

En la época de la «informatización», se echa en falta la posibilidad de adquirir esta obra en soporte CD-ROM, algo que facilitaría mucho su consulta.

AURORA M.^a LÓPEZ MEDINA

SPALLAROSSA, Rosa Maria (a cura di), *Famiglia e servizi. Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziarie*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, 588 pp.

La obra que aquí presentamos se propone una *visión de conjunto* del Derecho de familia. Los numerosos y, en ocasiones, detallados capítulos que la componen dan idea de este propósito y de la seriedad con que se ha acometido. Tras una Introducción a cargo de la coordinadora de la obra, la profesora Spallarossa, la obra aborda, de la mano de especialistas del mundo universitario, las más diversas materias. Estos estudios independientes, pero bien trabados entre sí, llevan los siguientes títulos: I. *Famiglia, costituzione, giudici e procedimenti*; II. *Parentela e affinità*; III. *Matrimonio*; IV. *La famiglia senza matrimonio*; V. *I rapporti personali tra coniugi*; VI. *Il regime patrimoniale della famiglia*; VII. *La crisi coniugale e i remedi*; VIII. *Effetti dei remedi alla crisi coniugale* (1. *Effetti nei riguardi dei coniugi*; 2. *Effetti nei riguardi dei figli*); IX. *Filiazione legittima e naturale* (dividido, como el anterior, en dos partes); X. *Diritti dei figli minori tra autonomia e protezione*; XI. *La potestà dei genitori*; XII. *La tutela e l'emancipazione*; XIII. *Adozione e affidamento*; XIV. *Gli alimenti*; XV. *Il minore e la legge penale*; XVI. *Il processo penale minorile*. Al final de la obra se incluye un completo índice analítico que refuerza su carácter práctico y de texto de consulta.

El libro, por tanto, recorre un amplio espectro de asuntos con predominio, no podría ser de otro modo, de los de *Derecho civil* en su vertiente personal y patrimonial. En el Derecho de familia identificamos dos polos de atracción que, sin negar su conexión, van adquiriendo una cierta autonomía: la *relación o convivencia* –estable– de pareja (pp. 110 y ss.) y el estatuto legal del menor. Tampoco falta la aportación de otros sectores: Derecho constitucional, Derecho internacional privado, Derecho penal, etc. A la responsabilidad penal del menor se consagran dos capítulos. Del primero, sobre materia sustancial, destaca la edad fijada en el Código penal de 14 años a partir de la cual, y hasta los 18 años, la responsabilidad penal va a depender de que exista capacidad de entender y querer (art. 98), solución que podría extrapolarse para el ejercicio de los derechos –sobre todo personalísimos– que le sean reconocidos al menor. Luego, el capítulo segundo se centra en el modo en que se determina si concurre o no la responsabilidad penal, completando esta visión las medidas que rodean a aquélla.

Merece especial mención el cuidado estudio de las *cuestiones procesales*. Esta aproximación llega en un momento importante, con las líneas directrices de

un proceso para los menores, tanto en el orden civil como en el penal (con la importante reforma de 1988), en marcha. Y ello en medio de un reparto competencial especialmente intrincado. La distribución de materias en el panorama jurisdiccional italiano no siempre está bien definida y se afronta en las páginas 23 y ss. En esta realidad intervienen, además de otros sujetos institucionales, el *tribunal ordinario*, el *tribunal para los menores*, el *juez tutelar* y el *ministerio público*, asociado a cada uno de los dos primeros órganos, con un papel acotado que también puede recaer sobre providencias adoptadas por el juez tutelar. Todo ello tiene su reflejo en una diversidad de procedimientos que pueden encuadrarse en el civil ordinario contencioso y el procedimiento *camerale*. La situación ha sido descrita como «diáspora» de la competencia en materia civil entre órganos diversos por composición y estructura (p. 15). A ello hay que añadir la participación de los servicios administrativos, para coadyuvar o propiciar la adopción de determinadas medidas tuitivas o cautelares ante la crisis matrimonial o la situación delicada del menor (pp. 242-244; 280-282 y 570-573, en materia penal). La vertiente procesal da un perfil más práctico y compensado al conjunto de la obra.

