

## LA REFORMA DEL DERECHO DE FAMILIA EN ITALIA \*

Las presentes líneas tienen como única finalidad llamar la atención sobre la importantísima reforma del derecho de familia que acaba de realizarse en Italia con la expedición de la Ley número 151, de 19 de mayo de 1975, que entró en vigor el 20 de septiembre del mismo año. Esta ley consta de 240 artículos que introducen profundas modificaciones a los Libros I y II del actual Código Civil italiano (1942), así como a diversos artículos del Decreto número 318, de 3 de marzo del propio año, que contiene disposiciones sobre la aplicación del mencionado código (artículos 211 a 240 de la nueva ley).

No obstante su amplitud, dicha ley no abarca todo el nuevo derecho de familia en Italia. Para tener un panorama completo de éste, es necesario tomar en cuenta también la Ley de 5 de enero de 1967, que reformó la materia de la adopción; la Ley de 1º de diciembre de 1970, no incluida dentro del código, que ha introducido el divorcio en Italia; la diversa Ley de 8 de marzo de 1975, que ha reducido a 18 años la mayoría de edad, y la Ley de 25 de julio del mismo año, que acaba de crear un Consejo familiar.

Para comprender bien el espíritu de estas reformas y las circunstancias que las han determinado, habría que recordar las circunstancias en que fue votada la Constitución republicana de Italia (1947),<sup>1</sup> las disposiciones relativas al derecho de familia y las intervenciones de la Corte Constitucional resolviendo que ciertas disposiciones del Código Civil no estaban de acuerdo con la Constitución.<sup>2</sup> Nos conformaremos aquí con hacer

\* El presente estudio legislativo constituye la traducción al español de un trabajo del profesor G. Brulliard, publicado originalmente en francés con el título: *La réforme du droit de la famille en Italie* en la "Revue internationale de Droit comparé", año 27º, núm. 3, julio-septiembre, 1975, París, Francia, pp. 645-660.

<sup>1</sup> Ver sobre estas cuestiones el excelente estudio de Geneviève Bibes, *Le système politique italien*, Paris, Presses Universitaires de France, 1974.

<sup>2</sup> La Corte Constitucional italiana tiene como función verificar si las leyes ordinarias o los decretos con fuerza de ley, tanto nacionales como locales, son compatibles con los principios consagrados en la Constitución (artículo 134 constitucional). Para su actuación, es necesario que se promueva ante un tribunal una excepción de inconstitucionalidad que no sea "manifiestamente improcedente", y que, en caso de ser recurrida la decisión del tribunal, se dicte una resolución que alcance la fuerza de cosa juzgada. El tribunal que la pronuncie turna el caso a la Corte Constitucional, la cual lo revisa como cuestión prejudicial.

Es generalmente admitido en Italia que, más que los estudios, las encuestas de

notar que es la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que ha originado el movimiento de reforma, el cual ha sido secundado por el legislador. Entre las leyes que hemos citado, la de 1º de diciembre de 1970 ocupa un sitio especial.<sup>3</sup> En tanto que las otras leyes han sido estudiadas y votadas en debates parlamentarios despolitizados, y han sido incorporadas al Código Civil, la ley en cuestión ha quedado fuera de dicho código y ha sido objeto de una intensa discusión política en la que ha participado no sólo el Parlamento, sino, a través del referéndum, la nación entera, si bien tras de dicha polémica puede afirmarse que, hoy en día, Italia no tiene la misma fisonomía que antes. En virtud de que la ley de referencia permite comprender el proceso de secularización en que parece haber entrado Italia y de que la misma aclara también todo el conjunto de la reforma del derecho de familia, le dedicaremos primero algunas explicaciones, para en seguida señalar las principales modificaciones introducidas por la Ley de 19 de mayo de 1975.

1. *Ley de 1º de diciembre de 1970.* Resumamos en pocas palabras las condiciones difíciles que han determinado su expedición: A raíz del Concordato de 11 de febrero de 1929, surgieron dos tipos de matrimonio en Italia: 1º, el matrimonio católico concordatario, sometido en cuanto a su validez al derecho canónico, el que, a través de ciertas formalidades (doble publicidad, en la Iglesia y en la Alcaldía, lectura de ciertos artículos del Código Civil por el sacerdote),<sup>4</sup> puede adquirir los efectos civiles mediante su inscripción en el Registro Civil; y 2º, el matrimonio civil, sujeto a las normas del derecho civil italiano. Sin embargo, este último admite una variante: puede ser celebrado religiosamente por ministros de cultos no católicos (Ley núm. 1159, de 24 de junio de 1929)

opinión pública y los trabajos de los congresos, es la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que ha obligado al Parlamento a encarar sus responsabilidades en los dominios del derecho administrativo, del derecho penal, del procedimiento penal y del derecho del trabajo, así como del derecho civil. Citemos, en materia civil, los siguientes ejemplos: las resoluciones núm. 126 (1968) y núm. 147 (1969), han declarado la inconstitucionalidad de las disposiciones del Código Civil relativas al concubinato o al adulterio, en virtud de violar el principio de la igualdad del hombre y la mujer (artículo 29 constitucional). La resolución núm. 205 (1970) resolvió que el artículo del mismo código que limitaba entonces los derechos sucesorios de los hijos naturales, era contrario a la Constitución (artículo 30). Como se ve, la Corte obligó al legislador a colmar las lagunas así creadas, además de que le dio las instrucciones a seguir para tal efecto.

<sup>3</sup> En 1971, el "Centro Francés de Derecho Comparado" publicó la traducción comentada de esta ley.

<sup>4</sup> Los requisitos de aplicación del artículo 34 del Concordato han sido establecidos por el Estado italiano, a través de la Ley núm. 847 de 27 de mayo de 1929. El artículo 8º de esta ley establece que el sacerdote que celebre el matrimonio debe dar lectura a los futuros esposos de los artículos 143, 144 y 145 del Código Civil italiano, lo cual plantea una cuestión que trataremos más adelante, habiendo sido sustituido el último artículo citado por el nuevo artículo 147.

y no solamente por el Oficial del Registro Civil. Sí, pues, el matrimonio religioso de los no católicos se asemeja al matrimonio concordatario en cuanto a sus requisitos de celebración, hay entre los dos una diferencia fundamental, puesto que uno depende del derecho canónico y está sometido en cuanto a los problemas de validez a los tribunales eclesiásticos (artículo 34 del Concordato), en tanto que el otro está sujeto a las disposiciones del Código Civil y a la jurisdicción de los tribunales civiles italianos.

Se comprende, pues, la dificultad confrontada por el legislador italiano cuando ha visto la necesidad de introducir el divorcio en Italia. En realidad, al rehusarse la Asamblea Constituyente a incorporar el principio de la indisolubilidad del matrimonio en la Constitución, el legislador quedó evidentemente en libertad para modificar el artículo 149 del Código Civil italiano y para prescribir que, en lo sucesivo, los matrimonios civiles quedarían disueltos no solamente por la muerte de uno de los cónyuges: pero la medida, así limitada, no habría de tener el alcance suficiente para remediar la grave situación social originada por la existencia de numerosas concubinas e hijos adulterinos. Es necesario citar aquí unas cifras: en 1970, en Italia solamente se celebraron 500 matrimonios civiles, habiéndose realizado del 98 al 99% del total bajo la forma concordataria.<sup>5</sup>

Pero, para hacer extensivo el divorcio a esta última categoría de matrimonios, como parecía indispensable hacerlo, el legislador italiano entró en contradicción con el Concordato (artículo 34) y con el artículo 7º de la Constitución, que lo ha mantenido en vigor. El Parlamento italiano ha pasado por encima de él utilizando lo que pudiéramos llamar el subterfugio siguiente: en el artículo primero de la Ley de 1º de diciembre de 1970, ha establecido que el matrimonio civil —debe entenderse aquí, el matrimonio laico— puede ser disuelto en los casos previstos por el artículo 3º; después, en el artículo 2º, asimilando dos instituciones fundamentalmente diferentes, puesto que una está sujeta al derecho canónico y la otra al derecho civil, ha establecido que puede darse fin a los efectos civiles adquiridos por los matrimonios religiosos, concordatarios o de los no-católicos, una vez que se hayan inscrito en el Registro Civil. Hemos de subrayar que el resultado práctico a que conducen los artículos 1º y 2º es exactamente el mismo: libres desde el punto de vista civil, los esposos pueden volver a contraer matrimonio civilmente; tanto en un caso como en otro se trata del divorcio.<sup>6</sup>

El jurista francés Padirac, en un excelente estudio sobre la constitu-

<sup>5</sup> Ver Mario Luzzati, *Il matrimonio in Italia*, Milán, Pirola, 1967, p. 11.

