

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/331669847>

Amores rotos, impactos desiguales. Reflexiones sobre las consecuencias patrimoniales del divorcio desde la perspectiva de género.

Chapter · September 2013

CITATION

1

READS

234

1 author:



[Beatriz Ramírez Huaroto](#)

Pontifical Catholic University of Peru

23 PUBLICATIONS 9 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Amores rotos, impactos diferentes
Reflexiones sobre las consecuencias
patrimoniales del divorcio
desde la perspectiva de género

Beatriz RAMÍREZ HUAROTO^(*)

INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DE UNA MIRADA DES-
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y, ENTRE ELLOS,
DESDE LA IGUALDAD

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 instrumental en tanto su finalidad esencial es facilitar a sus integrantes el ejercicio de sus derechos fundamentales. La familia no es un sujeto colectivo, independiente de sus

* Consultora en temas de Género y Derecho. Magistra en Derecho Constitucional y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Diplomada en Estudios de Género por la misma universidad y Diplomada en Género y Derecho por el Colegio de Abogados de Lima.

miembros y, por tanto, no es titular de derechos fundamentales: no hay derechos de la familia, sino derechos en las relaciones familiares (Roca 1999: 62-64, 75-80). Este enfoque es diferente al que era asumido hasta hace algunos años en nuestro país en el que se planteaba que la familia era un “sujeto colectivo de derechos”, titular incluso de derechos sociales bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979: derecho a la vivienda decorosa y derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos (Landa 1990: 143-144). 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).

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

Como producto de este replanteamiento, tenemos que 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 del Derecho de Familia requiere entonces conciencia acerca de las relaciones de poder en su interior que generan desigualdades. Y al mirar las relaciones intrafamiliares es evidente que existen sujetos/as 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 sujetas/os de derechos⁽¹⁾. 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 reinterprete los clásicos derechos iusfundamentales desde la perspectiva de las mujeres para evitar la discriminación en todo aspecto de la vida⁽²⁾. Un tercer grupo vulnerable es el de las personas adultas mayores, quienes por el declive de sus capacidades corporales y/o mentales sufren postergación y situaciones de violencia, lo mismo que las personas de toda edad que tienen alguna discapacidad que son otro grupo vulnerable. 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 esto históricamente marcadas por la igualdad y por ello se requieren análisis particulares para hacer efectivo este principio-derecho. En la medida que el

(1) Sobre el particular puede consultarse IIDH 2008: 13-19.

(2) 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.

tema de este trabajo está referido a las consecuencias patrimoniales del divorcio, tema íntimamente ligado a las relaciones de pareja entre mujeres y hombres, se centrará el análisis en las herramientas para este fin.

I. PARA UNA IGUALDAD REAL: EL ENFOQUE DE GÉNERO APLICADO AL DERECHO

“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).

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 que se jerarquizan y se hacen dicotómicas (Ruiz Bravo 1999: 134). Mientras que 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 (Yañez 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 primero es el de los roles de modo que se asocia lo femenino a la reproducción y lo masculino a producción; el segundo, el de los espacios en el que lo público se identifica con lo masculino y lo privado con lo femenino; y el último, el de los atributos y características de la personalidad que se asocian respectivamente: lo femenino se asocia con la dulzura, la debilidad, la emoción, el sacrificio y la renuncia; mientras que lo masculino se asocia a la agresividad, la fuerza, la competencia y la razón (Ruiz Bravo 1999: 137-139).

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 ha encaminado las teorías jurídicas feministas⁽³⁾. 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).

La relevancia del enfoque de género en el Derecho no es ajena a la normativa nacional. La Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres, Ley N° 28983, de marzo de 2007, señala en su artículo 2 inciso c, que deben programarse programas de formación y capacitación del personal de la administración de justicia incorporando contenidos sobre género, interculturalidad y derechos humanos de las mujeres y hombres. Y la mejor expresión de la incorporación de este enfoque está en una pauta judicial: el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia sobre apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual, de diciembre de 2011, que señala que la perspectiva de género tiene relevancia en el Derecho y que su aplicación implica reconocer las relaciones de poder que se dan entre los sexos, en general favorables a los varones como grupo social y discriminatorias para las mujeres, que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente, y que estas están presentes en todos los espacios sociales y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual, entre otras.

