

SEGUNDO CONCURSO
ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA
“LA FAMILIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS”

**LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EN
EL TRÁNSITO DE LA FAMILIA INSTITUCIÓN A LA FAMILIA
COMUNIDAD**

SUMARIO: I.- JUSTIFICACIÓN PRELIMINAR. II.- LA FAMILIA: DEL AUTORITARISMO A LA IGUALDAD. III.- LA SOCIEDAD CONYUGAL: APROXIMACIONES. III.1.- SOCIEDAD CONYUGAL O PERSONA COLECTIVA. III.2.- LA SOCIEDAD CONYUGAL ES UNA COMUNIDAD. III.3.- LA SOCIEDAD CONYUGAL ES UN SUJETO DE DERECHO. IV.- LA FAMILIA Y LA SOCIEDAD CONYUGAL EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. V.- DIVORCIO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA. V.1.- DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANA. V.2.- ESPAÑA Y CHILE: LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. V.3.- COMMON LAW: COMPENSACIONES PATRIMONIALES EN INGLATERRA. VI.- CONCLUSIONES:

RESUMEN:

El presente artículo jurídico analiza el fundamento de la adecuada protección de la sociedad conyugal, como una de las principales instituciones jurídicas del Derecho de Familia, desde la perspectiva de los derechos humanos, permitiéndonos exponer dos tesis: una específica referida a la sociedad conyugal, y otra tesis general aplicable a todas las formas de comunidad familiar. Atendiendo a sus fines valiosos y a los intereses dignos de tutela de sus integrantes, se sostiene la tesis específica de que **la sociedad conyugal es un sujeto de derecho** digno de protección constitucional. La sociedad conyugal con mayor estabilidad jurídica funda una familia, entendida ésta -la familia- ya no como una institución autoritaria sino como **una comunidad de afecto y asistencia, sede de autorrealización y desarrollo integral encaminado a la construcción de un proyecto de vida libremente elegido**. La tesis general no se refiere al concepto sino a la concepción de la familia en los términos antes expuestos, es decir, la comunidad que permite el pleno ejercicio y respeto de los derechos fundamentales de todos sus integrantes, en manifestaciones tales como: a) Igualdad de los padres o responsables, b) Respeto de los derechos de los hijos (niños y adolescentes) o integrantes incorporados con igual estatus, quienes ya no serán considerados como objetos de protección sino como sujetos de derechos, c) Una adecuada protección en caso de rupturas de la unidad familiar (divorcios o separaciones de hecho), a través de la responsabilidad civil o los sistemas compensatorios que garanticen la estabilidad familiar y el nivel de vida adquirido.

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EN EL TRÁNSITO DE LA FAMILIA INSTITUCIÓN A LA FAMILIA COMUNIDAD

I.- JUSTIFICACIÓN PRELIMINAR:

Hemos elegido a la sociedad conyugal porque goza de mayor protección jurídica, pero cuando nos referimos a la adecuada protección de la sociedad conyugal, de ninguna manera significa asumir una posición jurídica antidivorcista; muy por el contrario, nosotros creemos que el derecho a separarse o divorciarse forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad, y mas específicamente del derecho al libre desarrollo y bienestar¹; no obstante, no existen derechos absolutos, y el límite en el ejercicio de los derechos constitucionales lo constituye precisamente el derecho de los demás².

No olvidemos que la indisolubilidad del matrimonio, la desigualdad de los cónyuges y la discriminación de la filiación extramatrimonial, caracterizaron el viejo orden familiar autoritario, considerado “**natural**”, y en donde las relaciones familiares se definían por un estado de sujeción de la esposa y los hijos respecto al jefe de familia, como grafica detalladamente Michele Sesta, destacado profesor de la Universidad de Bolonia³.

¹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ:** Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona: Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y **a su libre desarrollo y bienestar**. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

² **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS:** Artículo 29: (...) 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, **toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley** con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

³ SESTA, Michele; Derecho de Familia Italiano, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Julio 2003, pp. 9-10.

Sólo para efectos del presente artículo jurídico y desde nuestra particular visión, debemos entender al matrimonio (acto jurídico especial) como sinónimo de sociedad conyugal (institución). No pretendemos superar el viejo debate sobre la naturaleza jurídica del matrimonio (acto jurídico o institución), sino que preferimos dejar de lado dicha discusión que resulta irrelevante si vamos a enfocar a la sociedad conyugal, en particular, y a la familia, en general, desde la perspectiva de los derechos humanos, es decir, si atendemos a los fines valiosos que dichas comunidades cumplen en la plena realización de los derechos fundamentales.

En la perspectiva de los fines, el profesor Italiano Luigi Ferrajoli, citando a Salvatore Natoli, quien propuso repensar el derecho sobre la base de sus nexos –en cuanto cura y en cuanto sanción- con el dolor; precisa la distinción entre el **dolor sufrido** y el **dolor inflingido** –uno natural, el otro producto de los hombres- correspondientes a los dos males en cuya eliminación o reducción se reconoce la razón o justificación del derecho⁴.

