

da intención de claridad y brevedad, en la que, salvando algún inconveniente, que incomoda su lectura, se trata de una útil y eficaz ojeada sobre los temas más importantes del aspecto económico matrimonial.

JUAN ANTONIO ALBERCA DE CASTRO

RUSCELLO, Francesco: *I rapporti personali fra conyugi*, Giuffré Editore, Milano 2000, 569 pp.

La obra consta de seis capítulos, que estudian los siguientes temas: Familia y relaciones conyugales. Acuerdo conyugal y dirección familiar. Libertad personal y deberes conyugales. Derechos y deberes en singular. Acuerdo conyugal y deber conyugal. Deberes en relación con los hijos.

Cada capítulo va precedido de una guía bibliográfica. Dentro de cada uno de ellos se intercalan opiniones de distintos autores, tales como Cicu, Trabucchi, De Cupis, Finocchiaro, Paradiso, etc., incluido del propio Ruscello, relativas a los conceptos que el autor va estudiando. Además se interpolan también distintas sentencias de diferentes Tribunales que son de aplicación a la cuestión que se contempla.

La obra se completa con cuatro índices, uno bibliográfico, otro cronológico de sentencias, un tercero de disposiciones legislativas, y por último un índice analítico.

Comienza el autor afirmando que el antiguo código de 1942 ha diseñado una familia que ya ha quedado obsoleta. El varón era considerado como el jefe de la familia y se le reconoce el gobierno de la misma. En el momento actual resulta inadmisibile tal situación teniendo en cuenta el contenido de la propia Constitución italiana en cuyo artículo 29, al igual que en la nueva redacción de los artículos 143, 144, y 147 del Cc, se hace referencia al «nuevo orden familiar». La reforma del Código civil de 1975 implica un estado de igualdad entre los cónyuges, así como el establecimiento de un régimen de reciprocidad como expresa el artículo 143 Cc: «el matrimonio impone a los cónyuges la obligación recíproca de fidelidad y asistencia». Lo que supone, tanto un principio de igualdad moral como jurídica.

El principio de igualdad se conjuga con el principio de libertad y de respeto para todos y cada uno de los miembros de la familia lo que en conjunto tiene una proyección social. De otro lado surge la idea de solidaridad familiar, pero tal principio solidario comprende unos intereses superiores, que pueden ser individuales y colectivos y que, incluso, pueden llegar a contraponerse como lo demuestra el contenido de los artículos 143-3; 167; 168 y 315, Cc contrastados con los artículos 143-2; 181; 186 y 192 del mismo Código.

La igualdad moral y jurídica de todos los miembros de la familia se desprende de lo ordenado en el artículo 144 Cc. La idea de familia está contemplada dentro de una serie de diversos valores que son considerados como inviolables para todos y cada uno de sus componentes. La vida de la familia ha de desarrollarse dentro de unos parámetros que desechan todo tipo de individualismos en un búsqueda de «unidad y vida de la familia», teniendo siempre en cuenta que es muy difícil establecer una línea divisoria entre los conceptos de libertad y voluntad impuesta. La libertad de los cónyuges ha de ser medida teniendo en cuenta, por un lado, el respeto al principio de igualdad, y por otro, el respeto a la unidad familiar; cuando se habla de límites de autonomía de los cónyuges no puede olvidarse la mención a todos y cada uno de sus miembros. Los artículos 144 y 145 Cc hacen referencia a la valoración y dirección de la vida familiar, pero tal situación no puede cristalizarse en un acuerdo toda vez que, necesariamente, tal convenio debe variar para acoplarlo a las necesidades de la vida de cada miembro familiar. Pero ha de advertirse que ciertas situaciones o actos propios de todo matrimonio no pueden ser objeto de acuerdo; por ejemplo, el pacto sobre las relaciones sexuales, carece de relevancia propia. En el supuesto de acuerdo sobre interrupción del embarazo el Tribunal Constitucional italiano todavía no se ha decantado, si bien ha admitido, «la manifiesta inadmisibilidad por tratarse a priori de una cuestión de política legislativa». Por su parte el TS hace referencia a otro aspecto del problema, cual es la posible lesión del «derecho de paternidad». La cuestión relativa a la interrupción del embarazo no tiene proyección hacia el exterior y solo surte efectos respecto a los dos cónyuges, el ejercicio de este derecho corresponde a la mujer. El esposo sólo puede alegar la interrupción como causa de separación conyugal.

Resalta el autor dos problemas que pueden tener trascendencia en la vida familiar, a saber: la fijación de la residencia familiar, y la cuestión relativa a los menores. En relación al primer punto, la residencia ha de ser fijada por ambos esposos teniendo siempre en cuenta el interés de todos los miembros de la familia. Doctrinalmente hay que destacar el sentido que hay que dar a la frase «residencia familiar». La residencia no es más que la consecuencia del deber-derecho de cohabitación por lo que en caso de disidencia, habrá que tener en cuenta los intereses de los padres así como la realidad de sus miembros.

Desde otro punto de vista, en relación con los menores, ha de admitirse que gran parte de la vida familiar gira alrededor de los hijos menores y una de las facetas es la que se refiere a la educación de los mismos de acuerdo con los «principios morales y sociales» a los que se refiere el artículo 147 Cc. Los hijos adquieren una gran importancia como se desprende del contenido de los artículos 147 y 148 Cc; los artículos 155 y 158 Cc y el artículo 6 de la ley de divorcio, así como el artículo 171 Cc, relativo a la reserva del patrimonio familiar. La participación de los hijos dentro del seno familiar aparece recogida en los

artículos 252-2; y 284-2, ambos del Cc. En general se tolera el acuerdo entre los cónyuges siempre que se admita la posibilidad de variación, sobre todo en cuanto a los menores se refiere, cuando exista una causa que justifique tal variación.

Uno de los grandes problemas estudiados por el profesor Ruscello, hace referencia a la dirección familiar; en este sentido el artículo 144-2 habilita a ambos cónyuges en orden a la dirección familiar y denuncia la posible existencia de un poder obstaculizador en el supuesto de discrepancia entre ellos, ya que puede producirse una invasión en la esfera de las competencias de cada uno, teniendo en cuenta además el valor añadido de una posible responsabilidad solidaria de cada uno de los cónyuges. La dirección familiar se mueve dentro de estos dos parámetros, por una parte debe contribuir a la iniciativa patrimonial atribuida a uno de los cónyuges, y por otra, debe coadyuvar a los intereses familiares. Pero además la dirección familiar lleva implícita en sí la problemática de la responsabilidad por los actos realizados; en este sentido, ambos progenitores son responsables en cuanto se refiere tanto a la prestación sanitaria, como a la educación de la prole. Por ello el artículo 147 impone a los padres la obligación de cuidar, mantener y educar e instruir a la descendencia siendo responsables de su cumplimiento de acuerdo con el art. 29 de la Constitución, y regulado en los artículos 1292 y siguientes, 143, 144, 148, 315, 324 del Cc así como en los artículos 180, 181, 186, 190, 192 y 193 del mismo cuerpo legal. La jurisprudencia se ha manifestado de idéntico modo, como fácilmente se desprende del contenido de diversas sentencias (Cass. 7.7.1995, núm. 7501). y (Cass. 18.6.1990 núm. 6.118).