<sup>6</sup> El término "divorcio", que no figura en la Ley de 1º de diciembre de 1970, ha sido empleado por la Corte de Casación, consagrando así la terminología corriente en su resolución núm. 263 de 1º de febrero de 1974.

cionalidad de esta ley, la ha considerado contraria al Concordato y a la Constitución. Si en efecto es discutible la forma en que el divorcio ha sido introducido en Italia, el problema ha quedado resuelto hoy en día, no solamente en virtud de que la Corte Constitucional ha rechazado en dos ocasiones la excepción de inconstitucionalidad dirigida contra la ley, sino, sobre todo, porque en ocasión del referéndum celebrado los días 12 y 13 de mayo de 1974, a solicitud de ciertos grupos católicos, el electorado italiano se ha pronunciado, por una fuerte mayoría de 60% en favor del divorcio.<sup>7</sup>

No insistamos más sobre los aspectos generales de la ley así aprobada y veamos las dificultades que han derivado de ella, no sólo para los italianos, sino también para los juristas franceses que han sido llamados como consejeros o para emitir un dictamen.

La introducción del divorcio no ha abolido el artículo 34 del Concordato, ni la Ley número 847, de 27 de mayo de 1929, que reglamenta su aplicación. El sistema concordatario continúa operando. Es verdad que la proporción de matrimonios concordatarios ha disminuido, en razón de los matrimonios civiles efectuados después del divorcio, pero dicha proporción es aún muy elevada, de un 80 a 90%.<sup>8</sup>

Una primera observación se desprende de este dato: la reglamentación minuciosa del matrimonio civil que se encuentra en el Código Civil italiano y que acaba de ser considerablemente modificada por la Ley de 19 de mayo de 1975, no se aplica, en materia de requisitos de validez, más que a una débil minoría de matrimonios celebrados en Italia, quedando sujetos los demás al derecho canónico y a los tribunales eclesiásticos.

Una segunda observación: la Ley de 1º de diciembre de 1970 prevé, en su artículo 3º, cuatro casos de divorcio, que son en síntesis: la existen-

<sup>7</sup> R. Padirac, *Aspects constitutionnels du problème de l'introduction du divorce en Italie*, "Revue de droit public", 1971, p. 387 y s. A las críticas, muy pertinentes, que este autor dirige a la Ley de 1º de diciembre de 1970, se podría oponer, en cierta medida, el análisis minucioso y autorizado realizado por G. Pugliese, profesor de la Universidad de Roma, sobre los aspectos constitucionales del problema de la introducción del divorcio en Italia (*Il divorzio in Italia*, Florencia, "La nuova Italia", 1969). Apuntemos, principalmente, una observación suya de carácter general (p. 128): la interpretación de una norma varía de acuerdo con el contexto en el que se encuentra incluida... y está orientada por las ideas, fuerzas y presiones que se hacen sentir en la sociedad en el momento de la interpretación.

Para la historia -incluyendo la pequeña historia- del rechazo o desechamiento de las excepciones de inconstitucionalidad planeadas contra la Ley de 1º de diciembre de 1970, ver el artículo de Fabio Ziccardi, *L'expérience italienne en matière de divorce*, publicada en la "Revue internationale de Droit comparé", 1975, pp. 403-407.

<sup>8</sup> Estos porcentajes aparecen citados en el artículo de F. Ziccardi que acabamos de citar, el cual ha tenido, entre otros méritos, el de hacer ver la situación real de Italia en materia de matrimonio y su crisis.

cia de una condena penal, la separación de los esposos durante un plazo de cinco años por lo menos, la anulación o el divorcio obtenido por un cónyuge extranjero fuera del país, y, finalmente, la no consumación del matrimonio. Es claro que el caso más invocado es el segundo; ahora bien, su aplicación no es tan simple. Para poner remedio a la situación social que hemos referido, la ley ha tomado en cuenta las separaciones de hechos, pero a título provisional. Después del último año,<sup>9</sup> la misma exige una separación de cuerpos decretada u homologada por el tribunal, siendo por otra parte computable el plazo de cinco años, —ampliado a seis años en caso de separación consensual y a siete años en caso de separación judicial, si el divorcio es demandado por el esposo responsable del fracaso matrimonial—, a partir de la audiencia de conciliación y de la autorización dada a los esposos para tener un domicilio separado. Ahora bien, para quien quiera rehacer su vida, estos plazos pueden parecer demasiado largos y, puesto que se trata en la mayoría de los casos de matrimonios concordatarios, es muy frecuente que uno de los esposos prefiera demandar la nulidad del matrimonio ante los tribunales eclesiásticos en vez de seguir la vía civil del divorcio. En efecto, tras el *motu proprio* de 28 de marzo de 1971, el procedimiento canónico ha sido invocado más a menudo y la justicia eclesiástica tendrá que volverse más flexible.<sup>10</sup> No es

<sup>9</sup> Se desprende del artículo 3º, 2), b), de la Ley de 1º de diciembre de 1970, que el divorcio puede ser declarado después de una separación de cuerpos judicial o consensual, o bien tras de una separación de hecho, pero siempre que ésta haya comenzado cuando menos dos años antes de la entrada en vigor de la ley. En virtud de que el plazo de la separación exigido para que el divorcio sea posible es de cinco años, las separaciones de hecho dejaron de ser tomadas en cuenta a fines del año de 1973.

Resulta interesante para los juristas franceses subrayar que el legislador italiano no ha utilizado la separación de hecho más que en forma provisional, ya que ésta no puede servir de base definitiva por la facilidad de los fraudes. El legislador francés ha sido más confiado al respecto (artículo 237, Ley de 11 de julio de 1975)

A propósito de la separación y del divorcio, aunque esta palabra haya sido pocas veces utilizada (v. informe a la Cámara de Diputados de María Eletta Martini, en *Riforma del diritto di famiglia*, Turín, Giappichelli, 1975, p. 13), la primera institución no es la “antesala” del divorcio, en el sentido francés de la expresión. En efecto, en Francia las dos instituciones son tan cercanas que entre ellas existe más bien una diferencia de grado que de esencia: la separación afloja los lazos del matrimonio, el divorcio los rompe (v. artículo 299 y artículo 260, de la Ley de 11 de julio de 1975); la conversión de la separación de cuerpos en divorcio se comprende bien, por tanto. En Italia, por el contrario, se trata de dos instituciones diferentes, cada una de las cuales tiene su función específica. (Ver en este sentido, A. y M. Finochiaro, *Riforma del diritto di famiglia*, vol. I, Milán, Gouffrè, 1975, p. 417). Sin embargo, tal vez pudiera sostenerse actualmente que la Ley de 19 de mayo de 1975, al tratar de suprimir la separación judicial *pour faute*, por culpa, las ha aproximado más de lo que antes estaban.

