

DESIGUALDADES DE GÉNERO EN LAS CONSECUENCIAS ECONOMICO-FINANCIERAS DEL DIVORCIO

Marcela Huaita Alegre*

Introducción

Durante la segunda mitad del presente siglo, la codificación en materia de familia en Latinoamérica ha sufrido cambios importantes, en relación a la regulación de las relaciones matrimoniales. Los dos cambios quizás más importantes están relacionados, por un lado, con la adopción de un sistema de divorcio alternativo al divorcio-sanción, el divorcio-remedio y el divorcio por causa objetiva. Por otro lado, la adopción del principio de igualdad y no discriminación entre varón y mujer, implicó la revisión de los principales cuerpos normativos y su consiguiente adecuación en torno a los deberes y derechos de los cónyuges durante el matrimonio y con posterioridad al mismo.

Ambas modificaciones, revolucionaron en su momento las sólidas y tradicionales bases del Derecho Civil Latinoamericano, lográndose en la mayoría de casos una mixtura y sobreposición de sistemas y principios que hace difícil la comprensión de los regímenes matrimoniales vigentes en nuestros países, tanto para los estudiantes de derecho como para los usuarios mismos del sistema, es decir para las mujeres y los varones que ven sus vidas reguladas por leyes externas y muchas veces lejanas a sus propios deseos y percepciones.

Creemos que, para una cabal comprensión de los profundos cambios adoptados y los rezagos y contradicciones que aún quedan en nuestras leyes, es necesario introducirnos en el tema haciendo una rápida revisión histórica de los principales cambios producidos por las dos "revoluciones" antes acotadas.

Luego de esta rápida revisión, entraremos de lleno a la materia que nos ocupa y que son las consecuencias económico-financieras del divorcio en varones y mujeres. Para ello, en primer lugar, vamos a revisar dos importantes instituciones: los regímenes patrimoniales en el matrimonio (Comunidad de Bienes, Separación de Patrimonios, Participación en los Gananciales, entre otros) y el derecho alimentario entre ex-cónyuges. En ambos casos, analizaremos cómo el principio de "culpabilidad" se hace presente para establecer diferencias entre los cónyuges, el tratamiento diferenciado para con la mujer que aún es conservado por algunas normas y la facultad discrecional que le puede ser reconocida al juez para alterar el acuerdo de las partes.

Al mismo tiempo que hacemos el análisis del proceso latinoamericano, trataremos de enfocar el desarrollo que en esta materia se ha venido dando en otros países, específicamente en Estados Unidos. Así nos referiremos a los modelos para la distribución de "*property*" y "*alimony*" desarrollados en la doctrina del common law, con algunas referencias a otros países.

En la parte final de este trabajo, presentaremos los modelos que subyacen en los sistemas vigentes en Estados Unidos, tratando de encontrar algunos criterios alternativos para Latinoamérica que puedan servir a los operadores del Derecho (jueces, abogados/as, estudiantes y a las mismas partes involucradas) a encontrar soluciones apropiadas a sus necesidades.

A lo largo de este artículo, una pregunta frecuente que nos haremos y que invitamos hacer al/ a la lector/a, es qué consecuencias pueden tener estos regímenes en relación con las mujeres, si existe algún tipo de discriminación en la norma o en su aplicación, así como qué modelos podrían ser más equitativos teniendo en cuenta la realidad de las mujeres latinoamericanas.

Debido a la amplitud del tema y al carácter de nuestra investigación, no trabajaremos aquí la cuestión de los alimentos para los hijos y las consecuencias que tiene para la mujer el asumir su cuidado y tenencia en la gran mayoría de los casos. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que la llamada "feminización de la pobreza" es en parte debida a

esta realidad que aún está insuficientemente documentada en el caso de Latinoamérica.

1. Revisión histórica

1.1 Divorcio en los códigos civiles latinoamericanos

La tradición del derecho hispánico en Latinoamérica en materia de derecho de familia ha tenido una profunda influencia, como se demuestra en el hecho de que una buena parte de los códigos civiles promulgados el siglo pasado reconocía la validez del matrimonio eclesíástico celebrado bajo el rito de la Iglesia Católica, tal como lo habían venido haciendo las Partidas y la Real Cédula de Felipe II de 1564^[1]. La característica fundamental de este tipo de matrimonio fue su indisolubilidad; una segunda característica de este régimen matrimonial fue la potestad marital "basada en la autoridad del marido y el deber de obediencia de la mujer"^[2].

Aún después de haberse dictado leyes de matrimonio civil, que secularizaban la institución del matrimonio, estas dos características impregnaron por largo tiempo la regulación del matrimonio en Latinoamérica^[3]. Actualmente, seis países son regulados por Códigos Civiles que tuvieron sus orígenes en el siglo pasado: Chile (1857), Ecuador (1861), Argentina (1861), Uruguay (1868), Guatemala (1877) y México (1884)^[4], de los cuales la mayor parte, si no todos, han sufrido importantes modificaciones en el área que nos ocupa. A pesar de ello la influencia de la codificación del siglo pasado mantiene su vigencia como veremos más adelante.

1.1.1 Matrimonio indisoluble

La característica de indisolubilidad matrimonial es únicamente mantenida en Chile^[5] cuyo Código Civil si bien permite la separación de los cónyuges no autoriza el divorcio vincular y por consiguiente la posibilidad de un nuevo matrimonio. Sin embargo, en la práctica, muchas parejas consiguen reestructurar segundos matrimonios a través de una "puerta falsa" como es la anulación del matrimonio basado en la incompetencia del oficial del registro civil^[6]. Pero más allá de este caso anecdótico, la gran mayoría de países oscila entre el divorcio exclusivamente basado en causales y el divorcio por mutuo acuerdo^[7], optando en la mayoría de casos por aceptar ambas formas de disolución del vínculo. En el otro extremo encontramos el caso de Nicaragua que además de aceptar el divorcio por mutuo acuerdo, permite la disolución del vínculo por voluntad de una de las partes y sin expresión de causal^[8].

1.1.2 Divorcio

Antes de entrar al tema principal de este artículo, las consecuencias económicas del divorcio, queremos dar una rápida revisión de las formas en que éste puede ser solicitado en la tradición latinoamericana. Como todos sabemos, desde tiempos romanos las dos grandes formas de divorcio eran el Divorcio Bona-Gratia y el Divorcio-Repudio, equivalentes a los actuales: Divorcio por mutuo acuerdo y Divorcio por voluntad unilateral.

En general, cuando se trata de un divorcio por mutuo acuerdo los cónyuges necesitan ponerse de acuerdo sobre determinados elementos que van a formar parte del convenio de divorcio como son: la tenencia de los hijos menores, la división de los bienes comunes y la pensión alimenticia a cargo de uno de los cónyuges a favor del otro y de los hijos.

A falta de acuerdo entre los cónyuges, la ley les permite acceder a un divorcio por voluntad unilateral que muchas veces es restringido a un número de situaciones, "causales", que deben ser probadas u otras veces es más bien amplio y basta la expresión de la voluntad de uno de los cónyuges. En este caso, las consecuencias sobre la tenencia de los hijos menores, el reparto de bienes y la pensión alimenticia es definida por el juez^[9]. Así, algunos códigos establecen reglas estrictas y en otros se le da un margen más amplio a la discrecionalidad judicial, como veremos más adelante en relación con los aspectos económicos del divorcio^[10].

Comment [1]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [2]: <!--[endif]-->

Comment [3]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [4]: <!--[endif]-->

Comment [5]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [6]: <!--[endif]-->

Comment [7]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [8]: <!--[endif]-->

Comment [9]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [10]: <!--[endif]-->

Comment [11]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [12]: <!--[endif]-->

Comment [13]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [14]: <!--[endif]-->

Comment [15]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [16]: <!--[endif]-->

Comment [17]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [18]: <!--[endif]-->

Comment [19]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [20]: <!--[endif]-->

Comencemos entonces por repasar las formas en que puede darse el divorcio por voluntad unilateral:

A) Principio de falta en la separación o divorcio

El llamado "divorcio sanción" responde a la pregunta de cuál es la causa del divorcio[11] y por tanto supone que hay un esposo "culpable" quien cometió algún hecho ilícito por lo cual hay que sancionarlo, mientras que el otro cónyuge es la víctima "inocente" de dicha mala acción. En esta concepción se considera que hay una razón única o por lo menos principal por la cual la vida en común se hace insoportable, de ahí que se hagan listados de "causales" para facilitar al juez la ameritación de los hechos. Las "causales" más comunes en los códigos latinoamericanos[12] son:

- Adulterio[13]
- Maltratos o violencia conyugal[14]
- Injuria grave[15]
- Atentado contra la vida del otro cónyuge[16]
- Abandono del hogar conyugal[17]
- Incumplimiento de deberes de asistencia y alimentación[18]

En términos de género algunas de estas causales han sido casi exclusivamente alegadas por las mujeres como es el caso de "maltratos"[19] o han dado lugar a un *doble parámetro*[20] en su valoración como el caso de "adulterio". Ambas situaciones responden a una construcción social de las características de ser "varón" y ser "mujer" en nuestras sociedades[21]. Así la agresividad y violencia de los varones ha hecho difícil muchas veces que la causal de "maltratos" sea admitida como causal de divorcio a menos que se demuestre una excesiva crueldad. Igualmente respecto de la definición de adulterio, la pretendida "*conspicencia*" de los varones ha hecho que no se considere adulterio el sólo hecho de mantener relaciones sexuales con persona extraña a la esposa sino que se exigía, en algunos casos, la existencia de una concubina permanente[22]. Si bien estos parámetros han sido superados en el texto de la ley, en muchos casos siguen vigentes en la mentalidad de los operadores jurídicos (jueces, abogados, fiscales).

B) Divorcio-Remedio

Cercano al principio de divorcio-sanción, se desarrolló el principio del "divorcio-remedio" en el cual se comprenden situaciones que si bien no han sido "culpa" de uno de los cónyuges, ponen en peligro la continuidad de la vida en común. Es decir, en este caso se admite el quiebre del matrimonio en una situación objetiva-situación conyugal- y no subjetiva -culpa-.

Entre las causales que son admitidas en los códigos latinoamericanos[23] que se enmarcan en esta corriente, tenemos:

- Alcoholismo o uso de sustancias que puedan generar toxicomania[24]
- Condena por delito a pena privativa de libertad[25]
- Ausencia[26]
- Grave dolencia mental[27]
- Enfermedad grave, incurable y contagiosa[28]

En términos de carga de la prueba, estas causales siguen la mecánica del divorcio por falta, es decir uno de los cónyuges alega la causal en que ha incurrido el otro y deberá demostrar las dificultades que atraviesa el matrimonio a causa de dicha situación. En algunos casos, el hecho que uno de los cónyuges quiera divorciarse alegando una situación de

Comment [21]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [22]: <!--[endif]-->

Comment [23]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [24]: <!--[endif]-->

Comment [25]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [26]: <!--[endif]-->

Comment [27]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [28]: <!--[endif]-->

Comment [29]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [30]: <!--[endif]-->

Comment [31]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [32]: <!--[endif]-->

Comment [33]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [34]: <!--[endif]-->

Comment [35]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [36]: <!--[endif]-->

Comment [37]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [38]: <!--[endif]-->

Comment [39]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [40]: <!--[endif]-->

Comment [41]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [42]: <!--[endif]-->

Comment [43]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [44]: <!--[endif]-->

Comment [45]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [46]: <!--[endif]-->

Comment [47]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [48]: <!--[endif]-->

Comment [49]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [50]: <!--[endif]-->

Comment [51]: <!--[if ...]

Comment [52]: <!--[endif]-->

Comment [53]: <!--[if ...]

Comment [54]: <!--[endif]-->

Comment [55]: <!--[if ...]

Comment [56]: <!--[endif]-->

enfermedad del otro, puede tener la consecuencia de tener que asumir una pensión alimenticia de carácter permanente a favor del cónyuge enfermo.

C) Incorporación del divorcio por ruptura de la vida en común

Cuando la concepción del divorcio cambia de la pregunta "¿cuál es la causa del conflicto conyugal?" (Divorcio-sanción) a la pregunta "¿debe ser el conflicto conyugal causa de divorcio?" (Divorcio-remedio)^[29], nos acercamos a la posibilidad de aceptar la incorporación del divorcio basado en una causa objetiva, como es la ruptura de la vida en común, sin que se tenga que demostrar por qué se llegó a dicha situación de facto.

Esta última forma de divorcio, en las décadas recientes ha reemplazado al divorcio por falta en muchos sistemas legales, sobretodo en Europa^[30] y norteamérica^[31]. Sin embargo, los códigos latinoamericanos se resisten a incorporar esta figura, siendo admitida sólo en algunos países como Argentina, Brasil y Costa Rica, en los que se exige de 3 a 1 año de separación de hecho previa a la solicitud de divorcio.

Un sistema de este tipo, supone un mayor respecto por la libertad individual de cada uno de los cónyuges por lo que no se ve la utilidad de continuar la existencia de un matrimonio cuando una de las partes desea verse apartado de ella. Sin embargo, si bien podría decirse que esta formulación del divorcio es acorde con tendencias modernas de la relación conyugal, en la que ambos cónyuges están sujetos a los mismos derechos y reponsabilidades, debe coexistir con roles más bien tradicionales, que desarrollan muchas parejas y que son socialmente funcionales mientras el matrimonio está vigente.

Es decir, el desarrollo legislativo hacia un divorcio por ruptura de la vida en común muchas veces puede entrar en franca contradicción con situaciones personales de los cónyuges que corresponden a arreglos familiares asimétricos. Por dar un ejemplo, pensemos en una pareja que estuvo casada por 20 años, en los cuales la mujer desempeñó el rol de ama de casa durante los últimos 18 y que luego de un largo matrimonio se ve enfrentada a un proceso de divorcio por ruptura de la vida en común, que supone que los bienes deben repartirse por igual entre ambos cónyuges porque los dos contribuyeron por igual durante el matrimonio y además no le corresponde derecho a pensión alimenticia por no encontrarse en "estado de necesidad"^[32].

En un principio ello parecería muy justo y alguien podría decir hasta "conveniente" a la mujer porque se reconoce su contribución como "ama de casa" durante el matrimonio a pesar de no haber aportado en términos monetarios al patrimonio común. Pero, ¿qué pasará con esa mujer después del divorcio? Para mantenerse tendrá que encontrar un trabajo remunerado, ¿cuáles son sus posibilidades?, ¿cuál es la experiencia acumulada?, ¿cuáles son sus condiciones en el mercado de trabajo? Al otro lado tenemos al esposo, quien después del divorcio queda con el mismo capital en bienes que su ex-cónyuge; ¿cuál es su situación frente al mercado de trabajo?, es la misma que la de la mujer?, ¿o por el contrario tiene ventajas comparativas, como son: la experiencia acumulada, la red de contactos profesionales, la capacitación técnica o profesional, una mayor valoración de estas habilidades en comparación con aquellas desarrolladas en las tareas del ama de casa, entre otras?

¿Qué tan justa nos parece ahora la división de los bienes en 50/50 para cada cónyuge y el no derecho a pensión alimenticia regulada en la mayor parte de códigos latinoamericanos? Estas son algunas de los conflictos que deben enfrentar los abogados/as y jueces cuando están frente a una situación de divorcio. En ese sentido, en los últimos años se viene reconociendo como un fenómeno no querido de las nuevas concepciones de divorcio, la feminización de la pobreza en la etapa post-divorcio. Con ello no queremos decir que se debe volver a etapas anteriores como es el divorcio por falta^[33], sin embargo, creemos que amerita el análisis y reflexión de las y los estudiosos en la materia para tratar de encontrar soluciones adecuadas a la realidad cotidiana de las familias.

A manera de resumen, podemos presentar los principales cambios en la regulación del divorcio, según el cuadro elaborado por Lenore Weitzman en su libro La Revolución del Divorcio.

Comment [57]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [58]: <!--[endif]-->

Comment [59]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [60]: <!--[endif]-->

Comment [61]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [62]: <!--[endif]-->

Comment [63]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [64]: <!--[endif]-->

Comment [65]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [66]: <!--[endif]-->

CAMBIOS EN LA REGULACION DEL DIVORCIO [34]

Comment [67]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [68]: <!--[endif]-->

DIVORCIO TRADICIONAL

DIVORCIO SIN CULPA

DIVORCIO TRADICIONAL	DIVORCIO SIN CULPA
Ley restrictiva Protege al matrimonio	Ley permisiva
	Facilita el divorcio
Causas específicas Adulterio, Crueldad, etc.	Sin causas
	Ruptura marital
Marco moral - Culpabilidad v. Inocencia	Marco administrativo
	No responsabilidad
Falta Una parte causa el divorcio	Sin falta
	La causa del divorcio es irrelevante
Necesidad del consentimiento del esposo inocente	No se necesita consentimiento
Esposo inocente tiene el poder de "prevent" o demorar el divorcio	Divorcio unilateral. No se necesita consentimiento ni acuerdo
Género como base de las responsabilidades	Neutralidad de género en las responsabilidades
Esposo responsable por alimentos	Ambos responsables del <i>self-support</i>
Esposa responsable por custodia	Ambos elegibles para custodia
Esposo responsable por alimentos para hijos	Ambos responsables por alimentos para los hijos
Beneficios financieros relacionados con la falta	Beneficios financieros basados en la equidad
Alimentos para el cónyuge "inocente"	Alimentos para el cónyuge basado en la necesidad
Mayor parte de la propiedad para el cónyuge "inocente"	Propiedad dividida en partes iguales
Adversarial	No adversarial
Una parte culpable, la otra inocente	Partes ni culpables ni inocentes
Ganancia financiera probándose la falta	No ganancia financiera por cargos
	Promueve amigable resolución

1.2. Relación hombre-mujer dentro del matrimonio

Acompañando este cambio en la concepción del divorcio, encontramos una transformación en la concepción de la relación varón-mujer al interior del matrimonio, que es la segunda "revolución" en materia de derecho familiar en los últimos años.