Pudiera pensarse que la existencia de acuerdo fuera capaz de impedir toda actuación judicial; en este sentido y en base al artículo 145 Cc la intervención judicial es viable cuando intenta resolver contrastes conyugales siempre que se trate de someter al juez situaciones importantes para la vida familiar, como pueden ser las que tienen relación con los derechos fundamentales, la dirección educativa de los hijos, o los problemas derivados de la residencia familiar, etc.

A pesar de la existencia de un acuerdo entre los cónyuges, parece viable la intervención judicial prevista en el artículo 145 Cc, la cual puede considerarse, por una parte como garantía del acuerdo, y por otra como actividad reguladora del mismo acuerdo. En la actividad judicial ha de distinguirse dos fases, a saber: una primera que pudiera definirse como conciliadora, y una segunda de carácter autoritario y obligatorio. El procedimiento conciliatorio se inicia sin formalidad alguna. El juez debe olvidarse de que forma parte de la estructura judicial y contemplar aspectos personales de los contendientes, factores psicológicos de los mismos, etc., y en general cuanto se refiere a los valores fundamentales de la familia. De no obtener la conciliación se entra en la fase contenciosa que se lleva a cabo en dos supuestos: A. en el caso de desacuerdo en la fijación del domicilio familiar, y B. en el caso de solicitud expresa y conjunta de los cónyuges. La sentencia del juez debe inspirarse en la «exigencias de la unidad familiar y la vida de

la familia». Por lo que respecta a la coercibilidad de la solución adoptada, habrá que tener en cuenta como primer factor, el comportamiento del cónyuge que se sustraiga al deber impuesto en la sentencia (Cass 11.10.1978, núm. 4519).

Conforme con los artículos 3 y 24 de la Constitución, la familia es considerada como una sociedad natural fundada en afectos, sentimientos, vínculos de lealtad, intereses de carácter personal y patrimonial, etc. A cada miembro de la familia se le adjudican roles diversos: la posición del hijo en las relaciones con los padres, o el derecho a no sufrir limitaciones o preclusiones de carácter familiar, etc.

En relación con el principio de libertad religiosa, el autor parte de la base del reconocimiento que garantiza el artículo 19 de la Constitución la cual admite que cada cónyuge puede profesar el credo religioso que crea oportuno; igualmente se acepta la posibilidad de que cada cónyuge pueda cambiar de credo. Cualquiera de los cónyuges puede ejecutar en todo momento los ritos propios de la religión que profese tanto de manera particular como colectiva, y en presencia o no de un ministro de culto de dicha religión (Cass 23.8.1985, núm. 4498). Al mismo tiempo se reconoce a los cónyuges la facultad de cada uno de ellos de hacer conocer a sus hijos las características de su propia religión, todo ello como consecuencia del derecho de paridad de todas las religiones, lo que implica la libertad de fe, de profesión y de propaganda. Pero no debe olvidarse que el derecho de libertad religiosa puede contravenir los derechos de otros miembros de la comunidad familiar, por lo que debe establecerse un justo equilibrio en consideración a la escala de valores en conflicto. La libertad religiosa es considerada como expresión de la libertad de pensamiento, y el matrimonio se asienta en una relación fundada en la recíproca entrega física y espiritual de los cónyuges, y si bien se admite la elección de profesar un nuevo credo, cabe preguntarse si la adscripción al mismo puede alegarse como causa de separación; en este sentido la jurisprudencia ha venido manteniendo que la elección de otra religión, sólo puede ser alegada como causa de separación en el caso de que «incida profundamente en la comunión espiritual de la vida conyugal».

Otro de los aspectos en los que se detiene el profesor Ruscello se refiere al derecho a la intimidad conyugal. El derogado artículo 143 Cc preveía a favor del esposo un deber de asistencia, protección y colaboración en los intereses familiares. El varón era considerado como un «jefe». Tal «protección» podría incidir en el derecho a la intimidad de la esposa y de los hijos. Hoy se exige un cambio conceptual. El hecho de asistencia moral y material a la familia implica el conocimiento de ciertas intimidades de todos y cada uno de los miembros de la misma. El deber de asistencia debe ser matizado con el deber de abstención, lo que impone al titular un comportamiento negativo, (no hacer determinadas cosas) y un comportamiento positivo, (no utilizar determinadas cosas). Ha de advertirse que en relación con la familia se produce una diversa modalidad del

derecho a la intimidad, y además pueden producirse hechos que afectan exclusivamente a cada individuo en particular. Si se parte del principio de igualdad de cada persona, tal igualdad ha de valorarse de distinta manera de acuerdo con la situación de cada individuo; aquí reside el verdadero problema de la manifestación de la personalidad. El problema surge esencialmente, en general, en cuanto se refiere al derecho a la intimidad, y en concreto respecto al secreto de correspondencia.

La jurisprudencia se ha venido preguntando si es posible la compatibilidad entre el derecho a la intimidad y la «solidaridad familiar», toda vez que el derecho a la intimidad es absolutamente inviolable (Cass. Pen. 23.5.1995, núm. 1209). Sin embargo no puede excluirse el hecho de que uno de los cónyuges acceda a la correspondencia del otro, en pro de los intereses de aquél, puesto que es posible que la «violación sea expresión de la comunión de vida, afectos y sentimientos». El único límite lo constituye la necesaria adecuación al particular deber de colaborar a los intereses de la familia. La privacidad de la familia debe entenderse en el sentido de que no es un concepto unívoco y dependiente de un solo factor, sino una serie de circunstancias que varían según diferentes situaciones. Un problema paralelo es el que surge de la divulgación de hechos relativos al otro cónyuge que pueden ser conocidos por terceras personas, de forma tal que se invada la esfera íntima del otro cónyuge. En este orden de cosas, surge la obligación de restituir el honor familiar de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 144, 145 y 190 Cc.

Además, en este sentido, ha de contemplarse el deber de fidelidad sobre todo en cuanto se refiere al aspecto sexual lo que obliga a un mutuo respeto que representa y garantiza el principio de libertad de todos los miembros de la comunidad familiar y que impone la obligación de no divulgar aspectos íntimos, tanto del otro cónyuge como de la propia pareja. Por ello el derecho a la fidelidad exige un comportamiento tendente a no violar los secretos del otro cónyuge, cuando, por ejemplo, la realización de hechos personales pueden afectar al otro consorte. La Constitución exige a ambos cónyuges un comportamiento parejo a tenor de los artículos 2 y 8.

Como se ha dicho, el derecho a la intimidad tiene su límite en aquellos hechos que sean relevantes dentro de la comunidad familiar y en particular en cuanto se refiere a los deberes de asistencia moral y material, pero no puede existir derecho alguno cuando a través del conocimiento de los hechos íntimos de uno de ellos son conocidas las peculiares características de la relación familiar. El hecho de recoger noticias del otro cónyuge, de contrastar la veracidad de las mismas, etc., violaría lo dispuesto el artículo 196 Cc, así como el artículo 2 de la Constitución que garantiza y reconoce los derechos de la personalidad.

En orden a la cuestión laboral, se parte de la base que tanto el trabajo del marido como el de la mujer fuera de casa, puede constituir un sacrificio intole-

rable para los intereses de la familia. En este sentido y desde un punto de vista jurisprudencial, se viene enfatizando el concepto de unidad de la familia; se destaca la capacidad de la esposa para el ejercicio de un trabajo extradoméstico, sin que el marido pueda prohibir a aquella tal trabajo, según cuanto dispone el artículo 37 de la Constitución, pero como consecuencia de la distinta naturaleza biológica del marido y de la mujer, el citado artículo 37 invita al legislador a la creación de instituciones que faciliten el trabajo de la ésta, tales como la creación de jardines de infancia, parvularios, etc. que, cuando menos, permitan el trabajo durante un tiempo determinado.