<sup>10</sup> Ver, en la revista “Année canonique”, t. XVIII, 1974, p. 143 y s., el artículo sobre el *Motu proprio* “Causas matrimoniales”, de Ch. Lefebvre. Principalmente,

raro ver que las instancias en un procedimiento civil de divorcio queden sin materia en virtud de haberse obtenido, en el intervalo, una anulación religiosa.<sup>11</sup>

Una tercera observación es igualmente importante: jamás han sido introducidas en el derecho italiano sanciones equivalentes a las establecidas por los artículos 199 y 200 del Código Penal francés, contra los ministros del culto culpables de haber celebrado un matrimonio religioso antes del matrimonio civil.<sup>12</sup> Resultado de ello es que, hoy en día, se celebren numerosos matrimonios únicamente religiosos (no concordatarios y no inscritos en el Registro Civil) bajo el nombre de matrimonios de conciencia. La opinión pública en Italia es tal, que los esposos así unidos no son considerados como verdaderos concubinos, habiendo dado la jurisprudencia múltiples muestras de exceso de tolerancia hacia ellos.<sup>13</sup> Podemos preguntarnos si las múltiples formalidades previstas en la nueva Ley de 19

sin descartar completamente el principio de la "doble sentencia conforme", la segunda instancia se reduce a menudo hoy en día a una simple revisión, lo cual acelera el procedimiento.

<sup>11</sup> Entre otros muchos, el caso Buitoni acaba de costear los gastos de la crónica judicial en Italia. Éste muestra las dificultades que derivan de la existencia de una doble jurisdicción, eclesiástica y civil, en materia de matrimonio. En este caso el divorcio de los esposos Buitoni había sido decretado y la ex-señora Buitoni demandó un aumento de la pensión alimenticia que le había sido otorgada. En el curso del procedimiento, los defensores del señor Buitoni presentaron un certificado expedido por la Oficina del Registro Civil de Roma, para acreditar que se había obtenido una declaración de anulación canónica del matrimonio, la cual, conforme al procedimiento establecido por el artículo 34 del Concordato y el artículo 17 de la Ley de 27 de mayo de 1929, fue transcripta sobre las inscripciones del Registro Civil y anotada al margen del acta de matrimonio, después de haber sido compulsada por el Tribunal de la Signatura Apostólica, y luego provista del exequátur por una resolución de la Corte de Apelación de Roma. Considerada así como que jamás había estado casada, ¡la ex-señora Buitoni perdió sus derechos a la pensión alimenticia! Ahora, dicha señora reclama que no tuvo conocimiento del procedimiento de anulación, lo cual parece poco verosímil aunque posible, como lo muestra una decisión de la Corte de Casación italiana, dictada *sections réunies* el 14 de octubre de 1975. Esta resolución, que zanja una cuestión hasta entonces discutida, decide que la Corte de Apelación que conozca de la petición de exequátur de un fallo dictado por una autoridad judicial eclesiástica, debe verificar si se han respetado ciertos derechos fundamentales de la contraparte y, por tanto, el de que ésta haya tenido conocimiento oportuno de la causa instaurada en su contra.

<sup>12</sup> No se las encuentra ni en el Código penal sardo de 1859, ni en el de la Italia unificada de 1889 (en el cual pudieron haber sido introducidas), ni en el Código penal llamado "Código Rocco" de 1930, el que ha sido objeto de múltiples reformas pero continúa en vigor.

<sup>13</sup> Después de mucho tiempo, la jurisprudencia italiana ha reconocido, por ejemplo, el derecho a recibir una indemnización de una persona cuya concubina haya muerto en un accidente. A la inversa, las personas celebran no un matrimonio concordatario anotado en las actas del Registro Civil, sino un matrimonio meramente religioso, para quedar libres conforme a la ley civil y no perder así el derecho a una pensión.

de mayo de 1975 y la equiparación de la condición de los hijos legítimos y naturales no va a suscitar un nuevo desarrollo de estos matrimonios que el Concordato se propuso reducir, si no es que suprimir. Ampliando un poco nuestro propósito, señalemos de paso las incertidumbres que causa la tercera hipótesis de divorcio establecida por el artículo 3°. Desde el momento en que Italia renunció al principio de la indisolubilidad del matrimonio, parecería lógico esperar que los divorcios decretados en el extranjero, por causas generalmente aceptadas por todos y en condiciones graves, fuesen reconocidos de plano. Una parte de la jurisprudencia se ha pronunciado en otro sentido. Ateniéndose a la letra de la ley, muchos tribunales se rehúsan a reconocer divorcios obtenidos en el extranjero a instancia de un demandante italiano, o a acordar el exequátur respectivo, sobre todo cuando no es manifiesto que se haya acreditado el plazo de la separación previa fijado para el caso número dos.<sup>14</sup> Es posible que esta referencia a lo que será el orden público italiano corresponda a un combate librado en la retaguardia y que la solución liberal preconizada por la doctrina italiana acabe por prevalecer.

Esto sería lo deseable, porque si se aplicase rigurosamente la jurisprudencia que acabamos de señalar, habría que exigir en el presente que los divorcios decretados en Francia estuviesen precedidos de una separación de cuerpos y no de una simple separación de hecho; pero ello sería demasiado pedir.

ii. *Ley núm. 151 de 19 de mayo de 1975.* Dentro del marco limitado de nuestro artículo, obviamente no es el caso de presentar aquí un informe completo sobre esta ley, sino únicamente señalar en ella las principales innovaciones y tendencias que la inspiran. En general, el legislador le ha imprimido un sentido muy liberal para adaptarla a estructuras familiares que la vida urbana y la sociedad industrial y de consumo han cambiado profundamente.

## 1. EL MATRIMONIO Y SUS REQUISITOS DE VALIDEZ

A fin de que el matrimonio sea contraído por personas capaces de darse cuenta de la seriedad de la institución, la nueva ley exige que ambos esposos sean mayores de edad, es decir, que conforme a la Ley de 8 de marzo de 1975 hayan alcanzado la edad de 18 años.

Una vez más subrayamos aquí una distorsión producida por la aplicación concurrente en Italia del derecho civil y del derecho canónico: para este último, la edad exigida es siempre de 16 años para los varones

<sup>14</sup> Ver el estado de la cuestión, muy bien resumida, en el artículo de F. Ziccardi ya citado, p. 410.

y de 14 años para las mujeres, y si consideramos que de 8 a 9 de cada 10 matrimonios continúan celebrándose conforme al rito católico, veremos que la nueva disposición de la ley civil no tendrá más que efectos limitados.

Resulta claro que el legislador italiano ha querido dar un alcance preponderante al elemento consensual en el matrimonio. Es así como se explica la supresión de la hipótesis de nulidad constituida por la impotencia de uno de los esposos, que estaba prevista por el antiguo artículo 123 del Código Civil italiano, y el desarrollo impreso a los supuestos de anulación constituidos por la violencia y el error. La violencia podrá ser alegada cuando haya producido un temor de excepcional gravedad derivado de una causa externa al cónyuge que la invoque. En cuanto al error, podrá ser alegado no solamente cuando se refiera a la identidad de una persona, sino también en relación con sus características esenciales, en cinco casos: 1) la existencia de una enfermedad física o psíquica, de una anomalía o de una desviación sexual de tal naturaleza que impida el funcionamiento de la vida conyugal; 2) la existencia de una condena a más de cinco años de prisión; 3) la declaración de delincuencia habitual o profesional; 4) la condena a una pena mínima de dos años por delito relacionado con la prostitución; y 5) el estado de embarazo provocado por un sujeto diverso del que ha sido inducido al error, siempre que este último desconozca la paternidad al concluir el embarazo. La acción de nulidad por violencia o por error prescribe al año de haber cesado la primera o de haberse descubierto el segundo.

Las disposiciones del nuevo artículo 122 son indudablemente interesantes. ¿Responden acaso a la intención de proporcionar a los esposos que no se hayan casado concordatariamente medios análogos a los previstos por el derecho canónico? En todo caso, tal parece que los esposos italianos tenderán cada vez más a demandarse si es que les conviene adoptar la vía de la anulación o del divorcio.