1.2.1 Potestad marital

La segunda característica que habíamos mencionado del matrimonio está en relación con la "potestad marital" que no es otra cosa que el poder que la ley le reconoce al marido sobre la mujer que es su esposa. La evolución en torno a esta temática es quizá un tanto más compleja que la producida en materia de divorcio y encontramos una mayor variación en las legislaciones de nuestros países.

La "potestad marital" es parte de lo que tradicionalmente se ha denominado "patriarcado"^[35] que es el sistema que reconoce un poder casi omnipotente del padre sobre todos los miembros de la familia y que ha constituido la base social sobre la que se desarrolló el Occidente. Durante largos siglos este orden fue considerado como *natural* y fue respaldado por la religión, la moral y el Derecho. La mujer no fue vista como un sujeto en sí misma sino que estaba en función de las necesidades del varón, sometida a su dominio vía el control de la fecundidad (capacidad reproductora) y la división sexual del trabajo. Socialmente este control se logró mediante la demarcación de dos esferas bien definidas: la pública del trabajo y la política y la privada de la familia y la gestión de los afectos.

En Latinoamérica, al enmarcarse en la tradición occidental, el Estado depositó en la familia la responsabilidad de la reproducción social de este orden, confinando a la mujer en el ámbito doméstico, y reconociendo al matrimonio y a la familia legalmente constituida como célula fundamental de la sociedad, tomando características *sui generis* debido al complejo cultural del *machismo*, propio de nuestras sociedades.^[36]

Según ello, la imagen del hombre latino, es decir el *macho*, es que de joven será jactancioso y pendenciero, buscando seducir a la virgen; y de mayor, dada su debilidad o incontinencia sexual, le será infiel a su mujer con quien se casó para "fundar una familia", pero a la que nunca le hará conocer su pericia en los asuntos sexuales. Una vez casado, el hombre deberá ser un buen proveedor, teniendo a una mujer e hijos dependientes. Correlato de esta superioridad moral, la conducta sexual de la mujer debe ser absolutamente controlada; "el ideal dicta no sólo castidad premarital sino también frigidez post-nupcial por lo que la mujer no debe manifestar interés sexual alguno, proyectando su realización como persona a través de sus hijos".^[37]

En la actualidad, estos estereotipos estarían siendo revisados gracias a la participación de la mujer en mundos mixtos, más universales: trabajos y estudios superiores. La mujer, identificada con la maternidad, estaría pasando de una hipervaloración del espíritu de sacrificio a la responsabilidad del cuidado.^[38] Por su parte, la identidad del hombre también estaría entrando en crisis dado que, por las adversas condiciones económicas, cada vez puede cumplir menos con su papel de único proveedor en la familia, y en el ámbito laboral y político se percibe una mayor competencia femenina.^[39]

Al respecto, si bien existe una percepción de la creciente participación de las mujeres en la actividad económica, que en las últimas dos décadas registró incrementos de doce o más puntos porcentuales, debe decirse que actualmente la tasa de participación femenina fluctúa entre 20% y 35%, muy por debajo de los varones quienes participan en el mercado laboral en un 70%^[40]. Asimismo, según la CEPAL, la participación de las mujeres, a diferencia de lo que ocurre con los varones, presenta diferencias muy marcadas según edad, nivel de educación, estrato socioeconómico y lugar que ocupan dentro del hogar.^[41] En cuanto a su participación política, si bien ésta ha sido importante en relación con los movimientos sociales, esto no se refleja en los partidos políticos, en donde las mujeres excepcionalmente superan el 25% de los cargos de dirección, y mucho menos en los cargos de alta jerarquía tanto del Poder Ejecutivo como del Legislativo.^[42]

De otra parte, como veníamos diciendo, la "potestad marital" si bien ha sido superada en muchos ámbitos aún podemos

Comment [69]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [70]: <!--[endif]-->

Comment [71]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [72]: <!--[endif]-->

Comment [73]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [74]: <!--[endif]-->

Comment [75]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [76]: <!--[endif]-->

Comment [77]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [78]: <!--[endif]-->

Comment [79]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [80]: <!--[endif]-->

Comment [81]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [82]: <!--[endif]-->

Comment [83]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [84]: <!--[endif]-->

encontrarla en algunas formulaciones legales referentes a los diferentes deberes y derechos de los cónyuges entre sí, como en relación con la capacidad de la mujer casada y también en cuanto a la relación con los hijos. Así podemos encontrar un principio general de "igualdad entre cónyuges" acompañado de algunas limitaciones a la mujer como por ejemplo: que el marido puede oponerse a que realice actividades fuera del hogar^[43], que los actos de comercio de la mujer no comprometen los bienes de la sociedad conyugal a menos que su esposo lo autorice^[44], limitaciones en cuanto a la fijación del domicilio conyugal y la administración de los bienes de la sociedad conyugal^[45], entre otras.

Comment [85]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [86]: <!--[endif]-->

Comment [87]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [88]: <!--[endif]-->

Comment [89]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [90]: <!--[endif]-->

1.2.2 Incorporación del principio de igualdad y no discriminación entre los sexos

Como decíamos, al compartir tanto el hombre como la mujer la responsabilidad de ser los proveedores de la familia, se rechaza la jerarquía masculina y el afecto se vuelve cada vez más importante como base de la relación de pareja. La reciprocidad en el amor, una mayor comunicación en cuanto a los intereses y un tratamiento igualitario en todos los ámbitos serían las nuevas reglas exigidas por las mujeres. Sin embargo, el contexto social en que se desenvuelven estas relaciones no siempre favorece los principios igualitarios, encontrándose mayor resistencia en el varón, puesto que éste es el que ha gozado de la situación de privilegio.

Así el principio de igualdad entre los cónyuges, ha tenido una importante influencia en los aspectos económicos del matrimonio. Según Borda:

La emancipación de la mujer ha traído la decadencia y desaparición de los regímenes comunitarios basados en la administración exclusiva por el marido. Se prefiere o bien la separación de patrimonios o bien una comunidad en que cada uno de los cónyuges administra y dispone de los bienes que ha aportado al matrimonio y de los que adquiere con su trabajo personal, adecuándose así al principio de la igualdad jurídica de los esposos^[46].

Comment [91]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [92]: <!--[endif]-->

A pesar de esta actualización de la norma jurídica que permite que en la mayor parte de países se regule un sistema de bienes de comunidad parcial en el que hay bienes comunes y bienes propios de ambos cónyuges, debemos decir que en la práctica muchas veces -a pesar de la norma jurídica- los varones siguen teniendo el control exclusivo de los bienes.

2. Régimen patrimonial de bienes en el matrimonio

En este estudio no vamos a hacer un examen exhaustivo de los regímenes patrimoniales vigentes en cada uno de los países de Latinoamérica, lo que pretendemos es analizar cómo el respeto cada vez mayor a la autonomía de la voluntad que, como hemos visto, por un lado ha permitido la sobreposición de un divorcio por causa objetiva a un divorcio por falta, también genera algunas contradicciones y vacíos legales en el momento de la disolución del régimen patrimonial -consecuencia obligada de la disolución del vínculo- así como analizar el impacto diferenciado en términos de género en la aplicación de estas reglas. Para ello nos detendremos un momento para revisar de manera sucinta los principales regímenes patrimoniales vigentes en los códigos civiles de algunos países de Latinoamérica.

2.1 Regímenes patrimoniales en los códigos civiles latinoamericanos^[47]

Comment [93]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [94]: <!--[endif]-->

2.1.1 Regulación patrimonial en el matrimonio

Cuando se estudian los regímenes patrimoniales en el matrimonio encontramos una gran diversidad que va desde sistemas rígidos que no permiten la libertad entre los cónyuges hasta aquellos en que la voluntad de éstos es determinante en cuanto a su futuro patrimonial. Generalmente, se reconocen alternativas diferentes entre las que deben optar los cónyuges, presumiéndose la existencia de un régimen específico en caso que no haya una voluntad expresa manifestada.

A pesar de la variedad existente y los detalles que cada país ha introducido en su legislación, trataremos de identificar algunos regímenes típicos vigentes en las legislaciones bajo análisis:^[48]

Comment [95]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [96]: <!--[endif]-->

2.1.1.1 Régimenes típicos

A) Régimen de separación de bienes

En éste régimen, cada cónyuge conserva la propiedad de sus bienes antes y después del matrimonio, los administra de manera independiente y es responsable por las deudas contraídas. Cada cónyuge está obligado a contribuir en el presupuesto familiar durante el matrimonio y generalmente se admite la realización de contratos con contenido patrimonial entre los cónyuges. Al finalizar el matrimonio, los ex-cónyuges continúan con la administración de su patrimonio sin necesidad de ninguna liquidación.

Para la adopción de este sistema, en la mayoría de casos, se requiere una declaración expresa de parte de los cónyuges y el cumplimiento de ciertas formalidades, como su constitución por Escritura Pública, en beneficio de terceros.

B) Régimen de la comunidad universal

Todos los bienes, tanto los adquiridos antes como los que se adquirirán con posterioridad al matrimonio son considerados bienes comunes de ambos cónyuges. Al disolverse la sociedad, los bienes son repartidos en partes iguales a cada cónyuge, sin importar su origen.

C) Régimen de la comunidad relativa

Este es quizás el régimen más extendido y el que acepta la mayor parte de variaciones. En este régimen, podemos distinguir los bienes propios de cada cónyuge y los bienes comunes pertenecientes a la sociedad conyugal. Generalmente, se reconocen como bienes propios aquellos aportados al matrimonio por cada uno de los cónyuges, los adquiridos por herencia, donación o legado y los adquiridos con el producto de aquellos, aún cuando esta adquisición sea posterior al casamiento. Son considerados bienes comunes, aquellos adquiridos durante el matrimonio, producto del esfuerzo de cualquiera de los esposos o con las rentas y frutos de los bienes propios. En la mayoría de países que asumen este régimen, se presumen comunes todos los bienes y más bien se detalla con precisión aquellos que serán considerados como "propios". En otras palabras, al momento de disolución de la sociedad conyugal todos los bienes se presumen comunes salvo prueba en contrario.

D) Régimen de participación

Durante el matrimonio este régimen opera como el de separación de bienes, es decir que cada cónyuge administra y dispone de sus bienes, sin embargo reconoce un derecho de participación entre los cónyuges al momento de su disolución. Esta participación es en forma de crédito para balancear las ganancias entre los cónyuges, es decir, al momento de la disolución del régimen el cónyuge con menos gananciales adquiere un crédito que se hace efectivo sobre los gananciales del otro, de tal manera que cada uno reciba partes iguales de los gananciales.^[49]

2.1.1.2 Otras instituciones

Además de los regímenes típicos, en algunas legislaciones se mantienen instituciones especiales en relación con los bienes de la mujer:

A) La dote^[50]

Comment [97]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [98]: <!--[endif]-->

Comment [99]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [100]: <!--[endif]-->

Según Borda, la dote consiste en "los bienes que la mujer, sus padres o terceros aportan al matrimonio para ser administrados por el marido..., están destinados a subvenir los gastos del hogar, son inalienables y deben ser restituidos por el marido a la liquidación de la comunidad"^[51].

Comment [101]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [102]: <!--[endif]-->

B) Los bienes reservados^[52]

Comment [103]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [104]: <!--[endif]-->

Por su parte los bienes reservados son aquellos que la mujer administra de manera independiente, generalmente es previsto en los regímenes en que el marido es el responsable de la gestión de los bienes del matrimonio.

2.1.1.3 Capitulaciones matrimoniales^[53]

Comment [105]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [106]: <!--[endif]-->

Las Capitulaciones Matrimoniales son los acuerdos que los futuros cónyuges pactan en relación con las relaciones de orden económico que regularán su matrimonio. En estas convenciones, los cónyuges pueden adoptar uno de los regímenes antes mencionados o establecer reglas distintas apropiadas a su situación patrimonial, dependiendo del margen de discrecionalidad que la ley permita. Algunas veces se admite el pacto de éstas, sólo de manera previa al matrimonio y, en otros casos, se permite que puedan ser pactadas o modificadas durante el mismo.

2.1.2 Régimenes subsidiarios a la voluntad de las partes

El régimen de comunidad absoluta de bienes era el que más se ajustaba al principio de indisolubilidad matrimonial. Sin embargo, la transformación del matrimonio cedió paso a la posibilidad de que la voluntad de los cónyuges sea también la que determine el régimen patrimonial que deba regir su vida en común, llegándose al sistema de capitulaciones matrimoniales que les permite a los cónyuges pactar con amplia libertad lo relativo a sus bienes. A pesar de ello, y debido a la exigencia de formalidades que evidencien la voluntad de los cónyuges, en la mayoría de países se ha adoptado un sistema básico, ya sea de comunidad parcial o de participación en los gananciales, el que funciona en caso no se logre probar la existencia de otro tipo de regímenes pactado entre los cónyuges, dejándose en libertad a éstos de optar por algún otro régimen, de manera alternativa.

2.1.3 Disolución de los regímenes patrimoniales

¿Qué pasa cuando al momento del divorcio, los cónyuges se ven enfrentados a la difícil decisión de tener que dividir el patrimonio compartido hasta ese momento? Cuáles son las reglas aplicables? ¿Es lo mismo dividir los bienes en el caso de un matrimonio de corta duración y sin hijos que en el caso de matrimonios con hijos pequeños o matrimonios que se divorcian después de 15 años de convivencia? Se pueden aplicar las mismas reglas ¿cuando ambos cónyuges trabajan y tienen ingresos propios que cuando uno de ellos ha permanecido en el hogar durante el transcurso del matrimonio sin aportar bienes de valor considerable al patrimonio común? ¿cuando existe un restringido patrimonio que cuando los bienes son cuantiosos? ¿Qué pasa con la economía de las mujeres después del divorcio? ¿Qué alternativas se han planteado en otros sistemas? ¿Cómo han venido funcionando?

La respuesta a estas y otras preguntas no es fácil, por el contrario es sumamente compleja. Además ésta es una problemática que no sólo va afectar el sistema de bienes sino que también está en directa relación con la posibilidad de recibir una pensión alimenticia del otro cónyuge.^[54] Sin embargo, para efectos de facilitar el análisis trabajaremos cada institución por separado, aunque insistimos el problema tiene que ser enfrentado en diversos niveles.

Comment [107]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [108]: <!--[endif]-->

A) ¿Qué es lo que prevén los códigos?

En el caso que el matrimonio se haya regido por el régimen de separación de patrimonios, parece lo más adecuado que al momento de la disolución del vínculo, cada uno de los cónyuges continúe con la administración de sus propios bienes, mientras que tratándose del régimen de la comunidad parcial o de participación, los códigos analizados establecen la regla de división por partes iguales de los bienes comunes o del saldo de los gananciales a ser liquidados, respectivamente.^[55]

Esta regla parece estar acorde con el principio de igualdad de los cónyuges y el reconocimiento del trabajo doméstico que durante muchos años no fue suficientemente valorizado, perjudicando de esta manera a la mujer al momento del divorcio. Así parece entenderlo Borda cuando afirma, comentando lo previsto por el Código Civil Argentino:

Esta disposición supone un **beneficio notable**, pero indudablemente justo, **para la mujer**. Ordinariamente es el hombre el que aporta la mayor parte si no todas las entradas al hogar; cuando al cabo de una convivencia más o menos prolongada quedan algunos bienes, casi siempre habrán sido el fruto de sus esfuerzos. Si, pues, a la disolución de la comunidad, **los bienes se liquidaran en proporción a los respectivos aportes**, tal como acontece en las sociedades comunes, la mujer recibiría muy pocos bienes, o ninguno, y ello no es justo. La vida del hogar está normalmente organizada sobre la base de que **el hombre aporte el sustento económico y la mujer trabaje en las tareas de dueña de casa y en la educación de los hijos, labores éstas que son económicamente improductivas**. Pero el matrimonio forma un todo indisoluble. Así como las tareas que la mujer desempeña permiten al hombre ocupar su tiempo en sus negocios sin las preocupaciones y trabas que de otro modo tendría, así también es equitativo que las ganancias que éste obtenga pertenezcan a ambos. Y por encima de todo está la consideración de que esa unión de cuerpos y almas que es el matrimonio es también una unión de intereses y supone lógicamente la copropiedad de todos los bienes ingresados durante ese tiempo.^[56]

Según el esquema propuesto por Borda, la familia "típica"^[57] sigue siendo una en donde la mujer es "ama de casa" y el hombre cumple preferentemente con el rol de "proveedor". Esta concepción de la "vida del hogar" nos parece muy provocativa ya que muestra como tradicionalmente el trabajo que las mujeres realizan en el hogar no se considera "aporte" porque es "económicamente improductivo". Vale la pena detenernos aquí y analizar esta aseveración pues esta concepción tiene como consecuencia la infravaloración de la contribución de la mujer a los bienes obtenidos durante el matrimonio y, en general, al producto material de la sociedad.

En relación con ello, debe ser revisado el concepto de "producción" como actividad económica para que en ella sean incluidas las actividades que se realizan en los hogares para la producción de bienes y servicios. Por otro lado, debe decirse que gracias a que hay un trabajo familiar que no es pagado, el varón puede participar en el mercado laboral y cumplir con su rol de "trabajador-proveedor", sin embargo, la ganancia obtenida por éste finalmente es el producto de dos esfuerzos, uno en el ámbito familiar y otro en el mercado laboral.^[58]

Por otro lado, además de la natural reacción que genera en nosotros el que se siga presentando esta marcada división de roles entre los cónyuges como la familia natural y prototípica^[59], a la que se van a aplicar las reglas de la división de bienes, no estamos de acuerdo con la afirmación sobre que esta regla suponga un "beneficio notable para la mujer". En segundo lugar, es importante hacer presente que la cuestión no se agota en la división de bienes al momento de la liquidación de la sociedad y debe ser enfrentada de manera integral en relación con la administración y disposición de bienes durante el matrimonio. En lo que se refiere a nuestro análisis, el esfuerzo por establecer una sola regla a las distintas situaciones conyugales hace que las consecuencias sean injustas en muchos casos, como trataremos de ilustrar más adelante.