Como resultado de la variación conceptual de la personalidad de los individuos, hubo necesidad de reformar el artículo 143 con el fin de acoplarlo a los preceptos constitucionales. Las precedentes obligaciones de cohabitación, fidelidad y asistencia, pasan a ser un deber de asistencia de carácter material y espiritual, así como un deber de colaboración en los intereses económicos de la familia. Por lo que respecta al deber de fidelidad, es calificado como deber emblemático como consecuencia de carácter monogámico del matrimonio que aparece considerado como esencia jurídica del mismo en cuanto que es representativo de «el más exquisito carácter personal, tanto en sentido físico como espiritual de las relaciones familiares». El deber de fidelidad «trata de salvaguardar y consolidar la esencia de la comunión conyugal», y es considerado como «valor de la unidad familiar».

Otro de los temas que se plantea en el libro que recensamos, viene de la mano de la determinación de los conceptos de la asistencia moral y material en relación con los supuestos de separación personal. Tal situación aparece contemplada en el artículo 12 de la ley 898 de 1970, modificada por ley núm. 74 de 1987 sobre divorcio, que prevé que el cónyuge que se sustrae a la obligación correspondiente puede incurrir en un delito previsto en el artículo 570 Cp. Pero ha de advertirse que el deber de asistencia tiene su correlato en el deber de cohabitación, y por ello se extingue con la separación. Tal comentario ha sido aclarado por un nutrido grupo de sentencias (Milano 14.2.80; Napoli 6.4.87, etc.) que han puesto en evidencia la obligación de los deberes conyugales a pesar de la separación, o en aquellos casos en los que no ha recaído aún sentencia y cabe la posibilidad de una reconciliación (Cass. 27.2.1990, núm. 2148).

De otro lado, unido al deber de asistencia recíproca el deber de colaboración asume unas especiales características referidas al deber de asistencia patrimonial. En este sentido el deber de asistencia se trueca en el deber de contribuir a las necesidades de la familia. El deber de asistencia moral y material hace referencia, sobre todo, a las necesidades de los cónyuges; en tanto que deber de colaboración a los intereses familiares alude a la unidad y continuidad de la familia como una exigencia propia de solidaridad que «asume una dimensión colectiva». Esta dimensión colectiva es típica del deber de colaboración; el legislador «ha

querido referirse a la exigencia común dentro del núcleo familiar, aunque individualizado en cada uno de sus miembros».

El matrimonio es entendido como una actitud de colaboración por parte, tanto de los cónyuges como de los hijos habidos en el mismo, de esta forma surge con el matrimonio un espíritu de cooperación tanto respecto al orden laboral como en el doméstico y social, en el que el derecho de cada cónyuge a realizar un trabajo puede convertirse en un deber, a tenor de lo dispuesto en los artículos 143 y 148 Cc. Igualmente, como consecuencia de la contribución a los intereses familiares surge el deber de colaboración impuesto en los artículos 143 y 148 Cc, ya citados, referente a la empresa familiar contemplada en el artículo 230 Cc. Tal contribución sobrepasa la simple extensión del término, ya que en estos supuestos ha de entenderse la cooperación como una participación activa en la empresa familiar. De otro lado la contribución a los intereses de la familia hace referencia al grupo familiar, sobre todo a las relaciones padres e hijos, ya que el cumplimiento de un deber puede suponer un posible enfrentamiento con los hijos lo que se traduce en un derecho-deber de confrontación con ellos de acuerdo con la potestad que aparece definida en el artículo 316 Cc. En relación con los hijos, la obligación hacia éstos no se limita estrictamente a los alimentos, sino que el concepto de alimentos abarca aspectos de carácter cultural, deportivo, sanitario, social, etc., procurando responder a las necesidades de aquéllos de la manera más amplia posible. De otro lado es preciso puntualizar, que carece de relevancia la comparación de los deberes de los hijos respecto a la misma obligación por parte de los padres, ya que solamente la violación de los deberes de los padres pueden ser, en su caso, considerada como violación de los deberes conyugales.

En relación con la cohabitación, el profesor Ruscello mantiene que antes de la reforma de 1975 tal obligación era considerada como el primer deber conyugal. El contenido de ese deber era mucho más reducido que el que se le reconoce hoy. Se consideraba como un deber «tener una sola casa» lo que significaba la cualificación de una casa con la calificación de «hogar doméstico». Pero tal definición implicaba el poder del marido de fijar tal residencia, con la consiguiente obligación de la esposa, de seguirlo; sin embargo, al día de hoy el deber de cohabitación ocupa el último puesto de los deberes conyugales. Por cohabitación debe entenderse: «la habitual convivencia de los cónyuges en un mismo lugar». Pero ha de advertirse que la fijación de la residencia debe ser elegida de común acuerdo entre los cónyuges en armonía con las necesidades comunes y teniendo en cuenta las necesidades de los hijos. En este caso el legislador utiliza el término cohabitación porque tal voz contiene un espíritu amplio, ya que este término abarca conceptos más generales que el de la simple convivencia. En el mundo actual no cabe sostener que ninguno de los deberes conyugales pueda ser llevado a cabo sin la necesaria compenetración, en cuanto a las relaciones familiares se refiere, fuera de la fórmula específica de «comunidad de vida mate-

rial y espiritual». Desde otro punto de vista, el deber de cohabitar impuesto por el artículo 143 Cc puede tener otra lectura ya que desde la compleja red de deberes-obligaciones familiares, la falta de cohabitación puede tener su raíz en la necesidad de cumplimiento de otras necesidades familiares. Además ha de determinarse la razón del alejamiento del domicilio conyugal, ya que el cónyuge que abandona el domicilio pierde el derecho a alimentos de acuerdo con el artículo 146 Cc, siempre que tal alejamiento no sea justificado (Cass. 14.5.1981, núm. 3166). Además el abandono injustificado puede dar lugar a la interposición de una demanda de separación. Para el legislador de la reforma de 1975 el alejamiento del domicilio conyugal implica una noción muy amplia semejante al abandono. El autor hace hincapié en cuanto se refiere al concepto del «abandono injustificado», destacando en estos casos un elemento intencional o voluntario; la idea de voluntariedad juega aquí un papel contrario al de convivencia. Sobre esta base debe considerarse injustificada la separación cuando uno de los cónyuges se encuentra ingresado en un sanatorio durante determinado periodo de años. En general se califica de injustificado cuando el alejamiento no sea imputable al comportamiento del otro cónyuge. En los supuestos en los que uno de los cónyuges sea expulsado del domicilio conyugal, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 146 Cc; y el mismo artículo es utilizado, por ejemplo, cuando uno de los cónyuges culpe al otro de una convivencia intolerable de manera injustificada. La imposibilidad de la convivencia probada justificaría el alejamiento. La jurisprudencia hace referencia al abandono justificado cuando la conducta de uno de los cónyuges puede calificarse de una conducta cuasi penal tipificada en el artículo 570 Cp. A tal situación hacen referencia tanto el artículo 146 Cc como el artículo 151 del mismo cuerpo legal en los supuestos en los que se acredite «la imposibilidad de continuación de la convivencia y «el grave perjuicio para la educación de la prole», así como los actos violentos o la producción de graves daños psíquicos a los hijos menores, (Trib. Napoli 22.10 1996, FD 1997, 140 ss.) También se considera como causa de alejamiento la existencia de motivos económicos que impongan una residencia distinta del otro cónyuge (Cass. Pen. 29.4.1980, 1981). Por contra no parece justificado el alejamiento en los casos derivados de la rutina del matrimonio, o el sacrificio o renuncia a la alianza matrimonial si no existe una conducta reprobable por parte del otro cónyuge, aunque hay que advertir que en estos supuestos, el rechazo a continuar la convivencia es factible que sea entendido como un deber general contrario a los deberes matrimoniales que pueden llegar a ser considerados como crisis conyugal (App. Catania 29.5.1984). El artículo 46-2 prevé que el alejamiento está justificado en el caso de la interposición de una demanda de separación, de divorcio o de anulación o cesación de efectos civiles.

