

larización, del vaciado de sus contenidos institucionales y de su función instrumental que conducen a las uniones de hecho; para finalizar con la crisis de la unión matrimonial de hecho y su tratamiento procesal. Una elemental referencia a las jurisprudencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo imbuye al tratado eminente carácter práctico.

Los autores consignan rasgos definidores de las uniones de hecho matrimoniales: el carácter heterosexual de la pareja y la convivencia basada en una *affectio* semejante a la que concurre o se presume en el matrimonio, aunque el ánimo inicial de los convivientes se oponga a esta institución. Ello comportará una relación sexual, en un contexto de comunidad vital, de carácter exclusivo y con una dimensión de estabilidad y extensión temporal (p. 36).

Por último, cabe destacar que entre las propuestas y proyectos de tratamiento legislativo específico de las uniones de hecho en España, el libro contiene una especial referencia, *por su madurez y formalidad prelegislativa* (p. 79), a la regulación de las uniones de hecho en el proyecto de Código de Familia elaborado por la Generalitat de Catalunya.

MARÍA ÁNGELES FÉLIX BALLESTA

SCARDULLA, FRANCESCO: *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Giuffrè editore, Terza edizione, Milano, 1996, 921 pp.

Ya en la lejana primera edición de este volumen, Scardulla había oportunamente advertido sobre la necesidad de llevar a cabo ciertas modificaciones en las normas del Derecho de familia para acomodarlo a las nuevas exigencias de un contexto social que había cambiado radicalmente. Sus argumentos no pasaron desapercibidos en el ámbito judicial, recogándose en sentencias de la Corte constitucional y de la Corte de casación.

Pero fue la confluencia de importantes factores, como la promulgación de las Leyes núm. 898, de 1 de diciembre de 1970, y núm. 151, de 19 de marzo de 1975, lo que indujo al autor a añadir a la primera edición de su obra, titulada «*La separazione personale dei coniugi*», un apéndice sobre el divorcio, y a preparar una segunda edición, esta vez con un título análogo al que ahora comentamos, «*La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*». Esta tercera edición, claramente heredera de las anteriores, se presenta estructurada en tres partes. Tras una introducción en que se encuadran los institutos de la separación de los cónyuges y del divorcio a la luz de los principios generales que regulan la familia, Scardulla analiza, en primer lugar, las normas de derecho sustantivo sobre la separación personal; se ocupa, a continuación del divorcio, también en el plano sustantivo y, finalmente examina minuciosamente

los aspectos procesales con el rigor técnico que caracteriza una obra en la que se han recogido las más recientes modificaciones normativas. Un extenso índice analítico facilita la consulta sobre el caso concreto.

Como ocurre en tantos otros temas, para el jurista español también resulta útil acercarse a la regulación italiana en materia de relaciones de naturaleza familiar. La reforma en ambos países se ha basado, lógicamente, en la actuación de los principios constitucionales sobre matrimonio y familia, con la diferencia de que mientras en Italia la normativa es fruto de un paciente y laborioso trabajo de la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de varias décadas, el cambio en España fue repentino. Tras la promulgación de la Constitución de 1978, se reformó el Código civil mediante una nueva regulación del matrimonio y de los procedimientos de nulidad y separación, introduciéndose el divorcio (Ley 30/1981, de 7 de julio); se modificó la filiación, patria potestad y relaciones patrimoniales entre los cónyuges (Ley 11/1981, de 13 de mayo), y se operaron cambios en materia de tutela (Ley 20/1983, de 24 de octubre). Si bien estas reformas del Derecho de Familia eran necesarias, es claro que la precipitación –sobre todo cuando se trata de actualizar un Código– suele pagarse con errores técnicos en cuanto a su concordancia sistemática con el resto del Código.

El sistema italiano y el español presentan analogías en su orientación de fondo, expresadas sobre todo en principios constitucionales que han encontrado puntual actuación en la legislación ordinaria: del personalismo a la solidaridad familiar, a la libertad patrimonial, al principio del acuerdo entre los cónyuges. Sin embargo, si descendemos al detalle –y ahí radica en buena parte el interés de la obra que comentamos– se detectan divergencias a propósito, por ejemplo, de la diferente función del juez en la homologación de la separación consensual, acentuados en la regulación española sus poderes de intervención e, incluso, de sustitución de la voluntad de los cónyuges; no se prevén en nuestro país cláusulas de intolerabilidad o de dureza, quizás por la orientación del legislador español contra la separación judicial o el divorcio sancionadores: lo que asume relevancia es el cese efectivo de la convivencia. El principio de solidaridad –con la previsión de un deber de contribución– influye notablemente las relaciones patrimoniales en el ámbito de la separación y del divorcio en España; así como también, en el campo de las relaciones paternofiliales, nuestra regulación atribuye un más amplio poder de intervención al juez, en el ejercicio de dicha potestad por parte de los padres, con la regulación expresa del derecho de visita (art. 161 C. civil), el reconocimiento del ejercicio de los actos relativos a los derechos de la personalidad según «las condiciones de madurez del menor» (art. 162,1 C. civil)...