B) Excepciones: Principio de culpa y beneficio a la mujer

La regla general de la división de los bienes comunes por partes iguales entre los cónyuges, se ve alterada básicamente por dos reglas: el principio de culpa y la protección a la mujer.

Como la disolución de la sociedad conyugal es, en la mayor parte de casos, consecuencia de la ruptura matrimonial, nuestros códigos han sancionado al cónyuge "culpable" del divorcio con la pérdida de los gananciales que procedan de

Comment [109]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [110]: <!--[endif]-->

Comment [111]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [112]: <!--[endif]-->

Comment [113]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [114]: <!--[endif]-->

Comment [115]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [116]: <!--[endif]-->

Comment [117]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [118]: <!--[endif]-->

los bienes del otro, especialmente en los casos en que existe una separación previa al divorcio. Esta regla existe en los códigos de Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú, justificándose en el hecho que si uno de los cónyuges no participó en la vida matrimonial, fruto de la cual son los gananciales, no tiene derecho a exigir participar en ellos por el tiempo que estuvo ausente.

En el caso de Chile, existe además una disposición que establece la regla de que la mujer hace antes que el marido las deducciones permitidas en bienes y en dinero y si no alcanzan los bienes comunes las puede deducir de los bienes del marido, de manera tal que ella no se vea afectada por las eventuales pérdidas producto de la gestión de los bienes durante el matrimonio^[60].

La pregunta que nos hacemos es que si estas excepciones a la regla general de división por partes iguales solucionan de alguna manera las cuestiones planteadas. Creemos que no; la existencia de una regla general para casos tan diversos como los propuestos no es afrontado por nuestras legislaciones de manera sistemática. Por el contrario, la única excepción a la regla general está orientada a equilibrar la participación de los gananciales ya que sería, a todas luces injusto que un cónyuge que no participó en el acrecentamiento del caudal común y que más bien estuvo lejos del hogar, se beneficie con los frutos ganados con el trabajo del otro cónyuge.

2.1.4 Diferencias de género en el post-divorcio

Nuestra pretensión es analizar como la variable género es importante para entender la problemática familiar en especial cuando nos enfrentamos a reglas neutrales que parecerían beneficiar a la mujer por no ser discriminatorias, pero que al ser analizadas al la luz de la realidad podrían estar perjudicando en sus efectos a una buena parte de ellas.

En ese sentido, es conveniente recordar la definición de dicriminación que ha plasmado la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer:

Para los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.^[61]

Es decir que para determinar si existe discriminación en contra de la mujer, no es suficiente analizar únicamente la norma legal, sino que se tiene que evaluar los resultados de estas normas. Enfocándonos en nuestra problemática, lo que queremos analizar es si acaso estas normas pretendidamente "neutrales", en la práctica perjudican a las mujeres divorciadas, 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.

Según un estudio realizado en Lima, Perú, el mayor número de divorcios se presenta en los cónyuges de 25 a 45 años^[62], lo cual es corroborado con otra investigación desarrollada en Colombia la cual arroja que "los matrimonios que más acuden al proceso de divorcio, bien sea contencioso o de mutuo acuerdo, son los que tienen entre 6 y 10 años de duración ... [siendo] también alto el porcentaje en los matrimonios entre 2 y 5 años de duración"^[63].

A ello le sumamos la realidad económica de muchos matrimonios en América Latina en donde los bienes que la pareja ha podido acumular no son cuantiosos y que en un gran porcentaje son realmente escasos. Es decir "en una región en la que más de la mitad de los niños vive en condiciones de pobreza, en la que la mayoría de las familias se encuentra en la etapa de expansión, en que los servicios públicos se reducen mucho antes de haber alcanzado una cobertura universal y en la que se observa una marcada discrepancia entre las exigencias que plantean los patrones de familia internalizados y las provenientes del medio"^[64], nos preguntamos si es posible aplicar una división de bienes por partes iguales entre los cónyuges y cuáles son las consecuencias que la aplicación acrítica del principio de igualdad y no discriminación conlleva.

Comment [119]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [120]: <!--[endif]-->

Comment [121]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [122]: <!--[endif]-->

Comment [123]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [124]: <!--[endif]-->

Comment [125]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [126]: <!--[endif]-->

Comment [127]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [128]: <!--[endif]-->

Por otro lado, esta discusión ha sido planteada también en otras realidades como la norteamericana en donde la incorporación del divorcio sin culpa y la distribución de bienes entre los ex-cónyuges así como el otorgamiento de pensiones alimenticias bajo el standard de igualdad entre los cónyuges, trajo como consecuencia la creación de una amplia brecha entre la situación post-divorcio de los varones por una parte y la situación de las mujeres y los niños, de la otra, en la que estos últimos experimentaban una marcada declinación de su standard de vida mientras que por el contrario, los varones lograban posiciones más ventajosas que sus ex-parejas.^[65]

Comment [129]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [130]: <!--[endif]-->

Esta investigación demostró:

cómo las reglas neutrales al género -reglas designadas para tratar a los varones y a las mujeres *igualmente*- han servido en la práctica para privar a las mujeres divorciadas (especialmente amas de casa con muchos años y madres con hijos menores) de la protección legal y financiera que las antiguas leyes le proveían. En lugar de reconocer su contribución como ama de casas y madres y en vez de compensarlas por la pérdida de oportunidades y el deterioro de su capacidad de ingresos, ahora enfrentan una ley de divorcio que las trata *con igualdad* y espera que ellas sean *igualmente* capaces de autosostenerse después del divorcio.^[66]

Comment [131]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [132]: <!--[endif]-->

Aún cuando reconocemos la distancia existente entre la realidad norteamericana y la de las familias en América Latina, creemos que en este aspecto la perspectiva de género nos puede ayudar a comprender estas diferentes realidades y buscar pistas comunes que nos ayuden a encontrar propuestas legales más justas.

En esta búsqueda es necesario tener presente que el principio de igualdad de trato se aplica cuando ambas partes están en idénticas condiciones, por lo que habrá que preguntarse si mujeres y varones se encuentran en idéntica posición al momento de enfrentar un divorcio, especialmente cuando se cambia de un régimen familiar de roles interdependientes a otro que asume autosuficiencia de los cónyuges. El trato supuestamente "igualitario" en situaciones en donde los cónyuges están posicionados diferentemente puede tener y de hecho tiene resultados discriminatorios.

Por otro lado, si bien criticamos la visión de una familia en la que la división de roles es estricta, como la presentada por Borda; eso no nos impide ver con nitidez que las mujeres a pesar de participar cada vez más en el mercado de trabajo^[67], lo hacen en peores condiciones que los varones. En efecto, el hecho de que ellas continúen en la mayor parte de los casos con la responsabilidad de la crianza, hace que los trabajos de las mujeres sean más inestables, menos remunerados, y que éstas se enrolen en labores a medio tiempo o tengan que salir del mercado temporal o definitivamente, lo cual implica pérdida de su capacidad de obtener ingresos, menor experiencia acumulada, menor calificación, etc. Todo ello tiene directa implicancia y no debe ser perdido de vista cuando -en el caso individual- nos enfrentamos con la dificultad de la división de bienes al momento del divorcio.

Comment [133]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [134]: <!--[endif]-->

2.2 Distribución de la propiedad marital en el derecho norteamericano^[68]

Comment [135]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [136]: <!--[endif]-->

El intentar trabajar de manera comparativa los dos sistemas más extendidos en América, es decir, la tradición civilista propia de Latinoamérica y la tradición anglosajona desarrollada principalmente en los Estados Unidos, nos obliga a hacer una rápida aproximación de cuáles han sido las soluciones desarrolladas por la jurisprudencia norteamericana enfrentada a la problemática que nos ocupa.

En primer lugar debemos decir que el derecho norteamericano otorga un mayor poder discrecional a los jueces, de lo que normalmente es reconocido en los países de tradición civilista, lo cual no siempre es mirado con un signo positivo. Esta mayor discrecionalidad del juez, en muchos casos suele dar lugar a una falta de certeza sobre como será resuelta una disputa, lo que estaría dando una mayor ventaja al cónyuge que tiene el tiempo, dinero y vigor para esperar la solución. Más aún algunos estudios estarían indicando que en el ejercicio de esta no controlada discreción judicial: "Los jueces como regla tienden a proteger el estandar de vida del esposo a expensas de la ex-esposa y los hijos"^[69].

Comment [137]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [138]: <!--[endif]-->

Mientras los códigos latinoamericanos tienden a crear principios y establecer reglas fijas, en la tradición anglosajona, ello será la excepción más que la regla. Aún así, intentaremos hacer algunas generalizaciones^[70].

Comment [139]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [140]: <!--[endif]-->

2.2.1 Marital o community property

Aunque cada estado define de manera independiente qué es considerado dentro de la "propiedad marital", generalmente se incluye propiedad e ingresos adquiridos durante el matrimonio. Cuando está frente a una "propiedad marital" la corte tiene el poder de dividir la misma entre las partes. Ninguna de éstas tiene un derecho automático a permanecer con algún bien en el evento de un divorcio, aún cuando el título estuviera a nombre de uno de los esposos.^[71] Una pensión también es usualmente considerada como "marital property", aún cuando hayalla sido ganado por el trabajo de uno de los cónyuges.

Comment [141]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [142]: <!--[endif]-->

2.2.2 División de la marital property

A) Equally in the distribution^[72]

Algunos pocos estados como California, asumen que la propiedad debería ser dividida por partes iguales entre los cónyuges. Esta aproximación supone que aún cuando las contribuciones de los cónyuges puedan ser diferentes en naturaleza, ellas contribuyen igualmente al matrimonio. Se busca que los cónyuges no gasten tiempo y dinero arguyendo quién debería recibir una mayor parte sin permitir a la corte dividir los bienes de acuerdo a las necesidades presentadas en los casos individuales.

Comment [143]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [144]: <!--[endif]-->

B) Equitable distribution^[73]

En este caso, la corte divide la "propiedad marital" de la manera que piensa más justa. Una variedad de factores son considerados, los mismos que permiten flexibilidad y mayor atención a la situación financiera de ambos esposos después del divorcio. Sin embargo, el poder discrecional de la corte hace que el tema de la resolución de la propiedad sea menos predecible.

Comment [145]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [146]: <!--[endif]-->

Algunos factores considerados por los estados en la aplicación del principio de "equitable distribution" son:

- Bienes propios
- Posibilidades de ingresos
- Quién ganó la propiedad
- Prestación de servicios en el hogar (trabajo doméstico)
- Pérdida y disipación de los bienes
- Falta
- Duración del matrimonio
- Edad y Salud de las partes
- Consecuencias tributarias
- Acuerdos prematrimoniales

2.3 Análisis comparado

Si tratamos de realizar un análisis comparativo entre lo que en los códigos civiles se considera en un típico regimen de comunidad parcial -que como hemos comentado anteriormente es el más generalizado por ser el subsidiario a la voluntad de las partes- encontraremos algunos de los factores mencionados entre los bienes que se consideran propios o en su defecto aquellos que se presumen comunes.

Así, el Código Civil de Guatemala establece que "el marido y la mujer conservan la propiedad de los bienes que tenían al contraer matrimonio y de los que adquieran durante él, por título gratuito o con el valor de unos y otros".^[74] precisando más adelante que: "No obstante lo establecido en los artículos anteriores, son bienes propios de cada cónyuge los que adquiera por herencia, donación u otro título gratuito, y las indemnizaciones por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o enfermedades, deducidas las primas pagadas durante la comunidad".^[75] Mientras que se dividirán por mitad al disolverse el patrimonio común:

1. Los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales de los respectivos bienes;
2. Los que se compren o permuten con esos frutos, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges; y
3. Los que adquiera cada cónyuge con su trabajo, empleo, profesión o industria.^[76]

Así en ambos regímenes se trata de respetar la titularidad de los bienes que cada cónyuge aportó al matrimonio (bien propio) como la propiedad ganada durante la vigencia del matrimonio (bien común), para efectos de la distribución de los bienes al momento del divorcio. Asimismo, el principio de falta se encuentra presente cuando se sanciona el abandono injustificado del hogar conyugal por uno de los cónyuges, con la pérdida de los efectos de la comunidad de bienes en cuanto le favorezcan desde el día del abandono.^[77]

Sin embargo, encontramos otros factores que son tomados en cuenta en el sistema norteamericano a los cuales no se les ha dado la importancia que ameritan en nuestro sistema jurídico. Entre estos factores estan: posibilidad de generación de ingresos, prestación de servicios en el hogar (trabajo doméstico), duración del matrimonio, edad y salud de las partes, entre otros. Estos elementos, que quizás por ser más subjetivos son difícilmente plasmados en nuestras leyes, podrían ser de suma importancia para el efecto de lograr una situación económica más balanceada entre los ex-cónyuges. Es necesario precisar que lo que buscamos es un tratamiento igualitario para los cónyuges pero no basado en una igualdad formal, sino en una igualdad substantiva que tenga resultados equitativos para las partes y no discriminatorios.

2.3.1 Asimetría conyugal

Analisemos una situación hipotética y comparemos la situación económica entre dos ex-cónyuges con posterioridad al divorcio. Varón: 45 años, con estudios superiores, con experiencia laboral en el área de 20 años y desempeñándose como empleado en la misma institución durante los últimos 15 años. Mujer: 43 años, con estudios superiores, con experiencia laboral en una empresa por 5 años, luego de los cuales se dedicó al cuidado de sus hijas por otros 6 años (2 hijas de 12 y 9 años), posteriormente sólo ha trabajado en ventas sin ningún vínculo laboral estable. Ninguno aportó bienes propios al momento de casarse, sin embargo a lo largo del matrimonio (14 años) adquirieron un carro y la propiedad de la casa en donde viven.

Si al momento del divorcio, aplicamos la regla de 50/50 para cada uno de los cónyuges respecto de los bienes adquiridos, ¿en qué condiciones quedarán? ¿Cuál es la posibilidad de generarse ingresos por parte de cada uno de ellos? ¿Podrán mantener su standard de vida después del divorcio?

Resulta relativamente fácil suponer que las posibilidades de mantener o aún elevar su standard de vida dependerá en gran parte de cómo se inserten en el mercado laboral. Suponiendo que ambos compitiesen por el mismo puesto de trabajo, ¿quién tiene "ventajas comparativas"? Obviamente una persona tendrá mejores posibilidades de inserción en el mercado laboral si además de los estudios tiene experiencia acumulada, está actualizada en el área de trabajo, tiene contacto con otras personas que están desarrollando su trabajo en el mismo campo, etc.

Comment [147]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [148]: <!--[endif]-->

Comment [149]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [150]: <!--[endif]-->

Comment [151]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [152]: <!--[endif]-->

Comment [153]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [154]: <!--[endif]-->

En ese sentido, es bastante realista pensar que el varón se encuentra ubicado en mejores condiciones que la mujer frente al mercado laboral. La mujer "perdió" la oportunidad de mantener este standard cuando tuvo que salir del mercado laboral para dedicarse a la crianza de las hijas de ambos [78].

Comment [155]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [156]: <!--[endif]-->

Para efectos del ejemplo, sólo estamos considerando la variable relativa a la posibilidad de generarse ingresos, por supuesto la realidad es mucho más compleja si pensamos en que a esta variable se le suman muchas otras como el hecho que probablemente la mujer después del divorcio mantenga la tenencia de las niñas lo que aumenta considerablemente su carga de trabajo por el doble o triple rol que debe desempeñar y, por otro lado, las dificultades con que aún nos tenemos que enfrentar las mujeres para participar en igualdad de condiciones en el mercado laboral.

Por eso, cuando decimos que es importante que se valore la prestación de servicios en el hogar (trabajo doméstico), no sólo queremos que se le otorgue el derecho a participar en iguales condiciones que el varón al momento de la distribución de bienes, como un beneficio generosamente concedido, sino que además creemos que se tiene que ir más allá y reconocer que esta división formalmente "igualitaria" puede resultar sumamente injusta cuando los esposos están inigualmente situados.

A) Costo de las oportunidades perdidas

En efecto, al decidirse la salida del mercado laboral de uno de los cónyuges, los efectos que ello produce son asumidos de manera compartida por la pareja al reducirse sus ingresos durante el matrimonio pero, al mismo tiempo, también comparten sus ventajas, como son un mayor bienestar de los hijos y el disfrute de una cierta calidad de vida. Sin embargo, al momento de la ruptura, el costo de la depreciación de los ingresos que fueron asumidos inicialmente por ambos cónyuges son cargados a la persona que interrumpió su carrera laboral y la cual ve disminuída su capacidad de generarse ingresos [79].

Comment [157]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [158]: <!--[endif]-->

En ese sentido, se han desarrollado algunos modelos para estimar el "costo de las oportunidades perdidas" para efectos de conseguir una mayor equidad en la distribución del patrimonio al momento del divorcio. Uno de estos modelos ha sido desarrollado por Kathleen Funder [80], según el cual se deberían tener en cuenta los siguientes principios:

Comment [159]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [160]: <!--[endif]-->

- Que la compensación sea por la futura pérdida de ingresos post-separación, para compensar la pérdida acumulada que determina el ingreso a la fuerza de trabajo en un nivel bajo. (No es para compensar la pérdida de ingresos durante el matrimonio, pues éstos se suponen han sido soportados por la economía familiar, sino para compensar la perspectiva de menores ingresos post-separación)
- Que la compensación sea calculada y finita, pues ésta idealmente debería ser descontada una sola vez y por toda la deuda del patrimonio común neto al momento de la separación

De otro lado, según la mencionada autora el procedimiento para hacer el pago de las compensaciones sería el siguiente:

- Determinar el valor neto del patrimonio después de haber sido descontadas todas las obligaciones contraídas;
- Deducir de esta cantidad neta la deuda calculada según los principios anteriores, pagable a una de las partes; y
- Dividir lo remanente por partes iguales entre las partes.