Otra de las novedades que se incluyen en el texto legislativo, hace referencia al deber de contribución. Con anterioridad a la reforma, el deber de aporta-

ción se centraba esencialmente en la obligación de suministrar a la mujer «lo necesario para las necesidades de la vida», así como la esposa contribuir al mantenimiento del marido, «dotándole de medios suficientes». En la actualidad el deber de contribución gravita en una acción recíproca. Como consecuencia de ello, ambos cónyuges vienen obligados, a tenor de lo dispuesto en el artículo 143.3 Cc, a «coadyuvar a las necesidades familiares», de acuerdo y en relación con la capacidad profesional o doméstica de cada uno. Tal deber es considerado como un deber general con connotaciones de principio fundamental. Las prestaciones de carácter económico y el deber de contribuir se encuadran dentro de las relaciones personales, y son consecuencia, en el plano económico, de los principios de igualdad y solidaridad que deben existir dentro del grupo familiar. Se parte de la base de la igualdad de los cónyuges en cuanto al deber de contribuir impuesto por el artículo 315 Cc, de acuerdo con los medios de cada uno a las necesidades de la comunidad; se trata de establecer una idea de proporcionalidad (Cass.13.7.1995, núm. 7644). La expresión usada en el artículo 143 Cc «en relación», debe ser interpretada a la luz del artículo 193-2 Cc cuando hace referencia a la separación judicial de bienes «cuando uno de los cónyuges no contribuye a las necesidades de la familia». Ha de tenerse en cuenta que la proporcionalidad no es de carácter matemático, sino que, sin desprestigiar al aspecto aritmético, habrá de tomarse en consideración el aspecto solidario de derechos y deberes. Pero desde otro punto de vista, no puede prescindirse de la idea de las «necesidades de la familia» que es considerada como una formación social que persigue el pleno desarrollo de la personalidad de sus componentes y está fundada en un común sentido de solidaridad. Las referencias a los «intereses de la familia», o «las necesidades de la familia», son meros instrumentos terminológicos. Las necesidades a las que se hace referencia, aluden tanto a aspectos individuales como familiares, y sobre todo se hace mención al criterio de selección de tales necesidades. En síntesis, el legislador entiende que se trata de un deber solidario; pero para determinar tal solidaridad, ha de atenderse especialmente a un criterio de selección de las necesidades. El deber de contribuir, es un concepto elástico y relativo. La función de la familia no puede ser distinta de la de cada uno de sus miembros. La familia es una formación social destinada a una comunión de vida material y espiritual, por lo que, cuando se habla de deberes conyugales, ha de tenerse en cuenta la finalidad de la realización de esa exigencia existencial tendente al desarrollo de la personalidad de todos y cada uno de sus miembros. Las necesidades familiares no pueden llevarse a cabo sin la realización de una exigencia actual que posteriormente ha de ser ampliada de acuerdo con unas necesidades futuras, como puede ser la educación de los hijos, una enfermedad, etc.

Por otra parte, hay que destacar el hecho de que las necesidades de los cónyuges son distintas a las necesidades de los hijos, y por tanto el deber de contri-

bución de unos y otros es diferente; además, sería injusto eximir a los hijos de los deberes que les pudieran corresponder, ya que, por principio, todos los componentes del grupo familiar vienen obligados a contribuir; por ello, cuando se hace referencia al deber de aportar, se alude tanto a la convivencia matrimonial como a «las cargas del matrimonio». Es cierto que existe el deber de contribuir, pero no lo es menos el hecho que se produce una diferencia sustancial al no poder equiparar las necesidades del matrimonio y las necesidades de los hijos; por ello el deber de contribuir no debe ser considerado como deber de «cubrir» las necesidades, mientras que el deber de mantenimiento hace referencia, en particular a las relaciones paternofiliales, al prescindir, por hablar de alguna forma, de las relaciones familiares. La contribución de los padres tiene mucho que ver con el derecho a alimentos, además del derecho a la educación e instrucción, teniendo en cuenta que la contribución, con el fin de cumplir con dichos deberes, ha de guardar relación con la condición económica de los padres.

A la vista de cuanto antecede, es necesario determinar si respecto a la obligación de cooperar existe algún límite o no. En este sentido, en primer lugar, se tiende a considerar el aspecto productivo del dinero (Trib. de Napoli 15.1.1979. DG.1979, 325), sin perjuicio de haberse seguido otras orientaciones distintas, como por ejemplo, se ha sumado al montante dinerario la valoración del patrimonio, el cual no produce beneficios (Cass. 3.12.1981. núm. 6396). Análogamente es aplicable cuanto se ha dicho anteriormente al deber de asistencia de los cónyuges. En síntesis se trata de que en la mente del legislador el juzgador ha de tener presente, por un lado la capacidad económica de ambos cónyuges, y por otro las necesidades de la familia. De aquí que el deber de contribuir esté en función con el «nivel de vida de la familia», y por ello debe prescindirse de los eventuales acuerdos que puedan pactarse.

Unido a todo lo anterior, ha de valorarse, a fin de poder cumplir con la obligación de contribuir, tanto el trabajo profesional como el trabajo doméstico. En relación al primero, la referencia que hace el artículo 143 Cc viene a desarrollar los artículos 4 y 37 de la Constitución que hacen alusión al derecho-deber laboral que desarrolla la mujer, lo que tiene una gran repercusión en el cumplimiento de la obligación de cooperación; pero tal obligación, tanto la de contribuir como la de trabajar, ha de referirse por igual a la mujer como al varón, hasta el punto que se considera violación de la obligación de contribuir cuando uno de los cónyuges desempeña un trabajo de inferior categoría. Por lo que alude al trabajo doméstico, se parte de la base de considerar que ha sido poco valorado. El trabajo doméstico aparece recogido en el artículo 143-3 Cc. La obligación de este tipo de trabajo corresponde por igual al marido y a la mujer, y si bien el trabajo en la casa corresponde preferentemente a la mujer; tal trabajo ha de realizarse desde un profundo respeto a la personalidad de la mujer y dentro de un principio de igualdad; en este sentido el legislador ha venido a reconocer el derecho

a la realización de sus respectivas personalidades, por lo que quiere dar idéntico valor al trabajo extradoméstico que al trabajo casero.