Anota el renombrado profesor de la Universidad de Roma III que todos los derechos son configurables como derechos a la exclusión o a la reducción del dolor. Creemos, como lo detalla mejor Ferrajoli, que **el derecho encuentra su justificación racional en la minimización del dolor.**

Uno de los integrantes de la sociedad conyugal tiene el derecho de quebrar el vínculo matrimonial, si considera que esta institución ya no le permite desarrollar libremente su personalidad; sin embargo, el límite de su derecho lo constituye el derecho de su consorte y sus hijos, y no nos referimos al derecho a mantener el vínculo sino al derecho a percibir una adecuada reparación y asistencia familiar que

⁴ FERRAJOLI, Luigi; Derecho y Dolor. En ISOMÍA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 28, Octubre 2007, p. 195.

garantice el desarrollo integral de los hijos y la redefinición del proyecto de vida del cónyuge separado, para que el derecho cumpla su función racional de exclusión o minimización del dolor, como precisaba el renombrado jurista italiano Luigi Ferrajoli.

La conceptualización de la sociedad conyugal como sujeto de derecho le va a otorgar un plus de protección a la estabilidad familiar ante eventuales contingencias que pongan en riesgo no sólo el patrimonio social frente a terceros, sino el patrimonio propio de los cónyuges ante una eventual ruptura y el abuso de facultades que pueda ejercer el cónyuge que se encuentre en mejor posición económica.

Por otro lado, y como es sabido, la Patria Potestad, implica el ejercicio de todos los deberes y derechos respecto de los hijos (velar por su desarrollo integral, proveer su sostenimiento y educación, etc.). Sin embargo, estos deberes y derechos no pueden ejercerse en base al autoritarismo de los padres que se funda en la anacrónica concepción de la “dependencia” de los hijos, es decir, de la consideración de la personalidad de niño como inferior, negándole su capacidad natural de discernimiento. El tránsito del autoritarismo a la igualdad de derechos caracterizan a la concepción de la familia comunidad.

La Convención de los Derechos del Niño incorpora un plus de protección a los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, ya reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, recusando y proscribiendo la conceptualización de la niñez como un estatus inferior, y como acto positivo garantiza la aplicación del Principio del Interés Superior del Niño que lo considera –al niño- una persona en una etapa de la vida de igual valor que las personas adultas, y que por tanto, tiene derecho a que se respete su opinión y su particular visión sobre los asuntos que le conciernen.

II.- LA FAMILIA: DEL AUTORITARISMO A LA IGUALDAD:

Respecto al origen de la Familia, resultan importantes las investigaciones clásicas de Engels y Morgan, en las que claramente se puede distinguir las relaciones de dominación (autoritarismo) al interior de las familias primitivas, incluso caracterizadas por la promiscuidad y algunos ritos que podían implicar sacrificios humanos, impensables en nuestra época; por ello, no creemos que deba definirse a la familia como una institución natural, aunque los instrumentos internacionales sobre derechos humanos hayan acogido dicha teoría naturalista.

En la antigua Roma el matrimonio fue monogámico y también fue en principio *cum manum*, en el cual la mujer pasaba en calidad de hija a la familia del marido. Luego, en un avance mínimo, se reguló el matrimonio *sine manu*, donde la mujer quedaba en su familia de origen, pero la *manus* se plasmaba en un poder que da al marido una autoridad sobre la mujer igual a la que tiene el padre sobre los hijos⁵.

La familia romana estaba constituida bajo el tipo patriarcal; **el hijo es extraño a la familia de la madre y la autoridad absoluta pertenece al *pater familias***, el que es un *sui juris*, dueño de su persona física y tiene personalidad jurídica, así como un patrimonio. Al contrario, el *alieni juris* carece de personalidad jurídica, su persona física y su patrimonio depende de otro. Los efectos de matrimonio son los mismos en lo tocante a las relaciones de padre a hijos (relación de dependencia y sujeción a la autoridad del padre).

Es a través de una larga evolución histórica que los hombres se fueron emancipando de los grupos a los que pertenecían; así como la mujer fue adquiriendo mayores derechos hacia la consolidación de la

⁵ HERRERA PAULSEN, Dario; Derecho Romano, Grafica Horizonte, Lima, 2002, p. 47.

igualdad de género⁶. Se trata de un proceso que podríamos llamar de integración social, gracias al cual se dieron concomitantemente dos fenómenos complementarios:

- a) La atribución progresiva *de poderes autónomos e iguales* a los individuos como tales y,
- b) La constitución de una estructura jurídica superior capaz de *garantizar* esta autonomía (familia comunidad).

Sólo cuando se ha alcanzado un cierto grado de evolución es cuando se proclama, como en la Revolución francesa, que todos los hombres nacen libres e iguales, afirmándose, de forma solemne y con proyección universal, lo que ya fuera proclamado con ocasión de la independencia norteamericana en la Declaración de Filadelfia: que **el hombre es sujeto de derechos y de deberes por el simple hecho de ser hombre.**

Debe acotarse que la afirmación de que todos los hombres, sin distinción de nacionalidad, credo, raza, etc. son titulares de derechos y obligaciones en el orden civil ha sido el resultado de un desarrollo histórico social. En ese sentido la Corriente Historicista, a diferencia de iusnaturalismo⁷, considera que los derechos subjetivos son el producto del desarrollo social. Los derechos humanos son derechos históricos: por razones del desarrollo de la sociedad, el hombre se ve revestido de derechos variables sometidos al flujo del devenir y que son el resultado de la sociedad a medida que ésta progresa. Los derechos son derechos variables y relativos a cada contexto histórico.

