

RÉGIMEN PRIVADO Y PÚBLICO EN LOS PROYECTOS DE LEY EN MATERIA DE FAMILIA EN ITALIA

*Michele Sesta**

I. INSTITUCIÓN FAMILIAR Y DERECHOS INDIVIDUALES EN EL DERECHO DE FAMILIA ANTERIORMENTE EN VIGOR

LA CRISIS DE las relaciones familiares no es ciertamente una novedad de nuestros días: basta pensar en la novela juvenil de Thomas Mann, que a comienzos de siglo trata de la “decadencia de una familia”, metáfora de la más vasta decadencia de la institución familiar, cuando menos en la forma en que se había delineado en el siglo XIX. Algunos años más tarde el mismo autor regresa al tema bajo forma de ensayo y, al tratar de establecer los motivos de la “puesta en cuestión” del matrimonio, observa que «la libertad, el individualismo, un sentido reforzado de la personalidad (incluso en aquellos casos, y especialmente en estos, en que sería difícil justificarlo), así como la idea del “derecho a la felicidad”, favorecen el descontento, el deseo de liberación, el acceso a la conciencia».

El problema, entonces, no es nuevo, sino que atraviesa el siglo; sin embargo aún hoy, y no obstante las reformas introducidas, desde diferentes sectores se prospectan y se auspician intervenciones legislativas en materia de familia, signo de que la evolución incesante de la costumbre requiere de la adecuación del tejido normativo a la realidad social; las observaciones de los comparatistas atestiguan que también en las sociedades cercanas a la nuestra se ha intervenido de nuevo tras las reformas de los años 60 y 70, pese a que éstas ya habían modificado profundamente la materia.

En especial, en el campo de las relaciones entre cónyuges en nuestro ordenamiento se prospecta la posibilidad de unificar la disciplina de la separación y la del divorcio, así como de simplificar, e incluso derogar, la comunión legal; objetivos, estos, bajo el signo de una individualización progresiva de la relación matrimonial. Por el contrario, en materia de menores recientemente se intervino a nivel normativo, y están siendo examinados por el Parlamento proyectos de ley que se caracterizan por una acentuada injerencia pública en la educación y en la socialización del menor, lo que en apariencia resulta paradójico en una sociedad que considera la familia como un asunto privado.

El jurista, formado en una visión que entiende la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio, se encuentra desorientado al observar las tendencias

* El presente ensayo está destinado a los *Studi in onore di Pietro Rescigno*. Traducción de Santiago Perea Latorre.

actuales, dirigidas por una parte a privatizar la unión conyugal y, por otra, a someter a régimen de derecho público la función educativa. Por el contrario, ya hace tiempo que el sociólogo empezó a preocuparse por indagar los “desplazamientos de fronteras” entre público y privado respecto de la familia, y ha advertido que «por una parte se verifica una aparente publicación de la familia bajo la forma de una creciente regulación e intervención por parte del Estado (en la forma del *welfare state* o estado social); por otra, y al mismo tiempo, se constata una progresiva privatización de los comportamientos familiares, en términos de acciones que siguen sentimientos, aspiraciones, gustos, preferencias, expectativas y así sucesivamente, en apariencia del todo individuales y subjetivos, es decir desligados de vínculos sociales y morales de algún mundo común».

De manera que nos encontraríamos ante una verdadera paradoja: por un lado “la creciente privatización de la familia [que] consiste en el hecho de que la sociedad contemporánea tiende a representar y legitimar la familia esencialmente como esfera de las relaciones expresivo-comunicativas libres de cualquier responsabilidad pública”; por el otro, “la publicación de la familia”, es decir el creciente interés del “Estado contemporáneo [que] tiende a regular los derechos de los individuos y de las relaciones en la familia de manera cada vez más detallada, sustancial e interna, en lugar de hacerlo de acuerdo con modalidades generales, formales y exteriores” (P. Donati).

Nos parece interesante partir de la observación del estudioso de los fenómenos sociales para considerar la evolución reciente del derecho de familia italiano y sus posibles desarrollos.

La reforma del 75 permitió adecuar el régimen jurídico de la familia a la nueva realidad social –en primer lugar, teniendo en cuenta la posición que ha venido a adquirir la mujer en la sociedad– y, desde un punto de vista técnico-jurídico, armonizar la legislación ordinaria con los principios constitucionales. La reforma determinó un momento de clara transición entre dos concepciones de la familia, y en especial de la relación conyugal, radicalmente diferentes entre sí: aquella de la familia-institución, propia de la normativa anterior, y aquella de la familia como entidad libremente elegida, en cuya base se encuentra una realidad afectiva, cuya perduración legitima la relación.

El viejo orden conyugal era tendencialmente fijo e inamovible, y en cualquier caso ajeno a toda disponibilidad por las partes: basta pensar en el carácter indisoluble del matrimonio y en la separación fundada exclusivamente en la culpa. La figura central de este modelo jurídico, visto durante siglos como “natural” y por consiguiente aceptado y compartido por la costumbre, era la de la potestad, que permitía ordenar jerárquicamente la convivencia. El derecho, al disciplinar las relaciones entre familiares, no le confería específicamente relevancia alguna a la esfera de los sentimientos y de los afectos: el modelo de referencia era el del poder y de la sujeción, exactamente como en el derecho público. En este modelo iusfamiliar, que acentuaba temas de derivación napoleónica inspirados en la filosofía hegeliana, se había hecho énfasis con el código de 1942; ciertamente la ideología iusfamiliar del fascismo contribuyó a incrementar la relevancia de la autoridad al interior de la familia, de acuerdo con una tendencia que se manifestaba, en primer término, en la doctrina del Estado. Por lo demás, el hecho de subrayar las afinidades entre Estado y familia era propio de la cultura jurídica del fascismo, que se caracterizaba por la exaltación del interés superior de la institución, ya fuera estatal o familiar, frente al de los individuos: se debe

recordar al respecto la doctrina de Antonio Cicu, que, si bien se forma en una época anterior al advenimiento del fascismo, manifiesta sin embargo y sin lugar a dudas una profunda consonancia con los valores de este movimiento.

En el código del 42 la familia no es elevada al rango de persona jurídica, pese a que algunos así lo habrían querido; no obstante, en este es más clara y neta que en el pasado la contraposición entre la institución familiar, cuyo interés se considera predominante, y los intereses particulares e individuales de los miembros de la familia. Este es el rasgo fundamental del código, que explica y justifica numerosas disposiciones, como las relativas a la validez y al carácter indisoluble del matrimonio, a la potestad marital, a la patria potestad o a las condiciones de los hijos naturales.

En la concepción iusfamiliar institucional no hay lugar para los afectos o, para decirlo mejor, su extinción no es relevante; el modelo de comportamiento objeto de disciplina jurídica es, más bien, el del *status* formal y de la consiguiente relación de poder-sujeción. Basta pensar –como hipótesis extrema, pero claramente emblemática– en la norma que aún hoy disciplina el matrimonio de la persona declarada muerta (art. 68 C.C.), que establece la nulidad del matrimonio celebrado de conformidad con el artículo 65 c. c. en caso de que esta regrese o se establezca su supervivencia. El segundo matrimonio nunca tiene posibilidad de salvación (art. 117, inc. 5° C.C.), ni siquiera cuando el interesado se haya alejado voluntariamente y su supervivencia se haya establecido por solicitud del ministerio público (art. 67 C.C.). La *affectio coniugalis* no es relevante, ni es válida para preservar una relación afectiva –el segundo matrimonio– frente a aquel –el primero– según una consideración exclusivamente formal. ¿Y qué decir de la disciplina del error en el matrimonio (art. 122 C.C.), reducida únicamente al error “sobre la identidad de la persona”, que le negaba toda eficacia a situaciones de engaño respecto de las calidades personales del cónyuge y que hoy justamente se reconocen en el artículo 122 modificado? En el sistema anterior las enfermedades físicas y psíquicas, las anomalías sexuales, así como las situaciones de graves antecedentes penales, no permitían que el cónyuge ignaro impugnara el matrimonio: una vez más, la tutela estaba orientada a la institución matrimonial, en desmedro de la esfera de los afectos y de la lealtad.

