

# El libro primero del Proyecto de reforma del Código civil italiano <sup>(1)</sup>

*(Conclusión.)*

En el título VII el proyecto trata de la filiación y consagra dos capítulos a reglamentarla: uno, a la filiación legítima, o sea derivada del matrimonio, y otro a la ilegítima o extramatrimonial. Sigue en esta materia el proyecto la tendencia de la inmensa mayoría de los Códigos civiles y se aparta de aquellos otros extremistas, como el soviético, que establece la asimilación de los hijos legítimos y extramatrimoniales. En esto es lógico el Código soviético, porque, borrada por él la distinción entre el matrimonio de derecho y el de hecho, o concubinato, es natural que todos los hijos, de cualquiera clase que sean, gocen de idéntica posición jurídica. No es el caso de exponer aquí los inconvenientes de esta asimilación, que va contra la ética y los fundamentos de la sociedad, que requieren pureza en las costumbres y leyes que la robustezcan, en vez de fomentar la inmoralidad. Igualar en condición a los hijos nacidos de una legítima unión, como es el matrimonio, institución reglamentada con cuidado por los legisladores en todos los Códigos, a los habidos de uniones que nacieron de la pasión, del vicio o del delito, es una monstruosidad social, aunque se la disface con la bandera del humanitarismo, porque si parece altruista la doctrina que defiende la asimilación de todos los hijos, por no tener ellos culpa de venir al mundo, no puede negarse que muy por encima de este sentimentalismo está

(1) Véanse los números 86, 87 y 88 de esta Revista.

el interés de la familia constituida legalmente, a la que no se puede deprimir y ofender, y el de la sociedad misma, que su organización, bienestar y prosperidad principalmente de la familia depende, y por ello está interesada en ampararla y protegerla contra todo peligro que pudiera debilitarla. Hace bien el proyecto en separarse de esa corriente asimilista; lo aplaudo, como he aplaudido siempre a nuestro Código civil, que reconoce situaciones jurídicas distintas a los hijos legítimos de los naturales y de los demás ilegítimos, y lamento, por tanto, que en el artículo 41 (1) del proyecto de Constitución española, ya aprobado por las Constituyentes, se iguale la condición jurídica de todos los nacidos. De reconocer los Códigos el matrimonio como institución reglamentada por el legislador, hay que convenir en que los hijos nacidos dentro de él, ante la ley, tienen que disfrutar de derechos distintos que aquellos que nacieron de uniones que no son legales, o, de lo contrario, el matrimonio sobra. Y no hay que decir que, girando la reglamentación del proyecto sobre filiación legítima en principios tan racionales, las acciones para impugnarlo sólo corresponden a la persona interesada y a sus descendientes, cuando el marido muera sin haber utilizado aquel medio legal dentro del tiempo que el proyecto señala; y muy atinadamente niega a la mujer el derecho a impugnar la paternidad del marido, y por razón de suprema moral preceptúa que la sola confesión de la madre no basta para excluir la paternidad.

\* \* \*

Habla el capítulo II de la filiación ilegítima, o sea la habida fuera del matrimonio, y sin que expresamente el proyecto dé el concepto de hijos naturales, se infiere de sus preceptos que son los nacidos de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran contraer matrimonio. En este punto coincide el proyecto y el Código italiano con el Código civil nuestro, que restringe el concepto de los hijos naturales de la ley de Toro, puesto que ésta daba la condición de naturales a los nacidos de padres que al tiempo de la concepción o del parto pudieran casarse justamente y sin dispensación. El proyecto, además, omite si la aptitud de los padres para casarse la tienen sólo aquellos que puedan

(1) Hoy artículo 43 de la Constitución.

contraer matrimonio sin obstáculo alguno, o la tienen también los que existe entre ellos impedimento dispensable. No estaría de más aclarar este punto de tanto interés, pues de los preceptos del proyecto creo yo se infiere que es necesario que los padres puedan libremente casarse, a diferencia de nuestro Código civil, que otorga la cualidad de hijos naturales a los habidos de padres que en el momento de la concepción pudieran casarse con dispensa o sin ella, criterio éste que me parece más amplio y liberal que el del proyecto, porque es más favorable a los hijos ilegítimos.