Tampoco falta la atención a los numerosos *problemas de Derecho eclesiástico* que se suscitan en el ámbito de la familia. Una enumeración ejemplificativa da idea de lo que decimos. Respecto al *matrimonio concordatario* lo primero que se afirma es su carácter potestativo (tanto en el acto de contraer como en el de recurrir, cuando sea posible, a la solución canónica para determinar la nulidad del acto, p. 65), lo que exige que, para la relevancia civil, se transcriba el matrimonio en forma religiosa (inscripción constitutiva) por el oficial del registro civil (p. 67). Asimismo, la eficacia de la sentencia de nulidad canónica requiere de la iniciativa de las partes que instan los efectos civiles (p. 69).

La admisibilidad del matrimonio confesional en sede civil responde al reconocimiento de la trascendencia religiosa del acto, pero nunca supone una excepción a la disciplina de fondo del régimen matrimonial común (*ibid.*). A la misma lógica responde que los efectos civiles de las sentencias canónicas se condicionen al respeto del *orden público*, exigencia que, en casi todos los casos, se entiende cumplida (pp. 70-71). También es de interés la postura en contra de una reserva de jurisdicción eclesiástica ante demandas de nulidad de matrimonio concordatario (*ibid.*). Materia que, por sus precedentes y propia oscuridad, había recibido los más contradictorios pronunciamientos. Ni la doctrina ni la jurisprudencia eran claros como demuestra, por ejemplo, García Martín, *Conflictos de jurisdicción entre la Iglesia y el Estado: el caso italiano*, Pamplona, 1998, y Zuffi, «La Corte Costituzionale ed il matrimonio concordatario», en A. Castro Jover (ed.), *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Bilbao, 2001, pp. 865-882.

Se dedica, en las páginas 75 y ss., un análisis al *matrimonio de los acatólicos*. Éste se caracteriza como una forma especial de celebración (así se deduce

del art. 83 del Código civil italiano), de modo que «le norme del codice civile restano così la prima e principale fonte di disciplina del matrimonio degli acattolici, mentre quelle contenute nelle leggi speciali si pongono come eccezioni circoscritte al campo delle modalità di celebrazione» (p. 74). Esta normativa pactada, que sustituye a otras disposiciones de 1929, supone un incremento en la autonomía confesional a la hora de la celebración y una más nítida separación entre este momento y el cumplimiento de los requisitos estipulados para conseguir la eficacia civil del acto (p. 77).

Como contrario al orden público internacional se aborda el problema de los impedimentos de naturaleza religiosa, irrelevantes en el Derecho italiano (pp. 78-79). A continuación se incluye una breve referencia a la *poligamia* (permitida en la ley islámica y en el hinduismo) y sus efectos en el Ordenamiento italiano (pp. 79-80). De ella se ha dicho que es menos contraria a la sustancia de esta institución que el «matrimonio» de homosexuales que, como ocurrió con carácter pionero con la legislación holandesa (con una Ley de 2000) y con algunas resoluciones del Parlamento europeo —desde la de 8 de febrero de 1994 hasta la de 16 de marzo de 2000—, lo favorecen (pp. 81 y ss., y 107-108; 127). Ferrari ha observado que «rispetto alla tradizione giuridica occidentale, l'unione poligamica non è più dirompente dell'unione omosessuale, che anzi appare ancora più distante dal modello matrimoniale tipico per l'impossibilità della procreazione che la contraddistingue» (Ferrari, «Diritto di famiglia e libertà di coscienza. Problemi italiani e prospettive europee», en A. Castro Jover (ed.), *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 174). De este modo, se constata en las páginas de esta obra que no faltan las repercusiones del matrimonio polígamo en el Ordenamiento italiano aunque aquél como tal no es aceptable.

Con carácter monográfico se ha ocupado del matrimonio islámico en el Ordenamiento jurídico español, intuyendo su cada vez mayor interés práctico en el mundo occidental, Motilla («El reconocimiento del Derecho de familia islámico en el Ordenamiento jurídico español», en Motilla, A. y Lorenzo, P., *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español* [M.^a J. Cíurris, coord.], Madrid, 2002; a la poligamia dedica especialmente las pp. 141-148). Su trabajo estudia, por menudo, todas estas cuestiones.

