su pareja por violencia familiar será la que abandona el hogar, pero debería recibir una pensión de alimentos en caso de requerirlo por lo que el entendimiento de la categoría abandono a efectos de los alimentos debiera revisarse.

El limitado reconocimiento de alimentos a las parejas convivenciales refleja nociones de familia que quieren legitimarse por medio del Derecho. No obstante, ello, visto desde una perspectiva crítica como la del género, debe evaluarse desde el impacto que tal decisión tiene en los derechos de las personas, mujeres y varones convivientes que reciben un tratamiento diferenciado de las relaciones de pareja matrimoniales,

²⁹⁵ Como muestra, la Casación N° 1637-2002-Junín señala que los exconvivientes tienen derecho a demandar alimentos y que la pensión de alimentos está vigente hasta que subsista inexistencia de impedimento matrimonial: producido el matrimonio de cualquiera de los concubinos con otra persona tal obligación cesa.

²⁹⁶ Así lo señala la Casación N° 1685-2004-Junín: "Para que se reconozca el derecho del concubino abandonado a que el otro lo indemnice o le pase alimentos debe previamente declararse fundada la demanda de reconocimiento de unión de hecho". El reconocimiento judicial de la unión de hecho siempre se ha requerido para hacer efectivos los derechos patrimoniales emanados de la convivencia; en este sentido se pronuncia la Casación N° 1620-98-Tacna publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 23 de abril de 1999.

²⁹⁷ La Casación N° 2228-2003-Ucayali señala: "en el decurso procesal habida cuenta que la relación convivencial ha concluido correspondía realizar la valoración referente a la condición de abandonado, ya sea de la demandante o del recurrente, actividad que no se ha realizado, toda vez que las instancias de mérito no han amparado su pretensión."

que difícilmente puede ser sustentado en términos de proporcionalidad. Este hecho se agrava en el caso de las mujeres en la que este vacío legal tiene un impacto mayor, pues ellas, como se ha mencionado, tienen una carga diferenciada de trabajo, fuertemente influenciada por una división sexual. Lamentablemente, el Tribunal Constitucional ha perdido una valiosa oportunidad para pronunciarse sobre este extremo en su sentencia en el Expediente N° 04493-2008-PA/TC de 2010 (Ramírez 2010).

5. El género en el Derecho de Familia III: las consecuencias patrimoniales de una separación²⁹⁸

La sociedad de gananciales contiene normas para una participación formalmente igualitaria de las mujeres a partir de una revalorización del trabajo doméstico basada en una división sexual: “[e]n ninguna época se ha valorado tanto como ahora, ni con sólidas razones, el trabajo productivo, esto es, la aplicación del esfuerzo humano a la producción de bienes y servicios [...] El ser humano, sin embargo, no se agota en su dimensión económica. [...] la madre, puede no producir bienes tangibles o prestar servicios de valor cuantificable, pero su empeño es también liberador. Con frecuencia, al formar hombres que produzcan, su esfuerzo también resulta económicamente productivo” (Cornejo 1985: 411-412). La sociedad de gananciales fue concebida como una apuesta por la igualdad en las relaciones patrimoniales de las parejas. En este escenario de igualdad formal ¿existe desigualdad?

Con las reformas a nuestro sistema divorcista y de separación de cuerpos se introdujo una variación para la causal de separación de hecho de los cónyuges que señala que jueces y juezas deben velar “por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos” y, en consecuencia, “[d]eberá[n] señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder” (artículo 345-A del Código Civil). La mención a un/a cónyuge perjudicado/a remite a la idea de que aun la división formalmente igualitaria del patrimonio que se propone en la sociedad de gananciales es insuficiente cuando se pone fin al régimen por separación de cuerpos o

²⁹⁸ Esta sección retoma las consideraciones expuestas en Ramírez (2013b). En sentido semejante se orientan las reflexiones de Fernández (2013: 143-147, 290-293).

divorcio. Aunque no es materia de este análisis, las reflexiones que se presentan son pertinentes aun en el marco de relaciones con separación de patrimonios; en este caso, el escenario es más complejo pues no existe un patrimonio común generado que dividir²⁹⁹.