El reconocimiento puede hacerse por ambos padres o por uno de ellos; pero el proyecto amplía el criterio del Código italiano al permitir el reconocimiento de los hijos adulterinos. Es problema éste muy discutido en la doctrina y existe variedad en las legislaciones modernas. La Comisión redactora del proyecto se decidió a introducir esta reforma, consistente en poder ser reconocidos los hijos adulterinos, cosa que estimo peligrosa, aun cuando es más limitada que la hecha en Francia por la ley de 1915, porque lo es siempre incorporar a la familia a los que han nacido de padres que cometen un delito castigado en la ley y compartir, si es legitimado, con los hijos legítimos todos los derechos que a éstos corresponden. En esta materia nuestro Código no permite el reconocimiento como hijos naturales a los hijos adulterinos, no obstante el precedente de la ley 11 de Toro, dentro de cuyo texto, al admitir, como antes dije, dos momentos para la aptitud de los padres, pudiera ocurrir que siendo adúlteros éstos en el momento de la concepción estuvieran libres en el instante del parto y tales hijos adúlteros ser reconocidos como naturales. En cuanto a los efectos civiles del reconocimiento nada me interesa decir, y en todo lo demás de este capítulo el proyecto completa el Código, singularmente en lo que se refiere a la recusación del reconocimiento, a la irrevocabilidad del mismo y al ejercicio de la acción de impugnación del reconocimiento.

El reconocimiento puede ser voluntario y forzoso, y éste se obtiene por la declaración judicial de la paternidad y maternidad natural. Hubo un tiempo en que la corriente legislativa y dirección doctrinal eran opuestas a la investigación de la paternidad; pero en los momentos actuales las legislaciones se van reformando para admitirla, sirviendo de ejemplo la ley francesa de 1912, que

mantiene un criterio opuesto al Código de Napoleón. No permite el proyecto la investigación de la paternidad libremente, sino en los casos que el proyecto determina, y no en otros, en lo cual hace bien, porque así lo requieren la tranquilidad de las familias y el orden moral; y aun cuando no mantiene un criterio tan restrictivo como el Código español, es lo suficientemente cauto para no incurrir en los excesos de su radicalismo, que redundaría en perjuicio de la familia legítima. De aplaudir es que el proyecto señale las condiciones y circunstancias precisas de la posesión de estado de hijo natural y que fije las normas para el ejercicio de la acción de declaración judicial de paternidad; y como en esta materia todas las precauciones son pocas, me parece excelente la idea del proyecto, reflejada en el artículo 307, al ordenar que la acción de la declaración judicial de paternidad o maternidad natural no pueda ser intentada si no está reconocida admisible por un decreto del Tribunal, y con ello se evita el peligro que pudiera traer el precepto del artículo 312, que permite probar la paternidad o maternidad por cualquier medio de prueba, a diferencia del Código español, que ordena una prueba limitada, a base de un escrito indubitado del padre, de la posesión de estado o de sentencia judicial.

En la sección segunda de este capítulo regula el proyecto la legitimación. Parte del racional supuesto de que sólo pueden ser legitimados los hijos naturales, y admite dos formas de legitimar: por subsiguiente matrimonio y por decreto real. Yo, que soy ardiente partidario de la legitimación por subsiguiente matrimonio, no lo soy de la concedida por el poder real, que supone una ficción excesiva y de uso poco frecuente, y, por lo mismo, debe ser, y así lo reconoce el proyecto, supletoria de la hecha por matrimonio subsiguiente. Pero, en fin, el proyecto, siguiendo la tradición legislativa italiana, la admite, y da a los hijos legitimados por este medio iguales derechos que a los por subsiguiente matrimonio, a diferencia del Código español, que no equipara a los legitimados por ambos modos, si bien estimo que es lógico el proyecto; de admitir la legitimación por decreto debe igualarse a la otra, porque de otra suerte carece de utilidad, como ocurre en España.