Asimismo, hay que subrayar, por su actualidad e importancia en el Derecho eclesiástico, lo referido a la autonomía del menor en cuestiones personalísimas (pp. 363-364), y sobre el derecho a ser informado y opinar, en general (pp. 368 y ss.). No en vano algunas de las más señaladas cuestiones son de orden religioso. Al respecto el volumen reseñado no da soluciones definitivas (pues tampoco las proporciona la legislación o jurisprudencia), pero se encajan en un contexto que facilita el despegue de estudios específicos que no faltan en nuestra doctrina.

Nos referimos al interesante debate de la *edad* en que se ha de reconocer autonomía al menor en materia de convicciones y de práctica religiosa. El Derecho italiano maneja distintas edades según las fuentes, de 14 años (a partir de los

cuales, según el art. 316 del Código civil, el juez escuchará al menor antes de intervenir en un conflicto familiar, *vid.* p 390), 16 (edad fijada por el art. 145 del mismo cuerpo legal para que el juez, en cuanto sea oportuno, escuche las opiniones de los hijos) y los 18 años en que se adquiere la mayoría de edad. Admitida la plena titularidad de los derechos por el menor no queda claro lo que es el reconocimiento de la capacidad para su directo ejercicio, aunque un umbral mínimo de madurez psicológica sigue siendo una premisa *sine qua non* (pp. 364, 365, 368, 372-373, 377, 393). Este asunto ha sido revisado con mayor amplitud por Rossell Granados, «El derecho de libertad religiosa del menor en las leyes de libertad religiosa española, italiana y portuguesa», en A. Castro Jover (ed.), *Derecho de familia...*, *op. cit.*, pp. 787-799.

Como se dice en uno de los capítulos del libro, «l' *autonomia* riconosciuta all'adolescente emerge con particolare evidenza in alcuni settori dell'ambito sanitario» (p. 374). El tema es rico en supuestos, abarca la iniciativa para solicitar o autorizar tratamientos (o intervenciones como el aborto), el anonimato y reserva de ciertas informaciones referidas al paciente, y conecta con la problemática candente de la *objeción de conciencia* del menor a los tratamientos médicos. Hay que recordar que, en España, aquélla ha experimentado un giro importante con la STC 18 de julio de 2002. Sobre todo en los FFJJ 9.º y 10.º se reconoce un cierto margen de autonomía al menor en el ejercicio de ciertos derechos de los llamados personalísimos, aunque esto «no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto —como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable» (FJ 10.º). Con anterioridad a la sentencia esta problemática fue abordada por Armenteros Chaparro, *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos. La cuestión de la patria potestad*, Madrid, 1997, partidario, en todo caso, de una decidida acción judicial tuitiva de la vida del menor.

El papel de los padres (conjuntamente, sobre todo cuando conviven, p. 412), como responsables directos y prioritarios de la *educación* de sus hijos (art. 145 del Código civil italiano), es reconocido como un derecho y también como una *función* (pp. 364, 388-389). Aunque tampoco es discutible la implicación de los poderes públicos en su labor de promoción (en virtud del art. 2 y 3,c.2 de la Constitución italiana) (p. 388). La importancia de la educación para el desarrollo de la personalidad del menor justificaría incluso una intervención directa por parte de los poderes públicos en la hipótesis de incapacidad de los padres (p. 388). Pero, en condiciones normales, son los padres los que, orientados por el deber genérico de respeto a la personalidad del menor y de sus derechos fundamentales, fijarán el contenido (laico o religioso, p. ej.) y modo de la educación (pp. 387-388). Siendo éste el tenor literal de la norma, se sugiere la conveniencia de una mayor sensibilidad a la autonomía del menor en la materia según éste se acerca a la mayoría de edad (p. 411). Como sabemos, estos mismos principios están presentes en el Derecho español que se inspira, a su vez, en los textos inter-

nacionales de derechos humanos. Valga, entre muchas posibles, la cita de la obra clásica de Fernández-Miranda y Campoamor, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Madrid, 1988, pp. 23-25.