Junto a la obligación de contribuir se encuentra la actividad laboral. En este sentido, el artículo 333 Cc entiende que el incumplimiento del deber de contribución como consecuencia de la falta de una actividad laboral, puede dar lugar a una conducta culpable. Por ello cabe preguntarse si es válido el acuerdo entre los cónyuges que excluya un actividad laboral. La jurisprudencia viene manteniendo que los acuerdos en el sentido indicado son nulos, puesto que toda familia necesita de un soporte económico, lo que hace que los cónyuges han de trabajar para cubrir las necesidades de la familia, salvo que dispongan de bienes de fortuna con los que puedan cubrir tales necesidades. Pero puede ocurrir que uno de los cónyuges se aleje del domicilio familiar; en principio la contribución a las cargas matrimoniales exige convivencia, pero al mismo tiempo ha de tenerse en cuenta la obligación de asistencia moral y material, por ello el legislador entiende que el alejamiento no exime del deber de contribuir, a tenor de los artículos 43 y 147 Cc; salvo que se haya interpuesto demanda de separación alegando causa justa de alejamiento (Cass. 19.11.1985). Ha de distinguirse entre la obligación de contribuir por parte de quien abandona el domicilio conyugal, de la obligación que le corresponda al cónyuge que queda dentro. Para este último cabe la posibilidad del secuestro de los bienes del otro cónyuge a tenor del artículo 146-3 del Cc puesto que a pesar del alejamiento queda en pie el deber de asistencia moral y material.

Por otro lado ha de tenerse en cuenta el problema de la responsabilidad de los cónyuges respecto al incumplimiento de las obligaciones conyugales (Cass. 6.4.1993, núm. 4108), y se ha resuelto este problema como un supuesto de resarcimiento del daño (Trib. de Terni 3.2.1993). Tal cuestión puede solventarse a la vista de la situación subjetiva de los cónyuges destacando el carácter imperativo de la obligación de carácter rescisorio. Debe llegarse a esta solución teniendo en cuenta la comunión de vida social y espiritual que caracteriza la formación social de la familia. La solución del problema ha de ponerse en relación con el comportamiento del cónyuge «por su intrínseca gravedad, así como su frecuencia en el tiempo y por el hecho de la incidencia negativa en la funcionalidad de las relaciones». En este sentido la violación de los deberes familiares, puede tener relación con lo dispuesto en el artículo 570 Cp, a pesar de la falta de coincidencia de la protección civil y la penal. La violación del deber de colaboración, puede exigir una nueva dimensión que se encuadra dentro del daño no patrimonial. De esta forma se abre un nuevo horizonte que se concreta en el hecho ilícito de un tercero; en principio parece aplicable en cuanto a la violación de un deber conyugal se refiere, cuando sea lesivo para el derecho de uno de los cónyuges de tal forma que le impida desarrollar su personalidad en el seno de la comunidad familiar. Sin embargo, se ha negado la rescindibilidad en el supuesto de un daño ocasionado a la salud como consecuencia de una violación del

deber de fidelidad, puesto que en todos estos supuestos ha de tenerse en cuenta la conducta del cónyuge en las relaciones familiares; pero además ha de sopesarse la conducta del otro cónyuge en relación con la posible causación del expresado deber de fidelidad. Un Tribunal de Monza, en sentencia 15.3.1997, núm. 462, ha reconocido la tutela aquilina siempre que se evidencie que el daño no haya sido consecuencia de un comportamiento de uno de los cónyuges al negar de forma reiterada el débito conyugal.

Si bien es verdad que los cónyuges pueden llegar a determinados acuerdos, lo que no pueden hacer es que dichos acuerdos no respeten alguno de los derechos conyugales; en este sentido la jurisprudencia determina que en esos casos el acuerdo es decididamente nulo. Pero ha de advertirse que con el paso de los años ha surgido una evolución de costumbres en el rol interno de la comunidad familiar, lo que induce a pensar que ha de crearse un modelo de autonomía de los cónyuges que incluso puede superar el contenido del artículo 143 Cc. El problema viene planteado no solo desde la «disponibilidad del derecho» sino de la «derogación del deber». Tal situación se contempla desde la aplicabilidad del artículo 160 Cc como norma derivada de la inderogabilidad de los derechos y deberes matrimoniales; ello implica un eventual enfrentamiento o individualización del deber y su posible derogación. La opinión más corriente se pregunta si cabe la posibilidad de derogación. La realidad es que no puede darse una solución exacta ante la impensable línea abstracta de poder refutar un comportamiento hipotéticamente «ilegítimo conforme a la norma». Ha de partirse de la base de que los cónyuges han de moverse dentro de un amplio campo de libertades, de forma tal que la ley viene reconociendo la colaboración de ambos cónyuges respecto a la dirección de la familia o respecto a las relaciones familiares. Por lo que cabe preguntarse acerca de la derogabilidad o no de los acuerdos. Por aplicación del citado artículo 160, que debe ser considerado como una «disposición general», se admite la derogabilidad pacticia; sin embargo los deberes a los que se refiere el artículo 143 Cc son deberes que nacen directamente del matrimonio, y por lo tanto son inderogables, puesto que constituyen un vínculo primario o imperativo de la unión matrimonial, y por ello se excluye el acuerdo implícito o explícito de derogar tal obligación. No obstante cabe dejar a la voluntad de los cónyuges ciertos acuerdos tales como los que afectan a la fijación de directrices de la vida familiar. En principio no es fácil encontrar una fórmula más o menos amplia en torno al problema de la derogabilidad. Se puede haber encontrado un punto de inflexión respecto de la admisión de la derogabilidad o no, en relación con situaciones específicas, como puede ser, por ejemplo cuanto se refiere al deber de fidelidad. Ante todo hace falta preguntarse si el deber de fidelidad hace referencia exclusivamente a una obligación de carácter sexual, y si cabe la posibilidad de llegar a un acuerdo en el que se recoja de un modo claro e inequívoco acerca de elegir el modo de conducta en relación con las directrices previamente esco-

gidas. La evolución histórica del matrimonio respecto a las relaciones conyugales, hace referencia a la posibilidad de que los cónyuges lleguen a un acuerdo en el sentido de precisar el contenido del llamado «comportamiento infiel». No debe olvidarse que respetando la libertad del acuerdo, debe valorarse teniendo en cuenta el aspecto social de la familia y la realización de la personalidad de sus miembros. En este sentido el deber de fidelidad, en el momento de la reforma ha tenido connotaciones diversas, mas no por ello, tal deber tiene que quedar al margen, ya que para el ordenamiento italiano el deber de fidelidad es consustancial con las relaciones conyugales y como consecuencia resulta difícil entenderlo como derogable, ya que es la esencia del vínculo familiar.