Mencionemos algunas de las críticas que resultan de una evidente falta de coordinación. Por ejemplo, en la propia Ley de 19 de mayo de 1975, el nuevo artículo 89 del Código Civil, que sustituye la expresión tradicional "plazo de viudez" (*lutto vedovile*) por la de "la prohibición temporal para contraer nuevas nupcias", se refiere al caso de impotencia previsto por el artículo 122, cuando que, como acabamos de ver, ninguna alusión se hace a ella en dicho precepto.<sup>15</sup> Es necesario admitir que la impotencia

<sup>15</sup> El antiguo artículo 123 del Código Civil prescribía, entre las causas de nulidad del matrimonio, la impotencia permanente, absoluta o relativa de uno de los esposos, anterior al matrimonio y la impotencia para engendrar (esterilidad) cuando a uno de los esposos le faltan los órganos necesarios para engendrar o concebir. No sólo el nuevo artículo 89, sino también el nuevo artículo 235, que volveremos

puede corresponder a una aplicación del primer caso de error sobre las características de la persona.

Otra observación: la conservación de la cuarta causal de divorcio, consistente en la no-consumación del matrimonio, no se corresponde con la nueva idea que el legislador parece tener acerca del matrimonio.

Destaquemos, finalmente, que el nuevo artículo 107 del Código Civil, relativo a la forma de la celebración del matrimonio, impone para el futuro al Oficial del Registro Civil el deber de dar a los esposos lectura de los artículos 143, 144 y 147 del propio código, cuyo texto sustituye al antiguo artículo 145, a fin de informarlos sobre sus derechos y obligaciones recíprocos y de los que tendrán respecto de sus hijos. Pero podríamos preguntarnos: *a)* ¿por qué no se ha dispuesto también la lectura de los artículos 143 *bis*, 143 *ter*, 145, 146 y 148, cuyo conocimiento es igualmente útil?; *b)* si el artículo 107 sólo se refiere al Oficial del Registro Civil, y, por tanto, en una interpretación estricta, a los matrimonios laicos que celebran los sacerdotes católicos y los demás ministros del culto que intervinen en 9 de cada 10 matrimonios en Italia ¿por qué ni el artículo 8º de la Ley de 27 de mayo de 1929, ni el artículo 9º de la Ley de 24 de junio del mismo año, han sido materia hasta ahora de modificación alguna? Es de pensarse, sin embargo, que tal vez ésta haya sido realizada para cuando aparezcan estas líneas.

Anotemos, por último, a propósito del matrimonio, una serie de textos destinados a moralizarlo, es decir, a luchar contra sus abusos más frecuentes: el nuevo artículo 128 permite a los esposos demandar la nulidad del matrimonio simulado. El artículo 129 *bis* prevé sanciones contra el cónyuge de mala fe y contra el tercero que resulten responsables de la nulidad de un matrimonio y que no la hayan denunciado, y el artículo 140 contiene una disposición análoga contra el cónyuge que haya contraído matrimonio sin observar la prohibición temporal de nuevas nupcias. La cuestión que sin duda se planteará es la de saber si la aplicación de estos textos puede hacerse extensiva a los matrimonios concordatarios.

a comentar más adelante, se refieren evidentemente a dicho precepto suprimido. El legislador se contenta —medida de coordinación muy débil— con remitir el artículo 122 nuevo. La noción difusa y confusa del primer caso de error sobre las calidades o características de la persona puede ser más o menos equivalente al concepto de impotencia que figuraba en el antiguo artículo 123, al cual se referirán indudablemente los jueces cuando tengan que aplicar los artículos 89 y 235.

## 2. DESAPARECE LA POTESTAD MARITAL ENTRE LOS ESPOSOS

A una concepción autoritaria, el legislador italiano ha sustituido una concepción comunitaria e igualitaria del matrimonio y de la familia.<sup>16</sup> El nuevo artículo 143 —texto fundamental— establece que mediante el matrimonio marido y mujer adquieren los mismos derechos y contraen las mismas obligaciones. Los esposos se deben recíprocamente fidelidad, asistencia moral y material, cohabitación y colaboración en interés de la familia. Ambos están obligados, en la medida de sus posibilidades, de acuerdo con su patrimonio o su capacidad de trabajo profesional o doméstico, a satisfacer a las necesidades de la familia. Estas últimas obligaciones son reiteradas y precisadas en el nuevo artículo 148, bajo el rubro “Participación en las cargas”.

El valor del trabajo doméstico —normalmente el de la mujer— es, por tanto, reconocido.

Por otra parte, el artículo 143 *bis* establece que la mujer, en lo sucesivo, “agregará” (y ya no “tomará”) a su propio apellido el de su marido. Además, el artículo 143 *ter* prescribe que la mujer conservará su nacionalidad italiana, a menos que renuncie expresamente a la misma, tanto si a consecuencia del matrimonio o por el cambio de nacionalidad del marido ella adquiere una nacionalidad extranjera. He aquí, pues, el reconocimiento oficial a la existencia de la doble nacionalidad.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Ver el informe, ya citado, de María Eletta Martini, p. 10. El Parlamento ha querido aplicar el artículo 29 de la Constitución, que establece que “el matrimonio se funda sobre la igualdad moral y jurídica de los esposos”.

<sup>17</sup> Al artículo 143 *ter* se añade el artículo 219 de la Ley de 19 de mayo de 1975, que figura en las normas de aplicación del Código (artículos 211 a 240 de la Ley, algunos de los cuales, si no todos, se han incorporado en el Decreto de aplicación del Código de 3 de marzo de 1942). De conformidad con dicho artículo 219, si como consecuencia de su matrimonio o del cambio de nacionalidad de su marido, la mujer ha perdido la nacionalidad italiana con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, puede volverla a adquirir haciendo la correspondiente declaración ante la autoridad competente.

Estas nuevas disposiciones, relativas a la nacionalidad de la mujer casada, implican la derogación de las reglas de la Ley de 13 de junio de 1912 que resulten incompatibles con aquéllas.

Dichas disposiciones se explican no sólo por la autoridad que el derecho internacional privado italiano ha otorgado siempre a la ley nacional como criterio de aplicación para resolver los conflictos de ley, sino también y sobre todo por el deseo de equiparar la condición del hombre y la mujer. El italiano que se casa con una extranjera no pierde su nacionalidad, ¿por qué, entonces, la italiana que se casa con un extranjero la pierde?

Subrayaremos que esta reforma, muy justificable en sí misma, no guarda armonía con los artículos 18 y 19 de las Disposiciones sobre la ley en general, las cuales hacen prevalecer, en las relaciones personales de los esposos y en sus relaciones

De conformidad con el nuevo artículo 144, los esposos dirigen conjuntamente la vida de la familia y fijan de común acuerdo su residencia. En caso de que no lleguen a ponerse de acuerdo, el artículo 145 prevé el recurso al juez. A este propósito hemos de anotar que, según la nueva ley, la intervención judicial en las diferencias familiares es susceptible de producirse en cualquier momento. Los propios redactores del proyecto de ley han recomendado la inmediata constitución de un tribunal especializado en materia de familia.<sup>18</sup>

patrimoniales, la ley nacional del marido. (Estas disposiciones se integran con 31 artículos que figuran a la cabeza del Código Civil, conteniendo los artículos 16 al 31 una codificación sumaria de los principios del derecho internacional privado italiano).

Es curioso constatar que los artículos 143 *ter* y 219 de la Ley de 19 de mayo de 1975, tratándose de Francia y de Italia, no hacen más que confirmar la situación que se había creado, para las mujeres italianas, con la aplicación de la Ley de nacionalidad francesa de 9 de enero de 1973.

Anteriormente, resultaba de la combinación de los artículos 37 de la Ordenanza francesa de 19 de octubre de 1945 y del artículo 10, párrafo 2º, de la Ley italiana de 13 de junio de 1912, que la mujer italiana que se casaba con un francés automáticamente adquiría la nacionalidad de éste y perdía la nacionalidad italiana. Ahora bien, el artículo 37 del nuevo Código francés sobre nacionalidad (Ley de 9 de enero de 1973) establece que "el matrimonio no surte ningún efecto de pleno derecho sobre la nacionalidad", y el artículo 38-1 dispone que el extranjero que contrae matrimonio con un cónyuge de nacionalidad francesa, puede adquirir ésta haciendo la declaración correspondiente. Parece que esta posibilidad, abierta por el artículo 37-1, casi no fue aprovechada por las italianas. El artículo 37 entonces aplicable, remitía al párrafo 3º del artículo 10 (de la Ley italiana de 13 de junio de 1912), conforme al cual la italiana que se casa con un extranjero no pierde su nacionalidad a menos que adquiera la nacionalidad extranjera del marido por el hecho del matrimonio.