Sin embargo, el punto de emergencia de la institucionalización de la familia estaba representado por el carácter indisoluble del vínculo, vigente hasta la entrada en vigor de la ley sobre el divorcio de 1970, que para determinados casos introduce su disolución; con ello la relación conyugal nunca podía ser puesta en discusión por los esposos, así estuvieran de acuerdo y no tuvieran hijos, sobre la base de que la familia constituía una realidad institucional que trascendía la voluntad y los intereses de los individuos. La indisolubilidad del vínculo –a la que muchos ordenamientos europeos habían renunciado desde el siglo pasado– se conectaba solo en parte a la nueva armonía en las relaciones entre el Estado y la Iglesia que, a través del Concordato, había dotado de relevancia civilística la forma matrimonial canónica. En efecto, el valor de la indisolubilidad –por lo demás proveniente del código “liberal” de 1865– era propio también de la componente fascista que se inspiraba en el nacionalismo, y más aún en la filosofía hegeliana, que había hecho de la indisolubilidad un verdadero valor laico. El código del 42 es el resultado de una inspiración que funde opiniones religiosas y cultura laica dominante; por ello, en el ámbito del derecho de familia, aquí y allá representa una involución respecto del código liberal de 1865, no obstante este, habiendo

seguido una vía restrictiva en relación con el código napoleónico, no se pudiera definir de ninguna manera como libertario.

Hemos afirmado que el paradigma del viejo orden familiar estaba representado por la potestad. En primer lugar, a las relaciones personales entre cónyuges se dedicada la norma del artículo 144 del Código Civil, titulada “potestad marital”, de acuerdo con la cual el marido era jefe de familia, la esposa seguía la condición civil de este, adoptaba su apellido y estaba obligada a seguirlo adonde quiera que él considerara oportuno fijar su domicilio. Es evidente que la relación que se instauraba entre cónyuges estaba regulada jurídicamente según una profunda desigualdad: la norma del artículo 144 consagraba un verdadero señorío del marido, en su calidad de jefe de familia, sobre la mujer. A esta le estaba prohibido, sin el consentimiento del marido, desarrollar una actividad laboral extradoméstica, mantener correspondencia, tener una propia vida social. La función accesoria de la esposa era clarísima, y es probable que estuviera legitimada por el código incluso más allá de lo que la costumbre social requería. De otra parte, no obstante se estableciera la violación de la obligación de fidelidad como causa de separación, la ley (art. 152, inc. 2° C.C.) no la admitía para el adulterio del marido sino en presencia de circunstancias que hicieran del hecho una injuria grave para la esposa. Respecto de la diferente normativa dirigida a la esposa y al marido también se debe recordar que la esposa tenía derecho a que el domicilio se estableciera en forma adecuada por el marido: en efecto, el artículo 153 Código Civil le concede pedir la separación cuando este, sin motivo justo, no establezca un domicilio, o bien, disponiendo de medios, se niegue a establecerlo de conformidad con su condición.

El carácter sancionador representado por la separación se encuentra también en la disciplina de los efectos. La norma del artículo 156 Código Civil establecía en primer término que el cónyuge inculpable conservara los derechos inherentes a su calidad, siempre y cuando no fueran incompatibles con el estado de separación; por el contrario, el cónyuge culpable no tenía derecho sino a los alimentos y, además, incurría en la pérdida de todos los beneficios que el otro cónyuge le hubiera concedido con el contrato de matrimonio, aunque se hubiesen estipulado con carácter de reciprocidad. Además, el tribunal podía privar al cónyuge culpable, en todo o en parte, del usufructo legal que eventualmente le hubiera correspondido sobre los bienes de los hijos menores.

La institución familiar tenía su consagración máxima en la disciplina de la filiación, marcada por una clara desigualdad de tratamiento entre filiación legítima y natural. Al secundar el *favor legitimitatis* el código privilegiaba la presunción de legitimidad del hijo concebido en el matrimonio, haciendo sumamente difícil la acción de desconocimiento de la paternidad. De conformidad con el tenor originario del artículo 235 Código Civil, tan solo el marido podía desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, y solo en determinados casos, lo que atestigua la resistencia del legislador a dejar que emerja el carácter adulterino de la prole; entre verdad natural y razones de estabilidad del núcleo legítimo el sistema no dudaba en privilegiar las segundas. En los años 40 generó gran interés un caso significativo: una mujer blanca, casada con un hombre blanco, dio a luz un hijo de rasgos negroides. Era evidente el adulterio, y sin embargo, al no corresponder el caso a ninguno de los supuestos legales (faltaba el ocultamiento del nacimiento), los jueces negaron el desconocimiento de la paternidad.

Es clara la *ratio* de esta disciplina que sacrificaba en primer lugar el principio de la verdad, y por lo tanto el interés de los individuos –de la madre como del hijo, y eventualmente también del padre natural–, impidiéndole por vía de principio a todos ellos hacer surgir la verdad de la filiación. Esta *ratio* debe buscarse en la afirmación del interés familiar superior, al cual, de acuerdo con la ideología de la familia-institución, se debía sacrificar el interés individual y, más en general, el mundo de los sentimientos y de los afectos. Desde este punto de vista la norma mencionada es especialmente significativa, puesto que no titubea en subordinar aquello que es más personal –el *status* de la persona, que tiene implicaciones sociales, pero también psicológicas, de gran importancia– a la estabilidad de la familia, aun cuando, como se podría presumir, esta estabilidad fuera puramente aparente y exterior ante las profundas tensiones que se producían en las relaciones familiares como consecuencia de un nacimiento adulterino que, sin embargo, resultaba legítimo.

Por supuesto, las posiciones del legislador en materia de filiación natural eran en extremo rígidas, de conformidad con el código anteriormente en vigor: en principio no estaba permitido el reconocimiento de los hijos adulterinos, pero se admitía en el caso de aquellos hijos cuyo progenitor no estaba unido en matrimonio en el momento de la concepción. También podían ser reconocidos por el progenitor que en el momento de la concepción estaba unido en matrimonio, siempre y cuando el matrimonio fuera disuelto por efecto de la muerte del otro cónyuge, pero en presencia de hijos legítimos o legitimados se podía acceder al reconocimiento solo mediante decreto real, previo concepto del Consejo de Estado. En cualquier caso, el reconocimiento estaba permitido si los hijos legítimos o legitimados no habían alcanzado la mayoría de edad. La posibilidad de declarar judicialmente la paternidad era limitada, si bien ampliada respecto del código Pisanelli, que la admitía solo en caso de rapto o violación.