Igualmente, y en relación con la asistencia moral y material y a la colaboración con los intereses de la familia, resulta poco menos que impensable la posibilidad de un pacto, a la vista de la naturaleza del matrimonio, según se desprende del artículo 160 Cc y lo mismo ocurre con el deber de cohabitación contemplado en el artículo 144 Cc que hace referencia a la fijación de la residencia familiar. El legislador de 1975 ha sustituido el modelo de matrimonio autoritario, «por un modelo normativo en el cual el principio de consenso emerge como idea y principio del gobierno de la comunidad familiar» (Trib. Napoli 16.3.1990), por ello tanto el deber de cohabitación como el de asistencia deben tener un contenido mínimo por lo que no parece que exista inconveniente en que puedan realizarse determinados convenios respecto a diversos aspectos relativos a la vida familiar y participación de los cónyuges a tenor de un tipo de vida en función con su potencial financiero, por lo que ambos pueden concertar la entidad de la aportación, lo que no es otra cosa que la derogación parcial del artículo 160. Por otro lado, el expresado artículo 144 hace referencia al deber de cohabitación en cuanto se refiere a la fijación de la residencia familiar, tal deber no debe ser entendido en el sentido de convivencia, sino que los cónyuges pueden moderar esa obligación según las exigencias de la vida; cabe, en principio, por tanto, un pacto que derogue la obligación de cohabitar. Pero el artículo 140 Cc ha de ser interpretado en relación con el artículo 146 Cc. Desde esta óptica, la obligación de cohabitación hace referencia a la familia nuclear, reputándose no vinculante el convenio que implique a otros parientes. Por ello se debe declarar nulo cualquier acuerdo que suprima el deber de cohabitar, salvo que existan motivos poderosos como pueden ser los laborales, la estancia en un sanatorio o la retención en una prisión, es decir, siempre que el alejamiento sea de carácter temporal. Tal alejamiento puede ser formalizado a través de un concierto expreso, mas tal acuerdo, para que sea legítimo, debe realizarse de forma tal que no invalide del todo el deber de cohabitar.

En relación con el deber de contribuir, no resulta admisible el convenio que permita el incumplimiento de tal deber. Esto no significa que los cónyuges no tengan cierto grado de autonomía sino que el legislador les reconoce la determi-

nación de la forma de cumplimiento del acuerdo, siempre que se respeten los principios de igualdad y solidaridad previstos en el artículo 160. Desde este punto de vista se considera inderogable «el criterio de repartición proporcional ponderado» en función con la capacidad económica de cada cónyuge. En este sentido, ha de tenerse en cuenta la elección laboral en relación con el deber de colaboración y de asistencia material.

Por último, el autor aborda en el capítulo sexto los deberes de los padres respecto a los hijos, para hacer alusión, al final del mismo, a las obligaciones de los hijos para con los padres, así como respecto a la comunidad familiar.

El menor tiene derecho a ser educado de modo que pueda desarrollar una personalidad completa y armoniosa; el deber de educar compete esencialmente a los padres. La figura del menor es la consecuencia de un vínculo natural de procreación. La aplicación del artículo 30-1 de la Constitución, impide a los padres la posibilidad de exonerarse de su responsabilidad frente a los hijos. Con la reforma de 1975 se intenta plasmar el nuevo aspecto social de los valores constitucionales. Con anterioridad se subordinaba la educación de los hijos a los principios morales, sin embargo el legislador de 1975 prefiere la educación teniendo en cuenta la capacidad y las aspiraciones de los hijos.

Las relaciones padres-hijos aparecen recogidas en el citado artículo 30 de la Constitución, así como en el artículo 147 Cc. En tal articulado se destaca la promoción de la personalidad de los hijos, juntamente con la satisfacción de la exigencia material, moral y afectiva (Trib. Min. Genova 5.12.1978, GM 1980. 305) que produce una autonomía externa del menor sincronizada con su madurez y autosuficiencia (Trib. Min. Bologna 26.10.1973 DFP 1974, 1058 ss). Por otro lado se observa un cambio de relaciones entre padres e hijos; de una familia de carácter autoritario se pasa a una relación educativa basada en el principio de igualdad de la persona, y a la «comunidad de vida con los padres». El legislador va a dejar cierto margen de autonomía al menor, teniendo en cuenta, sobre todo, que la autoridad paterna tiene que cambiar con el proceso de maduración del hijo. Es necesario, por tanto, establecer una línea decididamente elástica sobre todo cuanto se refiere a la edad en que puede tomar el menor decisiones, al menos con ciertas repercusiones jurídicas. La doctrina entiende que difícilmente pueden fijarse criterios rígidos, dependiendo la solución del problema de «la índole del menor y de la naturaleza de la actividad sobre la que se ejerce el poder de dirección». La realidad es que resulta muy difícil establecer una edad fija, puesto que resulta conveniente «respetar la personalidad del menor, su forma de ser y su futuro». Pero por otro lado es preciso determinar hasta donde llega la autonomía del menor y la potestad de los padres. Ante todo debe partirse de la base de que no se pueden establecer límites precisos, por una lado el legislador reconoce la evolución social de los menores, sobre todo, en relación con la peculiar personalidad de cada uno de ellos; y por otro lado tampoco pueden estable-

cerse los límites en función de la edad. La jurisprudencia viene considerando que hace falta distinguir las relaciones internas y las externas, y que por lo que respecta a las primeras debe establecerse un determinado régimen de autonomía dentro del seno familiar. Pero sobre todo habrá que tener en cuenta la «capacidad de discernimiento» del menor; dicha capacidad corresponde al gradual desarrollo de cada persona, pero tal desarrollo es variable en cada sujeto, por lo que habrá que demostrar, en su caso, la suficiencia o insuficiencia en función de la dicotomía capacidad jurídica-capacidad de obrar. Esta situación adquiere importantes caracteres en el supuesto de conflicto con los padres ya que se reconoce al menor cierta autonomía en la esfera de la capacidad de hacer o decidir.

A partir de los años 50, la jurisprudencia entiende que la función de los padres debe modificarse en el sentido de que concede al menor la capacidad para escoger. La edad sólo sirve de módulo orientativo, ya que ha de tenerse en cuenta si el menor había alcanzado «el normal desarrollo físico y moral». Los menores deben ser respetados puesto que son portadores de derechos inviolables del hombre y por tanto son objeto de tutela por parte del ordenamiento. Al menor se le concede una capacidad de elección en cuanto a sus relaciones personales, relaciones que pueden resultar odiosas, como puede ser, por ejemplo, una visita ginecológica, o la reclusión en el domicilio paterno. La autoridad judicial exige que se reconozca al menor una esfera de decisiones. La educación de los hijos debe hacerse desde la esfera de la libertad, por lo que habrá que coordinar la educación con la libertad, y que esta última «presupone una eficiente actividad educativa que depende, no del hecho de alcanzar o no la mayor edad, sino de lograr o no la autosuficiencia y la autoresponsabilidad, así como la capacidad para ser libres».

El profesor Ruscello entiende que el derecho a las visitas ha tenido un gran cambio conceptual y hace referencia a las visitas relativas a las relaciones nietos-abuelos. Con anterioridad al año 1975 existe una negativa respecto al derecho de de los abuelos cuando contrasta con la negativa a las visitas por parte de quien ejerce la patria potestad. (Cass. 17.10.1957, núm. 3904); (Trib. de Napoli 26.5.1962, DG 1963). «Contra la voluntad del padre no pueden realizar visitas los abuelos, padrinos, etc.; el poder de aquél es originario y fundado en el ordenamiento, que entiende que el padre es el mejor juez respecto de los intereses del hijo» (Trabuchi 1961.) Con la reforma de 1975, se cambia absolutamente de dirección; doctrina y jurisprudencia de forma unánime vienen manteniendo que los intereses del menor deben ser mirados desde otra óptica ya que las relaciones con otras personas sirven para un correcto desarrollo psíquico e intelectual de aquél; en este sentido se tiende a que frente al derecho de los padres, se reconoce a otras personas con idéntico derecho, teniendo en cuenta que hay que resolver tal situación en función, sobre todo, de los intereses del menor (Cass.14.2.1981, núm. 1115), toda vez que la potestad de los padres viene limitada por los derechos de terceras personas, puesto que ha de tomarse en consi-

deración que el pleno desarrollo de la personalidad individual no puede alcanzar la plenitud en el supuesto de impedir las relaciones externas a la célula familiar. El autor hace alusión a cuanto se refiere a la libertad religiosa de los menores, y hace hincapié en el punto de vista jurisprudencial (Trib Ferrara 31.8.1948), (App. Bologna 13.4.1950.) puesto que hace falta determinar la incidencia del factor religioso en el aspecto educativo del hijo.