<sup>18</sup> La Ley de 19 de mayo de 1975 ha multiplicado las oportunidades que pueden tener los esposos entre sí, el padre y la madre frente a sus hijos, los miembros de la familia y también los terceros, para dirigirse al juez en caso de dificultades, pero ¿a qué tribunal han de dirigirse en cada caso?

Recordemos que por abajo de la Corte de Casación y de las Cortes de Apelación (en número de 23), se encuentran en Italia los tribunales (en número de 156) que corresponden a los tribunales franceses de primera instancia. Estos tribunales tienen secciones especializadas: sección agraria, Corte penal de primer grado (no todos los tribunales lo tienen), y Tribunal de menores. Por debajo del tribunal se encuentra el Pretor (hay en Italia 899 pretores), que equivale más o menos al tribunal francés de instancia. Entre sus múltiples funciones están las de juez de tutela. Finalmente, Italia ha conservado un juez conciliador, que resuelve pequeños litigios con base en la equidad y que equivale al juez de paz francés del siglo pasado.

El artículo 221 de la Ley de 12 de mayo de 1975, que sustituye al antiguo artículo 38 del Decreto de aplicación del Código Civil, establece que las medidas previstas por los artículos 84, 90, 171, 194 párrafo 2º, 250, 252, 262, 264, 303, 316, 317 bis, 330, 332, 333, 334, 335 y 371, párrafo final, del Código Civil, son de la competencia del Tribunal de menores.

Dicho precepto establece, además, que las medidas para las que no haya sido prevista la competencia de alguna otra autoridad judicial, lo son de la del tribunal ordinario, que es la jurisdicción del derecho común. En ciertas ocasiones, señaladas

### 3. LOS ESPOSOS Y LA CRISIS DE SU MATRIMONIO

Si la vida conyugal llega a ser insoportable, cuando menos para uno de los esposos, éstos disponen de tres medios para ponerle fin: *a*) pueden tratar de obtener que su matrimonio sea declarado nulo, o anulado, principalmente por violencia o error, como hemos visto; *b*) pueden demandar el divorcio, pero si no existe una condena penal, una anulación o un divorcio obtenido en el extranjero, o una no-consumación del matrimonio, que son los casos excepcionales, los esposos deben previamente gestionar una separación de cuerpos; *c*) finalmente, pueden contentarse con una simple separación de cuerpos. Al respecto, ya hemos explicado que dicha separación puede ser judicial o por mutuo consentimiento, sistema que ya existía y que ha sido confirmado por el nuevo artículo 150 del Código Civil italiano. El legislador ha considerado sin embargo, oportuno modificar las condiciones necesarias para que la separación judicial pueda ser declarada. En pocas palabras, ha querido eliminar, según él en interés de los hijos, la idea de culpa. Por tanto, ha suprimido las causas anteriormente señaladas en los artículos 151, 152 y 153 (los dos últimos preceptos han sido derogados) para sustituirlas por la fórmula siguiente: "La separación puede ser solicitada cuando, independientemente de la voluntad de uno de los cónyuges o de ambos, ocurran hechos que vuelvan intolerable la continuación de la vida común o que puedan causar un grave perjuicio a la educación de los hijos". Pero el legislador se ha visto obligado a reconocer que la ruina de un matrimonio proviene a menudo del comportamiento de sólo uno de los cónyuges. Si, contra toda evidencia, no lo hubiera admitido, el legislador habría tenido que volver a aplicar la ley sobre el divorcio, que fija en siete años el plazo de espera para el esposo "culpable", la obligación de manutención (artículo 156, párrafo 1º) y también la regla de que dicho esposo pierde sus derechos de sucesión y demás ventajas que hubieran podido serle otorgadas por el esposo "inocente". En definitiva, el legislador ha aceptado la fórmula siguiente: "El juez, al decretar la separación, si ha lugar a ella y es solicitada, declarará si la misma puede ser imputada a uno de los cónyuges atendiendo a su

por la ley, es necesario dirigirse al pretor en su calidad de tal o como juez de tutelas.

Cuando el tribunal se reúne, resuelve en todo caso en Sala de Consejo, la audiencia del Ministerio público.

Una resolución de su sección especializada (Tribunal de menores), puede ser materia de apelación ante la sección especializada correspondiente de la Corte de Apelación.

Señalaremos que el redactor de la ley en la Cámara de Diputados había sugerido el establecimiento de un Tribunal de la familia (*op. cit.*, p. 12) y que la Ley de 25 de julio de 1975 acaba de crear un Consejero familiar.

comportamiento contrario a las obligaciones que derivan del matrimonio”.

*appeler le chat par son nom*

¡Tal vez hubiera sido mejor seguir llamando al pan pan al vino vino!<sup>19</sup>

#### 4. REGÍMENES MATRIMONIALES<sup>20</sup>

El antiguo régimen legal de la separación de bienes ha sido reemplazado (artículo 159 nuevo) por el de la comunidad de bienes gananciales. Los esposos pueden, sin embargo, declarar que eligen el régimen de la separación en el acto de la celebración del matrimonio (artículo 162, párrafo 2º). Esta opción que se les ofrece parece afortunada, porque si las mujeres que trabajan con su marido tienen, en principio, interés en situarse bajo el régimen de la comunidad, en cambio las que ejercen una profesión independiente, prefieren conservar y administrar sus bienes. A este respecto el artículo 228 de la Ley de 19 de mayo de 1975 prevé, a título transitorio, que los esposos que vivan bajo el régimen de la separación de bienes pasarán automáticamente al de la comunidad legal dos años después de haber entrado en vigor dicho ordenamiento, así como respecto de los bienes adquiridos con posterioridad a esta vigencia, salvo que, dentro del término de dos años, mediante acta notarial o declaración ante el Oficial del Registro Civil del lugar de celebración del matrimonio, alguno de los esposos haga una manifestación de voluntad en sentido contrario.

Además del régimen de la comunidad legal y del de la separación de bienes establecido por declaración en el momento del matrimonio, los futuros esposos pueden pactar estipulaciones matrimoniales para disponer de uno u otro de estos regímenes. No pueden constituir un régimen dotal, ya que éste ha sido simplemente suprimido.<sup>21</sup> No obstante, la nueva ley les deja la posibilidad, lo mismo que a los terceros, de crear en su provecho un “fondo patrimonial”, integrado por bienes muebles o inmuebles afectos a las necesidades de la familia y administrado por ambos esposos.

Una institución muy cercana, al menos en su espíritu, al fondo patrimonial, ha sido creada por el artículo 230 *bis* del Código Civil italiano

<sup>19</sup> A. de Cupis, profesor en la Universidad de Roma, *Postilla sul nuovo diritto di famiglia*, en “Riv. diritt. civ.”, 1975, p. 310, demuestra que la palabra “addebitabilità”, sobre la cual ironiza un poco, no tiene contenido diverso que la antigua fórmula.

<sup>20</sup> Para mayor claridad, conservaremos la expresión francesa “regímenes matrimoniales”, aunque hemos de señalar que en Italia la misma ha sido sustituida por la de “régimen patrimonial” de los esposos o de la familia.

<sup>21</sup> Sin embargo (artículo 227 de la Ley de 19 de mayo de 1975), las dotes y los patrimonios de familia constituidos antes de la entrada en vigor de la ley continúan sometidos a las normas anteriores.

bajo el nombre de "empresa familiar". Se apoya en el supuesto de que los familiares, cónyuges, parientes por afinidad e hijos trabajan conjuntamente dentro del marco de la familia o de la empresa familiar. Dicho precepto prevé una forma rudimentaria de organización social que da a sus miembros voto y derecho de participación en los beneficios.