Se puede pensar que esta descompensación entre la capacidad de generarse ingresos en los ex-cónyuges podría verse resuelta mediante el otorgamiento de pensiones alimenticias [81] a favor del cónyuge perjudicado -y que la realidad nos indica que en casi la totalidad de casos es la mujer-. Sin embargo, creemos que existe una diferencia importante entre el otorgamiento de una pensión alimenticia que se rige básicamente por el principio de "necesidad del alimentista y capacidad del alimentante", lo que la hace reajutable de acuerdo a ello, y, por otro lado, la contribución que cada parte ha hecho a la economía del matrimonio. No estamos hablando aquí únicamente de reconocerle una pensión a la esposa como "ayuda" a su sobrevivencia sino del derecho que ella tiene a que se reconozca su contribución no monetaria al patrimonio conyugal en el momento de la distribución de los bienes.

Comment [161]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [162]: <!--[endif]-->

Esta propuesta sin embargo, tiene algunas limitaciones en su aplicación. El costo de las oportunidades perdidas, puede verse muy claramente en el ejemplo propuesto en donde ambos cónyuges gozan de similar nivel educativo y por tanto - en teoría al menos- similares posibilidades de desarrollarse en el mercado de trabajo. Sin embargo, si pensamos en casos en donde los cónyuges no tienen el mismo nivel educativo, y es la mujer la que no tiene profesión justamente porque se dedicó a la crianza de los hijos e hijas, ¿cómo se haría este cálculo? ¿cuáles son sus oportunidades perdidas en el mercado? Comenzar el ejercicio partiendo de cuáles habrían sido sus oportunidades educativas o de calificación si no hubiera asumido la crianza, nos parece excesivo, pero atenemos a las posibilidades que el mercado le ofrecerá a esta mujer, nos parece injusto. Por ello, frente a los límites de esta teoría han surgido novedosas propuestas como la que detallamos a continuación.

B) Trabajo en la familia y trabajo en el mercado

En relación al carácter de las contribuciones de cada cónyuge al patrimonio familiar, en el interesante trabajo desarrollado por Joan Williams^[82], se sostiene que la devaluación del trabajo realizado en el hogar y la calificación de este trabajo como “improductivo” o “hecho por amor” ha tenido como consecuencia que los esposos obtengan un beneficio económico directo proveniente del trabajo familiar desarrollado por la esposa. En ese sentido, se analiza que la participación en el mercado laboral en un trabajo a tiempo completo, por ejemplo, no sería posible si este “trabajador ideal” no cuenta con el soporte del trabajo realizado en la familia –usualmente por la esposa-. Por ello, al momento de valorizarse los bienes y definirse su titularidad, se propone que en la medida que el aporte económico es producto de un trabajo conjunto (en el mercado y en la familia), los bienes deben pertenecer a ambos cónyuges por igual.

La propuesta va más allá todavía y plantea que aún después del divorcio, la esposa al asumir en la gran mayoría de casos el cuidado de los niños o niñas, estará realizando un trabajo que le permite al varón continuar en el mercado desempeñándose como trabajador a tiempo completo, por lo que la mujer conservará el derecho a una parte de los bienes que adquiriera el ex-esposo, puesto que estos bienes siguen siendo producto de un trabajo conjunto, en el mercado laboral y en la familia.

2.3.2 Bienes no tradicionales

Otro elemento que creemos debe tenerse en cuenta es la existencia de ciertas inversiones durante el matrimonio que pueden dar frutos a uno de los cónyuges en desmedro del otro. Ello es importante sobre todo en países en donde la educación es un valor fundamental y la posibilidad de acceder a mejores condiciones de vida.

Como sabemos, una gran parte de familias en Latinoamérica tiene relativamente pocos bienes tangibles (carro, inmuebles, joyas, acciones) que repartir al momento del divorcio. Sin embargo, muchas veces existen determinados bienes intangibles que son importantes y quizá más valiosos y que son considerados parcialmente en nuestras legislaciones.

En la jurisprudencia norteamericana estos otros bienes se han venido en llamar “*career assets*”. El término “*career assets*” hace referencia a un amplio número de formas no tradicionales de propiedad como son: pensiones y beneficios de jubilación, licencia para la práctica de una profesión o negocio, seguros de salud, reputación de negocios, derechos a la participación de compañías de bienes o servicios, calificaciones profesionales, etc.

A) Pensiones^[83]

En Argentina, por ejemplo, se reconoce como bien propio de cada cónyuge las jubilaciones^[84] y pensiones^[85]. Según Borda, el derecho a estos beneficios son personalísimos, si bien reconoce que las “mensualidades percibidas durante el matrimonio tienen, desde luego, naturaleza ganancial, y por tanto los bienes adquiridos con ellas también lo son”.^[86] Nosotros creemos que desde el momento que las pensiones de jubilación son generadas por el trabajo realizado durante el matrimonio, son bienes comunes. En ese sentido, Zannoni^[87] distingue entre “el derecho” a la

Comment [163]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [164]: <!--[endif]-->

Comment [165]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [166]: <!--[endif]-->

Comment [167]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [168]: <!--[endif]-->

Comment [169]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [170]: <!--[endif]-->

Comment [171]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [172]: <!--[endif]-->

Comment [173]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [174]: <!--[endif]-->

jubilación o pensión que es un derecho personal del cónyuge, y lo percibido por jubilación o pensión que sería por analogía un "fruto civil" y por tanto un bien ganancial, sujeto a división entre los cónyuges. Este tipo de beneficio es importante por ejemplo cuando nos enfrentamos a parejas que se divorcian después de matrimonios prolongados en donde el beneficio efectivo sólo es percibido cuando la persona se jubila, lo cual puede producirse con posterioridad al divorcio; entonces sería importante que se considere como bien ganancial no sólo las mensualidades percibidas sino también las que aún no han ingresado al patrimonio común pero que fueron generadas durante el matrimonio.

Un segundo problema, difícil de resolver por cierto, es cómo se valorizan y se dividen estos "ingresos diferidos". Al respecto habrían por lo menos hasta dos aproximaciones.^[88] La primera es que se haga un cálculo aproximado del beneficio esperado, de tal manera que éste sea considerado en el patrimonio a ser dividido entre los cónyuges. Sin embargo, como este es un "bien" que aún no ha ingresado de manera efectiva, esta fórmula podría ser complicada y hasta injusta. Por ello la segunda opción es que se le reconozca al otro cónyuge el derecho a percibir un porcentaje de la pensión cuando ésta sea percibida en forma efectiva. Nuevamente, tenemos que hacer la distinción que, en este caso, el porcentaje percibido no tiene la característica de "Pensión alimenticia" puesto que tiene su origen en el patrimonio que es común a ambos cónyuges por efectos del matrimonio. Es decir, el porcentaje que pueda ser fijado, puede serlo limitado a un tiempo hasta que se llegue a la cantidad fijada o puede pactarse de manera permanente, sin que se pueda ver modificado por el cambio de la situación de los ex-cónyuges, como suele suceder con las pensiones alimenticias.

Comment [175]: <!--[if !supportFootnotes]-->
Comment [176]: <!--[endif]-->

B) Estudios

La importancia que representa la inversión en los estudios de uno de los cónyuges en las familias que se enfrentan a la problemática del divorcio, se ha demostrado en algunas investigaciones como la ya citada realizada en el Perú.

Según la autora, la mayor incidencia de divorcio se da en aquellas personas de mejor grado de instrucción por su tipo de ocupación, es el caso de los profesionales, empleados y miembros de una institución militar o policial y estudiantes preeminentemente de instrucción superior, la excepción la constituye el rubro *su casa* para las cónyuges.^[89]

Comment [177]: <!--[if !supportFootnotes]-->
Comment [178]: <!--[endif]-->

Dichos resultados guardan relación con lo hallado en el estudio de Colombia, según el cual los cónyuges que más acuden al proceso de divorcio, son los de clase media.^[90] Estos estudios estarían sugiriendo que si bien la educación y profesionalización de los cónyuges es una característica importante en los casos de divorcio, ésta puede ocultar desigualdades de género cuando aparece la categoría *su casa* como la más concurrida en el caso de las mujeres.^[91]

Comment [179]: <!--[if !supportFootnotes]-->
Comment [180]: <!--[endif]-->

En los Estados Unidos, una investigación en la que se entrevistó a una muestra de personas que representaban la población de parejas divorciadas arrojó que uno de cada seis esposos había adquirido alguna educación durante los años de matrimonio.^[92] Más aún, se encontró que las situaciones más graves correspondían a casos en los que uno de los cónyuges -usualmente la esposa- mantuvo la carrera profesional del otro cónyuge con la expectativa que ella compartiría los frutos de su inversión a través de la capacidad de generarse ingresos por parte del esposo, lo cual no sucede cuando el divorcio sobreviene al corto tiempo de haberse completado los estudios.

Comment [181]: <!--[if !supportFootnotes]-->
Comment [182]: <!--[endif]-->

Algunas alternativas que se plantean a esta problemática han sido el reembolso de la inversión y, de otro lado, el pago de una compensación.^[93] En el primer caso, se reconoce un derecho de reembolso cuando se demuestra que el cónyuge perjudicado ha contribuido de manera importante a la educación o capacitación de su pareja, siempre y cuando el divorcio ocurra en los 10 años posteriores. Esta limitación se debe a que se presume que durante los 10 años siguientes la esposa que contribuyó puede beneficiarse de los mayores ingresos producto de la capacitación del cónyuge. En el segundo se le reconoce un derecho de pensión en beneficio del cónyuge perjudicado.

Comment [185]: <!--[if !supportFootnotes]-->
Comment [186]: <!--[endif]-->

Las formas de valoración de la educación profesional puede ser calculada en base a los costos incurridos o a los beneficios generados.^[94] Con el primer método se calcula los costos financieros de la educación al momento en que ésta fue adquirida tomándose en cuenta, no sólo el costo académico sino también el costo de los libros, transporte y en general cualquier otro gasto relacionado. La segunda aproximación es un tanto más difícil pues está en relación con la capacidad de generación de ingresos que tiene el esposo que recibió la educación. En ese caso, el monto de los beneficios a que tendría derecho el otro cónyuge resultaría de calcular el valor actualizado de la capacidad de ingresos del esposo que recibió la educación, substrayendo el valor actualizado de la capacidad de ingresos que éste tenía

Comment [187]: <!--[if !supportFootnotes]-->
Comment [188]: <!--[endif]-->

previamente así como el valor actualizado de los costos de la educación.^[95] La diferencia será la ganancia de la inversión que el cónyuge que no estudió debería compartir.

Comment [189]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [190]: <!--[endif]-->

Aún cuando nos parezcan de difícil aplicación estos principios, debemos tener presente el valor creciente que este tipo de bienes tienen hoy en día para la familia en Latinoamérica. Este mayor valor se debe en parte a las dificultades económicas propias que atraviesan nuestros países y, en parte, debido a los cambios del mundo moderno. Actualmente las personas invierten más en su formación y su capacidad de generarse ingresos que en otras épocas. Por ello, si no se tiene en cuenta el valor de estos bienes cuando se hace una liquidación de la sociedad conyugal, podría estarse dejando por fuera un importante patrimonio común.^[96]

Comment [191]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [192]: <!--[endif]-->

Ahora bien, una institución muy importante que es necesaria tomar en cuenta cuando analizamos el fenómeno de la economía post-divorcio es el derecho a alimentos entre los ex-cónyuges que es el punto a analizar en la siguiente sección.

3. Derecho alimentario entre ex-cónyuges

La prestación de alimentos entre los cónyuges es una de las formas en que se expresa el deber de asistencia propio del matrimonio, por ello al reconocerse al hombre tradicionalmente el deber de sostener económicamente a la familia, se le confería a la mujer el derecho de percibir alimentos de parte del marido, aún en los supuestos de separación.

La mayor autonomía de la mujer y su reconocimiento como titular de deberes y derechos en igualdad de condiciones con el varón hizo que esta concepción cambie, aceptándose el hecho que al cesar estos derechos y obligaciones matrimoniales con el divorcio, cesara también la obligación de prestar alimentos entre ex-cónyuges. Sin embargo, las legislaciones muestran una diversidad de soluciones, en atención a la situación de los ex-esposos y a las posibles nefastas consecuencias que podrían resultar de no reconocerse el derecho alimentario en algunos casos.

3.1 Codificación Latinoamericana

El Código Civil Peruano establece como regla general que "por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer"^[97] Sin embargo, seguidamente se contemplan algunas excepciones:

Comment [193]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [194]: <!--[endif]-->

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otros medios, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.

...

El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio.^[98]

Comment [195]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [196]: <!--[endif]-->

De manera tal que si bien la regla dice que el derecho a alimentos se extingue, ésta puede verse alterada en dos casos, básicamente por el *principio de culpa* y por el *estado de necesidad*.

3.1.1 Principio de culpa

A pesar que, como hemos dicho, el principio de culpa está siendo superado en los casos de divorcio por el divorcio-remedio, el mutuo acuerdo y aún por el divorcio por ruptura de la vida en común, en materia de alimentos sigue jugando

un rol importante.^[99] En ese sentido, la mayoría de códigos estudiados sanciona al cónyuge culpable al pago de una pensión alimenticia, algunas veces sumando a ello algunas condiciones que evidencien la necesidad del otro cónyuge y otras basándose únicamente en el hecho de la falta.^[100]

Así en el caso argentino se establece que "el cónyuge que hubiere dado causa a la separación personal ..., deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos."^[101] En dicho caso, la regulación de la pensión de alimentos se configura primordialmente como sanción al "causante" de la separación. Por ello si el otro dió razones para la misma, no tendrá derecho a exigir dicha pensión.

Por su parte el Código Peruano, antes citado combina dos criterios: No basta con la existencia de la culpa sino que además el cónyuge solicitante de los alimentos deberá probar que carece de bienes o que se encuentra imposibilitado de trabajar, para que se efectivice la pensión alimenticia.^[102]

3.1.2 Alimentos a la cónyuge

Si bien el principio de culpa no hace distinciones entre varón y mujer, en la generalidad de los casos cuando se concede una pensión alimenticia es en beneficio de la mujer. Así lo revelan las estadísticas para el caso peruano. Según el estudio ya citado de Cabello, en los casos que se pudo determinar el otorgamiento de pensión alimenticia, el porcentaje de mujeres que recibe alimentos fue del orden del 67.61% mientras que las que renunciaron a este derecho fue de 26.7%.^[103] No se reporta ningún caso en que el varón sea el que perciba la pensión, lo cual en la práctica es excepcional.

De tal manera que podríamos decir que la regulación de alimentos entre los ex-cónyuges es una institución que afecta especialmente la vida de las mujeres pues son ellas las que van a ser las beneficiarias reales de las pensiones. Lo contrario, asumir el análisis de esta institución de manera "neutral" en términos de género nos llevaría a caer en una de las formas más características de sexismo como es la *insensibilidad al género*.^[104]

Sin embargo, ello no quiere decir que avalemos una norma como la vigente en el Código Civil de Guatemala que establece una norma expresa en relación con las posibilidades de que la mujer acceda a una pensión alimenticia:

La mujer inculpable gozará de la pensión alimenticia..., la cual será fijada por el juez, si no lo hicieren los cónyuges, teniendo en cuenta las posibilidades de quien debe prestarla y las necesidades de quien ha de recibirla.^[105]

añadiendo que:

La mujer goza de la pensión mientras observe buena conducta y no contraiga nuevo matrimonio. El marido inculpable tendrá derecho a pensión sólo cuando esté imposibilitado para dedicarse a trabajos que le proporcionen medio de subsistencia y no contraiga nuevo matrimonio.^[106]

Según esta norma, el hecho de que se le conceda una pensión alimenticia a la mujer, da derecho a que se establezca una estricta vigilancia sobre su comportamiento en salvaguarda de "la moral", chantajeándosele con la pérdida de tal derecho si incurre en actos de "mala conducta". Mientras que, aún cuando se imponen condiciones más estrictas al varón -al cual sólo se le concede pensión en caso de verdadera necesidad (no poder proveerse de subsistencia)- su moralidad (buena o mala conducta) no es cuestionada y no interfiere en el reconocimiento de su derecho a percibir una pensión. Configurándose así, surge un caso más del doble parámetro que es aplicado para efectos de reconocer "deberes y derechos" entre varones y mujeres.

Pues bien, cuando decimos que no podemos perder de vista que el otorgamiento de pensiones alimenticias posteriores al divorcio es una problemática que afecta especialmente a las mujeres, no queremos regresar a formulaciones como la de

Comment [197]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [198]: <!--[endif]-->

Comment [199]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [200]: <!--[endif]-->

Comment [201]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [202]: <!--[endif]-->

Comment [203]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [204]: <!--[endif]-->

Comment [205]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [206]: <!--[endif]-->

Comment [207]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [208]: <!--[endif]-->

Comment [209]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [210]: <!--[endif]-->

Comment [211]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [212]: <!--[endif]-->

Guatemala, sino que queremos evidenciar cuál es la realidad en donde se aplica la formulación teórica para efectos de buscar salidas adecuadas para el objeto de nuestro estudio que son las diferencias de género en las consecuencias económicas del divorcio.

3.1.3 Alimentos en el divorcio sin culpa

La obligación de pasar una pensión alimenticia por parte del cónyuge que solicita el divorcio, en los casos en que no hay una "falta", se establece en consideración a la situación del otro cónyuge, que al verse divorciado puede perder un importante apoyo para su sobrevivencia.