Por último, la posición del padre era muy diferente de la de la madre en materia de potestad. En principio, el hijo era declarado sujeto a la potestad de los padres; sin embargo, la potestad era ejercida por el padre; solo después de la muerte de este y en los otros casos establecidos por la ley, por ejemplo tras la declaración de interdicción, la potestad era ejercida por la madre. El modelo pedagógico reflejado por la ley era profundamente autoritario. El hijo, de cualquier edad, tenía que honrar y respetar a los padres (art. 315 C.C.), y si era menor era sujeto pasivo de la función educativa. La educación consistía en conformarlo a un modelo, representado por los principios de la moral (y, durante cierto periodo, del sentimiento nacional fascista) (art. 147, inc. 2° C.C.). No se hace ninguna referencia a las capacidades, inclinaciones y elecciones del hijo, que no tenía “voz” en las cuestiones que le concernían y estaba obligado a la obediencia hasta la mayoría de edad, fijada al cumplir los veintiún años. Para confirmar la naturaleza autoritaria y “militarista” de la relación familiar basta recordar el artículo 319 Código Civil que, bajo el título “mala conducta del hijo”, permitía que el padre que no lograra contener con medios domésticos la mala conducta del hijo lo condujera a un instituto correccional, con la autorización del presidente del tribunal. La apreciación de la mala conducta –que en todo caso no superaba el nivel de la relevancia penal– estaba reservada al padre y el Estado, lejos de entrar en el mérito de la naturaleza y las razones del comportamiento del hijo, ponía a disposición de aquel, sin más, el propio aparato represivo.

La rápida síntesis de los motivos inspiradores de la legislación anteriormente en vigor confirma que el intento del legislador era el de tutelar la institución en sí, y a los intereses “superiores” de esta se sacrificaban las diferentes funciones de los individuos. En efecto, la institución, fundamentalmente estable, estaba llamada a cumplir una finalidad pública, a ser el *seminarium republicae*, de tal manera que la función educativa, de la que era depositaria, tenía que conformarse con los principios aprobados por la *communis opinio*.

II. LA AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS CÓNYUGES EN LA DISCIPLINA ACTUAL

EN EL ARCO de un breve periodo —que podemos identificar en el decenio de los años 60— la costumbre se alejó paulatinamente del modelo de las relaciones familiares disciplinado por el código. De improviso la institución se debilitó, el jefe de familia perdió su poder, que de hecho, por lo general, no ejercía en los términos rígidos de la ley ni frente a la esposa ni frente a los hijos; la esposa adquirió seguridad y responsabilidades por fuera de la familia y los hijos, por su parte, una creciente autonomía. En breve, los vínculos de sujeción, no solo jurídica, se debilitaron para dar lugar a la libre elección: esta transformación, desde cierto punto de vista de alcances históricos, fue asimilada por el derecho, a decir verdad no sin algunas incertidumbres; la disciplina actual del derecho de familia es respetuosa de la autonomía de sus miembros, de su mundo de relaciones, afectos y responsabilidades.

Ello vale en primer lugar para la relación entre los cónyuges que, desde su surgimiento, resulta atenta a la esfera interior (art. 122 C.C.) y a la verdadera libertad de los sentimientos, que encuentran una ulterior e importante tutela en la disciplina de la separación (y, por tanto, del divorcio) por causas objetivas, por fuera de toda lógica culpabilista. Bien visto, la misma norma sobre la dirección de la vida familiar, basada en la regla del acuerdo y de una igual dignidad, determina la transición de la tutela de fines superiores al reconocimiento de un territorio libre, consignado a la voluntad de los cónyuges. Una vez abolida la potestad marital y los derechos a ella conectados, el artículo 144 del Código Civil, que se inspira en los valores de igualdad y solidaridad consagrados en el artículo 29 constitucional y que constituye uno de los principios cardinales en el ámbito de la disciplina del derecho de familia, establece que los cónyuges concuerdan entre ellos la dirección de la vida familiar y fijan el domicilio de la familia según las necesidades de ambos y aquellas predominantes de la familia misma. A cada uno de ellos, por separado, le corresponde el poder de desarrollar la dirección acordada. Se sostiene que el acuerdo constituye uno de los “mismos deberes” (art. 143, inc. 1° C.C.) que derivan del matrimonio, «cuando menos en relación con la aceptación del principio de igualdad como criterio de gobierno y con la concreta disposición a su realización».

La regla del acuerdo debe en todo caso coordinarse con el principio de libertad individual. Por ejemplo, a menudo los jueces se han visto ante el caso de un cónyuge acusado de violación de sus propios deberes conyugales por haber cambiado de confesión religiosa. Al respecto, es orientación jurisprudencial difundida que, si el artículo 19 constitucional establece que todos son libres de profesar la propia confesión en cualquier forma, este derecho no puede no estar garantizado también al interior de la familia (art. 2° const.); por lo tanto, el

cambio de confesión no puede constituir violación de los deberes conyugales, a menos que el comportamiento de vida adoptado por el cónyuge haga intolerable, en concreto, la vida conyugal.

También a propósito de cuestiones que conciernen a la esfera individual, debemos recordar que la ley en ocasiones le atribuye a uno solo de los cónyuges el poder de tomar ciertas decisiones; por ejemplo, los artículos 5° y 12 de la Ley 194 de mayo 22 de 1978 le atribuyen de manera exclusiva a la mujer el derecho de interrumpir el embarazo, y le dan la facultad, no ya la obligación, de consultar al marido en cuanto “padre del concebido”. A lo sumo se trata de establecer si el ejercicio de la facultad de interrumpir el embarazo, sin la adhesión o contra la voluntad del marido, puede configurar razón de responsabilidad en sede de separación.

En cuanto a la definición de la dirección familiar, en doctrina hay una amplia gama de opiniones; sin embargo, casi todos los autores están de acuerdo en considerar que en la elección de la dirección familiar se incluyan aspectos de carácter tanto personal como económico. El primer inciso del artículo 144 del Código Civil se ocupa del criterio al que deben atenerse los cónyuges al determinar la dirección de la vida familiar, allí donde establece que ellos deberán tener en cuenta “las necesidades de ambos” y “aquellas predominantes de la familia”. A primera vista se podría pensar en una reformulación de teorías que hacen énfasis en una concepción institucional de la familia; sin embargo, en contraste con esta interpretación, la doctrina más advertida ha observado que las dos hipótesis examinadas, si bien se encuentran aparentemente en conflicto —puesto que mientras la primera implica un deber de solidaridad recíproca (las necesidades de ambos), la segunda “parece identificar en el grupo en sí el portador de necesidades que no se pueden confundir con los individuos”—, deben interpretarse en el sentido que el interés de la familia no es otro que el de los individuos que hacen parte de ella, y por tanto no se puede considerar superior y distinto del de sus componentes.

De tal manera que, bien visto, el sistema actual, al equilibrar las razones del grupo con el derecho de los diferentes miembros, termina en esencia por acoger una visión privada e individualista de las relaciones familiares. En efecto, debe tenerse presente que, no obstante las repetidas llamadas a la necesidades “predominantes” de la familia, el ordenamiento, en la disciplina de la secuencia separación-divorcio, permite que cada uno de los cónyuges, de manera unilateral y aun contra la voluntad del otro, pueda poner término a la unión matrimonial sin que emerjan responsabilidades personales. Precisamente, la libertad sustancial de realizar siempre y en cualquier caso la separación, a la que sigue automáticamente el divorcio, hace de hecho vanos los llamados del legislador a las necesidades de la familia y acaso también frustra el precepto constitucional de la unidad, pero al mismo tiempo representa el punto más alto en la aparición de un nuevo modelo de familia, opuesto por completo al institucional.