## 5. PADRES E HIJOS

La ley ha abandonado la expresión "patria potestad" (*patria potestà*), conservando tan sólo el término "potestad", que consideramos puede traducirse por autoridad paterna, porque pertenece al padre y a la madre (artículo 316 nuevo del Código Civil italiano, párrafos 1º y 2º).

### a) *Familia legitima*

El nuevo artículo 147 del Código Civil define los deberes de los esposos respecto de sus hijos. El matrimonio les impone la obligación de mantener, instruir y educar a los hijos, teniendo en cuenta sus capacidades, inclinaciones naturales y aspiraciones.<sup>22</sup> En materia de filiación natural, el nuevo artículo 261 establece que el reconocimiento genera los mismos derechos y obligaciones para los padres que respecto de sus hijos legítimos. Como contrapartida, el artículo 315 dispone que el hijo debe respetar a su padre y a su madre y contribuir, en la medida de sus recursos e ingresos, al mantenimiento de la familia mientras forme parte de ella.

En materia de filiación legítima, la nueva ley ha conservado la presunción "*pater is est.....*" (artículo 231 del Código Civil) y ha retocado un poco los artículos 232, 233 y 234, relativos a la presunción de concepción dentro del matrimonio, a la del nacimiento del hijo dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, y a la del hijo nacido dentro de los 300 días posteriores a la terminación del matrimonio, pero la propia ley ha introducido una innovación en el artículo 235, en relación con la negación de la paternidad. De acuerdo con el nuevo texto, dicha negación es posible en los siguientes casos: a) si los cónyuges no han cohabitado entre el 300o. y el 180o. día anterior al nacimiento; b) si, durante el mismo término, el marido ha estado afectado de impotencia o bien tan sólo de la imposibilidad de engendrar<sup>23</sup>; c) si, durante el mismo período, la mujer adúltera ha ocultado al marido su embarazo y el nacimiento del hijo. En

<sup>22</sup> El antiguo artículo 147, párrafo 2º, establecía que la educación y la instrucción de los hijos debía ser conforme a los principios de la moral. La nueva fórmula tiene un carácter más liberal, pero, en definitiva, se trata de un dominio en el que las costumbres y la conducta de las familias cuenta más que la ley.

<sup>23</sup> A propósito de la impotencia, ver arriba nota 15.

estos casos, el marido puede probar que el niño presenta características genéticas o de grupo sanguíneo incompatibles con las suyas. Puede invocar también cualquier otro hecho tendiente a excluir la paternidad; la sola declaración de la madre está excluida. La acción de negación de la paternidad puede ser ejercitada por la madre, o por el hijo que haya llegado a la mayoría de edad, en todos los casos en que puede hacerlo el padre.

Este artículo da soluciones clásicas bastante modernas a nuestro parecer, teniendo en cuenta el progreso de la genética.

#### b) *Familia natural*

Por lo que hace a la filiación natural, el Parlamento italiano ha partido de la idea de que los hijos nacidos fuera de matrimonio no deben sufrir la situación anormal en la que se han encontrado sus padres. En consecuencia, ha sido prácticamente abolida la antigua distinción entre hijos naturales simples e hijos adulterinos, y más adelante veremos los resultados de esta equiparación de su condición jurídica en el campo de las sucesiones y de las liberalidades.

Recordaremos que la Ley de 1º de diciembre de 1970, que introdujo el divorcio, había modificado ya, en su artículo 7º, el segundo párrafo del artículo 252 del Código Civil, y autorizado el reconocimiento del hijo adulterino "cuyo matrimonio de uno de sus padres haya terminado por el fallecimiento del otro esposo o por divorcio". (Subrayaremos de paso que los casos de anulación del matrimonio, bien frecuentes por cierto, habían quedado olvidados). La fórmula adoptada por la nueva ley (artículo 250, 251 y 252) es mucho más amplia, puesto que el reconocimiento ya no está subordinado a la terminación del matrimonio del padre o de la madre. El legislador ha querido evitar también que la posibilidad del reconocimiento se convierta, como anteriormente, en una incitación al divorcio.

Hay que hacer notar que el reconocimiento de un hijo de 16 años solamente puede tener efectos con su consentimiento.

En caso de que tenga una edad menor, se exige el consentimiento del otro padre, siempre que este último haya reconocido a su vez al hijo, y, si dicho consentimiento fuera rehusado sin razón, el tribunal puede, en interés del menor, otorgar una autorización para que el reconocimiento tenga lugar.

Hasta aquí, el legislador de 1975 ha aplicado el artículo 30 de la Constitución, cuyo texto conviene recordar: "El padre y la madre tendrán el deber y el derecho de mantener, instruir y educar a sus hijos, aun cuando éstos hayan nacido fuera de matrimonio (párrafo 1º). En los casos en

que los hijos sean incapaces, la ley proveerá lo necesario para que sus funciones queden garantizadas (párrafo 2º). La ley otorgará a los hijos nacidos fuera de matrimonio toda la protección jurídica y social que sea compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima (párrafo 3º), y dictará las normas y los límites para la investigación de la paternidad". Si bien este precepto constitucional ha sido el fundamento de la reforma introducida en favor de los hijos naturales, también es cierto que en virtud de su tercer párrafo dicha reforma ha sido limitada. Supongamos que un hijo natural sea reconocido por su padre casado, ¿cómo podrá éste cumplir con sus obligaciones hacia el hijo, de mantenerlo, instruirlo y educarlo? Lo más sencillo para él sería, obviamente, incorporarlo a su familia legítima, y tal parece ser la solución que el legislador recomienda. Sin embargo (artículo 252), es necesario que esta incorporación no sea contraria a los intereses del hijo y que la misma sea aceptada por el cónyuge, por los hijos legítimos si son mayores de 16 años, y también por el otro padre natural que lo haya reconocido. Es al juez a quien corresponde verificar cuál es el interés del hijo. Si la incorporación a la familia legítima no es posible, el juez resolverá a quién debe ser confiado el menor y adoptará las medidas que salvaguarden sus intereses morales y materiales.

Si el hijo ha sido reconocido antes del matrimonio, puede más fácilmente ser introducido en la familia legítima. Basta el consentimiento del otro cónyuge o bien tan sólo, si el hijo vivía con el padre que lo ha reconocido, que el cónyuge haya tenido conocimiento de su existencia, siempre que el otro padre que lo haya igualmente reconocido otorgue su acuerdo. La autora del proyecto que se ha convertido en la Ley de 19 de mayo de 1975, María Eletta Martini, estima que la salvaguarda de los intereses de la familia legítima ha quedado así suficientemente garantizada a la vez que respetado el artículo 30 de la Constitución.<sup>24</sup>

Por lo que hace a la forma y a los efectos del reconocimiento, las soluciones son clásicas: puede ser hecha en cualquier documento público o en un testamento, es irrevocable y no produce más efectos que entre su autor y el hijo reconocido, siendo nulas cualesquiera otras declaraciones respecto del otro padre y, en caso de existir éstas, hacen incurrir en una multa al funcionario público que las acepte o al Oficial del Registro Civil que las inscriba. El reconocimiento de hijos naturales, que ha sido facilitado por la nueva ley, está sin embargo, limitado también por remedios legales contra cualquier abuso posible del mismo: el hijo reconocido no puede, durante su minoría de edad, impugnar el reconocimiento de que ha sido objeto, y mucho menos si se trata de un interdicto. Tal es el

<sup>24</sup> Ver el informe a la Cámara de Diputados ya citado, p. 18.

principio consagrado por el nuevo artículo 264, pero el propio hijo, si es mayor de 16 años, el otro padre que lo haya reconocido también, el tutor, o el ministerio público, pueden solicitar la autorización judicial para impugnar el reconocimiento de aquél, haciéndole nombrar un curador especial.