(3) Para un acercamiento a este cuerpo teórico: Fernández, 2006.

Para analizar si las consecuencias del divorcio están relacionadas a alguna forma de discriminación, se requiere una mirada del estado legal de la cuestión, el que en el apartado subsiguiente se cuestionará desde la perspectiva anotada.

II. LOS TÉRMINOS PATRIMONIALES DEL POSDIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

En nuestro sistema de Derecho de Familia, las parejas que deciden casarse solo cuentan con dos opciones para regular sus relaciones patrimoniales: la separación de patrimonios y la sociedad de gananciales (artículos 295 y 296 del Código Civil). Por la primera, cada cónyuge conserva la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes, y por tanto, responde también de sus deudas con sus bienes (artículos 327 y 328). Por la segunda, se forma un patrimonio autónomo conformado por los bienes sociales, vocación de la mayor parte de bienes de la pareja por consideración legal, y los bienes propios de cada cónyuge cuya existencia se prevé (artículos 301 y 302, 310 y 311); en este contexto, entonces, aplican una serie de reglas de administración, disposición y pago de deudas (artículos 303-309, 313-317).

El régimen patrimonial del matrimonio puede terminarse por varias causas, pero la que se analizará en este trabajo es la del divorcio. En este campo, el análisis estará centrado en la liquidación de la sociedad de gananciales, régimen que regula las relaciones patrimoniales de la mayor parte de las parejas de cónyuges de la población peruana que ni al momento de casarse, ni después, decide tramitar la escritura pública que requiere la separación de patrimonios, por lo que “se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales” (artículo 295).

Por regla general, terminado el matrimonio finaliza la sociedad de gananciales, salvo en los casos de las causales de abandono injustificado de la casa conyugal y en la separación de hecho en los que, para las relaciones entre los cónyuges, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación (artículo 319). Esta precisión respecto de las dos causales anotadas tiene su racionalidad en una

regla de la redacción original del Código que se sustituyó en la práctica para estos supuestos, pues se volvió inaplicable: si uno de los cónyuges no participó en la vida matrimonial, entonces no tiene derecho a participar en lo que se generó durante el tiempo en que estuvo; el artículo 324 indica hasta hoy que “en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación”. Respecto a terceros/as, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal (artículo 319).

En la liquidación de la sociedad de gananciales se realiza un inventario de los activos y deudas, se pagan las obligaciones sociales y las cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren (artículo 322). Solo si existe un remanente de esta operación, se hace referencia a los gananciales que se dividen por mitad entre ambos cónyuges (artículo 323). Como anota Marcela Huaita (1999: 504) la racionalidad de la división igualitaria de los gananciales es una forma de reconocimiento del trabajo realizado por muchas mujeres en la esfera doméstica sin recibir ingresos, mientras que sus parejas obtienen recursos por su trabajo en la esfera pública. Esto se evidencia en los comentarios sobre el particular de Héctor Cornejo Chávez, ponente del Libro de Familia del Código Civil. En la normativa vigente se consideró a la sociedad de gananciales como un sistema arraigado en la sociedad peruana por la fuerza de la costumbre y en él se introdujo normas para una participación formalmente igualitaria de las mujeres a partir de una revalorización del trabajo doméstico de las mujeres basada en una división sexual del mismo: “[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” (1985: 411-412). La regla de la división formalmente igualitaria se altera en el marco del divorcio sanción: el cónyuge culpable perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (artículo 352).

Con las reformas a nuestro sistema divorcista se introdujo una variación patrimonial solo para la causal de separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años si no se tienen hijas/os menores de edad o de cuatro años si tuviesen hijos menores de edad. En estos casos se ha previsto 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). La mención indemnizatoria de esta norma tiene conexión con la regla general del sistema de divorcio sanción aún vigente, según la cual “[s]i los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral” (artículo 351); no obstante, a diferencia de esta, la indemnización en la separación de hecho no requiere determinación de culpa.

La racionalidad de la regla en el supuesto de separación de hecho es que, en estos casos, la solicitud de divorcio puede provenir de cualquiera de los cónyuges, incluso de quien propició la separación y, en la práctica, la otra parte puede enfrentarse a una definición legal de la relación que no ha previsto pero que es inevitable, pues el requisito normativo es que se verifique que hay un quiebre en la relación de pareja. En esa línea se prevé una compensación.