Veámoslo más detenidamente. El artículo 145 del Código civil italiano re-

gula la intervención del juez para dirimir el conflicto conyugal de manera bastante diversa a la dispuesta por el artículo 70 del Código civil español. Aquél extiende dicha intervención, tanto en fase de conciliación como de arbitraje, a los «affari essenziali» de la familia –entre los cuales figura expresamente la fijación de la residencia familiar, aunque abarca otros muchos aspectos–. Por el contrario en España la intervención del juez aparece limitada exclusivamente a la cuestión del domicilio familiar; el sistema español no legitima la intromisión del juez en los asuntos familiares, en cuanto la falta de acuerdo o el conflicto concierne a aspectos exquisitamente personales de la relación conyugal, dejando total libertad a los cónyuges en la tarea y responsabilidad de encontrar un *modus vivendi*.

Es conocida la contraposición entre concepción privatista y publicista del negocio familiar, atribuyendo la primera relevancia esencial y determinante al acuerdo entre los cónyuges –quedando la homologación relegada a *conditio iuris* de la eficacia del mismo–, y asignando la segunda una posición preeminente a la homologación respecto del consentimiento –que desempeña un papel de mero presupuesto de hecho–. En el ordenamiento italiano el acuerdo de separación constituye uno de los momentos más significativos de la negociación en el ámbito de la crisis conyugal, siendo el consentimiento el elemento perfeccionador de la reglamentación dictada por las propias partes para sus relaciones familiares en el tiempo subsiguiente a la separación. Sin embargo la regulación italiana difiere de la española en la función atribuida al juez de la homologación. La cuestión fundamental es la relación entre control del juez y consentimiento: el juez debe limitarse a constatar el consentimiento de las partes, atribuyéndose así relevancia a la distinción lógica y cronológica entre consentimiento a la separación y convenio o acuerdo regulador de sus efectos.

Según el artículo 151 del Código civil italiano (y también según el art. 81,1 del Código civil español) el convenio no debe contener indicación alguna acerca de la causa de la separación: rige el principio de la no injerencia del juez en lo que concierne al motivo de la crisis. El juez no puede pretender conocer ni, menos aún, entrar en las motivaciones de la decisión de los cónyuges en orden a la interrupción de su convivencia, aunque desempeña funciones de control sobre la «seriedad de consentimiento», si bien en el plano del mero acuerdo de separación. El artículo 90 del Código civil español atribuye al juez no sólo un poder de control sobre las cláusulas del convenio para verificar si son «dañosas para los hijos» o «gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges», sino que le confiere además un poder de sustitución de la voluntad de los cónyuges en las «medidas adoptadas por el juez en defecto de acuerdo». Difiere, pues, sensiblemente de la regulación italiana donde si bien el juez, en

el ejercicio de su poder de control, puede denegar la homologación, queda sin embargo excluida cualquier actividad sustitutiva por parte del mismo.

En cuanto a las causas de divorcio, el sistema español resulta bastante más complejo que el italiano, pues sería muy difícil dividir las causas inmediatas de divorcio entre las imputables al cónyuge y las que se fundan en el cese de la convivencia por un determinado tiempo, que es sustancialmente el sistema seguido por la Ley italiana. No existen tampoco en la regulación española las llamadas «cláusulas de dureza» dirigidas a bloquear, al menos temporalmente, el pronunciamiento de divorcio para evitar un grave perjuicio al otro cónyuge o a los hijos menores. Quizás la desconfianza pueda estar justificada por las frecuentes distorsiones a que dan lugar este tipo de cláusulas las cuales, sin embargo, si se utilizan correctamente desempeñan una útil función de tutela de los intereses del otro cónyuge o de los hijos menores. Se podría concluir que, desde esta perspectiva, el legislador español ha hecho primar la libertad sobre la solidaridad.