Así el Código Civil de Argentina, establece que en el caso de divorcio por imposibilidad de vida en común (trastornos psíquicos, alcoholismo o drogadicción), el cónyuge enfermo tiene derecho a ser socorrido por el otro, quien además debe procurarles los medios necesarios para su tratamiento y recuperación.^[107]

Sin embargo, el Código Civil de Brasil además de prever la posibilidad de pensión alimenticia para el caso de divorcio basado en una dolencia grave, establece el mismo derecho en el caso de divorcio por ruptura de la vida en común. Según ello, el cónyuge que tiene la iniciativa de separación continuará con el deber de asistencia al otro.^[108] Este supuesto tiene su antecedente en la ley francesa de 1975, en la que si bien se permitió el divorcio basado en una "prolongada ruptura de la vida en común", el cónyuge que lo solicita tiene que asumir todos los costos del procedimiento y además continúa obligado al deber de asistir al otro cónyuge.^[109]

Esta previsión de la ley francesa, presente en la codificación del Brasil, ha sido criticada al considerarse que estos pagos permanentes, de alguna manera representan la continuación de una limitada forma de matrimonio, de tal manera que casi el único beneficio obtenido por el demandante es el poder volverse a casar legalmente.^[110]

Frente a ello, surge la alternativa seguida *in extenso* en los Estados Unidos de considerar que los cónyuges son autosuficientes, por lo que no se reconocen alimentos a favor de ellos después del divorcio a menos que se demuestren "necesidades especiales" que lo justifiquen.^[111] Este principio ha tenido como consecuencia, en un gran número de casos, el empobrecimiento de las mujeres, especialmente cuando éstas se convierten en jefas de hogar teniendo a su cargo a los niños, independientemente de que se haya reconocido pensiones alimenticias a favor de los menores.

3.1.4 Cuando hay hijos en la pareja

Según los datos analizados en la sección 2, el mayor número de divorcios se presenta entre personas jóvenes y con matrimonios entre 6 y 10 años de duración.^[112] lo cual quiere decir que en un alto porcentaje de casos habrán hijos menores de edad, que usualmente quedarán a cargo de la madre.^[113] De manera tal que estas mujeres deben afrontar los gastos del grupo familiar (ella y sus hijos), contando teóricamente con que el padre contribuirá económicamente en lo que respecta a los gastos de los hijos.

Una primera reflexión que es importante hacer es si el sostenimiento económico para los hijos debe ser distribuido por igual entre los padres cuando la obligación de uno de ellos es principalmente económica a través de pagos periódicos.^[114] mientras que la otra parte -la mujer- además de la contribución económica debe proveer de cuidado a los hijos menores, quien por añadidura tiene desventajas estructurales en el mercado laboral. Ello podría ser causa suficiente para que el hecho de tener hijos menores o dependientes, se reconozca como circunstancias que ameritan el pago de una pensión en favor de las ex-esposas.

En ese sentido, resulta "paradójico que una vez finalizado el proceso [de divorcio], sea la mujer quien asuma la casi totalidad de los costos del sustento familiar, considerando que, en términos generales, tiene un nivel de ingresos inferior al del hombre o..., no suele trabajar durante el matrimonio".^[115]

Comment [213]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [214]: <!--[endif]-->

Comment [215]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [216]: <!--[endif]-->

Comment [217]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [218]: <!--[endif]-->

Comment [219]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [220]: <!--[endif]-->

Comment [221]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [222]: <!--[endif]-->

Comment [223]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [224]: <!--[endif]-->

Comment [225]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [226]: <!--[endif]-->

Comment [227]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [228]: <!--[endif]-->

Comment [229]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [230]: <!--[endif]-->

Otra arista del problema es lo que ocurre en la práctica. Los padres desatienden muy rápidamente la obligación impuesta de pasar una pensión en favor de sus hijos y es la mujer la que se ve en la necesidad de resolver las cuestiones económicas de la familia, a costa de mucho sacrificio y con la única alternativa legal del consabido "juicio de alimentos" que largamente es uno de los más concurridos procesos en los Juzgados de Familia.

El problema es aún más complicado si pensamos en que las consecuencias no sólo se revelan en los aspectos económicos sino que tiene efectos mucho más profundos, tal como lo sugiere la siguiente aseveración:

Desde un punto de vista psicológico y analizando esta situación, se ha observado como este tipo de carga económica para la mujer termina llevándola a una reconciliación muchas veces en contra de su voluntad o de sus intereses personales, por sentirse francamente sobrecargada, económicamente. O también termina metiéndose en una nueva relación de pareja *de afán*, sin ser lo que ella quisiera por las mismas razones, o termina aceptando situaciones que antes consideraba inadmisibles y afectando con ello su autoestima. Esto podría llevar a la conclusión que el hombre sigue manteniendo el poder y el control de la relación a través del manejo de los aspectos económicos^[116].

La discusión la dejamos planteada pues creemos que amerita por sí misma un debate *in extenso*.

Sin embargo, en lo que respecta al otorgamiento de pensiones alimenticias entre ex-cónyuges, creemos que es importante repensar el tratamiento formalmente igualitario entre los cónyuges, en especial cuando estamos ante casos de mujeres que quedan a cargo de hijos dependientes.

En relación con la custodia de los hijos e hijas menores después del divorcio, se deberá tener en cuenta que en la gran mayoría de casos las mujeres son las que asumen la responsabilidad de la crianza. En los Estados Unidos, el 90% de las madres divorciadas permanecen a cargo del cuidado de los niños o niñas^[117] e igualmente en Latinoamérica, en la mayoría de casos la madre es quien asume la custodia o patria potestad de los menores. En los casos estudiados en el Perú, el porcentaje fue de un 88.1% mientras que en Colombia fue de un 83.9%^[118].

Si pensamos que basta con el otorgamiento de una pensión alimenticia a favor de los menores para evitar el marcado empobrecimiento de las mujeres en la etapa post-divorcio, debemos aceptar que generalmente lo que se otorga como pensión alimenticia es una cantidad mínima que sólo contribuye a la subsistencia de los hijos e hijas. En efecto, las pensiones alimenticias son diminutas y no cubren en absoluto todas las necesidades de los menores -sin mencionar que es difícil garantizar su pago efectivo- de tal manera que estas necesidades deben ser absueltas por la persona que tiene a su cargo a los menores. En ese sentido, aplicar el principio de igualdad formal entre los cónyuges, sin mirar esta realidad, tiene como resultado la agudización del empobrecimiento de las mujeres.

Lo que queremos evidenciar es que en materia de alimentos entre ex-cónyuges, no se puede tomar en cuenta únicamente la capacidad de las mujeres de encontrar un buen trabajo (y aquí vamos a afrontar problemas estructurales del mercado que paga menos a las mujeres), o con cuánto ella cuenta después del divorcio (que dependerá de cómo se valoriza su trabajo "familiar") sino que también cuáles son las responsabilidades que las mujeres asumen luego del divorcio (cuidado de los hijos e hijas), pues estas responsabilidades pueden significarle una mayor carga de trabajo, lo mismo que tendrá impacto en las menores posibilidades de mantenerse o entrar en el mercado laboral.

Abstraer esta realidad, hace que apliquemos el principio de igualdad en el vacío y que tengamos como paradigma personas autosuficientes, sin carga familiar, con posibilidades de competir en igualdad de condiciones en el mercado laboral, etc. En una palabra, nos basamos en la norma masculina y dejamos de ver la realidad que afrontan las mujeres en la vida real.^[119]

3.1.5 Estado de necesidad

Al comenzar esta sección habíamos dicho que la regla sobre la extinción del derecho a alimentos entre ex-cónyuges puede verse alterada básicamente en dos casos, por el *principio de culpa* y por el *estado de necesidad*. Ahora nos toca

Comment [231]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [232]: <!--[endif]-->

Comment [233]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [234]: <!--[endif]-->

Comment [235]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [236]: <!--[endif]-->

Comment [237]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [238]: <!--[endif]-->

analizar cuáles han sido los criterios más importantes tomados en cuenta por las legislaciones estudiadas, en relación a este último.

La situación de precariedad económica es reconocida como causa suficiente en los códigos para que se le reconozca derecho a pensión alimenticia a los ex-cónyuges, aún a pesar de haber sido "causante" del divorcio^[120], obedeciendo desde luego a la regla general de que la pensión alimenticia es regulada según las posibilidades de quien deba prestarla y las necesidades de quien la recibe.

Comment [239]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [240]: <!--[endif]-->

Sin embargo, en otros casos se establecen criterios específicos a ser valorados por el juez para efectos de ordenar pensiones alimenticias posteriores al divorcio. Así el Código Civil de Nicaragua expresa que "Si no hay acuerdo, entre los cónyuges, el Juez en la sentencia establecerá una pensión alimenticia para el cónyuge que esté imposibilitado para trabajar por razones de *edad, enfermedad grave o cualquier causa* valorada por el juez"^[121]

Comment [241]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [242]: <!--[endif]-->

Por su parte la ley argentina, establece los siguientes criterios a ser considerados por el juez, cuando se halle en la decisión de determinar una pensión alimenticia para un cónyuge que no hubiese dado causa al divorcio^[122]:

Comment [243]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [244]: <!--[endif]-->

- Edad
- Estado de salud
- Dedicación al cuidado y educación de los hijos, a quién se le otorga la guarda de ellos
- Capacidad laboral y probabilidad de acceso a un empleo
- Eventual pérdida de un derecho de pensión
- El patrimonio después de disuelta la sociedad conyugal
- Las necesidades de cada uno de los cónyuges

Como es evidente algunos de estos criterios son específicamente en atención a la situación que enfrentan las mujeres, como son la dedicación al cuidado y educación de los hijos así como la capacidad laboral y probabilidad de acceso a un empleo. Creemos que estos criterios no sólo deben ser considerados cuando se está frente a un cónyuge "inocente" sino en todos los casos de divorcio, aún en los de mutuo acuerdo, en donde los jueces generalmente cumplen con la labor de supervisar y aprobar lo convenido entre los cónyuges.

Dejaremos por un momento el análisis de la legislación latinoamericana para hacer una breve revisión de como se viene enfrentando esta problemática en norteamérica y ver si ello nos puede proporcionar algunos elementos que nos ayuden en nuestro análisis.

3.2 Alimentos entre ex-cónyuges en la jurisprudencia norteamericana^[123]

Comment [245]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [246]: <!--[endif]-->

Una primera e importante diferencia a establecerse con la tradición civilista es que el concepto de *alimony* se refiere únicamente a los alimentos entre cónyuges y tiene un desarrollo independiente -aunque paralelo- al *child support* que está referido a la obligación de asistencia respecto de los hijos. Para efectos de nuestro estudio, únicamente trabajaremos lo relativo al *alimony*.

3.2.1 Tipos de *alimony*

Los tipos de *alimony*, según la forma en que son otorgados, son los siguientes:

- *Como pago periódico*: Es la forma clásica en que han sido otorgados los alimentos, es

decir en forma de pensión.

- Alimentos en "*lump sum*": Es una cantidad fija que se paga en una sola vez por alguna circunstancia especial que así lo justifique. Puede ser usado con el carácter de "reembolso" y podría significar un cierto beneficio en relación con los impuestos del que está obligado.

Entre los que son pagados en forma de pensión, podemos distinguir los siguientes:

- Pendente litis*: Otorgados mientras dura el juicio de divorcio, luego de éste pueden desaparecer o convertirse en uno de otro carácter.
- Permanentes: Como su nombre lo indica, son aquellos otorgados con carácter indefinido. Las principales causas para que cesen los pagos son la muerte del que recibe los alimentos, un nuevo matrimonio, cohabitación con otra pareja y también un importante cambio en las circunstancias de cualquiera de las partes.
- Alimentos como Rehabilitación: Generalmente son otorgados por un período de tiempo y son sujetos a revisión al final de dicho período. Son otorgados para permitir a uno de los esposos adquirir una mejor posición económica con el fin de lograr ser autosuficiente. También son dados al esposo/a que permanece en casa con los niños hasta que se considere tiempo para que el padre/madre pueda buscar un trabajo fuera del hogar.
- Alimentos como Reembolso: Es otorgado para reembolsar a uno de los esposos por los gastos incurridos por el otro cónyuge. Ello ha sido utilizado en los casos en que un esposo ayudó al otro a lo largo de una carrera o especialización y la pareja se divorcia tan pronto como los estudios han terminado. El esposo o esposa que se hizo cargo de la familia durante dicho período podría obtener una pensión de alimentos como una devolución por los recursos gastados. Ej.: Enfermera que se casa con estudiante de medicina y asume los gastos de la familia hasta que el esposo se titula y cuando éste se titula se produce el divorcio. Alternativamente el juez le puede dar una mayor parte en la división de la propiedad ^[124] sin embargo, si la pareja recién está comenzando es probable que no tengan muchos bienes adquiridos.

Comment [247]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [248]: <!--[endif]-->

3.2.2 Criterios para otorgar *alimony*

Los criterios para otorgar el *alimony* son los siguientes:

- Ingresos y propiedad de cada parte
- Capacidad de adquirir ingresos por cada cónyuge
- Detrimento en la capacidad de tener ingresos
- Niños a cargo
- Estandar de vida durante el matrimonio
- Duración del matrimonio
- Contribución de uno de los cónyuges en el mantenimiento para la educación o carrera del otro
- Falta
- Acuerdos prematrimoniales

3.3 Análisis comparado

En primer lugar queremos decir que el hecho de tomar la jurisprudencia norteamericana para efectos de nuestro análisis

no quiere decir que estemos en la creencia que esta sociedad ha resuelto los problemas económicos a que deben enfrentarse las mujeres en el post-divorcio. Por el contrario, sabemos que la realidad dista mucho de ello y que sólo en el 15% de casos de divorcio o separación se otorga *alimony* [125]. Sin embargo, ello no impide que analicemos los criterios desarrollados y veamos si estos nos pueden resultar útiles en nuestro propósito.

Comment [249]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [250]: <!--[endif]-->

3.3.1 Concepto por el cual son otorgados los alimentos

Creemos que un importante punto a ser analizado cuando confrontamos los dos sistemas jurídicos es el concepto por el cual son otorgados los alimentos. En la tradición civilista, los dos principios fundamentales que hemos analizado, el principio de culpa y el estado de necesidad, nos dan la clave para entenderlo. Los alimentos se otorgan para sancionar a un cónyuge o para garantizar la supervivencia, así Borda nos explica que:

El cónyuge que dió causa al divorcio debe contribuir a que el inocente mantenga el nivel de vida económico de que gozaron durante la convivencia. Pero aún el cónyuge culpable tiene derecho a que el otro le provea lo indispensable para su subsistencia (no ya para que mantenga el tren de vida de que gozaron durante la convivencia) si no tuviere medios propios de subsistencia ni posibilidad razonable de procurárselos. [126]

Comment [251]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [252]: <!--[endif]-->

Propongamos un caso: Mujer: "causante" del divorcio por haber abandonado el hogar con sus tres hijos a causa de los continuos conflictos con su cónyuge, tiene a su cargo a los niños y percibe un sueldo mínimo en su trabajo. Varón: tiene sustancialmente mejores ingresos que la mujer y está obligado a pasar pensión a sus hijos pero no a la mujer. ¿Podría esta mujer solicitar "alimentos" a su ex-cónyuge?

Si aplicamos los criterios propuestos por Borda, tendríamos que concluir que no, pues ella es la causante del divorcio (principio de culpa) y además puede proverse el mínimo necesario para subsistir con el sueldo que percibe (estado de necesidad).

Si enfocamos el mismo caso pero desde la perspectiva de la tradición anglo-americana, nuestra conclusión sería que tal vez sí podría recibir alimentos. En primer lugar, tendríamos que contestar a más preguntas acerca de la situación de la pareja, y de la mujer en particular. Por ejemplo, tendríamos que preguntar sobre cuántos años pasó esa mujer fuera del mercado laboral por responsabilidades familiares y si ello tiene un impacto negativo en su capacidad actual de adquirir ingresos; también nos preguntaríamos si el hecho que el marido tenga ahora ingresos considerablemente mayores que los de la mujer no se debe a que ella contribuyó a su educación o carrera mientras estuvieron casados; nos preguntaríamos también si por el hecho de tener niños a su cargo su capacidad laboral se ve disminuía, etc.

Como vemos, el principio de falta es sólo uno de los que puede tomarse en cuenta para efectos de la regulación de los alimentos [127]. Sin embargo, en nuestros países éste principio constituye quizás el principal determinante y sólo cuando la mujer es "inocente", se podrán aplicar algunas otras consideraciones como las previstas por el Código Civil argentino. [128] En ese sentido, pensar en que puedan otorgarse pensiones alimenticias en forma de *Rehabilitación* o de *Reembolso* nos parece una posibilidad importante a ser explorada por nuestras legislaciones

Comment [253]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [254]: <!--[endif]-->

Comment [255]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [256]: <!--[endif]-->

Comment [257]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [258]: <!--[endif]-->

Por otro lado, en el desarrollo norteamericano, con el advenimiento de un sistema de divorcio sin falta, la justificación teórica para el otorgamiento de alimentos a la ex-cónyuge ha sido dada en base al principio de "eficiencia". [129] Según esta corriente, se justifica los alimentos en razón de corregir las distorsiones económicas que puede sufrir una esposa al hacer inversiones no-económicas en el matrimonio en beneficio de la familia. Además, como política social, se incentiva este tipo de inversiones no económicas que desde el punto de vista del mercado podrían ser irracionales o "ineficientes". La crítica que se hace a esta teorización es que su formulación descansa en la eficiencia de la especialización de roles durante el matrimonio pues al remover la distorsión económica, alienta la especialización de roles en la que las mujeres estarían comparativamente mejor situadas para desarrollar el trabajo doméstico [130]. Asimismo, se deja de considerar otras realidades como el costo psíquico y emocional que esta división de roles implica, el mismo que se asocia tanto con las mujeres que a pesar de poder participar en el mercado laboral se ven destinadas a realizar exclusivamente trabajo doméstico, como con los varones que por participar de manera eficiente en el mercado laboral, no gozan de suficiente tiempo para pasarlo con sus hijos e hijas. Encubre también la "especialización de roles" entre las propias mujeres, pues para mejorar la eficiencia en el mercado, muchas veces se subcontrata a otra mujer para

Comment [259]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [260]: <!--[endif]-->

que asuma las tareas domésticas.