Todavía subsisten ciertas restricciones no solamente en la esfera de lo civil, sino también en lo que se refiere al Derecho Político y que

⁶ GENERO: Es la identidad generada por el rol sexual de las personas. Los términos género y sexo se utilizan a menudo indistintamente, aunque sexo se refiere de forma específica a las características biológicas y físicas que convierten a una persona en hombre o mujer en el momento de su nacimiento, y género se refiere a las conductas de identificación sexual asociadas a miembros de una sociedad.

⁷ **La Corriente iusnaturalista:** Considera a los derechos humanos como derechos naturales. Son atributos de las personas; facultades inherentes a la esencia del hombre y son anteriores y superiores al Estado, al derecho positivo, por lo que son inalienables. Admiten la distinción entre derecho natural y derecho positivo, con supremacía del primero sobre el segundo.

varían según los países; por ejemplo, temas relativos al derecho de las mujeres en los países de Asia y el Medio Oriente. Los derechos sociales no provienen de una teoría elaborada, previamente a su consagración, en los textos jurídicos constitucionales, por el contrario, han surgido de la necesidad de ratificar jurídicamente lo que antes fueron principios de revoluciones y movilizaciones populares.

III.- LA SOCIEDAD CONYUGAL: APROXIMACIONES.

1.- SOCIEDAD CONYUGAL O PERSONA COLECTIVA:

En palabras del maestro León Barandiaran, el hombre puede ser considerado por el derecho como ser individual o como ser colectivo. En el primer caso se habla de persona natural, en el segundo de persona colectiva⁸. Debemos interpretar el término persona colectiva como una ficción legal genérica, englobante de todos los supuestos en los que una persona forma parte de una entidad distinta, pues el concepto de persona permanecerá inherente al ser humano en todos los supuestos de la persona jurídica o de los patrimonios autónomos.

La sociedad conyugal es una institución que desborda la noción del patrimonio autónomo, por ello, es necesario reflexionar sobre la necesidad de considerarla como una persona colectiva, como primera aproximación.

2.- SOCIEDAD CONYUGAL O COMUNIDAD:

Como sostiene Miguel Reale el Derecho es una ordenación bilateral atributiva de las relaciones sociales que mira a la realización del bien

⁸ LEON BARANDIARAN, José; Tratado de Derecho Civil, Tomo VIII, CD 3, Gaceta Jurídica, software digital, versión 2002.

común. Esto quiere decir que, en toda relación jurídica, **dos o más personas quedan ligadas entre sí por un vínculo que, de una manera proporcional y objetiva**, les atribuye poderes para obrar y deberes que cumplir⁹. Sujeto de derecho es el titular a quien corresponden tales poderes o tales deberes.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, la sociedad conyugal es una comunidad donde sus integrantes se interrelacionan en igualdad de derechos, y como tal es considerada como una **institución fundamental de la sociedad y del Estado, pues siendo una unión de derecho, la esencia del matrimonio radica en constituir una familia**. No es la única forma de constituir una familia, por supuesto, pero, es la que goza de mayor protección jurídica.

Recordemos que la doctrina francesa define al matrimonio, como **una sociedad del hombre y la mujer**, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, **para llevar el peso de la vida y compartir su común destino**¹⁰.

3.- LA SOCIEDAD CONYUGAL ES UN SUJETO DE DERECHO:

Nuestro ordenamiento civil sólo reconoce, en forma expresa, cuatro sujetos de derecho: a) La Persona Natural; b) La Persona Jurídica; c) El Concebido; y d) La Persona Jurídica No Inscrita, conforme a la normativa contenida en los Artículos 1, 76, 124, 127, y 130 del Código Civil.

El jurista nacional Carlos Fernández Sarsate, señala que “Sujeto de Derecho” es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y

⁹ REALE, Miguel; Introducción al Derecho, Ediciones Pirámide S.A., Madrid, sexta edición, 1984, página 184.

¹⁰ **En la exposición de motivos del Código de Napoleón**, Portalis definía al matrimonio como “*société de l’homme et de la femme qui s’unissent pour perpétuer leur espèce, pour s’aider par des secours mutuels, à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée* »

deberes. En la experiencia jurídica –en la dimensión existencial- éste ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas¹¹. En ese sentido, el hombre puede ser considerado por el derecho como ser individual o como ser colectivo, y en uno u otro caso, el concepto de persona permanece inherente al **ser humano**.

El Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil señala que: La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía. En consecuencia, aplicando el argumento *a contrario*, podemos concluir que la ley se puede aplicar por analogía cuando favorece derechos. Con relación a la analogía, en el derecho se han trabajado, cuatro argumentos que ayudan a la interpretación, entre los que puede destacarse el argumento *a pari*, “donde hay la misma razón hay el mismo derecho”, y el argumento *a fortiori* que funciona en base al criterio de “con mayor razón”

El maestro Fernández Sessarego explica magistralmente que la regulación de las personas jurídicas en el Código Civil de 1984 responde a una concepción tridimensional del Derecho. La aplicación de esta peculiar y comprensiva visión del fenómeno jurídico, permite distinguir en la persona jurídica, la presencia necesaria, simultánea y en recíproca exigencia, de tres niveles integrados por el dato formal derivado del aparato normativo, por las conductas humanas intersubjetivas que constituyen la dimensión sociológico-existencial de las personas jurídicas y por los fines valiosos que las caracterizan y le otorgan sentido¹².

Nosotros postulamos que **la sociedad conyugal cumple las tres dimensiones del derecho** (hecho, valor y norma), como fenómeno

¹¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; Derecho de las Personas, Editora Grijley, Lima, octava edición, 2001, p. 36.

¹² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; Op.Cit., p. 181.

jurídico digno de tutela especial, a través de su reconocimiento como sujeto de derecho:

- a) El aspecto normativo: El ordenamiento jurídico le confiere a la sociedad conyugal derechos y deberes, que son distintos al de las personas naturales que la integran.
- b) El aspecto fáctico, que se materializa en las conductas humanas intersubjetivas que constituyen la dimensión sociológico-existencial de la sociedad conyugal, con relaciones individuales internas, y su exteriorización como patrimonio autónomo en sus relaciones externas.
- c) El aspecto axiológico, que se evidencia en los fines valiosos de la sociedad conyugal, en base a su función sistémica, como soporte de la familia, es decir, consolida el desarrollo de la sociedad y preserva el Estado democrático.

Si las razones que expone el profesor Fernández Sessarego justifican la regulación de las personas jurídicas como sujetos de derecho, con mayor razón o cuando menos, por la misma razón, debe considerarse a la sociedad conyugal como sujeto de derecho, aplicando el argumento *a pari*.

Para sustentar nuestra tesis, también podemos recurrir al método sistemático por comparación con otras normas, como procedimiento de interpretación consistente en esclarecer el qué quiere decir la norma, atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella¹³.

El Artículo 65º del Código Procesal Civil, norma adjetiva o formal, al regular la representación procesal del patrimonio autónomo, en apariencia, ha invadido funciones propias de los códigos sustantivos, al definir nuevos derechos que no estaban expresamente reconocidos en el Código Civil y que algunos autores han denominado entes no

¹³ RUBIO CORREA, Marcial; El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho, Fondo Editorial PUCP, Octava Edición, Lima, 1999, página 267.

personificados; así, se ha establecido que: “**Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien**, sin constituir una persona jurídica”

En párrafo seguido se establece que La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes, si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación, en este caso, el Artículo 93 del Código Adjetivo que se refiere al litisconsorcio necesario. **Tal regulación habría conferido a la sociedad conyugal un status de sujeto de derecho**, como ente susceptible de imputación de derechos subjetivos.

IV.- LA FAMILIA Y LA SOCIEDAD CONYUGAL EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS:

El profesor italiano Giancarlo Rolla resalta la influencia de la normativa y la jurisprudencia supranacional sobre los ordenamientos nacionales, **generándose un verdadero bloque de constitucionalidad que permite al derecho nacional especificar e implementar sus principios y establecer propios *standards* de tutela de los derechos de la persona**, independientemente del ordenamiento estatal en particular¹⁴, es decir, el ordenamiento supranacional en materia de derechos humanos puede otorgar un plus de protección, aunque no esté positivizado en el ordenamiento interno.

El Artículo 1 de la Constitución peruana de 1993 establece que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. A su vez la persona humana

¹⁴ ROLLA, Giancarlo; Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Editora Jurídica Grijley, 2008, pp. 170-171.

tiene que propiciar relaciones de coexistencia pacífica y contribuir al fortalecimiento del Estado democrático. Para tales fines, el ordenamiento jurídico crea nuevas figuras o instituciones jurídicas, para garantizar la subsistencia de la familia, la sociedad y el Estado.

Recordemos el Tercer Párrafo del PREÁMBULO de la Constitución de 1979 que a la letra señalaba: **QUE LA FAMILIA ES CÉLULA BÁSICA DE LA SOCIEDAD Y RAÍZ DE SU GRANDEZA, ASÍ COMO ÁMBITO NATURAL DE LA EDUCACIÓN Y LA CULTURA.** En similar sentido el Artículo 4 de la vigente Carta Magna establece la Protección a la familia y la promoción del matrimonio: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como **institutos naturales y fundamentales de la sociedad.** Tales disposiciones constitucionales nos pueden llevar a concluir que la sociedad conyugal es sujeto de derecho digno de tutela.

En consonancia con las normas constitucionales antes referidas, La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que la Familia es el Elemento Natural y Fundamental de la Sociedad. Ya en 1948 (en la Declaración) se estableció que la Familia se constituía en el Momento en que **un Hombre y una Mujer decidieron libremente unirse en Matrimonio** y que se ampliaba con la procreación de los hijos como fruto natural de la unión.

El Artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos define a la familia como el **elemento natural y fundamental de la sociedad** y debe ser protegida. Asimismo, reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a **fundar una familia** si tienen la edad y las condiciones requeridas por las leyes internas, sobre la base de la **plena libertad y consentimiento** de los contrayentes. Los Estados deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos, y **en caso de disolución del**

matrimonio, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

V.- DIVORCIO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA:

Ni siquiera en la doctrina francesa, de hace más de dos décadas, se ha admitido el rígido principio según el cual la separación de hecho no acarrea ninguna consecuencia jurídica, porque se desprenderían soluciones inaceptables para el derecho¹⁵. El derecho no puede ni debe ignorar situaciones de hecho, todo lo contrario, en su función minimizadora del dolor, debe dar soluciones, por ejemplo, a través de: a) La adecuada protección del cónyuge abandonado, y b) La limitación del poder del abandonante para comprometer ante los acreedores, los bienes que sustentan la estabilidad económico familiar.

En efecto, la protección de la estabilidad familiar, en clave de derechos humanos, nos obliga a tomar medidas para asegurar el respecto de los derechos fundamentales, y en caso de separaciones de hecho o disoluciones del vínculo marital, los jueces, ejerciendo su función tuitiva en materia familiar, podrán dictar medidas de reparación y adoptarán las disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, dentro de la concepción de la familia comunidad, desarrollada con mayor claridad en la doctrina y jurisprudencia italiana.

También es importante analizar la pensión compensatoria del sistema español, la compensación económica del sistema chileno, y las compensaciones patrimoniales del *common law*, como herramientas útiles para garantizar la estabilidad familiar.

¹⁵ DELMAS-MARTY, Mireille y LABRUSSE-RIOU, Catherine; Matrimonio y Divorcio, Temis, Bogotá, 1987, pp. 111-113.

1.- DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANA:

En un fenómeno que imprecisamente se ha venido a llamar privatización de las relaciones familiares, Michele Sesta afirma que la actual disciplina del Derecho de Familia es respetuosa de la autonomía de sus miembros, de su mundo de relaciones, afectos y responsabilidades¹⁶. En el contexto de la privatización de las relaciones conyugales se inserta la publicización de la familia por las crecientes regulaciones estatales e internacionales de derechos humanos que otorgan una protección integral a los hijos (niños y adolescentes).

Con la reforma del derecho de familia de 1975 se revaloró la relación conyugal basada en el principio de igualdad entre los cónyuges. Este principio encuentra su expresión en los Artículos 143 y 144 del Códice¹⁷; así como en el Artículo 3 de la Constitución Italiana que garantiza que **todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley**, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

Luego de varias jurisprudencias contradictorias, recién a fines de la década de los noventa del siglo pasado la **Corte di cassazione** italiana extendió con mayor coherencia jurídica la responsabilidad civil

¹⁶ SESTA, Michele; Op.Cit, p. 11.

¹⁷ CODICE:

Art. 143 Diritti e doveri reciproci dei coniugi

Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri.

Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione (Cod. Pen. 570).

Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.

Art. 143 bis Cognome della moglie

La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze.

Art. 143 ter (abrogato)

Art. 144 Indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia

I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa.

A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato.

al incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio, posibilitando la aplicación del artículo 2043 del Código¹⁸, que tradicionalmente sólo tutelaba a las víctimas de delitos. En el sistema italiano la Ley N° 898 de 1 de diciembre de 1970, modificada por las Leyes 436 del 1 de agosto de 1978 y 74 del 6 de marzo de 1987, regula la disolución del matrimonio civil y del matrimonio religioso acatólico¹⁹.

Se regulaban causales como la separación de hecho por tres años, la anulación, un nuevo matrimonio del cónyuge en el extranjero, la no consumación del matrimonio o el cambio de sexo de alguno de los cónyuges, entre otras; sin embargo la invocación de dichas causales no son suficientes, **si es que no se comprueba el efectivo fracaso de la convivencia conyugal.**

Un caso emblemático lo constituye la Sentencia de la Corte de Casación Italiana del 10 de mayo de 2005 (**Resolución 9801/05 del 10/05/2005**), donde el supremo tribunal italiano fundamenta **el tránsito de la familia institución a la familia comunidad**, configurada, no ya como un lugar de compresión y mortificación de derechos irrenunciables, sino como **sede de autorrealización y desarrollo personal**, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y **reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas...** Por tanto, **el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de un derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil**, no pudiendo concebirse que los derechos

¹⁸ **Art. 2043 Risarcimento per fatto illecito**

Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185).

¹⁹ ZANNONI A., Eduardo; Derecho de Familia, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 45.

definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar²⁰.

En la casación bajo comentario, el Tribunal de Palermo, había desestimado una demanda de indemnización de la ex cónyuge, luego de obtener el divorcio por la causal de no consumación, pero el fundamento de la pretensión indemnizatoria no fue la causal sino la conducta contraria a los cánones de lealtad, corrección y buena fe, porque el demandado no le informó a la demandante, antes de la boda, de su incapacidad conyugal, defraudando sus legítimas expectativas de constituir una familia, dentro de su proyecto de vida libremente elegido.