No obstante la fuerte dirección doctrinal, contraria a la adopción, tal cual fué regulada por el Derecho romano, aunque su origen es antiquísimo, y la supresión de ella en varios Códigos civiles, el proyecto se ha decidido a reglamentarla en su concepto tradicional, procurando completar el Código italiano y dando mayores facilidades para que pueda verificarse. Creo, sin embargo, que así como cada vez más la sociedad actual se encamina por la vía de las adopciones públicas, cauce jurídico de los sentimientos de filantropía, la adopción, reglamentada según los antiguos moldes del Derecho privado, tendrá, a medida que pase el tiempo, menos utilidad y su uso será poco frecuente. En este título VIII el proyecto desenvuelve esta institución sobre aquellos dos principios clásicos, a saber: «la adopción imita a la naturaleza y sirve de consuelo a los padres que no tienen hijos», si bien con algunas restricciones. Fundado en estos principios, el artículo 237 del proyecto exige la edad de cincuenta años para poder ser adoptante, tener diez y seis años más que el adoptado y no tener descendientes legítimos o legitimados. Pero si la adopción imita a la naturaleza, si es una ficción por la cual se toma como hijo al que no lo es por vínculos de sangre, hay que proceder con lógica, y, por consiguiente, el que por disposición de la ley no puede ser casado, no debe tener hijos adoptivos; y como consecuencia, ¿por qué el proyecto no incapacita a los eclesiásticos ordenados *in sacris* que no pueden celebrar matrimonio? ¿No exige esta prohibición el régimen concordado con la Santa Sede? Por otra parte, ¿cómo permitir la adopción al que no puede contraer matrimonio, como sucede con el interdicto y el inhabilitado? Conformes en que estas personas puedan ser adoptadas; pero no creo que sea acertado el otorgarles capacidad para adoptar según lo dice el proyecto, aun cuando preste el consentimiento su legal representante, porque de igual manera que no puede contraer matrimonio un loco, no hay razón para que pueda tener hijos adoptivos, puesto que él no puede prestar consentimiento, que es indispensable que en estos casos sea personal. El proyecto, para dar mayor flexibilidad a la adopción, introduce la novedad de conceder al Juez tutelar la facultad de autorizar la adopción, aun cuando el adoptante no haya cumplido la edad legal o tenga hijos legítimos o legitimados, en el caso de que las circunstancias que

se especifican en el artículo 330 lo aconsejen, y a *sensu contrario* podrá acordar no haber lugar a la adopción, si no se cumplen los requisitos legales o no es conveniente a los menores, interdictos o enfermos de la mente; intervención que puede dulcificar los rigores de la ley y evitar muchos inconvenientes y perjuicios si el Juez es persona de sabiduría y celo en el cumplimiento de tan alta misión. En cuanto a los efectos que la adopción produce, diremos que son los que ordinariamente se regulan en los Códigos modernos: la patria potestad del adoptante, los alimentos, como deber de ésta, y los derechos sucesorios, que no se reglamentan en el proyecto, puesto que su lugar oportuno es el libro que el futuro Código consagre a las sucesiones. Sin embargo, sienta la regla absoluta el proyecto, en el artículo 319, que la adopción no atribuye al adoptante ningún derecho de sucesión, lo cual quiere decir que tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada no tendrá derecho a pedir nada en la sucesión el hijo adoptivo; precepto que parece un poco exagerado, porque en la sucesión abintestato debe ser preferente el padre adoptante a parientes que se encuentran respecto del hijo adoptivo fallecido en un grado remoto que no supone ni afecto, ni cariño, ni casi vínculo de la sangre perceptible por su alejamiento del tronco, con lo cual se daría cumplimiento al principio de reciprocidad que debe informar toda sucesión, en lo que sea posible. Hay en el proyecto cierta tendencia a privar de derechos patrimoniales al adoptante, no obstante las obligaciones que le impone, sin duda, porque siendo la adopción una institución filantrópica no quiere el legislador que sirva para enriquecer al adoptante el usufructo legal sobre los bienes del menor adoptado; cosa poco congruente, puesto que el usufructo va inherente a la patria potestad y como compensación a los deberes que ésta supone; pero aun me parece más inexplicable que en el caso de que la adopción se haya hecho por los dos cónyuges, como la patria potestad se rige por el título XI de este libro y en éste se otorga el usufructo legal al padre, no hay duda que el proyecto admite este doble criterio: si la adopción es hecha por el padre, tiene la patria potestad, pero no usufructo legal; y si la adopción la hacen los dos cónyuges (artículo 342), el adoptado entra en la patria potestad y el que la ejerce le corresponde el usufructo legal, ¿qué razón puede

haber para esta diferencia? Por último, la adopción es acto formal e irrevocable, pues la revocabilidad sólo se admite en casos especiales, entre ellos, y yo lo aplaudo, por causa de indignidad del adoptante y del adoptado, cesando con ella los efectos de la adopción.