Sin embargo en el sistema español el principio de solidaridad despliega todo su vigor al analizar las consecuencias patrimoniales de la separación o del divorcio en lo relativo al cónyuge o a los hijos. Es peculiar la inexistencia de distinciones, a tal propósito, entre uno u otro instituto, así como la irrelevancia de la culpabilidad de uno de los cónyuges más allá del papel residual que ésta pueda desempeñar en el ámbito de la propia separación o divorcio.

En este sentido el sistema español parece más claro que el italiano. El principal elemento clarificador es la supervivencia, no sólo en la separación sino también en el divorcio, del deber de contribución, y en algunos casos no sólo si hay hijos. Tanto el artículo 90 C, del Código civil –convenio regulador– como el artículo 91, se refieren a la «contribución a las cargas del matrimonio», distinguiéndola de «los alimentos». Esta regla no encuentra específica previsión en la regulación italiana, aunque no sería difícil deducirla del principio constitucional de solidaridad familiar, al menos en presencia de hijos. Cuando no hay hijos menores ni explícita previsión en el pronunciamiento de divorcio, la jurisprudencia italiana se ha mostrado prevalentemente contraria a la misma.

Son estos algunos de los aspectos en que la normativa italiana y la española presentan divergencias. Tal vez por inercia cuando nos acercamos a la regulación jurídica de un instituto en otro ordenamiento, se manifiesta esa natural tendencia a la comparación, a cotejar las similitudes y, quizás sobre todo, a destacar las diferencias con la legislación propia; mucho más interesante, sin duda, aunque menos objetiva también, es la valoración de la trascendencia práctica de las distintas soluciones adoptadas. Es por ello una tarea reservada, en su caso, a la particular óptica de cada lector que cuenta en esta obra con una información exhaustiva y clara, reflejo del profundo conocimiento jurídico del autor.

El libro, en suma, se revela como un utilísimo instrumento para la práctica, pero también de apreciable manejo para el estudioso, ya que en ningún momento abdica de su carácter de manual. Resta tan sólo dar la bienvenida a esta nueva edición de una obra ya clásica, punto de referencia de la mayor parte de los trabajos dedicados a este tema, y no sólo en Italia. El esfuerzo que el lector tenga que hacer para adentrarse en los densos capítulos del libro, se verá más que compensado por la experiencia jurídica que late a lo largo de sus páginas.

PALOMA LORENZO

UCCELLA, FULVIO: *Il matrimonio*, CEDAM, Padova, 1996, 396 pp.

Partiendo de la consideración del matrimonio como «el fundamento de la familia», nos ofrece el autor de esta obra una amplia panorámica de la institución que evidencia los contrastes que la misma presenta, en el tiempo y en el espacio. Contrastes que fueron, en su momento, apreciados por los jueces a la hora de otorgar respuestas a los problemas planteados por los particulares y cuya exposición constituye la razón de ser de este trabajo.

En efecto, se resalta cómo tradicionalmente la familia ha sido concebida como una «sociedad natural fundada sobre el matrimonio». Se trataba de una concepción fuertemente arraigada en la conciencia social, que ligaba ambas instituciones, familia y matrimonio, de un modo inescindible. Hablar de la primera presuponia la existencia del segundo, a la vez que el vínculo matrimonial asentaba las bases para la creación de una familia. Este esquema, sin embargo, pese a ser mantenido durante siglos, ha experimentado en la actualidad, como reconoce el autor, ciertas modificaciones. El feminismo y la reivindicación de la unión matrimonial en favor de homosexuales han erosionado este planteamiento, defendido secularmente. Matrimonio y familia han sufrido un distanciamiento, de forma que lo que se afirmaba como una relación sobrentendida e incuestionable ha pasado a considerarse existente, en la mayoría de los casos, mas no en todos: nos hallamos en presencia, pues, de realidades distintas, pero no coincidentes en todos los supuestos. Obviamente, la concepción tradicional partía de la consideración de que el matrimonio únicamente puede ser contraído entre personas de distinto sexo. Era consecuencia obligada del papel que aquél representaba en orden a la fundación de una familia, por lo que se explicaba el rechazo a que pudiera existir aquel vínculo entre personas del mismo sexo. En nuestros días, asistimos a un replanteamiento de esta visión, lo que incrementa los contrastes existentes entre las diversas regulaciones del matrimonio que ofrecen los distintos países. En re-