No podemos no preguntarnos si el legislador es “leal” cuando, en el artículo 107 del Código Civil, le impone al funcionario que celebra el matrimonio que lea a los esposos los artículos 143, 144 y 147 C. C., pero no los artículos 150 y 151 C. C. y 1° y 3° de la Ley 898 de 1970.

El examen de las orientaciones que se han formado en materia de violación del deber de asistencia moral y material y del deber de colaboración confirma la consideración predominante —en el ámbito del derecho vivo— de los intereses

individuales de los cónyuges. Los deberes de asistencia y de colaboración tienen un contenido muy amplio pero a menudo sus límites son imprecisos: el primero implica los valores de ayuda, sostén y protección recíprocos, y adquiere diferente importancia en la relación individual y en el más amplio contexto doméstico, como «cooperación para un fin común no, o no siempre, inmanente en la relación entre cónyuges». En cuanto a su violación, se debe precisar que muchos comportamientos que hoy se pueden reconducir a ese ámbito se consideraban otros tantos aspectos de la injuria; bajo esta, en el sistema anterior, se subsumían no solo los comportamientos ofensivos para el decoro y el honor, sino más en general toda conducta en contraste con los vínculos de afecto, respeto y asistencia que deben subsistir entre cónyuges. Los jueces han identificado una violación de la obligación de asistencia en el comportamiento del cónyuge frío, que rechaza al otro, carente de toda manifestación de afecto; también se considera relevante para fines de la responsabilidad el comportamiento injurioso o violento, si se traduce en una situación patológica tal que crea distancia y ajenidad entre los cónyuges, haciendo intolerable la prosecución de la convivencia. Más discutido es si constituye violación del deber de asistencia moral el rechazo del así llamado deber conyugal, es decir el negarse injustificadamente a las relaciones íntimas; si en el pasado constituía un caso de injuria grave (e incluso fuente de responsabilidad penal según el art. 570 C. P.), hoy resulta predominante la necesidad de garantizar la dignidad y el respeto de la personalidad del individuo: por lo tanto, el cónyuge no puede verse privado, respecto del otro, de la facultad de disponer de su propio cuerpo, y conserva la propia libertad de rechazar las relaciones sexuales.

Se ha planteado asimismo la cuestión de si constituye un caso de violación de la obligación de asistencia moral la demanda de separación interpuesta por uno de los cónyuges en razón de la grave enfermedad mental del otro, invocada como causa que determina la imposibilidad de la convivencia. La jurisprudencia siempre había considerado en el pasado que las graves condiciones físicas o mentales del cónyuge no podían legitimar un pronunciamiento de separación, en vista de la ausencia del elemento de culpa. La perspectiva cambia con la entrada en vigor de la reforma del 75, tras la cual no cabe duda que la enfermedad puede hacer intolerable proseguir la convivencia. La cuestión es, sin embargo, establecer si la demanda de separación representa una violación de la obligación de asistencia y, por tanto, si legitima una providencia de responsabilidad. Considérese que, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente, la responsabilidad no puede fundarse en la mera inobservancia de los deberes que el artículo 143 c. c. le establece a los cónyuges, sino que el juez tiene que verificar la incidencia efectiva de la violación en la creación de la situación intolerable para la convivencia o de grave perjuicio para la educación de la prole: de ello se deriva que, si es verdad que en una situación de grave estado de enfermedad mental de uno de los cónyuges el deber de asistencia adquiere una connotación más fuerte, es asimismo cierto que la violación de este deber no puede considerarse en sí misma, sino que debe conectarse al hecho objetivo del carácter intolerable de la convivencia. Desde este punto de vista, «el grave estado de enfermedad mental de uno de los cónyuges puede constituir, por las modalidades en que se manifiesta y por las implicaciones para la vida de los otros miembros del núcleo familiar, un elemento de alteración del equilibrio conyugal tan grave como para determinar la imposibilidad objetiva de proseguir la convivencia». Por ello, según los jueces,

para la responsabilidad es necesario valorar si la conducta del cónyuge se fundamenta en un mero rechazo del compromiso de solidaridad o constituye más bien una toma de conciencia respecto de la insuperable y ya desarrollada situación de imposibilidad de la convivencia, puesto que solo en el primer caso el comportamiento adoptado puede constituir una conducta violadora de la obligación de asistencia moral y ser el presupuesto para la responsabilidad.

En otras sentencias se ha enfrentado el problema desde la perspectiva contraria: es decir, se ha planteado la pregunta de si la enfermedad mental del cónyuge y el comportamiento consiguiente puede constituir motivo de responsabilidad de la separación. Según la orientación prevaleciente tanto en doctrina como en jurisprudencia, esta no puede constituir motivo de responsabilidad, puesto que el concepto de responsabilidad de la separación presupone el de la imputabilidad, es decir el de la posibilidad de conectar ciertos actos al comportamiento voluntario de una persona capaz de goce y disposición.

A propósito de la violación de los deberes que se examinan también se ha discutido si el cambio de confesión religiosa de uno de los cónyuges, que ponga en crisis el matrimonio, constituye motivo de responsabilidad de la separación, así como de exclusión de la asignación de los hijos menores al convertido. La orientación de la doctrina y de la jurisprudencia es, a este respecto, unánime: el contraste entre diferentes confesiones, así como entre diferentes concepciones filosóficas y existenciales, no puede tener relevancia como motivo de responsabilidad, en cuanto se conecta con el ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados (art. 19 const.). Si acaso es posible hablar de responsabilidad en el caso en que se quiera imponer la nueva religión o el propio pensamiento de tal manera que se agreda al otro cónyuge y se lesione el desarrollo de su personalidad; en efecto, en una sentencia reciente los jueces afirman que el cambio de confesión «no es relevante mientras no supere los límites de compatibilidad con los deberes simultáneos de cónyuge o de padre, como consecuencia de las formas de comportamiento adoptadas».

La cuestión de la asignación de divorcio, que se aproxima cada vez más a un subsidio de naturaleza alimentaria, confirma asimismo que el *status* matrimonial, una vez extinguido, agota sus propios efectos también en el plano de las expectativas: como lo ha decidido la Corte de Casación, «el matrimonio no puede constituir una renta de posición».

Esta breve reseña confirma la constante atención de la jurisprudencia hacia los aspectos individuales y de tutela de la persona del cónyuge, cuyos derechos no tienen una limitación sustancial ni respecto de los del otro cónyuge ni de la condición matrimonial de ambos. La posición legislativa y la jurisprudencial son signo de una tendencia del derecho a retirarse de la relación de los cónyuges y a entregar en las manos de los interesados el poder de ponerle fin y, más en general, de regular sus derechos y obligaciones recíprocos. Bien visto, también el continuo reconocimiento de la convivencia de hecho atestigua una transformación en la orientación, en el sentido de que el matrimonio ya no aparece como el presupuesto indispensable para la configuración, en el plano social y jurídico, de una estructura familiar; desde este ángulo es significativa en especial la equiparación prácticamente total de las relaciones entre padres e hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. Se puede decir que el carácter social del matrimonio se ve de hecho puesto en discusión, y que el verdadero objeto del matrimonio es la satisfacción de las necesidades afectivas de los cónyuges. El

amor conyugal es la esencia misma del matrimonio; de tal modo que, como alguien ha escrito, puesto que el amor no admite que se le obligue y reglamente, tampoco puede haber regla jurídica alguna para la vida matrimonial.