Como alternativa surgida a esta problemática, se han desarrollado algunas propuestas como tratar los ingresos en el post-divorcio en forma conjunta y no de manera individual, especialmente en los casos en que el divorcio se produce existiendo hijos e hijas menores.^[131] Todo lo cual lleva nuevamente a la cuestión de la división de los bienes al momento del divorcio, lo mismo que ha sido analizado en la sección anterior. Mientras y en tanto el principio de necesidad sigue rigiendo en nuestras legislaciones, regresemos a su análisis y revisemos algunas alternativas para su interpretación.

Comment [261]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [262]: <!--[endif]-->

3.3.2 Estado de necesidad vs. necesidad financiera

El principio de necesidad en materia de alimentos, no tiene que ser interpretado de forma tan estricta como lo sugieren algunas legislaciones: estar imposibilitado de trabajar, sufrir de una enfermedad grave, ser indigente, etc.

Existen algunas situaciones especiales en que la mujer requiere un apoyo financiero especial a ser considerado. Weitzman reconoce tres grupos específicos de mujeres que lo requerirían:^[132]

Comment [263]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [264]: <!--[endif]-->

- Mujeres con responsabilidad de custodia de hijos menores
- Mujeres que requieren un apoyo transitorio para llegar a ser autosuficientes
- Mujeres que no podrán llegar a ser autosuficientes, o son muy mayores para intentarlo

Los fundamentos por los que es necesario apoyar a las mujeres que se encuentran en el primer y el tercer caso son más o menos claros y los hemos venido comentando a lo largo de nuestro análisis. Por ello creemos importante profundizar un poco en el segundo caso, es decir en relación con un "apoyo transitorio".

Este grupo estaría formado por mujeres que requieren un período más o menos considerable para ajustarse a su nueva situación y llegar a ser autosuficientes. Este "apoyo transitorio" es el equivalente a los "alimentos para rehabilitación" a los que antes hicimos referencia y que otros autores denominan "alimentos para amas de casa desplazadas". Podemos reconocer mejor la lógica de este argumento si pensamos que actualmente en muchas compañías, cuando se aplica una política de "racionalización de personal", a los trabajadores excedentes a menudo se les otorga una importante indemnización o un entrenamiento especial para que puedan tener mejores posibilidades de recolocarse en el mercado laboral. En el caso de las mujeres que por años han tenido como principal -aunque no única- actividad el ser amas de casa, como cualquier otro trabajador, necesita condiciones especiales para reinsentarse nuevamente en el mercado laboral.

4. Common law: Modelos que combinan "property" y "alimony"

Como ya hemos manifestado, en el *common law* las consecuencias económicas del divorcio son afrontadas al momento de la disolución del vínculo enfocando *property*^[133], *alimony*^[134] y *child support*^[135] como tres ejes de un mismo problema. El trabajar estas instituciones de manera conjunta permite ver en forma más integral la economía post-divorcio y la razón por la que las mujeres y los menores enfrentan un creciente empobrecimiento lo que no sucede con respecto de los varones, dándose lugar a una desigualdad de género en términos de resultados. Así un estudio de la Universidad de Michigan^[136], para el caso de Estados Unidos, encontró que era doce veces más probable que las esposas y los niños/as acudan al sistema de beneficencia después del divorcio, que los esposos acudan a este sistema. Por el contrario, éstos experimentaron un incremento promedio en el nivel de libertad de gastos después del divorcio.

Comment [265]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [266]: <!--[endif]-->

Comment [267]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [268]: <!--[endif]-->

Comment [269]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [270]: <!--[endif]-->

Comment [271]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [272]: <!--[endif]-->

Aunque no tenemos datos para el caso de Latinoamérica, la realidad nos indica que ciertamente las mujeres enfrentan similares circunstancias luego de un proceso de divorcio, con la diferencia que en nuestros países prácticamente no existe un sistema de beneficencia al que las mujeres puedan acudir. El apoyo entonces, viene generalmente desde sus familias de origen y otras redes de soporte, surgiendo otras dinámicas y juegos de poder, que no son del caso analizar.

La injusticia de este sistema es algo que merece la atención de los y las especialistas en el área, y que podría ser razón suficiente para que se proponga un estudio conjunto de estas instituciones y no sólo como hasta ahora se lleva a cabo, como instituciones independientes que obedecen a racionalidades diversas. Por otro lado, analizar estas figuras jurídicas a través de la dinámica social, puede darnos luces para propuestas innovadoras que sean reales alternativas para las familias latinoamericanas.

Es por esta razón que a continuación presentamos algunos estándares desarrollados por la jurisprudencia norteamericana, para la división de "*property*" y el otorgamiento de "*alimony*" y "*child suport*", según son presentados por Judith Areen.^[137] Aunque la materia trabajada en este documento está referida sólo a los dos primeros creemos que puede resultar ilustrativo presentar estos modelos, sobretodo por que la autora delinea de manera sucinta las ventajas y desventajas de cada una de estas aproximaciones.

Según dicha autora^[138], estos factores pueden concentrarse en 5 principios o modelos:

a) Modelo basado en la falta

En donde la distribución de bienes es usada para sancionar al esposo/a que provocó el divorcio. Este principio, a pesar de ser el más antiguo, es aún utilizado en muchas jurisdicciones aún en las más liberales que adoptaron el divorcio sin falta, se permite la prueba de misconducta marital cuando se decide la distribución de bienes.

Una de las mayores desventajas de este principio es que no es fácil de ser trasladado a "*cash*", es decir cómo puede ser valorizada la falta del esposo en términos cuantitativos. ¿Cuánto sería la pérdida por adulterio? Y si ambos esposos cometen adulterio, ¿deberían sus acciones cancelar la relevancia de la falta en la división de la propiedad?

b) Modelo basado en las necesidades

El principio de necesidad es el candidato a reemplazar a la falta como principio guía en la división de bienes en el divorcio. De acuerdo con este principio, un esposo/a tiene derecho a ser sostenido/a por su ex-esposo/a en un nivel suficiente para permanecer fuera del sistema de seguridad social. La ventaja más obvia de este principio es en relación al ahorro de pago de impuestos, su desventaja es la tendencia a fomentar una vida de continúa dependencia para uno de los esposos a expensas del otro. De acuerdo a este principio, la inicial distribución de bienes no debería depender de la duración del matrimonio y los alimentos para el cónyuge deberían finalizar cuando la necesidad desaparezca o cuando el esposo/a dependiente se vuelva a casar o muera.

c) Modelo basado en el status

Este principio se basa en que podría terminarse el matrimonio como vehículo para obtener un estatus, por ejemplo si alguien se casa con un millonario tiene derecho a vivir como tal aún despues de que el matrimonio termine. El estatus como la necesidad, ordena que la propiedad debería ser dividida y los alimentos adjudicados sin tener en cuenta la duración del matrimonio y debería terminar sólo cuando el esposo que los recibe muere o es capaz de procurarse por si mismo el nivel apropiado, a través de un nuevo matrimonio o otra acción.

d) Modelo basado en la rehabilitación

Este principio es una variación del principio de necesidad. Por este principio el esposo/a necesitado/a debería recibir lo suficiente para "rehabilitarse" a si mismo al punto que no debería necesitar más alimentos. Los estados que han adoptado esta aproximación, sin embargo, generalmente no han clarificado si el punto final de la rehabilitación debería ser medido por necesidad o status.

Comment [273]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [274]: <!--[endif]-->

Comment [275]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [276]: <!--[endif]-->

e) Modelo basado en la contribución

Este principio es basado en la visión del matrimonio como una sociedad económica en la cual cada esposo contribuye, aunque alguno contribuye en servicios más que en dinero. Su virtud es que el esposo/a que recibe no necesita sentir como si el/ella estuviera recibiendo un seguro social privado proveniente del otro esposo/a sino que en su lugar está recibiendo beneficios ganados. Su mayor dificultad es computar los beneficios adeudados.

Al respecto, hay por lo menos 4 posibles aproximaciones para efectos del cómputo:

- Según el valor de mercado de los servicios

El valor de mercado de los servicios realizados por el/la esposo/a que permanece en el hogar (cocinando, lavando, cuidando de los niños, etc.) es computado tomando en consideración la duración del matrimonio. Cantidades razonables por cuarto y comida y otros razonables gastos de vida deberían ser deducidos. Una desventaja de esta aproximación para el cómputo es que mucho de los servicios realizados en la casa han sido tradicionalmente sub-valorados por el mercado de trabajo, entonces este método puede producir una estimación baja y no realista del valor del trabajo realizado en el hogar.

- Matrimonio como sociedad

Bajo esta aproximación el patrimonio adquirido durante el matrimonio es dividido igualmente entre ambos esposos porque esta división es una justa aplicación de la visión ampliamente sostenida que el matrimonio es una sociedad, y porque una división por igual evita la incertidumbre de la aproximación del "valor de mercado de los servicios". La mayor debilidad de esta aproximación es que no hace nada por balancear la desventaja en el mercado de trabajo experimentada por un esposo/a quien trabajó exclusivamente en asuntos domésticos durante el matrimonio.

- Oportunidades perdidas

Una forma de enfrentar las desventajas que enfrenta un esposo/a que permaneció en el hogar es computar lo que él/ella podría haber ganado durante el resto de su vida laboral si él/ella hubiera estado en el mercado de trabajo durante todo el matrimonio. Su actual capacidad de ganancia para el mismo período sería restado. La cantidad con la que contribuye el esposo en desventaja sería el valor descontado de la diferencia. Este "costo de las oportunidades perdidas" debería ser compartido por ambos esposos cuando el patrimonio sea distribuido.

La mayor desventaja de esta aproximación es que puede requerir excesiva especulación. Si el esposo/a que permaneció en casa fracasó en completar su educación por ejemplo, podría ser extremadamente difícil decidir cuál podría haber sido su capacidad de ganancia. ¿Habría él/ella completado el college? ¿la escuela de derecho? ¿Habría sido primero en su clase?

- La capacidad de aumentar los ingresos

Una forma alternativa de evaluar la contribución del esposo/a que permanece en casa es buscar alguna capacidad de aumentar los ingresos experimentada por el otro esposo y que puede ser atribuida, al menos en parte, al esposo/a que permaneció en casa. Un matrimonio en que un esposo/a trabaja para sostener a ambos y permite al otro esposo asistir a la escuela de derecho es un ejemplo de esta

situación. La diferencia en los ingresos de por vida que el esposo/a abogado/a experimentará, bajo esta teoría, deberían ser compartidos, con el otro esposo/a. Determinar cuál es la porción justa es la mayor incertidumbre de esta aproximación.

Los alimentos, de acuerdo con el principio de contribución, deberían terminar sólo cuando los ingresos compartidos han sido pagados del todo. Esto podría ser en una sola vez al final del matrimonio si el otro esposo/a tiene patrimonio suficiente. De lo contrario los pagos periódicos sobre esta "deuda" (lo que es comúnmente conocido como "*alimony*") no debería finalizar a causa de un segundo matrimonio ni aún de la muerte, sino solo cuando la "deuda" completa sea pagada.

El sentido común dicta que ninguna adjudicación debería exceder la habilidad del esposo obligado a pagar, ni al momento del divorcio ni después. En este sentido, el valor neto y la habilidad de los ingresos-ganancias del esposo obligado crea un techo que ninguna adjudicación puede realísticamente exceder.

Los cinco principios son generalmente mutuamente exclusivos. De este modo, una mujer que sólo estuvo casada por seis semanas pero que contrajo una enfermedad incapacitante podría tener derecho a una suma bastante grande por alimentos bajo el principio de necesidad, pero tendría derecho a una pequeña suma bajo el principio de contribución.^[139]

Comment [277]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [278]: <!--[endif]-->

De esta manera, nos queda un panorama general -aunque complejo- de como viene siendo enfrentada esta problemática en la sociedad norteamericana. En primer lugar, como ya hemos dicho, al tratar lo relativo a los bienes y al derecho alimenticio de manera conjunta, pueden afrontar de manera más integral la situación económica del post-divorcio. Creemos que si bien para la tradición civilista estas dos instituciones tienen sus propios principios, es posible que pueda ser enfocado de manera conjunta cuando los jueces deban revisar los convenios de separación por mutuo acuerdo o cuando se vean enfrentados a tener que hacer ellos la liquidación de los bienes.

Pensar en que no sólo la "culpa" y la "necesidad" son los criterios para hacer una división de bienes, es un buen comienzo para replantearse la situación de las mujeres en el post-divorcio. Indagar en las posibilidades que nos brindan otros enfoques como el de "status", "rehabilitación" y sobretodo en el de "contribución", nos puede resultar muy sugerente al permitimos considerar algunas situaciones no previstas por nuestras legislaciones, como son las "oportunidades perdidas", el "valor de mercado" de las habilidades desarrolladas por cada cónyuge así como su "capacidad de ingresos", situaciones que hemos tratado de ilustrar en el desarrollo de las secciones 2 y 3 de este artículo.

Sin embargo, no queremos dejar de mencionar algunos problemas que deben enfrentar los jueces norteamericanos, al mezclarse algunas veces estos principios en las recomendaciones estatales sobre los factores que deberían considerar en la distribución del patrimonio conyugal. Así algunos estados confeccionan listados de dichos factores, mezclando inconsistentemente principios sin indicar a cuál se le debería conceder un mayor peso. Por ello, muchas veces los jueces encuentran dificultad para usar las listas y los observadores encuentran casi imposible predecir como ellos serán aplicados en un caso específico de divorcio.^[140] Estando conscientes de dicho riesgo, intentaremos dar algunos lineamientos para la construcción de un modelo alternativo.

Comment [279]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [280]: <!--[endif]-->

5. A manera de conclusión: Criterios para la construcción de un modelo alternativo

Tratar de construir un modelo alternativo que supere las limitaciones de que adolecen los códigos civiles de Latinoamérica es una tarea que consideramos importante. Sin embargo, amerita una mayor profundización en el análisis, por ello -a manera de conclusión- sólo queremos delinear algunos criterios que consideramos necesarios tener en cuenta para ello.

En primer lugar, creemos que es importante evidenciar algunas de las premisas a partir de las cuales se ha realizado este trabajo como por ejemplo que la discriminación contra la mujer es un fenómeno global - universal, por lo que es posible trabajar fenómenos similares en sistemas legales diversos y que esta discriminación no sólo existe en la letra de la ley sino que muchas veces se refleja en los resultados que ella produce.^[141]

Comment [281]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [282]: <!--[endif]-->

En ese sentido, creemos que para lograr un "modelo" equitativo, éste debería partir de la realidad de la situación de las familias latinoamericanas, por ello se requiere profundizar en el análisis de los efectos que tiene la aplicación de la ley en las situaciones post-divorcio. Como hemos dicho anteriormente, el estudio de las instituciones jurídicas en su dinámica social, nos parece un elemento de suma importancia para desarrollar aproximaciones que no sean discriminatorias ni en la formulación de la norma ni en sus resultados.

Por otro lado, es importante evidenciar que la aplicación de un principio de igualdad formal entre los cónyuges es discriminatorio en los casos que éstos no se encuentren en igualdad de condiciones, sobre todo en situaciones de mujeres con responsabilidad de custodia de hijos e hijas menores; aquellas que requieren un apoyo transitorio para llegar a ser autosuficientes; o que no pueden llegar a ser autosuficientes, o son muy mayores para intentarlo .

Reconocer la desigualdad existente y buscar la aplicación de una igualdad substantiva que no implique discriminación en los resultados es simplemente aceptar que actualmente existe un menor poder social y económico de las mujeres en el post-divorcio. Sin embargo, ello debe ser visto de una manera transitoria por las transformaciones que se continúan dando en nuestra sociedad y por tanto no perder de vista el objetivo de lograr una igualdad real entre varones y mujeres.

En relación con la división del patrimonio conyugal, tal como hemos venido analizando, se debería tener en cuenta las formas no tradicionales de propiedad a las que hemos hecho referencia como: pensiones y beneficios de jubilación, licencia para la práctica de una profesión o negocio, seguros de salud, reputación de negocios, derechos a la participación de compañías de bienes o servicios, calificaciones profesionales, etc.

De otro lado, creemos que la culpa y la necesidad no son los únicos criterios que deben determinar la necesidad de pensiones alimenticias o la división de bienes. Otros criterios a tenerse en consideración son: las oportunidades perdidas, la capacidad de generarse ingresos, el valor de mercado de los servicios que pueden ser prestados, y la contribución en el desarrollo laboral del otro cónyuge. La contribución de las mujeres en la economía familiar no será valorada en la medida que no se tomen en cuenta estos otros factores. Introducir estos conceptos en la visión de abogados, abogadas y jueces es una tarea importante a desarrollar, en la que creemos puede contribuir grandemente la experiencia ganada por otros países.

*La autora agradece los comentarios que recibiera de Lauren Gilbert, Alda Facio y Joan Williams a versiones preliminares de este artículo, que sin duda han contribuido a enriquecerlo. Sin embargo, los límites del mismo son de absoluta responsabilidad de la autora.

[1] Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo I, 2a edición. Ed. Astrea, Bs. As., 1993, pág. 137.

[2] Idem., pág. 340

[3] En Colombia el matrimonio eclesiástico sigue teniendo efectos civiles pero a partir de la Ley 25 de 1992, éstos cesan por el divorcio. Ver Secretaría de Mujer y Género. Consejería Presidencial para la Política Social. Mujer y Divorcio. Elementos para la Discusión. Santafé de Bogotá, 1995 [en adelante Mujer y Divorcio].