En torno a la libertad religiosa, la Constitución italiana establece el principio de libertad de acuerdo con los artículos 29 y 30 de la misma. Es de destacar que en el pasado se tendía a la «necesidad» de una orientación respecto de la religión católica (Trib Massa 18.9.1986, núm. 373). La Constitución obliga a los padres a proveer lo procedente en torno a la educación e instrucción de la prole, pero ello no quiere decir que, obligatoriamente, deba elegirse un modelo educativo basado en un modelo religioso, sin discriminar arbitrariamente a otros individuos, lo que limitaría claramente lo dispuesto en la Constitución. Desde esta perspectiva surge la irrelevancia del acuerdo con la Iglesia Católica sancionado en el Pacto Lateranense. En este sentido se destaca que es un grave error objetivar el «fanatismo» porque puede discriminar a una religión respecto a otra, pero por otro lado ha de distinguirse entre fanatismo y fe. Desde este ángulo no puede reclamarse una esfera de autonomía alegando que se trata de intereses de naturaleza existencial. El principio de libertad religiosa lleva implícito la capacidad del menor de elegir una fe y seguir una fe. En este sentido el problema debe resolverse teniendo en cuenta la elección responsable del menor, debiendo sopesarse otros factores que hayan influido en su decisión. El juez no puede controlar la educación del hijo impartida por el padre porque la transmisión de un mensaje ideológico, contrario a las reglas de la ética, tan sólo puede ser impedido en cuanto infrinja los límites fundamentales de los derechos inviolables del hombre amparados en el artículo 2 de la Constitución cuando reconoce y ordena «la salvaguardia del espíritu de cualquier formación social» (Tib. Min. Emilia Romagna 1978, GM 1979, 1166 ss). Mas ha de advertirse que la elección de un credo religioso por parte del menor ha de basarse en la capacidad de discernimiento de éste. En el artículo 216 del texto derogado, el depositario de la elección de la fe religiosa correspondía al padre, pero a partir de 1975 tal facultad se deposita en ambos cónyuges, por aplicación del principio de igualdad personal, advirtiendo que «debe conciliarse el principio de igualdad con el interés del hijo en recibir una seria y constante educación». Unido a todo lo anteriormente expuesto, ha de ponerse de manifiesto la problemática relativa a los intereses del menor, en este sentido, ha de advertirse que el posible acuerdo de los cónyuges, puede quedar invalidado por cuanto se refiere a la exigencia de los intereses del hijo. El pacto sobre la educación de los hijos no puede tener el mismo contenido que el pacto matrimonial ya que podría ser origen de conflictos, toda vez que respecto a estos últimos, pueden señalarse distintas consecuencias a las que pueden determinar-

se en el caso de incumplimiento por parte de uno de los cónyuges. En este sentido puede pensarse que el comportamiento contrario al pacto es, normalmente, considerado como causa de separación (Trib. Patti 10.12.80, DFP 1981).

Es evidente que la tutela de los intereses para la realización personal exija una continuidad en la enseñanza en materia religiosa. En este sentido, no importa el credo en que se educa a la prole, siempre que los padres no adopten en cuanto a la religión se refiere, una postura intransigente o traten de imponer otra cultura u otra fe. Desde esta óptica no puede ser aceptada una religión cuando se trata de un credo «notoriamente integrista e intransigente y sin arraigo en nuestro país» (Tri. Min. Venezia 10.5.90, RADC 1992, 110). La cuestión reside en averiguar si determinada conducta de los padres puede ser calificada como «abuso de poder», y, en su caso, hay que determinar si la situación prevista en el artículo 330 Cc, puede resultar perjudicial para el hijo, lo que llevaría aparejado por parte del juez la adopción de medidas convenientes, en función con lo dispuesto en el artículo 333 Cc.

Al igual que respecto a la libertad de elección religiosa, ha de señalarse que se admite al menor libertad de elección política, si bien ha de partirse de un límite de edad que se fija entre los 14 y los 18 años, sin perjuicio de realizar una valoración de la capacidad de discernimiento del menor. A pesar de ello, cabe la posibilidad de limitación de la libertad política del menor que puede derivar de la inobservancia del deber de instrucción o colaboración con la familia. Por contra, lo que no puede hacerse es la valoración respecto de las ideas políticas que proceden del grupo político al que el menor ha decidido adherirse, salvo que dicho grupo viole una norma penal o un principio de orden público.

Pero al mismo tiempo que se hace referencia al derecho del menor al ejercicio de ciertas libertades, también se le imponen determinados deberes como puede ser el de desarrollar una actividad laboral que recoge el artículo 2-2 co. Cc que atribuye al menor la capacidad de trabajar y al mismo tiempo de ejercer los derechos y acciones dependientes de la relación laboral. El trabajo del menor ha de realizarse de acuerdo con las facultades e inclinaciones del mismo. Se ha puesto en duda la capacidad contractual del menor, por lo que parece más lógico que la contratación sea realizada por el representante legal, siempre que se respete la personalidad de aquél. Por otra parte, el artículo 315 Cc que desarrolla el artículo 4 de la Constitución impone al menor la obligación de contribuir al mantenimiento de la familia, mas esta situación debe realizarse sobre la base de la convivencia con los padres, con ello se quiere limitar una actividad improductiva limitando la formación de aquél. Pese a todo no se impide a los padres una cierta intervención en el supuesto de que el hijo no esté plenamente formado en cuyo caso no podrá sustraerse del deber social de trabajar en cualquier clase de trabajo profesional o doméstico siempre que esté en condiciones de desenvolverlo.

Por otro lado, el legislador exige de los padres un profundo respeto hacia los hijos, tal y como se desprende, por ejemplo, del artículo 316 Cc que impone la obligación de respetar la vida privada de los hijos, como puede suceder en los supuestos de una transmisión televisiva, pero ha de tenerse siempre en cuenta los superiores intereses de los hijos, y se exige el consenso tanto de los padres como del hijo (Trib. Min. Ancona 29.3.1996, FI. 1996). Como regla general ha de tenerse en cuenta, por una parte, el necesario acuerdo de los padres, y de otro lado, el interés preferente del hijo. En este orden de cosas, el menor no puede ser implicado en un debate público, aun en el supuesto de que en tal debate se admita su utilidad social; se exige la no identificación del menor ni la del padre. Por ello como regla general, se parte de la base de proteger la intimidad del menor frente a la del padre. En el ámbito de la tutela reconocido, debe admitirse unos hechos particularmente delicados de la vida personal del menor, cuales son los relativos al pudor, sentimientos o vida sexual que han de tratarse con suma cautela.