* * *

EN ESTE CONTEXTO se entiende que resulte insuficiente la secuencia procesal separación-divorcio, que le impone a las partes procesos agotadores y costosos. Y ello más aún a la luz del auspiciado incremento de las investigaciones judiciales relativas a la asignación de los hijos, al que nos referiremos en seguida. Se podría pensar en la supresión de la separación o, preferiblemente, en una unificación de los procesos, en el sentido de permitirle al cónyuge demandado con miras a la separación pedir un pronunciamiento de divorcio (Cipriani).

Y también se comprende lo problemático de la determinación de la compensación de separación y de divorcio, que oscila entre formas de *clean break* y finalidades de indemnización y resarcimiento.

Como se sabe, tras la reforma del 87 la doctrina, que se ha debatido entre las necesidades contrapuestas de proteger al cónyuge económicamente más débil —que tras el divorcio se podría encontrar sin los medios indispensables para enfrentar las necesidades vitales— y, al mismo tiempo, evitar que del divorcio surjan situaciones de renta parasitaria, se ha dividido en relación con la *ratio* misma de la figura. Y así, aquella parte de la doctrina que identifica el fundamento de la compensación en la subsistencia de un deber de solidaridad entre los cónyuges pese a la intervención del divorcio termina por atribuirle a la mismo una función que la sitúa en un plano esencialmente análogo al de la mesada de mantenimiento o de alimentos que se debe de conformidad con el inciso 1° del artículo 156 del Código Civil: la compensación debe remediar el estado de necesidad del ex cónyuge entendido sin embargo, según esta orientación, como idoneidad para mantener el nivel de vida matrimonial; de acuerdo con la otra parte de la doctrina, por el contrario, una vez disuelto el vínculo no sobrevive ningún nexo entre los ex cónyuges en razón del matrimonio: en efecto, la denominada solidaridad post conyugal se entiende, es verdad, como garantía de tutela del cónyuge más débil, pero en un cuadro marcado por la desaparición de la participación de un cónyuge en los asuntos económicos que inciden en la esfera del otro, de tal manera que “la adecuación” de los medios se debe entender como la capacidad del cónyuge de responder por sí mismo a sus necesidades vitales en el respeto de las aptitudes y tendencias personales, mientras la carencia de estos le impone al cónyuge obligado suministrarle al otro lo necesario para devenir autónomo económicamente, sin posibilidad de referencia alguna al nivel de vida anterior.

Desde este punto de vista el contraste se ha producido también a nivel jurisprudencial.

Hay que decir que del análisis de la jurisprudencia anterior a la reforma del 87 emerge que la referencia a las condiciones de los cónyuges o a las razones de la decisión implica que la existencia de un estado de necesidad propiamente dicho nunca se ha considerado un elemento indispensable para el *si* y el *quantum* de la compensación.

La atribución de esta se veía condicionada por la existencia de un notable desequilibrio económico en que el cónyuge más débil se encontraba como consecuencia de la disolución del matrimonio, y este desequilibrio era relevante

a la luz del nivel de vida de que había gozado aquel durante el matrimonio, y por lo tanto también con independencia de que el cónyuge que pretendía obtener la asignación estuviera dotado de medios de subsistencia propios.

Este planteamiento condujo a valorizar la idea de una suerte de indisolubilidad patrimonial del matrimonio, puesto que la compensación, desde este punto de vista, tenía que asegurarle a las partes la misma situación económica en que se habrían encontrado de no haberse disuelto el matrimonio, con el riesgo, por lo demás, de mal interpretar el verdadero fin de la compensación de divorcio, es decir el de estimular a ambos cónyuges a crearse una existencia “postmatrimonial” autónoma.

Tras la reforma del 87 el contraste entre los jueces hizo necesaria la intervención de la sala plena de la Corte de Casación: en efecto, de acuerdo con una primera orientación, los medios se consideran adecuados solo si le permiten al cónyuge un nivel de vida semejante al que tenía durante el matrimonio, con la consecuencia de que el juez, en caso de establecer la adecuación de los medios del solicitante, que comprenden tanto las rentas como las fuentes patrimoniales —que si bien no producen renta pueden satisfacer las necesidades del propietario a través de su enajenación—, debe rechazar la demanda de compensación sin la obligación de examinar todos los demás elementos indicados en la norma. La otra orientación, más restrictiva, considera por el contrario que tras la reforma del divorcio, para fines de la atribución de la compensación, debe ser decisiva la autonomía económica del demandante, en el sentido que el otro cónyuge está obligado a ayudarlo solo con el fin de suplir la carencia de medios consiguiente a la disolución del matrimonio, carencia que se deberá valorar en relación con un modelo de vida económicamente autónomo y digno, según se configure en cada caso a la luz de la conciencia social. En la práctica, tras la disolución de todo nexo entre los cónyuges como consecuencia del divorcio, la obligación de asistencia residual estaría limitada, de acuerdo con esta tesis, a un deber de socorro en caso de necesidad. La sala plena de la Corte de Casación, al intervenir para componer este contraste, si bien apoyando formalmente la primera orientación, se preocupó sobre todo por mediar entre las dos tendencias contrapuestas. En efecto, tras acoger la tesis del denominado nivel de vida “paraconyugal” y rechazar por tanto el concepto de “mantenimiento digno y autónomo”, declaró sin embargo que en determinados casos se puede desactivar la malla normativa y utilizar solo algunos de los criterios de cuantificación allí previstos, y en especial la incidencia negativa de algunos de ellos, como la brevedad del matrimonio, con la consecuencia de que “en la determinación concreta de la compensación el nivel prefijado en sede de *an debeatur* puede ser redimensionado e incluso anulado”.

* * *

LA REFORMA INTERVINO profundamente también en materia de relaciones padre-hijo, acogiendo una pedagogía atenta a las necesidades individuales del menor y dejando que emerjan tendencias hacia la privatización: la ley, si bien conserva la vieja terminología de la “potestad”, al referirse a las capacidades, inclinaciones y aspiraciones del menor —en una palabra: su personalidad y subjetividad específicas e irrepetibles— y al abandonar la referencia a parámetros objetivos extrínsecos —los principios de la moral— le asigna a los padres la tarea de ocuparse del hijo con el fin de que este le dé forma a la estructura de su propia personalidad, y ya no la de conformar su personalidad —desde lo alto de una autoridad omnipotente y mortificadora— con modelos abstractos de comportamiento, más o menos generalmente compartidos.

Es interesante, asimismo, observar que la disciplina de la potestad es esencialmente la misma en materia de filiación legítima y natural, en caso de convivencia de los padres (art. 317 bis, inc. 2° C.C.): este hecho confirma la inesencialidad del matrimonio respecto de la relación de filiación, disciplinada por sí misma.

El nuevo curso emprendido por el legislador, que renuncia a una disciplina jerárquica al interior de la familia, “liberando” a los cónyuges así como la personalidad de los hijos, ha sido aprobado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que han insistido en el reconocimiento en cabeza del menor de derechos de libertad religiosa, ideológica, social y sexual, derechos que debe tener en cuenta el poder-deber de los padres; en efecto, se ha decidido que «toda vez que se manifieste un contraste entre padres e hijo en edad de razonar se debe considerar que la conducta de aquellos es perjudicial para este si se le impide al menor orientarse consciente y libremente y proceder de acuerdo con sus propios criterios para la realización de un proyecto personal de vida, expresado en el contexto de principios constitucionales que consagran las libertades fundamentales así como los derechos inviolables del hombre».