Una reciente y extensa monografía (Puente Alcubilla, *Minoría de edad, religión y derecho*, Madrid, 2001) nos muestra la complejidad que encierra el estatuto jurídico del menor, entre autonomía o protección. El asunto también se analiza en la obra recensionada (pp. 359-383, 385 y ss.) por lo que respecta a la patria potestad, así como la creciente iniciativa que otorgan las leyes al menor en el ejercicio de sus derechos, en buena medida propiciada por la limitación de la potestad paterna (pp. 401 y ss.). Como es imaginable, en una obra de carácter general, las cuestiones específicas de Derecho eclesiástico no pueden ser más que mencionadas (p. 405, donde se alude a la intervención del juez para proteger al menor de la intervención del padre que trataba de modificar su opción religiosa; o que rechazaba el acuerdo, con base religiosa, a una hemotransfusión necesaria para la salud del hijo; o, en fin, se recuerda aquella otra medida judicial que inhibía al padre de entrometerse en la elección ideológica o existencial del hijo, autorizando a éste a vivir fuera de casa), en el contexto global del Derecho de familia (p. ej., pp. 12 y ss., y 87 y ss.; 377, respecto al acto de contraer matrimonio, etc.). Pero esto mismo, y la oportunidad que nos brinda para la reflexión, ya ha de ser saludado como un logro.

En general hay que elogiar el *propósito* y la oportunidad de la obra. Según lo precisado en la Introducción, aquél no es otro que facilitar la solución de los problemas (interpretativos y de aplicación) del Derecho de familia. «L'idea che sta alla base di questo lavoro è perciò quella di fornire uno strumento di informazione, che, senza pretesa di completezza, guidi l'interprete e l'operatore sociale nelle decisioni e nelle attività, evidenziando in modo particolare il ruolo degli operatori, sia esso espresso nelle norme o sia stato segnalato e già reso effettivo dalla cultura giuridica più avvertita e sensibile» (p. 15). A la solidez de los resultados, también perceptibles para un lector no italiano, contribuye un enfoque que, partiendo de la legislación italiana, se abre a fuentes comunitarias, de Derecho internacional –básicas para el estudio del menor como sujetos de derechos– y a frecuentes referencias a otros ordenamientos nacionales (en general del ámbito occidental).

Respecto a la *oportunidad* hay que subrayar que este sector del Ordenamiento, con una repercusión social de primer orden (p. 57), experimenta en los últimos años una movilidad acrecentada. La reforma *legislativa italiana de 1975* –a la que habría que emparejar la que, con la Ley 14/1975 y las Leyes 11 y 30/1981, se produjo en España– trata de salir al paso de las necesidades más acuciantes fiel a los principios constitucionales: igualdad entre los cónyuges, principio del mutuo consenso, mayor consideración por las posiciones y aspiraciones del menor, eliminación de las discriminaciones entre la prole legítima y natural, etc. (pp. 20, 144-146). Pues bien, la obra evalúa, a los veinte años de vigencia, aquella reforma y, por lo mismo, suministra un instrumento útil para profundizar en los ejes del Derecho de familia (p. 1).

Los cambios sociales (bien plasmados en *El malestar en la familia* y *La familia: mito y realidad*, ambas coordinadas por Ríos González, Madrid, 1998) y legales se han seguido produciendo. Éstos describen *dos tendencias* con importantes repercusiones en el modelo matrimonial occidental. La que se orienta a la *autosuficiencia* de la familia y la que prima el cometido asistencial del Estado (pp. 1 y ss., 14). Al respecto hay que señalar, junto a la búsqueda de un equilibrio por parte de los Ordenamientos, los excesos que encierra cada una de aquellas tendencias cuando pierde la perspectiva de conjunto. Si sólo se presta atención a la autonomía familiar (conyugal) se desemboca en el individualismo o privatización de la familia que propende a diversificar el modelo tradicional que se fracciona y pierde todo carácter vinculante (un apunte en las pp. 57-59). La introducción del divorcio en la legislación italiana (1970) es un primer síntoma de cuanto decimos (pp. 9 y 10). En la misma dirección de protección de los valores de la persona –en su dimensión individual– más que de la institución familiar hay que interpretar la reforma legislativa de 1975 (pp. 85-86) y la pérdida de su lugar de privilegio de la filiación legítima en beneficio de la sustancial igualdad de la condición jurídica de los hijos con independencia del nacimiento dentro o fuera del matrimonio (pp. 10-11), si bien la equiparación lo es sobre todo a efectos sustanciales y no tanto formales, pues se mantienen las dos categorías normativas: la filiación legítima –con una función principal– y la natural –subordinada a aquélla– (pp. 303-306). La cláusula de *orden público*, variable en el tiempo, juega un papel relevante como límite a la autonomía privada (p. 7).