Otro de los deberes de los padres hace referencia a la instrucción de los hijos que contempla el artículo 30 de la Constitución y que desarrolla el artículo 147 Cc que impone a los padres proporcionar siquiera una mínima instrucción como derecho inviolable de tal persona. La Constitución asigna a los padres el derecho-deber respecto a la instrucción de los hijos. La República tiene competencia para asumir una función instrumental, y señalar un rol activo para la promoción de la cultura y la instrucción. La instrucción es considerada como un privilegio político y social con la mirada puesta en una adecuada educación cultural en función de una labor democrática. La labor educativa debe ser confiada, en primer lugar a la familia; la escuela, está considerada como medio de protección de la juventud y la infancia (arts. 30, 31, 33, y 34 de la Constitución italiana). Como se ha dicho, a los padres y a la escuela se les encomienda la enseñanza de un mínimo de cultura, pero debe proporcionarse una de grado superior si el menor «ha demostrado capacidad y méritos en los estudios». (Trib. Min. Bologna 20.6.1967). Por lo que respecta a los estudios primarios, ha de tenerse en cuenta el carácter involutivo de los mismos, y la obligatoriedad de la instrucción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 34 de la Constitución y deben ser impartidos, al menos durante ocho años, lo que necesariamente ha de llevarse a cabo en la escuela con el fin de obtener un diploma de estudios elementales, lo que excluye la exclusiva instrucción paterna. Pero al mismo tiempo que se exige la participación de los padres, se determina que la enseñanza paterna debe realizarse con respeto a la especial personalidad de cada individuo. La función social de la instrucción tiene una particular importancia. La formación de las personas tiene un carácter prioritario y representa, en términos absolutos, un cualificado valor que exige tanto al estudiante como a su familia y al profesorado, una formación social escolástica pública y privada; ello implica una serie de derechos y deberes respecto a la situación del menor en la escuela, que se manifiesta, entre otras

cosas, en la elección y estudio de una lengua extranjera, o en la enseñanza religiosa. Otro asunto digno de tener en cuenta en torno a este mismo tema, es el referente a los libros de texto. Tales libros deben responder a las directrices de la escuela al igual que el cambio de los mismos o la utilización de textos alternativos que, según el Consejo del colegio responda a las directrices a seguir. Debe respetarse el principio de la libertad de enseñanza lo que evidencia que tal libertad no puede limitarse a un solo libro de texto. La educación de las personas debe basarse en valores democráticos, en la función social y en la personalidad del individuo, así como en la participación en la garantía de tales valores.

Desde esta perspectiva, son los padres a quienes corresponde la elección del tipo de instrucción que desean para sus hijos, teniendo en cuenta el desarrollo y personalidad de los mismos en el ámbito personal y profesional. Se reconoce al menor el derecho de participar en la elección de la escuela, siempre con la asistencia de los padres, y en relación con la edad y grado de madurez del menor. En cuanto se refiere a los estudios superiores, la facultad de decisión se adjudica a los padres, pero habrá de tenerse en cuenta la capacidad del hijo y los intereses y aspiraciones del mismo.

Al lado del deber de instrucción, los padres vienen obligados a la manutención de los hijos, lo que implica, al mismo tiempo, un deber de asistencia de acuerdo con un determinado nivel de vida, según dispone el artículo 147 Cc. El autor mantiene la tesis de que no se puede dar un contenido educativo al deber de alimentos que constituye el soporte patrimonial del deber relativo a la instrucción y a la educación, lo que implica una visión muy amplia de las necesidades generales de la prole. El deber de mantenimiento, está considerado como uno de los aspectos del problema relativos a la disciplina de la función educativa (arts. 1299 y 148, ambos del Cc). El deber de mantenimiento está representado por todo aquello que es necesario para el lógico desarrollo del menor, y forma parte de la asistencia moral y material, al igual que el deber de contribución, y se reconduce al deber de solidaridad reconocida en el ámbito de la comunidad familiar como «actividad directa de asistencia al desarrollo psicofísico del hijo», en su calidad de perteneciente al grupo familiar. Se basa la obligación en el hecho de que el menor no puede acceder al gobierno de la familia. La jurisprudencia extiende la obligación de mantenimiento, al hijo del cónyuge separado o divorciado (Cass.7.4.1997, núm. 2993), en función de intereses morales y materiales de aquel, así como respecto a la posición social del mismo (Cass. 21.11.96, núm. 10.268). Por lo que se refiere a la duración del mantenimiento, ha de partirse de la base de que el límite respecto a la edad, no puede ser prefijado, y se elige, o bien en función de la mayoría de edad del hijo, o hasta que éste haya completado el proceso formativo. Habrá que tener en cuenta también para cesar el mantenimiento, otros factores, como puede ser la percepción de un sueldo por parte del hijo, la profesión, la relevancia o el tenor de vida, el matrimonio o la

separación de los padres, etc. El hecho de tener un trabajo retribuido, no hace cesar, sin más, el deber de mantenimiento (Cass. 19.3.1.984, núm. 1862). Por otro lado, de acuerdo con el artículo 315 Cc se impone al hijo la obligación de contribuir al sostenimiento de la familia con la cual convive. Sin embargo puede cesar la obligación de mantenimiento en el caso de que el hijo no acepte un trabajo remunerado y se matricule en la universidad, habiéndose demostrado su falta de rendimiento en los estudios. La obligación de mantenimiento, habrá de hacerse caso por caso, de acuerdo con la edad del hijo y sus aptitudes (App. Roma 295.95. DFP 1.996. 105 ss). Tal obligación se renueva cuando el hijo mayor de edad, pierde la independencia económica. La obligación de mantenimiento es común a ambos cónyuges proporcionalmente al trabajo profesional o doméstico de cada uno de ellos (art. 148.1 Cc de acuerdo con la proporcionalidad establecida en el artículo 143 Cc; se trata de una obligación solidaria según mantienen los arts. 1298 y 1.299 Cc), obligación, tanto respecto al hijo natural como a los hijos sometidos a tutela.

Íntimamente unido al deber de mantenimiento se exige a los padres el deber de proteger a los hijos, así como la obligación de cuidarlos desde el punto de vista sanitario. En relación con la primera de las obligaciones, el artículo 147 garantiza la integridad moral y libertad sexual del hijo, y en general la defensa de la personalidad del menor en este sentido, una madre prostituta puede educar a su hijo convenientemente cuando conserva una reserva en cuanto a su actividad se refiere, y actúa de forma tal que protege y desarrolla el correcto desenvolvimiento de la personalidad del hijo (Cass. 13.7.1982. núm. 4.107 FI.1983, 2238 ss.).

En relación con el tratamiento sanitario, el profesor Ruscello hace especial referencia al problema que planten los testigos de Jehová en relación con las transfusiones sanguíneas, y afirma que en tales casos la protección de la salud del menor prima sobre la libertad religiosa, toda vez que en estos supuestos, debe atenderse exclusivamente a los intereses del hijo, pero habrá que contar con la capacidad de discernimiento del menor. No puede hablarse del principio libertad contenido en el artículo 13 de la Constitución, sino que hay que poner en relación el derecho-deber, de acuerdo con los artículos 1-2 y 32 del texto constitucional. El tratamiento sanitario debe realizarse en función de lo ordenado en la ley 833, de 23-12-1978, la cual reconoce el carácter voluntario de dicho tratamiento, asegurando el consenso y la participación del paciente y el facultativo.

En síntesis, el legislador de 1975 fundamenta el cambio legislativo en el establecimiento de una igualdad entre los cónyuges, basándola en un profundo respeto a sus respectivas personalidades, destacando el concepto y función social de la familia, así como la proclamación y defensa de los derechos fundamentales de todos y cada uno de sus miembros.

LUIS ÁLVAREZ PRIETO
PILAR ÁLVAREZ MORENO