[4] Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales de España y Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Mujeres Latinoamericanas en cifras. Tomo Comparativo. Chile, 1995, pág. 140 [en adelante Mujeres Latinoamericanas].

[5] Ley del Matrimonio Civil, Art. 191. 10 de enero de 1884.

[6] Velasco, Eugenio. De la disolución del matrimonio. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1973, pág. 9.

[7] Mujeres Latinoamericanas, op. cit., pág. 144.

[8] Ley N° 38 de Nicaragua, Art. 11. 29 de abril de 1988. [Ley para la disolución del Matrimonio por voluntad de las partes].

[9] Idem.

- Comment [283]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [284]: <!--[endif]-->
- Comment [285]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [286]: <!--[endif]-->
- Comment [287]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [288]: <!--[endif]-->
- Comment [289]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [290]: <!--[endif]-->
- Comment [291]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [292]: <!--[endif]-->
- Comment [293]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [294]: <!--[endif]-->
- Comment [295]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [296]: <!--[endif]-->
- Comment [297]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [298]: <!--[endif]-->
- Comment [299]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [300]: <!--[endif]-->
- Comment [301]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [302]: <!--[endif]-->

[10] En cuanto a la distribución de los bienes por ejemplo, en el caso de Costa Rica la ley establece que al disolverse el matrimonio, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro (Código de Familia de Costa Rica, Art.41). Mientras que en el caso de Nicaragua, la ley establece que en caso que las partes no se hayan puesto de acuerdo, el Juez debe decidir la distribución teniendo en cuenta algunos criterios como si existen hijos menores comunes, a quien le corresponde la guarda, el aporte y esfuerzo de cada cónyuge, la existencia de un solo inmueble, entre otros. (Ley N° 38 de Nicaragua, Art. 11).

[11] Zannoni, op. cit., pág. 18

[12] Respecto a la jurisprudencia norteamericana las causales más frecuentes por las que se permite el divorcio por falta son similares a las de los países latinoamericanos, a saber: Adulterio, Crueldad física, Crueldad mental, Atentado de muerte, Abandono. Ver American Bar Association. Guide to Family Law. 1996, pág. 68 y sgts.

[13] Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú.

[14] Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú.

[15] Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú.

[16] Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú.

[17] Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú.

[18] Chile, Costa Rica, Guatemala.

[19] Así lo corrobora un estudio realizado en base a estadísticas judiciales en el Perú. Ver Cabello, Carmen Julia. Matrimonio y Divorcio, pág. 534, en La familia en el derecho peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. Pontificia Universidad Católica, 1992.

[20] También conocido como doble moral, que se refiere a cuando una misma conducta es evaluada con distintos parámetros para uno y otro sexo. Ver Facio, Alda. Cuando el género suena cambios trae. Metodología de género del fenómeno legal. 2a. Ed. ILANUD, San José, C. R., 1996.

[21] Ver la discusión de las características del “macho” latinoamericano en sección 1.2.1.

[22] Por ejemplo las legislaciones de Guatemala, El Salvador y Nicaragua. Estas legislaciones tipifican de adulterio “el que comete la mujer casada que yace con varón que no es su marido y quien yace con ella sabiendo que es casada”; mientras que en el caso del hombre casado, este comete adulterio “siempre y cuando tuviera concubina dentro de la casa conyugal”. Ver Faune, María Angélica. Transformaciones en las familias centroamericanas. Agudización de la situación de inequidad de las mujeres, en Estudios Básicos de Derechos Humanos IV. IIDH, San José, C.R., 1996.

[23] Encontrándose un gran paralelismo en las causas consideradas para un divorcio en la jurisprudencia de Estados Unidos: Alcoholismo (drunkenness), Uso adictivo de drogas, Insania, Impotencia (usualmente desconocida por la pareja al momento del matrimonio), Contagio de uno de los esposos con enfermedad venérea. Ver American Bar Association, op. cit., pág. 68.

[24] Argentina, Chile, Guatemala, Perú.

[25] Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú.

[26] Chile, Costa Rica, Guatemala.

[27] Argentina, Brasil, Costa Rica, Guatemala.

[28] Guatemala, Perú.

[29] Zannoni, op. cit., pág. 18.

[30] Francia, 1975.

[31] En los últimos 30 años el “no-fault” ha reemplazado al divorcio por falta, revolución que comenzó en 1970 en California, cuando este estado instituyó el primer sistema basado exclusivamente en “no-fault” divorcios. Ver Weitzman, Lenore. The divorce revolution: The unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America. The Free Press, New York, 1985, pág. 40.

[32] Generalmente, el divorcio que no es basado en falta, elimina la obligación de pensión alimenticia entre los cónyuges. Ver Sección 3 de este artículo.

- Comment [303]: <!--[if ...
- Comment [304]: <!--[endif]-->
- Comment [305]: <!--[if ...
- Comment [306]: <!--[endif]-->
- Comment [307]: <!--[if ...
- Comment [308]: <!--[endif]-->
- Comment [309]: <!--[if ...
- Comment [310]: <!--[endif]-->
- Comment [311]: <!--[if ...
- Comment [312]: <!--[endif]-->
- Comment [313]: <!--[if ...
- Comment [314]: <!--[endif]-->
- Comment [315]: <!--[if ...
- Comment [316]: <!--[endif]-->
- Comment [317]: <!--[if ...
- Comment [318]: <!--[endif]-->
- Comment [319]: <!--[if ...
- Comment [320]: <!--[endif]-->
- Comment [321]: <!--[if ...
- Comment [322]: <!--[endif]-->
- Comment [323]: <!--[if ...
- Comment [324]: <!--[endif]-->
- Comment [325]: <!--[if ...
- Comment [326]: <!--[endif]-->
- Comment [327]: <!--[if ...
- Comment [328]: <!--[endif]-->
- Comment [329]: <!--[if ...
- Comment [330]: <!--[endif]-->
- Comment [331]: <!--[if ...
- Comment [332]: <!--[endif]-->
- Comment [333]: <!--[if ...
- Comment [334]: <!--[endif]-->
- Comment [335]: <!--[if ...
- Comment [336]: <!--[endif]-->
- Comment [337]: <!--[if ...
- Comment [338]: <!--[endif]-->
- Comment [339]: <!--[if ...
- Comment [340]: <!--[endif]-->
- Comment [341]: <!--[if ...
- Comment [342]: <!--[endif]-->
- Comment [343]: <!--[if ...
- Comment [344]: <!--[endif]-->
- Comment [345]: <!--[if ...
- Comment [346]: <!--[endif]-->
- Comment [347]: <!--[if ...
- Comment [348]: <!--[endif]-->

[33] En un estudio socio-jurídico realizado con jueces en Colombia, varios jueces consideraron que la ley de divorcio podría reducirse a 4 supuestos: mutuo acuerdo, separación de cuerpos judicialmente decretada y de hecho, incumplimiento de las obligaciones conyugales y enfermedad grave e incurable. Ver *Mujer y Divorcio*, op. cit., pág. 28.

[34] Weitzman, op. cit.

[35] Complementaria a esta potestad, podemos encontrar el poder del pater familias sobre los hijos.

[36] Pescatello, *Ann. Hembra y macho en Latinoamérica*. Ensayos. Diana, México, 1977.

[37] Estas características de la mujer corresponderían a un complejo cultural paralelo al machismo que Stevens denomina como "marianismo". Ver Stevens, Evelyn. *Marianismo: la otra cara del machismo en Latinoamérica*, en Pescatello, op. cit.

[38] Fuller, Norma. *El caso de la mujer de clase media en el Perú: Discursos y representaciones sobre la identidad femenina*. Informe de Investigación. Lima, 1992

[39] Fuller, Norma. *Identidades masculinas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997.

[40] Ver capítulo referente a participación económica, en *Mujeres Latinoamericanas*, op. cit., pág. 66 y sgts.

[41] Ver CEPAL, *Panorama Social de América Latina 1995. Género, Pobreza y Participación: Tendencias Recientes*. (LC/G.1886-P).

[42] Ver capítulo referente a participación sociopolítica, en *Mujeres Latinoamericanas*, op. cit., pág. 157 y sgts.

[43] Código Civil de Guatemala, Art. 1141. Según un reciente informe, este tipo de restricciones al ejercicio de profesiones u oficios por parte de mujeres, en cuanto se requiere autorización del marido, existen en Bolivia, Guatemala, Panamá, Perú y República Dominicana. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición de la Mujer en las Américas. Informe Anual 1998.

[44] Venezuela. Ver *Mujeres Latinoamericanas*, op. cit., pág. 140.

[45] República Dominicana. Ver idem.

[46] Borda, Guillermo. *A. Tratado de Derecho Civil, Familia, Tomo I. 9a ed.*, Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 210.

[47] Los códigos en que se basa el estudio son los de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica Guatemala, Nicaragua y Perú.

[48] Ver Borda, op. cit., pág. 206 y sgts; Zannoni, op. cit., pág. 378 y sgts.

[49] Zannoni, op. cit., pág. 384.

[50] Código Civil de Brasil, Art. 2781 y sgts; Código Civil de Argentina, Art. 1243 y sgts.

[51] Borda, op. cit., pág. 208.

[52] Código Civil de Brasil, Art. 3101.

[53] Código Civil de Chile, Art. 1715; Código Civil de Nicaragua, Art. 153; Código de Familia de Costa Rica, Art. 37.

[54] La cuestión sobre el derecho a alimentos a favor de los hijos comunes excede nuestro análisis, por lo que no será desarrollada en este artículo.

[55] Esta es la regla que siguen los códigos de Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Brasil y Perú, entre otros, cuando los cónyuges no expresan su voluntad de regirse por un sistema diferente.

[56] Borda, op. cit., pág. 377. Énfasis Añadido.

[57] Aunque su comentario se restringe a la realidad argentina, creemos que puede ser extendido a los demás países latinoamericanos, ya que esta concepción se repite en muchos autores "clásicos" que son lectura obligatoria de los estudiantes de derecho.

[58] Una interesante perspectiva sobre la complementariedad del modelo de familia con el del mercado ha sido desarrollada por Joan Williams. Ver Williams, Joan. *Unbending Gender: Market Work + Family Work in the 21th Century*. Oxford University Press, de próxima publicación. En el contexto de América Latina, los trabajos de Elizabeth Jelin han explorado la estructura del trabajo en el hogar y en el mercado, desde el campo de las ciencias sociales.

[59] En América Latina, existe una gran diversidad de estructuras familiares que rompen el mito de la familia ideal. Para el caso de Centroamérica, esta realidad está estúpidamente documentada por María Eugenia Fauné. Según un estudio, citado por ella, en Costa Rica "el país más estable y con el menor índice de pobreza en la

- Comment [349]: <!--[if
- Comment [350]: <!--[endif-->
- Comment [351]: <!--[if
- Comment [352]: <!--[endif-->
- Comment [353]: <!--[if
- Comment [354]: <!--[endif-->
- Comment [355]: <!--[if
- Comment [356]: <!--[endif-->
- Comment [357]: <!--[if
- Comment [358]: <!--[endif-->
- Comment [359]: <!--[if
- Comment [360]: <!--[endif-->
- Comment [361]: <!--[if
- Comment [362]: <!--[endif-->
- Comment [363]: <!--[if
- Comment [364]: <!--[endif-->
- Comment [365]: <!--[if
- Comment [366]: <!--[endif-->
- Comment [367]: <!--[if
- Comment [368]: <!--[endif-->
- Comment [369]: <!--[if
- Comment [370]: <!--[endif-->
- Comment [371]: <!--[if
- Comment [372]: <!--[endif-->
- Comment [373]: <!--[if
- Comment [374]: <!--[endif-->
- Comment [375]: <!--[if
- Comment [376]: <!--[endif-->
- Comment [377]: <!--[if
- Comment [378]: <!--[endif-->
- Comment [379]: <!--[if
- Comment [380]: <!--[endif-->
- Comment [381]: <!--[if
- Comment [382]: <!--[endif-->
- Comment [383]: <!--[if
- Comment [384]: <!--[endif-->
- Comment [385]: <!--[if
- Comment [386]: <!--[endif-->
- Comment [387]: <!--[if
- Comment [388]: <!--[endif-->
- Comment [389]: <!--[if
- Comment [390]: <!--[endif-->
- Comment [391]: <!--[if
- Comment [392]: <!--[endif-->
- Comment [393]: <!--[if
- Comment [394]: <!--[endif-->
- Comment [395]: <!--[if
- Comment [396]: <!--[endif-->
- Comment [397]: <!--[if
- Comment [398]: <!--[endif-->
- Comment [399]: <!--[if
- Comment [400]: <!--[endif-->
- Comment [401]: <!--[if

región, (se) constató que alrededor del 50% de las familias coincidían con los rasgos de la familia nuclear conyugal típica. El resto diferían de este modelo, y en muchos casos, no presentaban siquiera los rasgos principales, ni al inicio ni a lo largo de todo el ciclo de vida familiar". Por otro lado, un estudio realizado en El Salvador concluyó que "no existía un solo tipo de familia en El Salvador, sino múltiples formas de estructura y organización familiar que diferían sustancialmente del perfil de la "familia ideal" asumida culturalmente." Ver Faune, op. cit., pág. 284.

[60] Código Civil de Chile, Art. 1773.

[61] Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, A.G Res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) pág. 193, ONU Doc. A/34/46, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981.

[62] Cabello, op. cit., pág. 538.

[63] Mujer y Divorcio, op. cit., pág. 35.

[64] CEPAL. La familia en América Latina y el Caribe: algunas consideraciones sociodemográficas. Santiago, 1994, pág. 10.

[65] En el caso del estado de California esto ha sido ampliamente documentado por Lenore Weitzman en su libro, op. cit., pág. 504. El sugerente análisis realizado por esta autora trajo como consecuencia una larga discusión entre los investigadores norteamericanos tanto en las revistas especializadas en el derecho de familia como aquellas orientadas a los derechos de las mujeres. Sobre esta discusión puede consultarse a Kay, Herma Hill. Equality and Difference: A perspective on No-Fault Divorce and its aftermaths, 56 U. Cin. L. Rev. 1, 80 (1987), Fineman, Martha Albertson. The Illusion of Equality: The Rhetoric and Realty of Divorce Reform. University Of Chicago Press, Chicago, 1991, pág. 252, entre otros.

[66] Weitzman, op. cit., pág. xi.

[67] En general, la participación de las mujeres en el trabajo remunerado es ya una tendencia estructural en América Latina; en los años 80 su participación en el mercado de trabajo llegó a un 20.03%, tendencia que ha ido en aumento en los 90. Krawczyk, Miriam. Mujeres en la región: Los grandes cambios. Revista de la CEPAL, N° 49, Santiago, Chile, abril, 1993, págs. 7-19. Sin embargo, existen marcadas diferencias entre países. Así en las dos últimas décadas Brasil, Cuba, México y Uruguay registraron incrementos de doce o más puntos porcentuales en sus tasas de actividad femenina, en tanto que Argentina, Ecuador, Guatemala, Panamá y Perú tuvieron aumentos menores a cinco puntos. Bolivia, Chile, Honduras y Venezuela registraron aumentos de ocho puntos porcentuales, pasando de 19,2% a 27,2%. Ver Mujeres Latinoamericanas, op. cit., pág. 68.

[68] En la jurisprudencia norteamericana la economía post-divorcio es analizada en forma conjunta tanto en relación con la *marital property* (bienes que forman parte del patrimonio común) como lo relativo al *alimony* (Derecho de alimentos entre cónyuges). Sin embargo, para una mejor comprensión nuestra aproximación la haremos siguiendo el esquema civilista analizando cada una de estas instituciones de manera separada.

[69] Glendon, M.A. Divorce law, en *Abortion and Divorce in Western Law*, 1987, pág. 92.

[70] En esta parte seguiremos el esquema propuesto en el libro sobre *Family Law* de la *American Bar Association*, op. cit., pág. 71 y sgts.

[71] Salvo que el bien haya permanecido como "*non-marital property*" que son bienes mantenidos fuera de la masa conyugal a nombre de uno de los esposos, generalmente adquiridos antes del matrimonio o por herencia, aunque no todos los estados admiten esta figura.

[72] Igualdad en la distribución.

[73] Distribución equitativa.

[74] Código Civil de Guatemala, Art. 124.

[75] Idem., Art. 127.

[76] Idem., Art. 124.

[77] Idem., Art. 141.

[78] La realidad de las mujeres que trabajan es bastante compleja y no pretendemos aquí dar ninguna regla; únicamente queremos cuestionar algunos principios muy arraigados en nuestras legislaciones. Por otro lado, tampoco pretendemos decir que las mujeres deben mantenerse en el mercado laboral de cualquier manera, pues muchos estudios han mostrado que no es tanta la diferencia entre las horas que dedica una mujer a las tareas domésticas cuando tiene un trabajo remunerado que cuando es ama de casa, lo cual revierte de diferente manera en contra de la mujer pues lo que se ve afectada es su salud. Ver Rendón, Lisa; Langer, Ana; y Hernández, Bernardo. Condiciones de Vida y Mortalidad Materna en América Latina. Revista Cubana de Salud Pública, enero-junio, 1995.

[79] Ver Funder, Kathleen. Australia: A proposal for reform, en Maclean, Eekelaar and Mavis. *Family Law*. Oxford University Press, 1994, pág. 203.

[80] Idem., pág. 205.

[81] Ello lo revisaremos en la siguiente sección.

[82] Williams, op. cit., Chapter 4. Deconstructing the Ideal Worker Norm in Family Entitlements.