El fenómeno esbozado, por su complejidad y alcance social, se presta a diversos enfoques que, en una obra colectiva como la que presentamos, afloran. En nuestra doctrina sirvan como muestra de las implicaciones de estas corrientes las reflexiones de Martínez de Aguirre y Aldaz, *Diagnóstico sobre el derecho de familia: análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del derecho de familia*, Madrid, 1996, y, más reciente, Vega Gutiérrez, *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Pamplona, 2002.

La otra tendencia en la evolución de la familia, en ocasiones forzada por los cambios expuestos arriba (o asociados a ellos como el de la insuficiencia actual de la familia para cubrir las necesidades sociales y asistenciales que hasta hace poco garantizaba) (p. 14), es su *publificación*. El Derecho de familia experimenta una creciente actuación (control, promoción, represión) de los poderes públicos a través de mecanismos nuevos que son especialmente llamativos por lo que se refiere a la tutela del menor. Este contrapeso a la autonomía de la familia se justificaría sólo para evitar la lesión de los derechos fundamentales de sus miembros (Roca, *Familia y cambio social. De la «casa» a la persona*, Madrid, 1999, pp. 72-86), o para favorecer su natural desenvolvimiento. La tensión entre la pretendida libertad y la impuesta sujeción es manifiesta en el caso del menor cuya representación por los padres no deja de experimentar la intervención o control públicos (*ibid.*, pp. 220-227). Encontramos lo mismo en las *uniones de hecho*

cuyo sentido primigenio es el de parejas que aspiran a una menor injerencia de la esfera pública; incluso, para destacar este aspecto, se ha llegado a hablar de *unión libre* (Zimmermann, *Couple libre*, Strasbourg, 1983), pero que tiende a reclamar, por otra parte, el reconocimiento de derechos y a la tutela para la realización de necesidades específicas en las relaciones familiares (p. 5). En fin, se puede señalar similar pugna en la procreación –y por extensión en la filiación adoptiva– cuyas posibilidades, en virtud de los avances médicos (*procreación médicamente asistida*), pone en manos de la pareja –o del individuo– decisiones hasta ahora inimaginables. Sin embargo, este asunto demanda una regulación que, desde la centralidad de la persona y el bien del conjunto de la sociedad, establezca límites precisos (pp. 11, 302 y ss., 322 y ss.).

La satisfactoria atención que el libro presta a los *servicios de asistencia social* (p. ej. pp. 39-41), reflejo de la presencia de los poderes públicos (de diverso nivel) en la vida familiar, responde a la nota de actualidad y refuerza el sentido práctico e integral de su contenido.

El análisis de la legalidad vigente y de su aplicación por los órganos jurisdiccionales se puede considerar satisfactoria, pero aún lo es más que en la exposición no falte la crítica y la propuesta *de lege ferenda*. Con esta apertura se trata de la organización jurisdiccional que se ocupa de la familia insinuando posibles reformas (pp. 29-30 y 39, 409), o se demanda una normativa sobre la procreación asistida, o sobre la mediación familiar (pp. 11, 322 y ss., y 13 respectivamente). Sobre esta última se vuelve con más detenimiento en las páginas 282-284 destacando el importante, e insustituible, lugar que está llamada a ocupar para reconducir la situación deteriorada durante la crisis familiar en beneficio, sobre todo, de los menores. El valor de esta vía no ha pasado desapercibido a los eclesiasticistas españoles –Escrivá Ivars, «Aproximación al estudio de la mediación familiar como fórmula alternativa de resolución de conflictos», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, vol. I, Castellò, 1999, pp. 291-309, y Jordán Villacampa, «La mediación familiar: recurso voluntario u obligatorio», en *Il diritto ecclesiastico*, 1999, pp. 736-755– que se han detenido en su estudio. En fin, también acompañan las consideraciones críticas a la descripción de desajustes entre el régimen de las nulidades canónicas (p. ej. por causa de simulación) y las de la legislación civil (pp. 72 y 86, 212 y ss., 223), etc.

Las abundantes referencias jurisprudenciales y la selecta y completa nota bibliográfica, eso sí casi exclusivamente en italiano, con que se concluyen los capítulos enriquece y da valor científico a la obra que comentamos. Todo ello en beneficio de un potencial lector que, leyendo sus páginas, puede obtener una visión completa y contrastada del Derecho de familia –prioritariamente italiano– de cómo funciona en su ajuste con la realidad y de los retos que tiene planteados.