La nueva ley ha facilitado también la investigación de la paternidad o de la maternidad natural. Ya no se establece ninguna distinción entre ellas y puede ser tanto la una como de la otra demostrada a través de cualquier medio. La acción de reconocimiento judicial no puede, por otra parte, ser admitida más que si existen circunstancias específicas que la justifiquen (artículo 274). Esta acción corresponde, en primer término, al hijo y es imprescriptible respecto de éste. En caso de muerte del hijo que ya la hubiere ejercitado, el procedimiento puede ser continuado por sus descendientes legítimos, legitimados o naturales. En caso de que no la hubiere ejercitado aún, estas mismas personas pueden hacerlo dentro del término de dos años posteriores a la muerte del titular (artículo 270 nuevo del Código Civil).

La acción puede ser igualmente ejercitada, en interés del menor, por el padre o la madre que ejerza sobre él la potestad paterna, o por el tutor. Éstos deben recabar el consentimiento del hijo si es mayor de 16 años. El tutor debe, además, obtener la autorización del juez, el cual puede nombrar un curador especial.

La derogación del artículo 275 del Código Civil ha dejado sin efectos la sanción pecuniaria prevista por él para el caso en que la mencionada acción de reconocimiento fuera desechada.

Si la acción prospera, la sentencia que declare la paternidad o la maternidad natural produce los efectos del reconocimiento (artículo 277, párrafo 1º, no modificado). Este mismo artículo, en su nuevo párrafo 2º, establece que el juez podrá ordenar las medidas que juzgue pertinentes para el mantenimiento, instrucción y educación del hijo, así como para la protección de sus intereses patrimoniales.

En relación con todas las disposiciones a que acabamos de referirnos, ya no es el caso de distinguir, como hemos visto, entre la situación del hijo natural simple y del hijo adulterino. Sin embargo, a pesar de su propósito de equiparar la condición de los hijos que hayan nacido en condiciones regulares o irregulares, el legislador ha conservado una excepción para los hijos incestuosos. Estos no pueden ser reconocidos, o no pueden solicitar una declaración de paternidad o de maternidad, salvo en la hipótesis única en que el padre y la madre, o alguno de ellos, ignoren de buena fe su lazo de parentesco. En caso de que el incesto derive de un vínculo de afinidad, el reconocimiento sería posible si el matrimonio

del que haya derivado aquél llegase a ser anulado. Además, es necesario que el reconocimiento sea autorizado por el juez tomando en cuenta la integridad del hijo y la necesidad de evitarle cualquier perjuicio (artículo 251 nuevo). Este importante precepto aclara otros dos: las investigaciones sobre la paternidad o la maternidad no son permitidas en los casos en que el reconocimiento de los hijos incestuosos está prohibida, en los términos que hemos visto del artículo 251 nuevo del Código Civil. Sin embargo (artículo 278, párrafo 2°), dichos reconocimientos pueden ser admitidos por el juez cuando haya habido raptó o violencia carnal en el momento que corresponda a la concepción.

Pero si un hijo incestuoso no puede ejercitar la acción declarativa de paternidad o de maternidad, porque no se encuentre dentro de las circunstancias que le hubieran permitido hacerlo, no por ello deja de tener derecho, según el nuevo artículo 279, al mantenimiento, a la educación y a la instrucción como cualquier otro hijo. Además, si es mayor de edad, puede demandar judicialmente alimentos mediante autorización del juez respectivo, si la acción parece justificada en razón de circunstancias específicas. Por otra parte, sin tener en cuenta la mayoría de edad, la acción de alimentos puede ser ejercitada en interés del menor hijo por un curador especial designado por el juez, a petición del ministerio público o del padre o la madre que ejerza la potestad paterna.

La posibilidad de reconocer a los hijos naturales después de la anulación o disolución del matrimonio de uno de sus autores, contemplada por la Ley de 1° de diciembre de 1970, abrió normalmente el camino a la legitimación a través del matrimonio subsecuente. Actualmente esta vía subsiste, pero el interés para seguirla ya no es tan evidente, puesto que los derechos de los hijos naturales simples o adulterinos son los mismos que los de los hijos legítimos o legitimados. Una y otra institución están íntimamente vinculadas y el nuevo artículo 281 consagra esta relación al establecer que "sólo los hijos que pueden ser reconocidos pueden ser legitimados".

Normalmente, la legitimación se realiza por el matrimonio subsecuente, pero también puede ser acordada en una sentencia del tribunal dictada en sala de concejo, con la audiencia del ministerio público. Esta es una innovación, porque a falta de matrimonio subsecuente la legitimación no podría hacerse anteriormente más que mediante un decreto del jefe del Estado. Esta simplificación, tanto más justificada cuanto que el caso era instruido por magistrados, indudablemente será muy estimada.<sup>25</sup>

La legitimación por sentencia del tribunal sólo es posible si conviene

<sup>25</sup> Algunos han querido ver en ello la manifestación de una tendencia a la "privatización" del derecho de familia.

al interés del hijo y siempre que se reúnan las siguientes condiciones: 1) que la demanda sea presentada por el padre y la madre o por cualquiera de ellos, siempre que tenga por lo menos 16 años de edad; 2) el peticionario debe encontrarse en la imposibilidad de legitimar al hijo mediante el matrimonio subsecuente, o, cuando menos, tropezar con un serio obstáculo para ello; 3) debe obtener el asentimiento del otro cónyuge si no está legalmente separado de él; 4) debe obtener también el consentimiento del hijo que quiere legitimar, si éste es mayor de 16 años, o bien, siendo menor, el consentimiento del otro padre o del curador especial.

Esta legitimación puede ser también solicitada cuando hay hijos legítimos o legitimados; pero el presidente del tribunal debe dar audiencia a éstos si son mayores de 16 años. Dicha legitimación produce los mismos efectos que la que se realiza por el matrimonio subsecuente, a partir de la fecha de la sentencia, y, en tal caso, únicamente respecto del padre o de la madre en cuyo favor se haya otorgado la legitimación.<sup>26</sup>

El Parlamento italiano que aprobó la Ley de 19 de mayo de 1975, además de la filiación legítima, de la filiación natural y de la legitimación, se ha ocupado también de la adopción. A este respecto tuvo muy poco que hacer, porque dicha materia ya había sido renovada por la Ley de 5 de enero de 1967; la cual, al lado de la adopción propiamente dicha, creó la adopción especial. Ésta es muy parecida a la adopción plenaria introducida en el derecho francés por la Ley de 11 de julio de 1966 (Código Civil francés, artículos 343 y s.). Nos conformaremos, por tanto, con subrayar aquí que, en 1975, la adopción ordinaria ha sido ligeramente retocada, así como otra institución desconocida para el derecho francés: la "afiliación" (artículos 404 y s., Código Civil italiano). Se trata de una forma de adopción simplificada, con efectos reducidos, que no confiere derechos sucesorios, pero que permite colocar en un medio familiar a menores de 18 años que no conocen padres, a hijos naturales reconocidos solamente por su madre que no está en situación de criarlos, a hijos de la asistencia pública, y, finalmente, en forma más amplia, a hijos que se encuentren en un estado de abandono material y moral. La nueva ley establece que la afiliación realizada por una persona casada necesita del asentimiento del cónyuge, o, si éste está en la imposibilidad de manifestar su voluntad, la autorización del juez de tuteladas (artículo 405, nuevo, del Código Civil italiano). Dispone también que la afiliación debe ser prece-

<sup>26</sup> Las disposiciones que acaban de ser citadas se aplican retroactivamente. El artículo 233 de la Ley de 19 de mayo de 1975 establece, en efecto, que los hijos nacidos antes de su entrada en vigor podrán beneficiarse de ellas y las demandas de legitimación presentadas antes de dicha vigencia al jefe del Estado, no tendrán que renovarse.

dida de una seria investigación social (artículo 406, nuevo) y seguida de una anotación de la providencia, homologada por el tribunal, al margen del acta de nacimiento del menor.