- Comment [403]: <!--[if ...
- Comment [404]: <!--[endif]-->
- Comment [405]: <!--[if ...
- Comment [406]: <!--[endif]-->
- Comment [407]: <!--[if ...
- Comment [408]: <!--[endif]-->
- Comment [409]: <!--[if ...
- Comment [410]: <!--[endif]-->
- Comment [411]: <!--[if ...
- Comment [412]: <!--[endif]-->
- Comment [413]: <!--[if ...
- Comment [414]: <!--[endif]-->
- Comment [415]: <!--[if ...
- Comment [416]: <!--[endif]-->
- Comment [417]: <!--[if ...
- Comment [418]: <!--[endif]-->
- Comment [419]: <!--[if ...
- Comment [420]: <!--[endif]-->
- Comment [421]: <!--[if ...
- Comment [422]: <!--[endif]-->
- Comment [423]: <!--[if ...
- Comment [424]: <!--[endif]-->
- Comment [425]: <!--[if ...
- Comment [426]: <!--[endif]-->
- Comment [427]: <!--[if ...
- Comment [428]: <!--[endif]-->
- Comment [429]: <!--[if ...
- Comment [430]: <!--[endif]-->
- Comment [431]: <!--[if ...
- Comment [432]: <!--[endif]-->
- Comment [433]: <!--[if ...
- Comment [434]: <!--[endif]-->
- Comment [435]: <!--[if ...
- Comment [436]: <!--[endif]-->
- Comment [437]: <!--[if ...
- Comment [438]: <!--[endif]-->
- Comment [439]: <!--[if ...
- Comment [440]: <!--[endif]-->
- Comment [441]: <!--[if ...
- Comment [442]: <!--[endif]-->
- Comment [443]: <!--[if ...
- Comment [444]: <!--[endif]-->
- Comment [445]: <!--[if ...
- Comment [446]: <!--[endif]-->
- Comment [447]: <!--[if ...
- Comment [448]: <!--[endif]-->

[83] La consideración de las pensiones como patrimonio común puede revestir mayor interés actualmente cuando en la región se está pasando de regímenes estatales de seguridad social en donde las pensiones eran más o menos homogéneas para todos los trabajadores a un sistema privado de pensiones en donde éstas dependerán de los ingresos alcanzados individualmente, creando ciertas expectativas, máxime si le sumamos el hecho de la asimetría en la capacidad de generarse ingresos que analizamos en el punto anterior.

[84] Pensión que recibe el cónyuge al momento del retiro del trabajo.

[85] Pensión que se genera a la muerte de la persona.

[86] Borda, op. cit., pág. 248.

[87] Zannoni, op. cit., pág. 456.

[88] Weitzman, op. cit., pág. 120.

[89] Cabello, op. cit., pág. 539. Enfoque añadido.

[90] Mujer y Divorcio, op. cit., pág. 35.

[91] Según el estudio de Cabello, el mayor porcentaje de mujeres corresponde a la categoría "su casa" con un 33.74 % seguida de "empleada" con un 27.19%, mientras que para los varones la categoría ocupacional más concurrida es la de "empleado" con un 40.43% seguida de "profesional" en un 18.18%. Cabello, op. cit., pág. 539.

[92] Weitzman, op. cit., pág. 124

[93] Idem., pág. 127 y sgts.

[94] Idem., pág. 131 y sgts.

[95] Weitzman cita el ejemplo de un caso médico en Wisconsin, en donde se utilizó este método. En primer lugar se comparó el promedio de ingresos de las familias de médicos en ejercicio con el promedio de ganancia de hombres blancos con 5 o más años de educación universitaria. La diferencia entre éstas dos figuras fue de \$ 24,976 por año. Sobre un cálculo de 25 años de vida laboral la diferencia ascendió a \$ 624,400. Se calcularon los ingresos que el esposo habría obtenido si no hubiera ido a la escuela de medicina, deduciéndose de la cantidad previamente determinada, resultando una cantidad aproximada entre \$ 110,837 y \$132,402, dependiendo de los valores de actualización aplicados. Ver Weitzman, op. cit., pág. 132.

[96] Una institución que es muy importante tener en cuenta y que ameritaría un mayor estudio sobre su aplicación práctica es la "atribución del hogar conyugal" que aparece por ejemplo en la legislación argentina en los casos de divorcio por demanda conjunta. Código Civil de Argentina, Art. 236.

[97] Código Civil de Perú, Art. 350.

[98] Idem.

[99] En el caso del estudio hecho en el Perú el porcentaje de divorcios por causal asciende a un escaso 20.3% en comparación con el divorcio por mutuo disenso 79.6%. Por su parte, en Colombia las cifras son de 30% y 70 % respectivamente, bastante similares. Ver Cabello, op. cit., pág. 533; Mujer y Divorcio, op. cit., pág. 21.

[100] El principio de culpa se encuentra presente en los códigos de Argentina, Brasil, Costa Rica, Guatemala y Perú, entre otros. La excepción la constituye el código de Nicaragua que otorga derecho a pensión a los ex-cónyuges únicamente basado en el principio de necesidad, lo cual guarda relación con la regulación del divorcio que tiene como causal exclusiva la ruptura de la vida en común.

[101] Código Civil de Argentina, Art. 207.

[102] Código Civil de Perú, Art. 350.

[103] Los casos estudiados comprenden tanto divorcios por causal como por mutuo disenso. Cabello, op. cit., pág. 535.

[104] La insensibilidad al género se presenta cuando se ignora la variable sexo como un avariable socialmente importante, por ejemplo en los efectos que pueden tener las leyes o políticas. Sobre las diversas formas de sexismo ver Facio, op. cit., pág. 89 y sgts.

[105] Código Civil de Guatemala, Art. 169.

[106] Idem.

[107] Código Civil de Argentina, Art. 208.

[108] Ley No. 6.515, de 26 de diciembre de 1977, Art. 26.

[109] Glendon, op. cit., pág. 85.

[110] Idem., pág. 85.

[111] Idem., pág. 93.

[112] Ver sección 2.1.4

[113] La experiencia nos indica que es la madre la que asume la custodia y crianza de los hijos menores, no es éste el lugar para cuestionar tal hecho ni sus causas o posibles consecuencias.

[114] Otro problema que se suma a los analizados son las altísimas tasas de incumplimiento del pago de

Comment [449]: <!--[if

Comment [450]: <!--[endif-->

Comment [451]: <!--[if

Comment [452]: <!--[endif-->

Comment [453]: <!--[if

Comment [454]: <!--[endif-->

Comment [455]: <!--[if

Comment [456]: <!--[endif-->

Comment [457]: <!--[if

Comment [458]: <!--[endif-->

Comment [459]: <!--[if

Comment [460]: <!--[endif-->

Comment [461]: <!--[if

Comment [462]: <!--[endif-->

Comment [463]: <!--[if

Comment [464]: <!--[endif-->

Comment [465]: <!--[if

Comment [466]: <!--[endif-->

Comment [467]: <!--[if

Comment [468]: <!--[endif-->

Comment [469]: <!--[if

Comment [470]: <!--[endif-->

Comment [471]: <!--[if

Comment [472]: <!--[endif-->

Comment [473]: <!--[if

Comment [474]: <!--[endif-->

Comment [475]: <!--[if

Comment [476]: <!--[endif-->

Comment [477]: <!--[if

Comment [478]: <!--[endif-->

Comment [479]: <!--[if

Comment [480]: <!--[endif-->

Comment [481]: <!--[if

Comment [482]: <!--[endif-->

Comment [483]: <!--[if

Comment [484]: <!--[endif-->

Comment [485]: <!--[if

Comment [486]: <!--[endif-->

Comment [487]: <!--[if

Comment [488]: <!--[endif-->

Comment [489]: <!--[if

Comment [490]: <!--[endif-->

Comment [491]: <!--[if

Comment [492]: <!--[endif-->

Comment [493]: <!--[if

Comment [494]: <!--[endif-->

Comment [495]: <!--[if

Comment [496]: <!--[endif-->

Comment [497]: <!--[if

Comment [498]: <!--[endif-->

Comment [499]: <!--[if

Comment [500]: <!--[endif-->

Comment [501]: <!--[if

pensiones alimenticias por parte de los varones en latinoamérica así como en otros países.

[115] Mujer y Divorcio, op. cit., pág. 19.

[116] Idem.

[117] Ver Carbone, June. Redefining Family as Community, 31 Hous. L. Rev. 359, 385 nota 135 (1994); Child Support Enforcement Amendments of 1984 (42 U.S.C. 651).

[118] Ver Cabello, op. cit.; Mujer y Divorcio, op. cit.

[119] Al respecto, Cecilia Grossman menciona que la jurisprudencia argentina al interpretar el criterio jurídico de igualdad de los cónyuges, ha establecido que “para evitar injusticias, corresponde analizar cada caso particular ya que debe respetarse las modalidades y desenvolvimiento de cada matrimonio”. Según esta autora, ello implica la consagración del “principio ético de igualdad”, que implica que “debe exigirse a cada uno de los esposos la satisfacción de las prestaciones que están en condiciones de cumplir, atendiendo a las posibilidades, al medio social, a las costumbres y a todas las demás circunstancias propias que vive el matrimonio”. Ver Grosman, Cecilia e Martínez, Irene. Alimentos entre cónyuges durante la convivencia. Ley 23.515, en La Ley T.1988-E. Sec. Doctrina.

[120] Código Civil de Perú, Art. 350; Código Civil de Argentina, Art. 209.

[121] Ley N° 38 de Nicaragua, Art. 14. Enfoque añadido.

[122] Código Civil de Argentina, Art. 207, según la Ley 23.515, Junio 1987.

[123] Al igual que en la sección referida a regímenes patrimoniales, para efectos de presentar el desarrollo norteamericano seguiremos el esquema propuesto en el libro sobre *Family Law* de la *American Bar Association*, op. cit., pág. 94 y sgts.

[124] Véase en la sección 2.3.2 la parte referida a la valorización de bienes intangibles como los estudios.

[125] *American Bar Association*, op. cit., pág. 94.

[126] Borda, op. cit., pág. 547.

[127] En el desarrollo norteamericano existe un intenso debate sobre la recuperación del principio de falta como una manera de evitar el empobrecimiento de las mujeres en el post-divorcio. En tanto en Latinoamérica este principio aún se encuentra muy arraigado, dicho debate aún no se ha dado. Sin embargo, resulta interesante profundizar en este análisis que tiene sus últimos desarrollos en el área del derecho económico. Ver Swischer, Peter Nash. Reassessing fault factors in no-fault divorce. 31 Fam L.Q. 269 (1997); Estin, Ann Laquer. Economics and the problem of divorce. 2 U. Chi. L. Sch Roundtable 517 (1995); Regan, Milton C. Jr. Spouses and Strangers: Divorce Obligations and Property Rhetoric. 82 Geo. L. J. 2303 (1994); Regan, Milton C. Jr. Divorce Reform and the legacy of Gender. 90 Mich. L. Rev. 1453. (1992); Fineman, Martha Albertson. The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform. Chicago: University Of Chicago Press. 1991, págs. 252; Ellman, Ira. The Theory of alimony, 77 CAL.L.REV.1 (1989); Kay, Herma Hill. Equality and Difference: A perspective on No-Fault Divorce and its aftermaths, 56 U. CIN. L. REV. 1, 80 (1987); Carbone, June R. Economics, Feminism, and the reinvention of alimony: A reply to Ira Ellman. 43 Vand. L. Rev. 1463. (1990); Schneider, Carl. Rethinking alimony: Marital decisions and moral discourse. 1991 B.Y.U.L. Rev. 197 (1991); Carbone, June and Brining, Margret. Rethinking marriage: Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform. 65 Tul. L. Rev. 953. (1991); Singer, Jana B. Alimony and Efficiency: The Gendered costs and benefits of the economic justifications for alimony. 82 Geo. L.J. 2423 (1994) , entre otros.

[128] Ver sección 3.1.5

[129] Ellman, op. cit.

[130] Ver las críticas hechas a esta teoría por Jana Singer, en Singer, op. cit.

[131] Ver en la sección anterior punto referente a trabajo en la familia y trabajo en el mercado. Esta propuesta tiene su base en la consideración de los costos directos (gastos efectivos) e indirectos (marginalización económica del cónyuge que asume la crianza) que implica el asumir el cuidado de los menores. Según ello, sólo si se establece una igualdad en el estandar de vida de los cónyuges en el post-divorcio se podrá enfrentar ambos costos, de lo contrario la persona que asume la crianza sufrirá consecuencias negativas. Para un mayor análisis, ver Singer, op. cit. y Williams, op. cit.

[132] Weitzman, op. cit., pág. 149.

[133] Bienes del matrimonio.

[134] Alimentos entre cónyuges.

[135] Alimentos en favor de hijos o hijas.

[136] Estudio citado por Areen, Judith. Family law: Cases and Materials. 3ª edición. The Foundation Press, Inc. Westbury, New York., 1992, pág. 711.

[137] Idem., Chapter 5: Property, Alimony and Child Support Awards, pág. 711 y siguientes.

[138] Los siguientes párrafos constituyen una traducción libre de los principios desarrollados por Areen en su libro. Me parece importante conservar la presentación original por la sencillez y claridad en que han sido

Comment [513]: <!--[if

Comment [514]: <!--[endif-->

Comment [515]: <!--[if

Comment [516]: <!--[endif-->

Comment [517]: <!--[if

Comment [518]: <!--[endif-->

Comment [519]: <!--[if

Comment [520]: <!--[endif-->

Comment [521]: <!--[if

Comment [522]: <!--[endif-->

Comment [523]: <!--[if

Comment [524]: <!--[endif-->

Comment [525]: <!--[if

Comment [526]: <!--[endif-->

Comment [527]: <!--[if

Comment [528]: <!--[endif-->

Comment [529]: <!--[if

Comment [530]: <!--[endif-->

Comment [531]: <!--[if

Comment [532]: <!--[endif-->

Comment [533]: <!--[if

Comment [534]: <!--[endif-->

Comment [535]: <!--[if

Comment [536]: <!--[endif-->

Comment [537]: <!--[if

Comment [538]: <!--[endif-->

Comment [539]: <!--[if

Comment [540]: <!--[endif-->

Comment [541]: <!--[if

Comment [542]: <!--[endif-->

Comment [543]: <!--[if

Comment [544]: <!--[endif-->

Comment [545]: <!--[if

Comment [546]: <!--[endif-->

Comment [547]: <!--[if

Comment [548]: <!--[endif-->

Comment [549]: <!--[if

Comment [550]: <!--[endif-->

Comment [551]: <!--[if

Comment [552]: <!--[endif-->

Comment [553]: <!--[if

Comment [554]: <!--[endif-->

Comment [555]: <!--[if

Comment [556]: <!--[endif-->

Comment [557]: <!--[if

Comment [558]: <!--[endif-->

Comment [559]: <!--[if

Comment [560]: <!--[endif-->

sistematizados por la autora dichos modelos.
 [139] Hasta aquí el desarrollo de Areen.
 [140] Areen, op. cit., pág. 713.
 [141] A propósito de esto, ver la propuesta contra-androcéntrica para un nuevo derecho de familia que desarrolla Alda Facio en su artículo El sexismo en el Derecho de Familia, en Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones. (Una mirada de género sensitiva del derecho) ILANUD, San José, C.R., 1993, pág. 171-197.
 *La autora agradece los comentarios recibidos de Alda Facio y Joan Williams que espero haber logrado incorporar en beneficio de la versión final de este artículo.
 [142] En el derecho anglosajón no existe la figura jurídica de la "patria potestad". La "custodia" hace referencia tanto a la custodia legal (toma de decisiones acerca de los/as hijos/as) como física (residencia del/la niño/a con uno de los padres). Sin embargo, el derecho de custodia no es exactamente equivalente al concepto de patria potestad de la tradición romana por lo que he preferido mantener este término en el desarrollo del presente artículo, ya que las referencias se harán principalmente a la evolución de este concepto en el marco del derecho internacional.
 [143] Si bien es cierto que el desarrollo de esta jurisprudencia ha sido importante para la elaboración de estos conceptos, resulta curioso que los Estados Unidos sea uno de los dos países, junto con Somalia, que no han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.
 [144] Doctrina de los "tender years" o "maternal preference".
 [145] Doctrina de la "joint custody".
 [146] Doctrina de la "primary caretaker presumption" o "primary caregiver".
 [147] La patria potestad es concebida actualmente como un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres para cuidar la persona y los bienes de sus hijos/as menores. Estos deberes-derechos están referidos principalmente a: guarda o tenencia, educación, asistencia, representación legal, y administración y usufructo de sus bienes. Ver Borda, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Familia, Tomo II. 9na ed. Perrot, Bs. As., 1993.
 [148] La tenencia o guarda es equivalente a la custodia física de los/as hijos/as. Es decir, el derecho de los padres de tener consigo a sus hijos/as, cuidarlos/as y vigilarlos/as. Ver Idem.
 [149] Las Recomendaciones Generales hechas por el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) si bien no son obligatorias formalmente para los Estados, son consideradas como interpretaciones particularmente persuasivas. Ver Byrnes, Andrew. Human Rights Instruments relating specifically to women, with particular emphasis on the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against women, págs. 39-57, en Byrnes, Andrew et al. Advancing The Human Rights of Women: Using International Human Rights Standards in Domestic Legislation. Commonwealth Secretariat, London, 1997.
 [150] Ver Cohen, Cynthia Price. The developing jurisprudence of the rights of the child. St. Thomas Law Review. Volumen 6, Otoño 1993, pág. 19.

- Comment [561]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [562]: <!--[endif]-->
- Comment [563]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [564]: <!--[endif]-->
- Comment [565]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [566]: <!--[endif]-->
- Comment [567]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [568]: <!--[endif]-->
- Comment [569]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [570]: <!--[endif]-->
- Comment [571]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [572]: <!--[endif]-->
- Comment [573]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [574]: <!--[endif]-->
- Comment [575]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [576]: <!--[endif]-->
- Comment [577]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [578]: <!--[endif]-->
- Comment [579]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [580]: <!--[endif]-->
- Comment [581]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [582]: <!--[endif]-->
- Comment [583]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [584]: <!--[endif]-->