III. CRISIS CONYUGAL, DERECHOS DEL MENOR E INTERVENCIÓN PÚBLICA

LA SITUACIÓN QUE EMERGE se puede resumir en su conjunto como sigue: la estabilidad de la familia está en manos de los cónyuges o *partners*, el derecho no establece reglas para garantizarla contra la voluntad de los interesados. El derecho de los padres, sin embargo, no puede comprometer el de los hijos a una educación adecuada: como lo anota el sociólogo, “emerge un derecho subjetivo antes inexistente, porque –precisamente– se consideraba materia privada, pero, además, este adquiere relevancia pública, es legitimado y hecho propio por el Estado en cuanto tal, que se compromete a realizarlo en la práctica” (P. Donati).

Esta observación tiene una confirmación significativa en la investigación del comparatista.

A manera de ejemplo, en Inglaterra se han adoptado en los últimos años dos textos legales tendientes a ofrecer una protección más adecuada de los derechos de los menores. Se trata del *Children Act* de 1989 y del *Children Support Act* de 1991. El primero subraya la responsabilidad de los padres e introduce los instrumentos públicos para que los intereses del menor tengan una realidad efectiva. El segundo tiene por objeto la tutela efectiva de las obligaciones de mantenimiento que se derivan del divorcio de los padres, atribuida a una agencia *ad hoc* dotada de poderes sumamente amplios. En Alemania también, tras la reforma de 1979, el ordenamiento se expresa en términos de “cuidado” y ya no de potestad, y se prevén intervenciones públicas para la tutela del menor.

En Italia el debate, en los últimos tiempos, en especial en la sede parlamentaria, se ha desarrollado alrededor de los temas del derecho del menor, que parece estar destinado a una reforma integral de marca fuertemente intervencionista, según orientaciones ya afirmadas en otros ordenamientos.

En el curso de la legislatura se han presentado, y en parte han sido examinadas a nivel de comisión, muy numerosas propuestas de ley contentivas de modificaciones del Código Civil en materia de separación de los cónyuges y asignación de los hijos.

Por lo que hace a las relaciones entre los cónyuges, la reforma de mayor alcance es aquella que se propone derogar la imputación de responsabilidad en la separación judicial, por considerarla incoherente con la disciplina de la separación conforme a su reforma de 1975. Se trata de una evidente señal de la afirmación de un “derecho” de cada cónyuge a ponerle fin, sin sanción alguna, a la relación matrimonial.

Pero las modificaciones con seguridad más importantes son las que se refieren a la asignación de los hijos: en casi todas las propuestas presentadas se quiere generalizar la figura de la asignación sobre el presupuesto de que «el menor tiene derecho a mantener una relación equilibrada con ambos padres y a recibir cuidados, educación e instrucción de cada uno de ellos, también tras la separación personal de estos, la disolución, la anulación o la cesación de los efectos civiles del matrimonio». El énfasis se hace, como es evidente, en el derecho subjetivo de los hijos a la asignación conjunta, que se debe situar en el ámbito de los derechos de la personalidad; por el contrario, para cada uno de los padres la presencia en la vida de los hijos ya no es una facultad, sino un derecho-deber para el cual se prevé una tutela y del cual no es posible sustraerse, a tal punto que la mayor parte de los proyectos prevén un resarcimiento del daño a cargo del padre y en favor de los hijos cuando se haya lesionado el derecho de estos a la asignación conjunta.

Los proponentes se muestran conscientes de las dificultades que ha encontrado la figura, ya prevista en la ley sobre el divorcio; por ello se propone “reformularla” en primer lugar a través de la asistencia de consultores especializados en mediación familiar, quienes tienen la tarea tanto de intentar una reconciliación como de acordar, en especial y tras convocar a todo el grupo familiar, incluidos los hijos si tienen una edad superior a los diez años, “las nuevas modalidades de vida”. Nótese que si el esfuerzo de conciliación no tiene éxito las modalidades de realización de la asignación se deberán determinar por el juez sobre la base de los criterios legales. De esta manera el juez mismo podrá establecer las ocasiones de encuentro con el padre no conviviente y de permanencia con este, así como disciplinar para cada uno de los padres las modalidades de mantenimiento “de manera directa y por capítulos de gasto” en medida proporcional a sus ingresos. La centralidad de los intereses del menor es tal que se prevé el compromiso de los padres «a establecer y mantener su domicilio, a menos que se presenten impedimentos graves y comprobados, en habitaciones de fácil acceso recíproco».

Es interesante observar que, de acuerdo con todos los proyectos que están siendo examinados, la disciplina de la separación por lo que hace a la asignación de los hijos deberá tener aplicación también respecto de los hijos de padres no unidos en matrimonio: se trata de otra clara señal de la tendencia a la irrelevancia del vínculo matrimonial, que por una parte se puede disolver por iniciativa de cada cónyuge y por otra resulta carente de efectos desde el punto de vista de los hijos.

No cabe duda que la perspectiva ha cambiado radicalmente frente a la que inspiró las grandes reformas de los años 70. Se ha tornado evidente que las relaciones familiares no pueden vivirse exclusivamente en términos de libertades individuales, sino que el ejercicio de las prerrogativas de los adultos —que por supuesto no se quiere poner en tela de juicio— se deben conjugar en todo caso con los derechos de los menores y en especial con el derecho a las dos figuras paternas. Ciertamente en el plano de las ideas y de los valores resultan comprensibles las preocupaciones del legislador: es más dudosa la cuestión de si

las relaciones se pueden plantear en términos de derechos subjetivos y de obligaciones, cuya satisfacción se sanciona también patrimonialmente, y, más aún, si las normas que se quiere introducir pueden llegar a tener una aplicación efectiva, en vista de la actual estructura judicial y de la escasez de recursos disponibles para intervenciones de *welfare*.

* * *

LA TUTELA DEL MENOR no se limita a la fase patológica y de disgregación del núcleo familiar. A este respecto se debe mencionar, en efecto, el proyecto de ley 1713 contentivo de “Normas para la tutela y el desarrollo de sujetos en edad evolutiva”, presentado a la Cámara de diputados en mayo 9 de 1996 y actualmente sometido al examen, tras la deliberación de una parte de él en noviembre de 1997, de la Comisión de justicia en calidad de referente.

Para el desarrollo de nuestro tema es preferible pasar al examen del proyecto según su tenor original. La materia de que se trata resulta heterogénea, si bien unificada por la figura del menor; por lo demás, es característico del derecho de menores ser “interdisciplinario”, casi una suerte de ordenamiento que se sitúa al lado del de los adultos.

Los 125 artículos del proyecto se subdividen como sigue: título I, “Disposiciones generales”, a su vez subdividido en dos capítulos: “Derechos fundamentales de los sujetos en edad evolutiva” (arts. 1° a 5°) y “Principios fundamentales en materia de derechos de los menores conforme al artículo 117 constitucional” (arts. 6° a 28, ordenados a su turno en siete secciones); título II, “Tutela civil de los derechos del menor” (arts. 29 a 70), subdividido en siete capítulos; título III, “Tutela penal del menor” (arts. 71 a 89); título IV, “Tribunal de menores” (arts. 90 a 113), subdividido en tres capítulos que regulan la “Organización”, la “Competencia” y los “Procedimientos”; título V, “Organización del comité para el bienestar de la infancia” (arts. 114 a 117); título VI, “Observatorios de la condición de la infancia y de la adolescencia” (arts. 118 a 125).

Resultan de especial importancia los títulos I y II, cuyo contenido, si llegare a convertirse en ley, determinaría una profunda transformación en la perspectiva del ordenamiento jurídico en materia de menores.