Un ejemplo para evidencia la situación diferenciada de mujeres y hombres ante una separación. Una pareja que estuvo unida por 20 años en los cuales la mujer desempeñó el rol de ama de casa durante los últimos 16 años; en el proceso de separación ambos se benefician en parte igual de los bienes y la mujer no cuenta –en principio– con posibilidades legales de pedir una pensión alimentaria, ya que la obligación de asistencia mutua termina con la culminación del matrimonio, salvo circunstancias de excepción. ¿Qué sucede con la mujer después del divorcio?, ¿cuáles son sus posibilidades para insertarse en el mercado del trabajo remunerado?, ¿cuál es su experiencia acumulada?, ¿cuáles serán sus condiciones laborales? Y respecto del excompañero, ¿cuál es su situación frente al mercado de trabajo?, ¿es equivalente a la de su excompañera?, ¿tiene ventajas comparativas como su experiencia acumulada, una red de contactos, capacitación? (Huaita 1999: 493-494).

Desde hace un tiempo, ha sido parte de la investigación jurídica desde la perspectiva de género el seguimiento de la etapa del divorcio y el posdivorcio. Marcela Huaita da cuenta de que se ha generado evidencia que reconoce que, en cifras generales, existe una feminización de la pobreza en la etapa posdivorcio (1999: 494). Ante esa realidad entonces, desde la perspectiva crítica que el enfoque de género aporta, se ha planteado la pregunta de si a pesar de que la regulación patrimonial del divorcio y la separación es neutral, en la práctica no se producen resultados que perjudican a las mujeres “especialmente a aquellas que han pasado muchos años como amas de casa y a otras que tienen a su cargo a niños de corta edad” (1999: 507). Si la respuesta a este cuestionamiento es positiva entonces estamos ante lo que en los apartados precedentes se denomina discriminación indirecta, discriminación por resultado.

Las investigaciones desarrolladas en el ámbito norteamericano han criticado un tratamiento de la igualdad como *mismidad – homologación* en el divorcio: tratamiento igual a hombres y mujeres sin un análisis de las diferencias reales. Se plantea entonces una búsqueda de la igualdad real; es lo que en su esquema Ferrajoli denominaría como paradigma de la valoración jurídica de las diferencias (2005: 10-11) y que puede impli-

²⁹⁹ En tanto las reflexiones se enfocan en el análisis de la sociedad de gananciales, estas son aplicables a los casos de divorcio y separación de cuerpos, como a la sustitución del régimen patrimonial y a la disolución de las uniones de hecho.

car un mandato de trato diferenciado (2005: 27-30). Este es el estándar internacional de igualdad: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer define como discriminación toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las mujeres en cualquier esfera (artículo 1).

Al reseñar los hallazgos de las investigaciones en EE.UU., Marcela Huaita destaca que existe un aspecto central a valorar: en el momento de la separación se cambia de un régimen familiar que en muchísimas parejas presupone roles interdependientes a un esquema legal que presupone la autosuficiencia de cada cónyuge, lo que en muchos casos no es una realidad. Es en este punto que se hace imperativo una correcta aplicación de la igualdad: si los cónyuges están posicionados diferentemente, por consiguiente el tratamiento igualitario como mismidad es insuficiente y producirá efectos diferenciados y discriminatorios (1999: 508).

Comentando las desigualdades en materia de propiedad y acceso a recursos, Eichler destaca que la mayoría de personas tienen solo dos tipos principales de propiedad: "su capacidad de ganar dinero (lo que está en función directa del tipo de empleo que tengan) y su casa". En ese contexto, ante una división formalmente igualitaria del patrimonio conyugal, las mujeres tienen en general cuatro factores de desigualdad que deberían considerarse:

- a) si la propiedad más importante son los beneficios relacionados con el trabajo, por lo tanto una división igualitaria solo les reembolsa parcialmente por el pasado familiar, pero las deja en desventaja para el futuro. Si su posición en el mercado de trabajo está afectada por su edad, su discontinuidad laboral, dificultades para el acceso o incluso la menor remuneración de su forma de trabajo en el mercado, hay, por consiguiente, una desigualdad evidente,
- b) el que las mujeres comúnmente obtengan la custodia de las hijas e hijos hace que afronten el futuro con un patrimonio de respaldo similar al de sus parejas que no tienen de forma inmediata la carga familiar: aunque haya prestaciones alimentarias para la prole, el patrimonio dividido en un caso es de beneficio inmediato individual (el esposo que queda solo), mientras que en el otro respalda a la mujer y la/s hijas/os,
- c) de forma complementaria a lo anterior, y como se ha señalado previamente, se tiene que las pensiones alimentarias para hijas e

hijos son usualmente inadecuadas, en buena parte en montos que no se ajustan a la inflación y no en poca medida incumplidas, con lo que las mujeres afrontan en la práctica la mayor parte de la carga familiar no solo en términos afectivos, sino también económicos,

- d) aunque el valor de la casa conyugal se reparte equitativamente en el divorcio, dadas las probabilidades de que las mujeres ganen menos luego de la separación, existirán menos posibilidades de que puedan adquirir la mitad del marido en la propiedad o puedan conseguir solas un hogar de características semejantes al de la pareja (1999: 465-466).