\* \* \*

La patria potestad, tan combatida hoy por los feministas, que propugnan la igualdad de los sexos en el matrimonio, sin comprender que la unidad de dirección en la familia es indispensable, si no se quiere que una persona extraña, aun cuando esté investida de autoridad, se entrometa en asuntos de régimen interno que a la familia misma incumbe resolver, es reglamentada en el proyecto con una prudencia y moderación merecedora de todo elogio. Aunque el cuidado y vigilancia del hijo corresponde, según el artículo 368, a ambos padres, la potestad es ejercitada por el padre, y después de la muerte de éste, o en los casos determinados en la ley, lo será por la madre. No acepta el proyecto la patria potestad conjunta, e insisto, como antes expuse, que me parece bien el criterio de los Códigos civiles, que en su mayoría aceptan la patria potestad tal cual la entiende el Derecho moderno. Más que derecho del padre es la patria potestad una función, puesto que lleva adjunta deberes ineludibles de extraordinaria importancia familiar y social. Por eso la intervención del Juez tutelar, en muchos casos, es conveniente, según lo ordena el proyecto, pues, aunque soy partidario de la autonomía de la familia, nunca debe ésta traspasar sus límites, y en el caso de una extralimitación, la intervención del Juez es imprescindible. Ahora bien: el proyecto hace que la patria potestad no sea un arma despótica, puesta en manos del padre, como ocurriría en el caso de repudiación caprichosa de una herencia o donación en favor del hijo, que, según el artículo 374, con la previa autorización del juez pupilar, puede aceptarla la madre o un ascendiente, y para evitar excesos de gestión le otorga el proyecto al padre la representación del hijo en todos los actos civiles y le concede la administración de los bienes; pero no puede enajenar, gravar ni realizar actos de disposición en los bienes de su hijo, no siendo por necesidad o utilidad, y siempre con la autorización judicial.

A la patria potestad va inherente el usufructo legal, que conserva el titular mientras ejerza aquélla. Este usufructo tiene caracteres especiales, que el proyecto precisa muy claramente, y como derecho no puede ser objeto de alienación, de prenda, de hipoteca ni de ejecución por parte de los acreedores, y es lógico que el legislador le asigne estos caracteres, que le distinguen del voluntario, porque el mencionado derecho, al mismo tiempo que derecho, es un deber, y, sobre todo, va inherente a una función, haciéndole poco menos que un derecho personalísimo, correspondiendo a la naturaleza de la patria potestad, que no es delegable, más que en beneficio de la mujer.

En principio me parece bien que vaya unido a la patria potestad el usufructo legal del padre, con las solas excepciones de algunos peculios de que el proyecto se hace cargo en el artículo 378; pero me parece que los Códigos civiles modernos debían imponer más limitaciones que las corrientes al usufructo legal de los padres. Ciertamente es que inherentes al usufructo van las obligaciones de alimentos, instrucción y educación del hijo; pero esto no basta; la patria potestad tiene más de deber que de derecho, más de carga que de beneficio, y, por consecuencia, el legislador moderno creo yo que debía partir del supuesto de que el padre, en ningún caso, puede enriquecerse a costa del hijo, y esto no se evita con la asignación del usufructo al padre, porque cuando el caudal del hijo es sobrado para satisfacer sus necesidades puede constituir una fuente de ingresos para aquél, lo que en buenos principios de derecho, mejor de moral, no debe admitirse.

El mismo defecto que apunto tiene nuestro Código civil, y así lo he manifestado alguna vez. Es muy completa la reglamentación del título IX del proyecto; prevé todos los casos que pueden presentarse y es oportuna y acertada la intervención que atribuye al juez tutelar.