El proyecto enuncia en primer lugar el carácter de los derechos fundamentales de los sujetos en edad evolutiva que se compendian en el “derecho general al crecimiento formativo y educativo, expresamente reconocido y que se debe respetar, realizar y promover por parte de los organismos del Estado y de las demás instituciones, por las comunidades locales y por los establecimientos de educación públicos y privados, así como por todos los componentes de la sociedad que deben comprometerse con el desarrollo humano adecuado y normal de quienes se asoman a la vida social y de las generaciones futuras” (art. 1°, inc. 2°).

El artículo 2°, titulado “Derechos del ciudadano menor” —ciertamente sería más apropiado referirse a la *persona* y no al *ciudadano*— establece una regla de importancia, ya anticipada por vía interpretativa por la doctrina más sensible, es decir la de que «el menor debe gozar efectivamente de los derechos y de las libertades constitucionalmente reconocidos a todo ciudadano». Solo se pueden prever —¿por la ley?— eventuales limitaciones al ejercicio de tales derechos y libertades en función de la protección del proceso formativo normal y en estrecha conexión con el nivel de madurez psico-física alcanzado por el menor. El papel “activo” del menor se precisa en las disposiciones enunciadas en los artículos 3° a

5°, que entre otras contemplan un derecho-deber de participación activa «en la vida social y en la vida de la comunidad familiar, de la comunidad escolar y de la comunidad territorial», y una obligación de los adultos y de sus instituciones de perseguir el interés de los sujetos en edad evolutiva en el proceso de desarrollo y de socialización (arts. 3°, inc. 2°, y 4°). Por último, se enuncia el derecho del menor a manifestar libremente su pensamiento sobre las cuestiones que le conciernen, y se prevé de manera expresa que «en los procedimientos judiciales y administrativos que se refieren a menores que hayan cumplido los doce años o, de ser oportuno, incluso de edad inferior, estos deben ser oídos según modalidades y formas que permitan apreciar su verdadero pensamiento, sin perturbarlos».

De manera que nos encontramos ante un gran compromiso público, no solo económico, para la realización de los derechos del menor, y ello cuando parece que la familia ha perdido su papel educativo exclusivo, y que el aparato público está llamado, más que a sostenerla, a remplazarla en el desempeño de la tarea educativa: una suerte de hacerse cargo del menor. El proyecto contiene una renovada disciplina del *status* familiar (arts. 29 a 38), que podemos dejar de lado, mientras que es preciso detenerse a considerar las disposiciones relativas a la relación padres-hijos. Las primeras disposiciones se dictan sobre el tema de la asignación de los hijos en caso de separación; estas contemplan la modificación del artículo 155 del Código Civil mediante la inclusión de un nuevo inciso, del siguiente tenor: «El juez puede asegurar que se mantengan las relaciones afectivas y significativas del menor con todo el ámbito familiar y una relación equilibrada e ininterrumpida con ambos padres, aun a través de la asignación conjunta de la potestad paterna»; la ingenuidad de la formulación —que prospecta la improbable figura de un juez que dispensa bienestar familiar, mediante la asignación conjunta— se acompaña de la aparentemente escasa conciencia de las críticas de que ya ha sido objeto la figura.

El teorema del sociólogo parece tener su demostración: por una parte la inestabilidad de la pareja de padres requiere de una suplencia pública; por otra, el menor se yergue como individuo, titular de derechos frente a los padres y a lo público, decididamente interesado en satisfacerlos.

Cabe preguntarse si la política del derecho presente en la base de estas orientaciones es la única posible para enfrentar las conocidas carencias de la institución familiar y de las entidades sociales a las que se les confiaba en el pasado la función educativa, y si el diseño constitucional según el cual «la República facilita con medidas económicas y otros instrumentos la formación de la familia y el cumplimiento de las tareas respectivas» (art. 31) es aún de actualidad.

IV. DERECHOS DEL MENOR Y RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES

EL PROYECTO QUE SE examina prevé una reforma de la regla en materia de potestad de los padres que, siguiendo el ejemplo alemán, es rebautizada como “responsabilidad de los padres”. Se trata de verificar si a la modificación lexical le corresponde una diferente estructura de la figura, que, como hemos dicho, ya había presentado una importante transformación en 1975. El proyecto (art. 42), al reescribir el artículo 315 del Código Civil, insiste en el pleno reconocimiento de la centralidad de los derechos y de las necesidades del menor respecto de los poderes del padre: «Es responsabilidad de los padres realizar las tareas indicadas

en el artículo 147 protegiendo al hijo, sosteniéndolo en su proceso formativo, asegurándole y tutelando su seguridad, su salud y su moralidad, promoviendo su bienestar psico-físico y la adquisición progresiva de la autonomía. Para tal fin ellos tienen el derecho-deber de tenerlo cerca de sí. Para realizar en forma cabal estos deberes se les confiere la potestad paterna». No carece de sentido que la norma preceda a la que originalmente abría el título IX disponiendo, con una entonación vagamente bíblica, el deber del hijo, en cualquier edad, de honrar y respetar a los padres; norma ya atenuada con ocasión de la reforma y posteriormente reescrita en el proyecto de ley en sentido comunitario (art. 43 del proyecto).

El modelo legal es entonces el de un padre solícito, protector y no irrespetuoso de la esfera del hijo, atento a la adquisición progresiva de la autonomía por parte de este.

Al parecer una transformación radical de la perspectiva inspira las disposiciones que se proponen remplazar los actuales artículos 330 (que debería ser derogado), 332 y 333 del Código Civil, normas apenas retocadas con ocasión de la reforma y que reflejan aún una concepción sancionadora a cargo de los padres. El proyecto (arts. 44 a 51) hace énfasis en la objetividad de la situación del menor: «si los deberes a que se refiere el artículo 315 se ven descuidados o si las condiciones de desarrollo psico-físico del menor se ven comprometidas el juez interviene para proteger al menor» tratando «de obtener la adhesión de los padres a la medida propuesta». En cuanto a los posibles proveimientos (art. 46) se va desde la intervención de asistencia y sostén a la familia, pasando por la prescripción “de comportamientos que los padres deben observar frente a los hijos”, si es el caso subordinando la permanencia del menor junto a los padres al cumplimiento por parte de estos de las prescripciones establecidas, por diferentes formas de alejamiento del menor y de asignación a los parientes, a terceros o a los servicios sociales, por la “privación” de la responsabilidad paterna y de la consiguiente potestad, hasta la apertura del procedimiento de adopción.

Nos parece que la transformación de la perspectiva es notable; aquí el juez, “en el interés del menor”, puede sustituirse al padre, ordenando de autoridad determinados comportamientos y valiéndose de muy amplios poderes de asignación y de alejamiento del menor, mucho más allá de la lógica de sancionar una “conducta perjudicial”.

Siempre en el plano de la afirmación de los derechos del menor, es significativa la propuesta de derogar el artículo 318 del Código Civil que dispone la prohibición del menor de abandonar, sin permiso, la casa de los padres o la habitación que se le ha designado. No resulta claro si este poder de los padres se debe en todo caso reconducir al concepto mismo de potestad, o si por el contrario –lo que parece improbable– se ha querido desvincular al hijo de la obligación en cuestión.

En vista de los intereses del hijo, el tribunal de menores puede, además, proceder al nombramiento de un asistente para la protección del menor que se encuentre en una situación tal que comprometa su proceso armónico de crecimiento. Las funciones del asistente, de sostén y colaboración con los padres, se indican en el artículo 57 que dicta el texto del nuevo artículo 359 del Código Civil, norma que en el pasado disciplinaba la mala conducta del menor sujeto a tutela, previendo su conducción a un instituto correccional. Nos parece que la comparación entre estas dos disposiciones sirve, mejor que muchas palabras, para poner en claro la profunda transformación de la política de menores que se

va configurando, y que exige de los padres comportamientos y actitudes que el lenguaje normativo, por su naturaleza preceptiva, tiene dificultad en lograr expresar de manera adecuada.

V. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Sobre las posibles reformas del derecho de familia: cfr. por ej. CIPRIANI. “Abrogazione della separazione coniugale”, en *Rivista di diritto di famiglia*, 1997, p. 1103. En relación con la disciplina de la comunión, exponentes políticos calificados han expresado recientemente la opinión de su superabundancia respecto de la realidad familiar en la actualidad. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema adoptó desde hace tiempo criterios reductivos. Al respecto cfr. SESTA. *Lezioni di diritto di famiglia*, nueva ed., Padova, 1997, p. 164; QUADRI. “L’oggetto della comunione legale tra coniugi: i beni in comunione immediata”, en *Famiglia e diritto*, 1996, p. 177; RUSSO. “Nuove considerazioni sull’oggetto della comunione legale”, en *Diritto di famiglia*, 1997, p. 1106, y en especial 1111, donde se observa la tendencia al “predominio del rechazo del régimen de comunión legal por parte del cuerpo social, y a su restricción a situaciones familiares en que no se presenten intereses económicos de importancia”.

Sobre las reflexiones sociológicas: DONATI. *La famiglia come relazione sociale*, Milano, 1983, p. 33; BARBAGLI, *Sotto lo stesso tetto. Mutamenti della famiglia in Italia dal XV al XX secolo*, 2ª ed., Bologna, 1988; DEL MISMO, *Provando e riprovando. Matrimonio, famiglia e divorzio in Italia e in altri paesi occidentali*, Bologna, 1990; DE GIORGIO. “Raccontare un matrimonio moderno”, en DE GIORGIO Y KLAUSCH-ZUBER, *Storia del matrimonio*, Roma-Bari, 1996, p. 307; POCAR-RONFANI. *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 1998; BOCCHINI, “Tra persona e famiglia, un sofferto itinerario”, en *Famiglia e diritto*, 1998, p. 91.

Sobre las características del derecho de familia anterior a la reforma: SESTA. “Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, recopilados por TARELLO, VI, Bologna, 1976, p. 443; RESCIGNO. “Gli scritti di Giuseppe Osti”, en OSTI. *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, p. IX; CICU. *Il diritto di famiglia, Teoria generale*, 1914, reimpresión con “Lectura” de SESTA, Bologna, 1978; SESTA, “Presentazione”, en *Per i cinquant’anni del codice civile*, Milano, 1994, p. 49; RESCIGNO. “Il matrimonio in generale e i problemi di validità”, en *La riforma del diritto di famiglia. Atti del II Convegno di Venezia*, Padova, 1972, p. 24. La cuestión del divorcio se había planteado ya desde finales del siglo pasado: cfr. AQUARONE. *L’unificazione legislativa ed i codici del 1865*, Milano, 1961, p. 40; MARONGIU. “Divorzio (storia)”, en *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIII, Milano, 1964, pp. 482 ss., a cuya extensa bibliografía se remite; FIORE. “La vicenda del divorzio in Italia nei progetti di legge”, en *Studi sul divorzio*, Padova, 1972, pp. 13 ss.; UNGARI. *Il diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1970, p. 192. Sobre el deber de fidelidad cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sent. 127, diciembre 19 de 1968, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, II, p. 2176, con nota de GIANZI, y, respecto de la derogatoria del delito de adulterio, *ibidem*. Sobre el *favor legitimitatis* cfr. CORTE DE APELACIÓN DE FLORENCIA, abril 12 de 1949, en *Mon. Trib.*, 1949, p. 293. Al respecto, crítico, CICU. “Impugnativa di paternità di figlio mulatto”, en *Rivista trimestrale di diritto procedurale civile*, 1950, p. 246.

Sobre los motivos y las características del derecho de familia reformado: DONATI. “Una valutazione sociologica del nuovo diritto di famiglia in Italia”, en *Sociologia della famiglia*, Bologna, 1978; DEL MISMO, *La famiglia come relazione sociale*, cit., p. 45; SANTOSUOSSO. “Il matrimonio”, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por BIGIAMI, Torino, 1987, p. 223, según el cual el acuerdo es “el criterio de fondo que debe inspirar todo el comportamiento de los cónyuges”; PARADISO. *La comunità familiare*, Milano, 1984, p. 168; ZATTI. “I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi”, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por RESCIGNO, 3, II, Torino, 1982. Sobre la coordinación entre derechos individuales del cónyuge y regla del acuerdo cfr. CORTE DE CASACIÓN, sent. 4892, agosto 9 de 1988, en *Diritto di famiglia*, 1988, p. 1672, en donde –a propósito de la libertad de confesión religiosa– se precisa que “sin embargo es necesario establecer si los comportamientos adoptados han implicado en concreto la violación de los deberes que se derivan del matrimonio, respecto del cónyuge o de laprole, de tal manera que se torne intolerable la convivencia conyugal”; de acuerdo, últimamente, Corte de Casación, sent. 1401, febrero 7 de 1995, en *Corr. giur.*, 1995, p. 707, con nota de FERRARI. Sobre el derecho de la mujer embarazada de interrumpir el embarazo, CORTE CONSTITUCIONAL, sent. 389, marzo 31 de 1988, en *Giurisprudenza italiana*, 1988, I, 1, p. 1073, con nota de DE CUPIS. “L’aborto di donna coniugata”, en donde se afirma que la elección de “dejar a la mujer como única responsable de la decisión de interrumpir el embarazo constituye el fruto de una elección político legislativa incuestionable de la Corte”.

Sobre la violación de los deberes conyugales: DOGLIOTTI. *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, p. 43; BOCCACCIO. “La malattia mentale del coniuge come causa di addebito nella separazione personale?”, en *Giurisprudenza italiana*, 1987, I, 2, 321; DOGLIOTTI. “Infermità mentale e diritto di famiglia”, en *Rivista trimestrale di diritto procedurale civile*, 1986, II, p. 1338; SANTOSUOSSO. *Il matrimonio, Commentario al codice civile*, Torino, 1981, p. 1010.

Sobre la asignación de divorcio: Corte de Casación, Sala Plena, sent. 11489, noviembre 29 de 1990, en *Foro italiano*, 1991, I, 67, con nota de V. CARBONE, “Urteildammerung: Una decisione crepuscolare (sull’assegno di divorzio)”; QUADRI. “Assegnazione e quantificazione dell’assegno di divorzio”, en *Rivista di diritto civile*, 1991, I, p. 125; CORTE DE CASACIÓN, sent. 9439, octubre 29 de 1996, en *Famiglia e diritto*, 1996, p. 508, con nota de V. CARBONE, “Matrimonio effimero: l’assegno non è dovuto”; QUADRI. “Rilevanza della durata del matrimonio in tema di assegno di divorzio”, en *Foro italiano*, 1997, I, 1542. En derecho comparado, en especial por lo que se refiere al denominado *clean break*, POCAR-RONFANI. *La famiglia e il diritto*, cit., p. 146; DOEK, FERRER, HEINRICH, NIELSEN, RUBELLIN DEVICHI, SLAUGHTER. “Relazioni”, en *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per l’Europa?*, *Atti del Convegno di studi tenutosi a Bologna il 17-18 aprile 1998*, en prensa.