También resulta importante analizar algunas sentencias de la Corte de Casación que se pronuncian sobre la asignación pecuniaria a la ex cónyuge **que le garantiza un nivel de vida similar al que tenía cuando se encontraba casada** (*il medesimo tenore di vita*). Si bien la Sentencia 30 de marzo de 2009 N° 7614 desestima la casación, considera justo el monto de 1,100.00 euros mensuales fijado por el Tribunal de Apelación²¹.

Si el objetivo de la asignación pecuniaria es mantener un nivel de vida, no es propiamente una pensión de alimentos, sino una compensación por desequilibrio económico, si es que el objetivo es mantener el mismo nivel de vida, garantizando el derecho fundamental a los

²⁰ **Suprema Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, sentenza n.9801/2005:**

La famiglia si configura quindi non già' come un luogo di compressione e di mortificazione di diritti irrinunciabili, ma come sede di autorealizzazione e di crescita, segnata dal reciproco rispetto ed immune da ogni distinzione di ruoli, nell'ambito della quali i singoli componenti conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi, come persone, in adesione al disposto dell'articolo 2 Costituzione, che nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità' delinea un sistema pluralistico ispirato al rispetto di tutte le aggregazioni sociali nelle quali la personalità' di ogni individuo si esprime e si sviluppa.

E pertanto il rispetto della dignità' e della personalità', nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume i connotati di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia, così come da parte del terzo, costituisce il presupposto logico della responsabilità' civile, non potendo chiaramente ritenersi che diritti definiti come inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare.

²¹ **SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE. SEZIONE I CIVILE. Sentenza 30 marzo 2009, n. 7614:** Nel vigente ordinamento è regola generale che l'onere della prova grava su chi allega o debba allegare una determinata circostanza; la motivazione della Corte d'appello sovverte tale regola e si pone quindi in contrasto con il dato normativo che subordina l'obbligo di pagamento dell'assegno divorzile, in favore del coniuge più debole, alla carenza in capo allo stesso di mezzi sufficienti a garantirgli il medesimo tenore di vita, goduto in pendenza di matrimonio, e comunque all'impossibilità del coniuge richiedente di procurarsi tali mezzi (...). La Corte d'appello ha liquidato in favore della **** un assegno divorzile di euro 1.100 vale a dire per un ammontare pari allo stipendio che percepiva durante il pregresso rapporto di lavoro...

alimentos del ex cónyuge mas vulnerable.

2.- ESPAÑA Y CHILE: LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.

En España la Ley 15/2005 ha suprimido las causas de separación o divorcio, posibilitando que se alegue como única causa de separación o divorcio **la voluntad de ambos cónyuges o de uno sólo** de ellos, **luego de transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio**, pero si hay algún riesgo grave puede ser inmediatamente. En la exposición de motivos de la indicada ley, creemos que con criterio acertado, se justifica la nueva regulación del divorcio en el **derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad**; es así que, si una persona ha llegado a la convicción de que su matrimonio ya no forma parte del desarrollo de su personalidad, se le debe permitir acudir al divorcio de manera inmediata, pues el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de alguna causa.

Si bien coincidimos plenamente en que debe prevalecer el derecho de libertad para divorciarse sin condicionamiento a alguna causal; también tiene que estar implícito el deber de asumir las consecuencias por parte de quien ejerza dicho derecho, pues si estamos viviendo el tránsito de la familia institución (autónomo y autoritario) a la familia comunidad (Igualdad de derechos y libre desarrollo), desde la perspectiva de los derechos humanos, necesariamente tenemos que garantizar el respeto de los derechos fundamentales del otro cónyuges, a través de una adecuada reparación o compensación que garantice la estabilidad familiar (cuando haya prole) y la redefinición del proyecto de vida.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español siempre ha sido contraria a conceder una indemnización derivado del divorcio, basado

principalmente en la existencia de la **prestación compensatoria** por divorcio que tiene como base el desequilibrio económico²². No obstante lo expuesto, cierto sector de la doctrina española rechaza el argumento de la **pensión compensatoria**, porque niega la posibilidad de que prosperen demandas de responsabilidad civil por incumplimiento de deberes conyugales (deberes jurídicos previstos en la norma), cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad civil en base al Artículo 1902 del Código Civil.

En Chile la Ley N° 19947 del 7 de mayo de 2004 (Ley de Matrimonio Civil), en su Artículo 61 establece la **compensación por menoscabo económico**, sin que sea determinante si el divorcio se declaró por causal objetiva o subjetiva, pues la compensación **se basa en el desequilibrio o disparidad que impide que uno de los cónyuges rehaga su vida luego de la separación**²³. Por ello, también creemos que esta llamada “compensación económica”, al igual que la pensión compensatoria del sistema español, tiene naturaleza indemnizatoria, máxime si para fijar el quantum tiene que valorarse criterios subjetivos como la buena o mala fe de ambos cónyuges.