Comparando el proyecto con el Código español se ve un criterio similar en lo referente al ejercicio de la patria potestad, que ambos se la conceden con preferencia al padre, aunque, claro es, hay diferencias de alguna importancia, que no hace falta detallar; pero si, como parece, es pronto ley el proyecto de Constitución de la República española, ya no se podrá hacer la anterior afir-



mación, puesto que en el artículo 41 del referido proyecto (1) se preceptúa que el matrimonio se funda en la igualdad de ambos sexos, lo cual equivale a decir que en adelante la patria potestad será conjunta, y así, sobre esta base legal, tendrá que regularla el futuro Código civil, que ha de estar en consonancia con la Constitución.

\* \* \*

De la tutela y emancipación se ocupa el título X del proyecto, y sin entrar en detalles innecesarios, que no son propios de un trabajo de esta índole, he de decir que la novedad más importante que introduce en la legislación vigente italiana es la abolición del consejo de familia y la creación de los jueces pupilares. Preciso es reconocer que la tutela, en los tiempos modernos, tiene mayor extensión y podemos decir que diferente concepto que en Roma. Aunque no ha perdido del todo la característica de ser una institución cuasi familiar, el Derecho moderno la ve como una forma, una manera, un modo de protección social de los débiles y un medio de defensa de los menores y de individuos incapaces. El Estado tiene el deber de proteger a los que no pueden gobernarse a sí mismos y preocuparse de aquellos a quienes no alcanzan los beneficios familiares, y aun de los que no les reciben, por dejar los padres incumplidos sus deberes; protección que puede afectar a la parte física, como cuando el Estado regula el trabajo de los niños; a la parte moral, como cuando impone la educación obligatoria, y, por último, cuando, inspirándose en motivos de piedad y filantropía, establece instituciones de beneficencia, de carácter preventivo o represivo. De esta manera de entender la tutela se infiere que el cargo de tutor es de interés público, y por eso es obligatorio, y que la reglamentación que la ley hace de la tutela no puede ser modificada por la voluntad de las personas. Desde antiguo, y éste es un criterio tradicional, el legislador se ha ocupado más de la administración de los bienes del menor que de su educación. Ha habido en esto un descuido punible, por parte del Poder público, pues, como dice Castelli, la tutela ha sido un nuevo martirio para la infancia, y en la cual, si se ha caucionado la administración, no se ha garantizado la educación

(1) Hoy artículo 43 de la Constitución.

y perfeccionamiento moral y espiritual del pupilo. Modernamente se ha tenido en cuenta este error, y la doctrina científica mantiene un firme criterio respecto a la necesidad de que el Estado cumpla su función tutelar de protección a la infancia y no la deje abandonada exclusivamente a organismos familiares, que no cuidan, en muchas ocasiones, de los intereses morales del menor con la solicitud necesaria. Siguiendo esta tendencia el proyecto, y aceptando la idea de Cavagnari, ha creado el juez tutelar, dedicado a la realización de la misión protectora del Estado, con intervención en todos los actos más importantes de la tutela y hasta en el nombramiento de tutores, que, no obstante ser designados por los padres, puede ser conveniente prescindir de ellos.

En la legislación comparada hay dos tipos de organización de tutela: uno, la llamada de «autoridad», y la otra, de «familia»; pero hay otro grupo de Estados que tienen una legislación mixta, que tiende a conciliar la intervención de autoridades judiciales con la de los miembros de la familia. El proyecto intenta cambiar el régimen tutelar del Código italiano: suprime el consejo de familia y le sustituye por el juez tutelar. Yo fui siempre partidario del consejo de familia; reconozco sus inconvenientes y veo las utilidades de los jueces, encargados, especialmente, del ejercicio de la función protectora de la tutela; pero, por lo mismo, no veo incompatibilidad entre ambas instituciones, porque en las legislaciones que aceptan la tutela de autoridad necesitan la existencia de órganos familiares de información, porque si los Jueces son aptos para las cuestiones jurídicas, no lo son tanto, no son del todo competentes para apreciar las cuestiones de utilidad o de oportunidad de los actos en la tutela. La experiencia del consejo de familia, en nuestro país, enseña que, si no ha dado todo el resultado que de él se esperó cuando lo estableció nuestro Código civil, no es del todo inútil: puede prestar un gran servicio en la tutela, si se hace compatible con el juez pupilar; opto, pues, por una legislación tutelar mixta que acierte a combinar ambas instituciones. Creo contraproducente para los tutelados prescindir en absoluto de los organismos familiares; no acepto la conclusión de Consentini, que afirma que el principio de autonomía de la familia ha sustituido el de la intervención del Estado, porque la vida familiar no puede resolverse ni cumplir debidamente su función.

social sin la libertad necesaria para realizar su cometido, y por otro lado, nadie puede estar más interesado por el menor que aquellas personas que por los vínculos de la sangre están perpetuamente ligados con el sometido a tutela.