## 6. EL NUEVO DERECHO SUCESORIO DE FAMILIA

Está basado en dos ideas directrices: la de la igualdad de los hijos cualquiera que sea su origen, y, teniendo en cuenta las nuevas relaciones entre los esposos, la de una revaloración de la posición del cónyuge supérstite.

La aplicación de estas dos ideas ha conducido a las soluciones siguientes:

### A) *Derechos sucesorios*

El principio es el de que los hijos legítimos o naturales suceden al padre y a la madre por partes iguales (artículo 566, nuevo). Sin embargo, por lo que hace a los hijos naturales, el nuevo artículo 580 comprende dos disposiciones particulares: 1) los hijos naturales que no pueden ser reconocidos, es decir, ciertos hijos incestuosos, tienen derecho a una pensión vitalicia igual a la renta de la parte hereditaria que les habría correspondido de haber sido posible su reconocimiento; 2) por otra parte, dichos hijos tienen derecho a pedir la capitalización de esta renta en efectivo, o en bienes hereditarios, a elección de los herederos legítimos.<sup>27</sup>

En la mayoría de las sucesiones hay concurrencia hereditaria entre los hijos y el cónyuge supérstite. El nuevo artículo 581 establece que el cónyuge tiene derecho a la mitad de la sucesión en caso de tener un solo hijo y a una tercera parte en los demás casos. Cuando el cónyuge concurre con los ascendientes legítimos, hermanos y hermanas, tiene derecho a dos terceras partes del patrimonio hereditario (artículo 582, nuevo). En caso de ser heredero único, a falta de hijos legítimos o naturales, de ascendientes, de hermanos o de hermanas, recibe la herencia en su totalidad (artículo 583, nuevo).

### B) *Reserva y porción disponible*

Los herederos que tienen derecho a la parte legal o reservatorios (*legittimari*), son: el cónyuge, los hijos legítimos, los hijos naturales y los ascendientes legítimos. Los hijos legitimados y los hijos adoptivos están asimilados a los hijos legítimos. Los descendientes de los hijos legítimos o naturales, que acceden a la sucesión en su lugar, tienen los mismos derechos que están reservados a éstos (artículo 536, nuevo).

<sup>27</sup> Hubiera sido, en principio, cuestión de hacer extensivo este sistema a todos los hijos naturales.

La reserva en favor de los hijos legítimos o naturales es de la mitad del patrimonio, en caso de que el difunto haya dejado un solo hijo. Si los hijos son en número de dos o más, tienen colectivamente una reserva de dos tercios que se dividen por partes iguales entre sí (artículo 537, nuevo).

Al cónyuge supérstite, más favorecido por la nueva ley, se le reconoce una reserva de la mitad del patrimonio hereditario en plena propiedad por el artículo 540. Anteriormente, el cónyuge tenía ya una reserva, pero era de dos tercios sólo en usufructo.

Si, como ocurre a menudo, el cónyuge supérstite concurre a la herencia con los hijos, esta reserva se reduce a un tercio, una reserva que igualmente es de una tercera parte en favor del hijo en caso de ser único. Cuando hay varios hijos, éstos tienen, en conjunto, una reserva de la mitad del patrimonio sucesorio, que se divide entre ellos por partes iguales, y la reserva del cónyuge se reduce a un cuarto, siempre en plena propiedad. Si se tiene en cuenta el nuevo régimen de la comunidad legal, se verá que el cónyuge puede conservar o atribuirse los dos tercios del patrimonio familiar en el primer caso y justamente un poco menos en el segundo.<sup>28</sup> Por otra parte, la porción disponible se ha reducido apreciablemente, lo cual constituye un cambio considerable en un país que, hasta ahora, se había mantenido más apegado a la sucesión testamentaria que a la legítima. Además de su participación en la reserva hereditaria, el propio artículo 540 prevé en su nuevo texto que el cónyuge conserva un derecho a habitar la casa que servía de residencia familiar y un derecho a usar los muebles que la ocupaban en caso de pertenecer al difunto o de formar parte de los bienes comunes. El valor de estos derechos es imputable sobre la porción (*quotité*) disponible y, en caso de no ser ésta suficiente, sobre la reserva del cónyuge o, eventualmente, sobre la de los hijos.

Cuando el difunto muere dejando solamente ascendientes legítimos, la reserva del cónyuge es nuevamente la mitad en plena propiedad y la de los ascendientes alcanza a una cuarta parte del patrimonio hereditario. Nos encontramos otra vez aquí con el caso del cónyuge separado. Éste conserva sus derechos sucesorios, salvo que pueda imputársele la responsabilidad de la separación (*addebitata*).

No obstante la reducción experimentada por la sucesión testamentaria

<sup>28</sup> El profesor De Cupis (*op. cit.*, pp. 311 y 312) estima que ha faltado coordinación entre la reglamentación de la comunidad legal y la de las sucesiones. El cónyuge supérstite —generalmente la mujer— al combinarse las ventajas de la comunidad y de las nuevas reglas sucesorias se encuentra, piensa dicho autor, en una situación sumamente privilegiada respecto de la de los hijos legítimos o naturales.

en virtud de las disposiciones que acabamos de reseñar, queda aún la posibilidad de que resulten beneficiados con algunas liberalidades los parientes o extraños a la familia, pero siempre dentro de los límites establecidos por la ley.<sup>29</sup> Se comprende que ésta sea celosa de todo lo relativo a la masa sucesoria (*collazione*). Toda donación directa o indirecta debe ser reportada por los parientes y el cónyuge beneficiarios, y las demás sólo son válidas obviamente dentro de los límites de la porción disponible (v. artículos 737, 740 y 741, nuevos).

Otra vez aquí el cónyuge supérstite se beneficiará de una ventaja, bien comprensible por lo demás: de acuerdo con el nuevo artículo 738, no tiene la obligación de informar sobre las donaciones de poco valor que se la hayan hecho.

Con este análisis sumarisimo de las principales reformas del derecho italiano en materia de sucesión y liberalidades, concluye nuestra presentación del nuevo derecho de la familia en Italia. Sabemos bien que el mismo es imperfecto y lacónico, pero considerando que la Ley de 19 de mayo de 1975, apenas entrada en vigor, diariamente ha venido siendo objeto de numerosos trabajos y artículos que la critican y expresan las incertidumbres que ha suscitado en los juristas, escritos publicados no sólo en los periódicos y revistas jurídicos, sino también en la prensa diaria o semanal, resultaba difícil proceder a una descripción detallada de dicho ordenamiento y detenernos más sobre los puntos discutidos, varios de los cuales fueron ciertamente objeto de retoques.

Esperamos que nuestra exposición permita a los lectores darse cuenta del espíritu liberal y realista que ha animado al legislador italiano y apreciar varias de sus medidas o providencias. Por encima de la Ley de 19 de mayo de 1975, habrá que advertir la presencia de un gran problema político especial en Italia, a saber: el de las relaciones entre la Iglesia católica y el Estado italiano que, como hemos visto, ha determinado buena parte de dicha reforma.

G. BRULLIARD

Traducción al español por Fausto E. RODRÍGUEZ

<sup>29</sup> La nueva ley, al modificar el artículo 692 del Código Civil, relativo a las sustituciones fideicomisarias, ha ampliado y limitado a la vez la aplicación de esta institución. Por una parte, tan sólo la admite en favor del padre y la madre, de otro ascendiente en línea directa, o del cónyuge de un incapaz (interdicto), los cuales pueden designar a un hijo, a un descendiente o al cónyuge. Por otra parte, aun cuando anteriormente la sustitución sólo podía hacerse respecto de la porción disponible, ahora puede operar sobre los bienes que constituyen la reserva. De Cupis (*op. cit.*, pp. 312 y 313 critica esta disposición, porque puede dar lugar a una violación de los derechos del incapaz cuando éste es reservatario. Dicho autor estima que podría darse aquí un caso de inconstitucionalidad por violación del artículo 29, párrafo 1º, de la Constitución.