A la luz de estas consideraciones, se desprende que el enfoque vigente en nuestro país, y en otros países de nuestra tradición jurídica, es bastante restringido. Aunque la división equivalente de los gananciales para cada cónyuge puede valorarse como un primer paso de igualdad, es una medida insuficiente si no se toman en cuenta otros factores como:

- la posibilidad de cada uno/a de generar ingresos,
- la duración del matrimonio o la unión,
- la edad y salud de las partes al momento de la separación,
- el costo de las oportunidades perdidas cuando una de las partes sale del mercado laboral,
- el valor de bienes no tradicionales como: 1) las pensiones y beneficios de jubilación, 2) los estudios y el valor en el mercado de las habilidades asociadas a ellos, 3) los seguros de salud, 4) la reputación de los negocios,
- la carga de trabajo doméstico asumida en la relación y la que se tendrá que asumir con posterioridad.

Todos estos aspectos contribuirían a que en la práctica se innoven soluciones que dejen en una situación económica más balanceada a los excónyuges (Huaita 1999: 512, 514-519, 539).

En marzo de 2011, los jueces y jueza supremos de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Superior de Justicia de la República emitieron una sentencia³⁰⁰ en el marco del Tercer Pleno Casatorio Civil, en el que declararon como precedente judicial vinculante reglas entre las que, por los fines de este trabajo, se destacan las siguientes:

³⁰⁰ Casación N° 4664-2010-Puno. Disponible en la Página Web del Poder Judicial <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444/TERCER+PLENO+CASATORIO+CIVIL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444>>.

- En los supuestos de divorcio y separación de cuerpos por separación de hecho jueces y juezas deben velar por la estabilidad del cónyuge que resulte más perjudicado así como por la estabilidad de los/las hijos/as. Ya sea a pedido de parte o de oficio, se señalará una indemnización por daños, que incluye el daño a la persona, o se ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal; el daño moral es indemnizable y se haya comprendido dentro del daño a la persona. Para que se proceda de oficio la parte interesada debe haber alegado o expresado de alguna forma hechos concretos sobre los perjuicios resultantes de la separación o del divorcio en sí, lo que deberá probarse.
- En las decisiones sobre la indemnización o adjudicación de bienes debe apreciarse: a) el grado de afectación emocional o psicológica, b) la tenencia y custodia de hecho de hijas/os menores de edad y la dedicación al hogar, c) si el/la cónyuge perjudicado tuvo que demandar alimentos ante el incumplimiento, d) si ha quedado en manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge, e) la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.
- La indemnización o adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona resultante de la separación o del divorcio en sí; por tanto, su fundamento no es la responsabilidad civil, sino la equidad y la solidaridad familiar.

Con estas reglas jurisprudenciales se evidencia que, en el supuesto de separación de hecho, se ha previsto un análisis sensible a las consecuencias de género que en los casos concretos puede tener el divorcio: se ha previsto un marco para la igualdad real. Un ejemplo de cómo este marco se presta para un análisis género-sensible es la sentencia de la Sala Especializada Civil de Huancavelica de noviembre de 2011 en el Expediente N° 00005-2011-0-0-1101-SP-FC-01, en la que el Colegiado usó el término de “justicia de género” para denotar la necesidad de no incurrir en discriminación por sexo, lo que –se anotó– sería producto de no tomar en cuenta las condiciones de vida concretas de una mujer en el momento del divorcio. En este caso, la Sala analizó los derechos de una mujer de 57 años, con solo educación primaria completa, que realizó durante su vida trabajo doméstico no remunerado para su familia y que afrontó las implicancias del cuidado de sus hijos luego del

abandono del demandado a los 10 años de casados. Además, la mujer bajo mención tenía un precario estado de salud, por lo que requería tratamiento médico, hecho que también fue valorado³⁰¹. El punto débil de este pronunciamiento es la motivación de la cuantía de la indemnización: **no se fundamentó cómo S/. 3,500 era un valor justificado por las repercusiones desiguales en las que el divorcio dejó a la demandada.** Con una aproximación crítica sobre la delimitación de la cuantía, Leysser L. León (2007) comenta la Casación N° 3973-2006-Lima de diciembre de 2006 por la que se fijó en 30,000 dólares americanos la indemnización en un caso de divorcio por separación de hecho.

Conforme al marco teórico expuesto, corresponde tener una mirada género sensitiva no solo en la causal de separación de hecho en la que se han reportado los avances jurisprudenciales precitados que desarrollan el marco legal señalado, sino en todos los casos de **separación. Estos ejemplos jurisprudenciales incitan a la reflexión** sobre la necesidad de que se analice en los casos concretos qué sucede con las mujeres en esa situación. Si bien no existe un marco legal expreso de respaldo para extender las consideraciones anotadas a otros supuestos diferentes de la separación de hecho, no menos cierto es que la igualdad es derecho y principio estructurador de nuestro sistema jurídico, que debe permear todas las resoluciones en el campo de las relaciones familiares, y que jueces y juezas en primera línea deben garantizar el respeto del ordenamiento en su conjunto brindando soluciones integradoras.

6. Reflexión final

El Derecho de Familia es uno de los campos jurídicos en los que en la vigencia del principio-derecho de igualdad requiere un análisis particularmente agudo para contrarrestar concepciones sociales que causan injusticias. En esta tarea, la perspectiva de género juega un rol vital. Los temas abordados son una muestra de ello, pero no son los únicos; la determinación de la custodia y las formas de cuidado y contacto personal con hijos e hijas son, por ejemplo, otro campo para el análisis y así todos los casos de las materias propias de esta rama del Derecho.

³⁰¹ El texto íntegro de la sentencia con un comentario de la misma se encuentra en el N° 176 de *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 18, mayo de 2013, pp. 73-80.

³⁰² Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, numeral 540. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>.

Una evaluación desde la perspectiva de género implica la capacidad de “para reconocer la discriminación que sufren las mujeres”³⁰², y preguntarse por su situación en los contextos a analizar es el primer paso del camino (Bartlett 2011: 32-51). Una mirada convencional tiende a asumir que con las reformas legales realizadas en el Código Civil de 1984, a la luz de la igualdad reconocida en la Carta Constitucional de 1979, se zanjaron las posibilidades de discriminación y que esta, en general, se ha erradicado de la normativa del campo del **Derecho de Familia**. Pero esa afirmación se valorará solo como parcial si se analiza desde el lente de la igualdad sustantiva: mujeres y varones no están en las mismas posiciones en las relaciones familiares, y en un marco de desigualdad la aplicación de una normativa, aunque neutra, tiene resultados discriminatorios.

La riqueza que plantean los métodos feministas es que facilitan el que se pueda analizar estos aspectos de forma integral en cada caso concreto y así evaluar posibles sesgos discriminatorios que requieren ser neutralizados para alcanzar la pretendida corrección del Derecho, la justicia en su aplicación. El enfoque de género enriquece la argumentación, enriquece el ejercicio del Derecho.

7. Bibliografía

- ALVITES, Elena
2011 "Derecho constitucional y métodos feministas. La interpretación del derecho a la igualdad y a la no discriminación para la protección de los derechos de las mujeres". En FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol y Félix MORALES LUNA (coordinadores). *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Lima: Palestra.
- BARTLETT, Katharine
2011 "Métodos Jurídicos Feministas". En: FERNANDEZ REVOREDO, Marisol y Félix MORALES LUNA (coordinadores). *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Lima: Palestra, pp. 19-116.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor
1985 "Exposición de motivos y comentarios del proyecto del Libro de Derecho de Familia de la Comisión Reformadora". En REVOREDO, Delia (compiladora). *Código Civil. IV. Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima: Artes Gráficas de la Industria Avanzada, pp. 337-452.
- EICHLER, Margrit
1999 "Cambios familiares: familias, políticas e igualdad de género". En FACIO, Alda y Lorena FRIES (editoras). *Género y Derecho*. Santiago: American University, LOM Ediciones y la Morada, pp. 443-485.
- FACIO MONTEJO, Alda
2003a *La Carta Magna de todas las mujeres*.
<<http://centreantigona.uab.es/docs/articulos/La%20carta%20magna%20de%20todas%20las%20mujeres.pdf>>
- 2003b "Con los lentes del género se ve otro derecho". En AA.VV. *Reducción de la pobreza, gobernabilidad democrática y equidad de género*. Tomo II. Managua: GTZ, pp. 143-156.
- FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol
2013 *Manual de derecho de familia. Constitucionalización y diversidad familiar*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2006 "Usando el género para criticar al Derecho". En *Derecho PUC*, Pontificia Universidad Católica del Perú, No.59, pp. 357-369.

<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3073/2919>>

FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol y Beatriz RAMÍREZ HUAROTO.
2008 "¿Cómo se garantizan los derechos fundamentales de los miembros de una familia a través de los alimentos?". *Foro Jurídico*, Año IV, número 8, pp. 7588.

FERRAJOLI, Luigi
2005 "Igualdad y Diferencia". En FERRAJOLI, Luigi y Miguel CARBONELL. *Igualdad y diferencia de género*. México D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, pp. 7-33.
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1952/3.pdf>>

HUAITA ALEGRE, Marcela
1999 "Desigualdad de género en las consecuencias económico-financieras del divorcio". En FACIO, Alda y Lorena FRIES (editoras). *Género y Derecho*. Santiago: American University, LOM Ediciones y la Morada, pp. 487-539.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.
2008 *Manual Autoformativo en Acceso a la Justicia y Derechos de la Niñez y Adolescencia en Centroamérica*. San José: IIDH.
<http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/Manual_autoform_acceso_justicia.pdf>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA y MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES
2010 *Encuesta Nacional de Uso del Tiempo 2010*. Lima: INEI.
<<http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0960/libro.pdf>>

LAGARDE, Marcela.
1996 *Desarrollo humano y democracia*. Madrid: Horas y HORAS.

LEÓN, Leysser L.
2007 "¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el "daño al proyecto de vida" continúa inflando peligrosamente los resarcimientos". *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 104, Año 12, pp. 77-87.
<http://works.bepress.com/leysser_leon/10/>

OBANDO, Ana Elena
1999 "Las interpretaciones del derecho". En FACIO, Alda y Lorena FRIES (editoras). *Género y Derecho*. Santiago: American University, LOM Ediciones y la Morada, pp. 163-186.

- OLSEN, Frances
1999 "El mito de la intervención del Estado en la familia". En FACIO, Alda y Lorena FRIES (editoras). *Género y Derecho*. Santiago: LOM Editores y La Morada, pp. 413-442.
- PEREZ LLEDÓ, Juan A.
1996 *El movimiento "Critical Legal Studies"*. Madrid: Tecnos.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, ALEX
2002 *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica, segunda edición.
- RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz
2013a "Mujeres invisibles, progresos incompletos: reflexiones sobre el control difuso de constitucionalidad de normas de filiación". *Gaceta Civil & Procesal Civil*, número 4, 55-64. <<http://works.bepress.com/beatrizramirezhuaroto/19>>
2013b "Amores rotos, impactos diferentes: reflexiones sobre las consecuencias patrimoniales del divorcio desde la perspectiva de género". TORRES CARRASCO, Manuel Alberto (editor). *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, 265-287. <<http://works.bepress.com/beatrizramirezhuaroto/20>>
2011 "DEMAGOGIA E INACCIÓN ESTATAL. Derechos fundamentales y la carga de la prueba en los procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial." *Gaceta Constitucional*, número 43, 339-351. <<http://works.bepress.com/beatrizramirezhuaroto/5>>
2010 "Hacia un enfoque de derechos fundamentales en el Derecho de Familia: reflexiones sobre la regulación de los alimentos a propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional." *Gaceta Constitucional*, número 35, 65-71. <<http://works.bepress.com/beatrizramirezhuaroto/9>>
2007 "¿Qué puedo hacer si el padre de mi hija o hijo no quiere reconocerlo? Análisis de constitucionalidad de la Ley N° 28457 desde la perspectiva de género". *Derecho Virtual*. Año II, número 4, marzo-junio 2007. <<http://derechovirtual.com/index.php?id=60>>.
- ROCA, Encarna
1999 *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*. Madrid: Civitas Ediciones.
- RUIZ BRAVO LÓPEZ, Patricia.
1999 "Una aproximación al concepto de género". En *Sobre género, derecho y discriminación*. Lima: Defensoría del Pueblo, pp. 131-149.

VILLANUEVA, Rocío
1999 "Análisis del derecho y perspectiva de género". En *Sobre género, derecho y discriminación*. Lima: Defensoría del Pueblo, pp. 11-48.

YÁÑEZ DE LA BORDA, Gina y María Jennie DADOR TOZZINI
2000 "La discriminación de género en la aplicación de la legislación civil sobre violencia familiar". En *Discriminación sexual y aplicación de la ley*. Volumen I. Lima: Defensoría del Pueblo.