En cuanto a la emancipación, se permite en el proyecto, además de la obtenida por la mayor edad, la otorgada por el juez tutelar, a instancia de los padres, o del tutor, o del mismo menor, cuando éste haya cumplido diez y ocho años, además de la emancipación por el matrimonio. Más preciso este proyecto que nuestro Código español, en lo que respecta a la capacidad de los emancipados, les somete a curatela y les confiere la capacidad limitada de hacer todos los actos que no excedan de la simple administración, pues para instar en juicio, para los actos de disposición que traspasan aquel límite, necesita el asentimiento del curador y la autorización del juez tutelar. Una cosa aplaudo, sin reservas, y es la revocabilidad de la emancipación, que permite el artículo 464 del proyecto, a diferencia de nuestro Código, que le da el carácter de irrevocable, porque es medida de prudencia privar de ese beneficio al menor cuando demuestra su incapacidad para administrar, evitándose con ello daños y perjuicios que el propio emancipado sufriría.

Nada tengo que decir sobre la interdicción e inhabilitación y enfermos de la mente, ni de los alimentos, pues son materias muy bien tratadas por el proyecto, reglamentadas con toda escrupulosidad y dentro de los cauces jurídicos de las legislaciones de los pueblos cultos. Tampoco hago respecto al registro de los actos del Estado civil más indicación que la de parecerme excesivamente detallada su reglamentación, pues si bien esta materia es propia del Código civil y muy propio del lugar en que la coloca el proyecto, estimo, sin embargo, que los Códigos deben limitarse a consignar los preceptos generales del registro, dejando para una ley especial con su reglamento, la regulación detallada de tan importante materia.

\* \* \*

En resumen, el proyecto de Código civil italiano, que ha sido objeto de las observaciones anteriores, merece en conjunto una crítica muy favorable, significa un verdadero progreso en la legisla-

ción civil de Italia, de tan brillante historia legislativa, completa y perfecciona el vigente Código civil y hace honor a la sabiduría y prudencia de los ilustres jurisconsultos que lo han redactado.

No es fácil descubrir con exactitud el espíritu y tendencia del futuro Código civil de Italia, al no estar redactados los demás libros que han de integrarle, pues dada la índole especial de las relaciones jurídicas de la familia, éstas no pueden servir de norma para adelantar juicios sobre tan interesantísima cuestión.

Los Códigos civiles no pueden ser Tablas del Sinaí que permanezcan insensibles ante la marcha de los tiempos, y al recibir influencias de varios factores sociales que originan fenómenos y hechos nuevos, el derecho necesita darles reglas jurídicas que les encaminen y puedan cumplir de ese modo su función.

En los tiempos actuales que vivimos, sería insensato y absolutamente estéril negar importancia al socialismo, a la solidaridad social, al corporatismo, por no citar otros elementos que los más salientes, que tanta trascendencia tienen en la vida económica y jurídica. Precisamente en el derecho patrimonial y en el de sucesión *mortis causa* es en donde producen aquellos fenómenos más sensibles alteraciones, esto es, en las partes del proyecto del Código civil que no están aún redactadas, y de esperar es que la Comisión codificadora italiana, formada por personas de indudable valer, han de concluir la obra empezada con tantos aciertos, recogiendo las decisiones doctrinales y adaptándolas al estado social de Italia con aquella moderación compatible con un espíritu progresivo, tan necesario en la obra codificadora.

Seguro es que el futuro Código de Italia será una obra que honrará a la Comisión redactora y constituirá un monumento legislativo digno de ser imitado.

CALIXTO VALVERDE,

Catedrático de Derecho civil.