3.- COMMON LAW: COMPENSACIONES PATRIMONIALES EN

²² **CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA:**

Artículo 97.- El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta entre otras, las siguientes circunstancias:

1 Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.

2 La edad y estado de salud.

3 La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4 La dedicación pasada y futura a la familia.

5 La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6 La duración del matrimonio y la convivencia conyugal.

7 La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8 El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

²³ **Ley de Matrimonio Civil (Chile):**

Artículo 61.- Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, **se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.**

Artículo 62.- Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge. Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto.

INGLATERRA.

En Inglaterra no existen regímenes económicos dentro del matrimonio, y por ello el juez, ejerciendo potestades discrecionales, puede liquidar el patrimonio, no sólo teniendo en cuenta las necesidades alimenticias de los cónyuges y sus hijos, sino **preservando el mismo nivel de vida de los ex consortes**, fijando un sistema de **compensaciones patrimoniales**, cuya naturaleza podríamos entenderla como reparatoria. Para el Juez Inglés, al fijar compensaciones, es irrelevante si las causales del divorcio fueron objetivas o subjetivas, salvo para graduar el quantum.

En virtud a la *Divorce Reform Act* de 1969, es invocable como causal de divorcio la *irretrievable breakdown of marriage* (irreparable destrucción del matrimonio) sin han transcurrido cinco años de separación anteriores a la demanda. Los efectos del divorcio están regulados en la *Matrimonial Causes Act* de 1973; y aunque existen causales objetivas y subjetivas, todas éstas tienen que ser reconducidas a una única causa objetiva conglobante, esto es, la ruptura irremediable del matrimonio.

En el artículo 25 de la *Matrimonial Causes Act* de 1973 se mencionan los hechos a considerar por el Juez para ejercer su discreción al resolver los asuntos económicos derivados del divorcio²⁴, estos son:

a) Los ingresos, la capacidad de ingresos, las propiedades y otros recursos económicos que posea o fuera a poseer en un futuro cercano cada una de las partes del matrimonio, incluyendo la ampliación de la

²⁴ **Matrimonial Causes Act 1973** www.opsi.gov.uk

25.—(1) It shall be the duty of the court in deciding whether to exercise its powers under section 23(1)(a), (b) or (c) or 24 above in relation to a party to the marriage and, if so, in what manner, to have regard to all the circumstances of the case its including the following matters, that is to say—

(a) the income, earning capacity, property and other financial resources which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future; (b) the financial needs, obligations and responsibilities which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future;

(c) the standard of living enjoyed by the family before the breakdown of the marriage;

(d) the age of each party to the marriage and the duration of the marriage;

(e) any physical or mental disability of either of the parties to the marriage;

(f) the contributions made by each of the parties to the welfare of the family, including any contribution made by looking after the home or caring for the family;

(g) in the case of proceedings for divorce or nullity of marriage, the value to either of the parties to the marriage of any benefit (for example, a pension) which, by reason of the dissolution or annulment of the marriage, that party will lose the chance of acquiring.

capacidad de ingresos que el tribunal considere que una parte del matrimonio vaya a obtener;

b) Las necesidades, obligaciones y responsabilidades económicas que cada una de las partes del matrimonio tiene o vaya a tener en un futuro cercano;

c) **El nivel de vida disfrutado por la familia previo a la ruptura del matrimonio;**

d) **La edad de cada una de las partes del matrimonio** y la duración del mismo;

e) Cualquier discapacidad física o mental de cualquiera de las partes del matrimonio;

f) Las contribuciones de cara al bienestar de la familia que cada una de las partes ha realizado o vaya a realizar en un futuro cercano, incluyendo cualquier aportación relacionada con el mantenimiento del hogar o de la familia;

g) **La conducta de cada una de las partes, la cual juzgará el juez como adecuada o inadecuada;**

h) en el caso de procedimientos de divorcio, el valor de cualquier beneficio (tal como una pensión) para cada una de las partes del matrimonio, el cual perderá como consecuencia de la disolución del matrimonio.

En el caso ***Miller vs. Miller***, la Cámara de los Lores ha establecido criterios para compensar a una de las partes en desventaja: a) La compensación a través de una división adecuada de los bienes de capital, y b) La compensación a través de pagos periódicos, aunque éstos últimos los considera inconvenientes por el vínculo que se genera.

Cualquiera de los consortes puede proveer a su propio sostenimiento, pero también puede tener derecho a una compensación cuando el otro consorte ha mejorado su capacidad de obtener ingresos a sus expensas; en este caso, la compensación puede subsumirse en el **reparto equitativo de todos los bienes obtenidos**; sería injusto si

dichos bienes no se distribuyen equitativamente²⁵.

VI.- CONCLUSIONES:

1.- En clave de derechos humanos, en consonancia con las normas constitucionales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y Convención Americana de Derechos Humanos, **la familia es considerada como el elemento natural y fundamental de la sociedad** y por consiguiente merece la más alta protección que debe ser extendida al matrimonio o sociedad conyugal, como institución digna de tutela, siempre que cumpla sus fines, esto es, siempre que **funde una familia**. La protección no implica preservar la vigencia de uniones formales que no cumplen sus fines, de lo contrario también se vulneraría derechos fundamentales si el ordenamiento jurídico mantiene un vínculo fracturado e irrecuperable.