Un ejemplo prototípico para este análisis: Una pareja que estuvo casada por 20 años en los cuales la mujer desempeño el rol de ama de casa durante los últimos 16 años; en el proceso de divorcio ambos se benefician en parte igual de los bienes del matrimonio y la mujer no cuenta—en principio— con posibilidades legales de pedir una pensión alimentaria, pues 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 exesposo, ¿cuál es su situación frente al mercado de trabajo?, ¿es equivalente a la

de su ex?, ¿tiene ventajas comparativas como su experiencia acumulada, una red de contactos, capacitación? (Huaita 1999: 493-494). La formulación y respuesta a esas preguntas tiene relación con la crítica desde la perspectiva de género a la regulación patrimonial del divorcio que se analiza a continuación.

III. LAS CRÍTICAS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO A LA REGULACIÓN PATRIMONIAL DEL DIVORCIO⁽⁴⁾

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 en los últimos años 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 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

(4) El análisis de esta sección está centrado en las consecuencias patrimoniales del divorcio y no analiza las posibilidades de las obligaciones alimentarias en este ámbito. Aunque ambos aspectos definen conjuntamente el íntegro del panorama, es posible –y recomendable para la reflexión– diferenciarlos, pues existen diferencias importantes entre ellos, aunque ambos tengan una valoración económica: las pensiones alimenticias se rigen por los principios de necesidad del/a alimentista y capacidad del/a otorgante lo que las hace reajustables, mientras que en la repartición de bienes del matrimonio está en juego la medición de la contribución que cada parte ha hecho a la economía familiar lo que implica tener en cuenta otros factores (Huaita 1999: 514-515, 517). No obstante esto, se reconoce que en la resolución de los casos concretos un abordaje conjunto de ambos aspectos puede articular una respuesta integral (Huaita 199: 537).

la valoración jurídica de las diferencias (2005: 10-11) y que puede implicar 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 del divorcio 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, entonces el tratamiento igualitario como mismidad es insuficiente y producirá efectos diferenciados y discriminatorios (1999: 508).

Sobre el distinto posicionamiento de las mujeres y hombres en las relaciones, Margrit Eichler plantea que debe concebirse a las familias como un conjunto mínimamente estratificado en el sentido de que existen desigualdades reales multidimensionales que deben valorarse para el análisis jurídico de la igualdad entre los cónyuges. La autora plantea varias dimensiones que en los casos concretos deberían tomarse en cuenta como: 1) la duración de la vida, 2) el control sobre el propio cuerpo en términos de autonomía reproductiva y protección contra la violencia de todo tipo, 3) el trabajo, 4) el acceso a propiedades, 5) el acceso a servicios básicos requeridos para la vida con estándares de calidad –servicios como salud, seguridad social, transporte, entre otros–, 6) el acceso a conocimientos e información y 7) las relaciones afectivas, esto último para evitar en lo posible que quien tiene una “mayor vocación por la pareja” se coloque en una situación más débil a costa de sus propios intereses, todo en un contexto en el que socialmente se refuerza en las mujeres la “entrega” y el “sacrificio” en pro del proyecto familiar, mientras que en los varones se estimula la independencia como valor (1999: 458-467).

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 al trabajo, entonces 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, entonces hay 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, 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⁽⁵⁾.
- d) Aunque el valor de la casa conyugal se reparte equitativamente en el divorcio, dadas las probabilidades de que las mujeres ganen menos en el posdivorcio, existirán menos posibilidades de que puedan adquirir la mitad del marido en la propiedad o

(5) Sobre cómo el cálculo de alimentos impacta de forma diferenciada en las mujeres cuyas posibilidades económicas no se consideran como si se hace con los ingresos de deudor alimentario, puede revisarse Fernández y Ramírez, 2008: 83-85.

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 el Perú, 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 los cónyuges de generar ingresos.
- La duración del matrimonio.
- 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).

Un comentario sobre uno de los aspectos anotados: sobre el peso que tiene el trabajo doméstico en la vida de las mujeres, existe evidencia oficial en el Perú. El Ministerio de la Mujer y el Instituto Nacional de Estadística e Informática 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 nuestro país, en comparación al 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 le dedican a este último 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⁽⁶⁾.

IV. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA

Una mirada para la igualdad real en las relaciones familiares, complementaria de la igualdad formal que se buscó garantizar con las reformas civiles, requiere tomar en cuenta todos los aspectos anotados previamente. Este es el enfoque de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), tratado que forma parte de nuestro ordenamiento desde 1982, y cuyos derechos son de rango constitucional conforme a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional⁽⁷⁾, señala 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”, lo que en particular implica “los derechos y responsabilidades durante el matrimonio y al disolverse este” (artículo 16.1.c).

Complementariamente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), instancia de seguimiento de este tratado que provee la interpretación “auténtica” del mismo, ha emitido –a la fecha– dos parámetros sobre el particular⁽⁸⁾. La Observación General N° 21 dedicada a la igualdad en el matrimonio y en las

(6) La Encuesta Nacional de Uso del Tiempo 2010 está disponible en la página web del INEI: <<http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0960/libro.pdf>>.

(7) 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°s 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>>.

(8) 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>>.

relaciones familiares⁽⁹⁾, precisa que en general “al dividirse la propiedad conyugal, se atribuye mayor importancia a las contribuciones económicas al patrimonio efectuadas durante el matrimonio que a otras aportaciones como la educación de los hijos, el cuidado de los parientes ancianos y las faenas domésticas. Con frecuencia, estas otras contribuciones de la mujer hacen posible que el marido obtenga ingresos y aumente los haberes. Debería darse la misma importancia a todas las contribuciones, económicas o no” (numeral 30).

Por la relevancia de las consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución, el Comité ha emitido la Recomendación General N° 29 específicamente sobre el particular⁽¹⁰⁾. Al inicio de este documento, se señala que las consecuencias económicas para las mujeres del matrimonio, el divorcio, la separación y la muerte han sido de un creciente interés de este órgano y que las investigaciones realizadas en algunos países han encontrado que mientras que los hombres usualmente experimentan una pequeña –sino inexistente– pérdida de ingresos después del divorcio o la separación, muchas mujeres sufren de una disminución sustancial de sus ingresos familiares (numeral 4).

El Comité señaló que generalmente las consecuencias financieras del divorcio favorecen a los varones, aun cuando las leyes sean aparentemente neutrales; esto en razón de los criterios para la determinación de la propiedad marital a repartir, el insuficiente reconocimiento de las contribuciones no financieras, los roles familiares de género y las normas posteriores a la disolución sobre uso de la casa y otras posesiones familiares, factores todos que afectan el estatus económico de las mujeres (numeral 43).

(9) 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>>.

(10) COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General N° 29, Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución, 2013. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/comments/CEDAW-C-52-WP-1_en.pdf>. A la fecha de cierre de este trabajo, la única versión disponible era la versión sin editar en inglés, por lo que se ha hecho la traducción pertinente de su contenido.

En la Observación General citada se destaca que la interrupción en la historia de educación y empleo, así como las responsabilidades de cuidado parental frecuentemente evitan que las mujeres tengan un camino continuo de empleo remunerado, lo que tiene un costo de oportunidad que repercute en sus posibilidades de mantenimiento posterior a la disolución de la unidad familiar; esto no solo debe ser tomado en cuenta en los regímenes de división de un patrimonio común acumulado, sino que esos factores sociales y económicos impiden que incluso en los regímenes de separación de patrimonios las mujeres aumenten su propiedad individual durante el matrimonio (numeral 44).

El principio guía debe ser que las ventajas y desventajas económicas de las relaciones de pareja y de su disolución deben recaer igualmente en las dos partes. La división de roles y funciones durante la vida de pareja no debe resultar en un detrimento económico para ninguna parte (numeral 45).

El Comité CEDAW exhorta a que se garantice la igualdad formal, pero también sustantiva con respecto a los derechos de propiedad en la disolución del matrimonio y, para eso, recomienda algunas medidas:

- a) El reconocimiento de un derecho de uso sobre la propiedad relacionada con el sustento familiar, o de una compensación para que se pueda tener un reemplazo de la propiedad relacionada al sustento familiar.
- b) Asegurar el acceso a una vivienda adecuada para reemplazar el uso de la vivienda familiar.
- c) La inclusión como parte de los bienes gananciales sujetos a división del cálculo del valor actual de compensaciones diferidas, pensiones, seguros de vida u otros ingresos a ser recibidos posteriormente a la disolución que resulten de contribuciones efectuadas durante el matrimonio.
- d) La valoración de la contribución no financiera a la propiedad marital objeto de división, incluyendo trabajo doméstico y cuidado familiar, las oportunidades económicas perdidas, las contribuciones tangible o intangibles al desarrollo profesional y

otras actividades económicas del/a otro/a cónyuge, y para el desarrollo de su capital humano.

- e) La consideración de pagos conyugales después de la disolución como un método para proporcionar la igualdad de resultados financieros.
- f) La igualdad debe estar presente en todos los regímenes de propiedad disponibles para las parejas (ya sean de sociedad de gananciales, separación de patrimonios o regímenes mixtos), en el derecho a escoger el régimen patrimonial, y en el entendimiento de las consecuencias de cada régimen (numeral 47).

V. LOS APORTES DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Como se ha señalado, a nivel legislativo, nuestro ordenamiento ha previsto un reparto formalmente igualitario del patrimonio conyugal en la sociedad de gananciales, con la sola excepción de las sanciones patrimoniales en el divorcio sanción. El quiebre de esta lógica está en el supuesto de separación de hecho en el que se ha previsto una evaluación diferenciada. A la luz del marco crítico desde la perspectiva de género desarrollado, es evidente que las consideraciones anotadas encuentran eco en los efectos particulares regulados en esta causal.

Sobre el particular, se han emitido interesantes consideraciones judiciales. 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 sentencia⁽¹¹⁾ 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:

- 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

(11) 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>>.

la estabilidad de los/as 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.

Rápidamente se desprende la similitud entre estas consideraciones y el marco teórico crítico expuesto líneas arriba. Con estas reglas jurisprudenciales reseñadas, queda en 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 anota– 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 valorado⁽¹²⁾. El punto débil de este pronunciamiento es la motivación de la cuantía de la indemnización: no se fundamentó cómo S/. 3,500 eran un valor justificado por las repercusiones desiguales en las que el divorcio dejó a la demandada.

Sobre la importancia de justificar la cuantía, son pertinentes las aproximaciones críticas de Leysser L. León (2007) a 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. Aunque el autor enfoca su crítica desde una aproximación civilista que anota la mala definición teórica de los daños, la no naturaleza de responsabilidad civil de los montos de la obligación indemnizatoria en el marco del divorcio, y la no pertinencia de la categoría de “daño al proyecto de vida”, es interesante reflexionar también desde un marco de derechos fundamentales acerca de la necesidad de que se motiven, adecuadamente, los montos establecidos en los casos de divorcio.

El Tribunal Constitucional ha destacado la centralidad de una adecuada motivación del razonamiento plasmado en las resoluciones judiciales. Este extremo es de especial relevancia, pues en nuestro país esa es una de las faltas más recurrentes entre los órganos del sistema de justicia. La falta de una adecuada valoración de las pruebas y de una lógica argumentativa que respalde la solución brindada es causal de nulidad:

“El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada

(12) 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, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2013, pp. 73-80.

decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso⁽¹³⁾.

VI. REFLEXIONES DE CIERRE

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.

Una evaluación desde la perspectiva de género implica la capacidad de “para reconocer la discriminación que sufren las mujeres⁽¹⁴⁾, y preguntarse por su situación en los contextos a analizar es el primer paso del camino (Bartlett 2011: 32-51). En las consecuencias patrimoniales del divorcio 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 el reparto igualitario de los gananciales es la mejor expresión del progreso alcanzado. Pero ese avance se valorará solo como parcial si se analiza desde el lente de la igualdad sustantiva: mujeres y varones no están en general en las mismas posiciones en el momento de la ruptura de sus relaciones estables de pareja, y en un marco de desigualdad, la aplicación de la normativa neutra tiene resultados discriminatorios.

En la complejidad de nuestro sistema mixto de divorcio, nuestra legislación se ha abierto parcialmente a la consideración de factores relevantes para no avalar el empobrecimiento de las mujeres en ese momento

(13) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 01480-2006-AA/TC, de fecha 27 de marzo de 2006, numeral 2, disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01480-2006-AA.html>> y Sentencia en el Expediente N° 04493-2008-PA/TC, de fecha 30 de junio de 2010, numerales 4-6, disponible en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04493-2008-AA.html>>.

(14) 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 N° 205, numeral 540. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>.

de quiebre, pero solo en el caso de la separación de hecho. Esa apertura ha sido desarrollada por la vía jurisprudencial en la que se ha destacado que la apreciación de los factores de desequilibrio económico en el divorcio es una obligación. Pero más allá de la separación de hecho ¿qué hacer en otros supuestos de divorcio? Real es que no existe un marco legal de respaldo para extender las consideraciones anotadas, pero 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.

En el marco normativo vigente, un análisis particular en cada caso concreto es imperativo: una mirada sobre cada contexto fáctico enfocándose en sus dilemas propios es una buena ruta para la administración de una real justicia que, partiendo de las reglas generales legales y constitucionales, favorezca estándares de igualdad real (Bartlett 2011: 51-75). Y esta mirada de conjunto que parte de la pregunta por las mujeres en las relaciones patrimoniales del divorcio no exige siempre decisiones a favor suyo: exige que se identifiquen y descarten posibles impactos diferenciados por género y que la decisión sea defendible en contraste con ellos (Bartlett 2011: 47). La obligación de una adecuada motivación es buen acompañamiento para prevenir que se presuma que siempre serán las mujeres la parte más perjudicada por su sola condición de tales, concepción esencialista que es tan discriminatoria como las consecuencias desiguales sobre las que este trabajo reflexiona.

BIBLIOGRAFÍA

BARTLETT, Katharine

2011 “Métodos Jurídicos Feministas”. En: FERNÁNDEZ REVEDO, Marisol y MORALES LUNA, Félix (coordinadores). *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Palestra, Lima, 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*. Artes Gráficas de la Industria Avanzada, Lima, pp. 337-452.

EICHLER, Margrit

1999 “Cambios familiares: familias, políticas e igualdad de género”. En: FACIO, Alda y Lorena FRIES (editoras). *Género y Derecho*. American University, LOM Ediciones y la Morada, Santiago, pp. 443-485.

FACIO MONTEJO, Alda

2003a *La Carta Magna de todas las mujeres*. Ver: <<http://centreatigona.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, GTZ, Managua, pp. 143-156.

FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol

2013 *Manual de derecho de familia. Constitucionalización y diversidad familiar*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

2006 “Usando el género para criticar al Derecho”. En: *Derecho PUC*. Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 59, pp. 357-369. Ver: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3073/2919>>

FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol y RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz.

2008 “¿Cómo se garantizan los derechos fundamentales de los miembros de una familia a través de los alimentos?”. *Foro Jurídico*. Año IV, N° 8, pp. 75-88.

FERRAJOLI, Luigi

2005 “Igualdad y Diferencia”. En: FERRAJOLI, Luigi y CARBONELL, Miguel. *Igualdad y diferencia de género*. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México D.F.,

pp. 7-33. Ver: <<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 FRIES, Lorena (editoras). *Género y Derecho*. American University, LOM Ediciones y la Morada, Santiago, pp. 487-539.

LAGARDE, Marcela

1996 *Desarrollo humano y democracia*. Editorial Horas y Horas, Madrid.

LANDA ARROYO, César

1990 “Apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia”. En: AA.VV. *La familia en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 125-149.

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”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 104, Año 12, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 77-87. Ver: <http://works.bepress.com/leysser_leon/10/>.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

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

OBANDO, Ana Elena

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

OLSEN, Frances

1999 “El mito de la intervención del Estado en la familia”. En: FACIO, Alda y FRIES, Lorena (editoras). *Género y Derecho*. LOM Editores y La Morada, Santiago, pp. 413-442.

ROCA, Encarna

1999 *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*. Civitas Ediciones, Madrid.

RUIZ BRAVO LÓPEZ, Patricia

1999 “Una aproximación al concepto de género”. En: *Sobre género, derecho y discriminación*. Defensoría del Pueblo, Lima, pp. 131-149.

VILLANUEVA, Rocio

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

YAÑEZ DE LA BORDA, Gina y DADOR TOZZINI, María Jennie

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, Defensoría del Pueblo, Lima.