2.- Conforme al Artículo 1 de la Convención de Derechos Humanos, es obligación de los Estados garantizar el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos. La obligación la ejerce el Estado a través de los órganos jurisdiccionales que administran justicia. Los Jueces de Familia deben asumir la concepción de la **familia comunidad como sede de autorrealización y desarrollo personal**, garantizando que todos sus integrantes (cónyuges e hijos) **reciban tutela como personas**, preservando sus derechos fundamentales como inviolables, en base al principio de igualdad de derechos y el plus de protección en el caso de los hijos que aún no han cumplido la mayoría de edad.

²⁵ HOUSE OF LORDS: Miller (Appellant) v. Miller (Respondent) ON WEDNESDAY 24 MAY 2006:

15. Compensation and financial needs often overlap in practice, so double-counting has to be avoided. But they are distinct concepts, and they are far from co-terminous. A claimant wife may be able to earn her own living but she may still be entitled to a measure of compensation.
28. I must mention a further matter where flexibility is important. In big money cases, the capital assets are more than sufficient to meet the parties' financial needs and the need for either party to be compensated when one party's earning capacity has been advantaged at the expense of the other party. In these cases, should the parties' financial needs and the requirements of compensation be met first, and the residue of the assets shared? Or should financial needs and compensation simply be subsumed into the equal division of all the assets?

3.- Al resolver los procesos en los que se ponga en riesgo la estabilidad familiar, los jueces válidamente pueden considerar a **la sociedad conyugal como sujeto de derecho**, pues a parte del reconocimiento como patrimonio autónomo que le confiere el Código Procesal Civil, cumple las tres dimensiones del derecho, como institución digna de tutela especial: a) El aspecto normativo: La sociedad conyugal tiene derechos y deberes distintos al de las personas naturales que la integran; b) El aspecto fáctico, que se materializa en las conductas humanas intersubjetivas o vida de relación; y c) El aspecto axiológico, que se evidencia en los fines valiosos de la sociedad conyugal, como lo es fundar una familia que será la base de la sociedad y el Estado.

4.- Para garantizar una adecuada protección de la estabilidad familiar y los derechos humanos de los cónyuges, es necesario que legislativamente se incorpore instituciones jurídicas como la pensión compensatoria del sistema español, la compensación económica del sistema chileno o la compensación patrimonial del *common law* para mitigar los posibles graves desequilibrios que puedan producirse por las consecuencias jurídicas de la separación de hecho o el divorcio, es decir, no se debe evitar el divorcio, sino evitar una situación que implique un empeoramiento de uno de los cónyuges respecto a su situación anterior al matrimonio.

5.- La concepción de la familia como una comunidad no solo garantiza el pleno ejercicio y respeto de los derechos fundamentales de los cónyuges sino también de los hijos (niños y adolescentes) y de los integrantes incorporados (*step child*) con igual estatus (familia reconstituida), quienes ya no serán considerados como objetos de protección sino como sujetos de derechos, en base a la publicización de las relaciones entre padres e hijos, en aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en especial la Convención de los Derechos del Niño.

BIBLIOGRAFÍA

DELMAS-MARTY, Mireille y LABRUSSE-RIOU, Catherine; Matrimonio y Divorcio, Temis, Bogotá, 1987.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; Derecho de las Personas, Editora Grijley, Lima, octava edición, 2001.

FERRAJOLI, Luigi; Derecho y Dolor. En ISOMÍA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Nº 28, Octubre 2007.

HERRERA PAULSEN, Dario; Derecho Romano, Grafica Horizonte, Lima, 2002.

LEON BARANDIARAN, José; Tratado de Derecho Civil, Tomo VIII, CD 3, Gaceta Jurídica, software digital, versión 2002.

REALE, Miguel; Introducción al Derecho, Ediciones Pirámide S.A., Madrid, sexta edición, 1984.

ROLLA, Giancarlo; Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Editora Jurídica Grijley, 2008, pp. 170-171.

RUBIO CORREA, Marcial; El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho, Fondo Editorial PUCP, Octava Edición, Lima, 1999.

SESTA, Michele; Derecho de Familia Italiano, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Julio 2003.

ZANNONI A., Eduardo; Derecho de Familia, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.

NORMAS INTERNACIONALES Y CÓDIGOS CONSULTADOS:

- CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.
- CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.
- CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA.
- CÓDIGO CIVIL ITALIANO (CODICE).
- Ley de Matrimonio Civil (Chile):
- Matrimonial Causes Act 1973 (Inglaterra) www.opsi.gov.uk

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL:

- SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE, Sezione Prima Civile, sentenza n.9801/2005:
- SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE. SEZIONE I CIVILE. Sentenza 30 marzo 2009, n. 7614:
- HOUSE OF LORDS: Miller (Appellant) v. Miller (Respondent) ON WEDNESDAY 24 MAY 2006: