

de Palermo) de la que es continuación el convenio de estudios cuyas actas se recogen en el volumen presente; mesa y convenio constituyen una invitación a dedicar la atención de los estudiosos a la temática aquí considerada.

SALVATORE BORDONALI

FINOCCHIARO, FRANCESCO, *Del matrimonio* (tomo II), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (arts. 84-158), a cura di Francesco Galgano, Zanichelli ed. Foro Italiano, Bologna-Roma, 1993, 499 pp.

A un cuarto de siglo del magno congreso sobre *La riforma del diritto di famiglia*, celebrado en la Isla de San Giorgio, en Venecia, en el mes de marzo de 1972, el cariñoso encargo del director de este Anuario, profesor doctor de la Hera, de afrontar la recensión del tomo segundo del conocido *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, me hace revivir sensaciones y realidades de difícil omisión.

En cuanto colegial de San Clemente de los Españoles o Colegio de España en Bolonia, tuve oportunidad de asistir al citado congreso y ver de cerca a grandísimos juristas italianos, civilistas y canonistas (Santoro-Passarelli y Grasseti, por ejemplo), cuyos debates e intervenciones en algún caso, rayaban en grado que entonces (y ahora) consideraba insuperables. La misma sensación, creo, embargaba a algunos otros amigos y compañeros que, siendo también bolonios, me acompañaban en el empeño y a quienes me gustaría recordar y rememorar: Luis Humberto Clavería Gosálbez, Carlos Luis López Rey Laurens y Carlos Rogel Vide.

Eran tiempos luminosos en Italia y renqueantes en España para el mundo del Derecho de Familia. Allí, las profundas reformas del *Codice Civile* de 1942 en materia de familia, exigidas por el nuevo signo de los tiempos, eran ya una realidad (Ley de 1 de diciembre de 1970, núm. 898, relativa al divorcio) o se encontraban en grado de inminente aprobación (Ley de 19 de mayo de 1975). En la geografía peninsular, en cambio, el convencimiento generalizado de que la dictadura de Francisco Franco pasaba, como mucho, por el propio *fallecimiento natural* de quien, con terminología oficial, era denominado *Generalísimo*, nos hacía envidiar a muchos de los juristas (o aprendices de juristas, entonces) un movimiento de renovación normativa como el vivido en los años setenta en Italia y en muchos otros países europeos en relación con los extremos básicos del Derecho de Familia, en el que seguían imperando patrones del pasado y, en buena medida, formulaciones napoleónicas. Es más, de ser sinceros, muchos creíamos que posiblemente el acceso a una vía constitucional en sentido contemporáneo no sería tan inminente y *milagroso* como después finalmente resultó.

Por fortuna, pues, la renovación normativa a que me refero tuvo lugar en España con gran celeridad y, curiosamente, de forma paralela, aunque en sentido inverso, al proceso reformador italiano: primero fue objeto de promulgación la «Ley general» de reforma del Derecho de Familia y, posteriormente, la popularmente

denominada «Ley del Divorcio» (Ley 11/1981, de 13 de mayo, y Ley 30/1981, de 7 de julio, respectivamente).

Afortunadamente también, semejante proceso de actualización legislativa se vio acompañado, en seguida, de un conjunto de aportaciones doctrinales españolas de hondo calado y gran profundidad técnica. Entre ellas, sería injusto omitir los empeños editoriales asumidos por el desgraciadamente desaparecido José Luis Lacruz Berdejo, aunque por supuesto, al borde del milenio, existen muchísimas otras obras señeras.

Así pues, al día de hoy, creo que la situación legislativa y la producción doctrinal italiana y española sobre el Derecho de Familia, resisten perfectamente la comparación. Esto es, la sensación del secular retraso español debe ser radicalmente abandonada, debiéndose subrayar en cambio el particular dinamismo de la doctrina española especializada en Derecho de familia. Hasta el extremo de que los tomos correspondientes de los *Comentarios al Código Civil*, tan brillantemente dirigidos por el profesor Albaladejo, han visto la luz antes que el tomo del *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, dedicado a las reformas del *Codice Civile* cuya recensión me ha sido encomendada y que, por diversas razones, realizo con sumo agrado.

En la actualidad, desde hace algunos años, como obra en la reseña de la obra comentada, el *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* se encuentra pilotado por la sabia y excepcional dirección de mi maestro en la Universidad de Bolonia Francesco Galgano. Fui en su día el primer *bolonio* que contó con su magisterio y, por tanto, cualquier empeño editorial del profesor Galgano ha de resultarme particularmente querido y familiar.

Algunos años antes, durante la Licenciatura, tuve igualmente la fortuna de pertenecer a la primera promoción que cursaba Derecho Canónico con el director de este Anuario, don Alberto de la Hera, cuyo reencuentro en Madrid me ha llenado de satisfacción. Sigue teniendo el profesor De la Hera la misma capacidad de entusiasmo y apasionamiento por el trabajo bien hecho que, como alumnos, tanto nos hiciera estudiar, dados sus niveles de exigencia académica. Superada la asignatura, sin embargo, doy fe de que la mayor parte de los miembros de la promoción estudiantil le guardamos siempre un profundo respeto, al tiempo que siempre le agradecemos su cercanía, afable disponibilidad y el aire fresco que supo insuflar a sus relaciones con los alumnos de la Facultad de Derecho de Sevilla.

Como es sabido, el *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* es una excelsa obra de parámetros exegeticos. El tomo II de los dedicados al matrimonio, del que debo dar cuenta, aborda, a lo largo de sus quinientas páginas, la exposición y análisis de los artículos 84 a 158 de la redacción vigente del *Codice Civile*, integrados en los capítulos III, IV y V del libro primero de dicho Código.

La estructura exegetica del libro y, en general, del *Commentario* al que pertenece se impone también al realizar una recensión del mismo, pues naturalmente el tenor de la exposición y las propias pautas editoriales del empeño son notoriamente diversas a las características de otro tipo de obras, como los ensayos o monografías, en las que el sello personal del autor y la ilación argumental se han de superponer al propio dato normativo. En cambio, como es sabido, el *Commentario del Codice*

*Civile Scialoja-Branca* se caracteriza por utilizar la propia rúbrica del correspondiente artículo como epígrafe de desarrollo de los comentarios, salvado en su caso —en algunos casos— la existencia de un breve estudio introductorio a ciertos capítulos o secciones de la materia considerada.

Ocurre así precisamente al comienzo del tomo comentado, en el que el profesor Finocchiaro (catedrático de Derecho Eclesiástico de la Universidad La Sapienza, de Roma) dedica una veintena de páginas a resaltar algunos aspectos preliminares de la materia considerada: el «derecho inviolable» al matrimonio, su caracterización negocial, la heterosexualidad y carácter monogámico de la relación matrimonial, etc., que traen causa del volumen anterior del *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, publicado en 1971.

La mayor parte del tomo comentado, hasta la página 243, como no podía dejar de ser, tiene por objeto el análisis del capítulo III del libro I del Código italiano (artículos 84 a 142), cuya rúbrica oficial se encuentra referida al «matrimonio celebrado ante el encargado del Registro Civil». Sucesivamente se consideran los requisitos o impedimentos matrimoniales, las formalidades preliminares, la celebración propiamente dicha, la nulidad y la prueba del matrimonio.

Aunque huelga insistir en ello, pues los lectores de este *Anuario* son precisamente especialistas en Derecho Canónico, considero que no está de más recordar que semejante temática no debe hacer olvidar la innegable relevancia social y la primacía histórica que en Italia, al igual que en España, asume el matrimonio canónico (admitiéndose, más recientemente, bajo cualquier otra forma religiosa, siempre y cuando sea admitida por el ordenamiento estatal), como desarrollan normativamente los artículos 82 y 83 del *Codice Civile*, comentados precisamente en el tomo anterior al que ahora se reseña.

Los comentarios al capítulo IV, cuyo objeto de regulación recae sobre los derechos y deberes dimanantes del matrimonio (arts. 143 a 148), ocupan las páginas 244 a 335. En el comentario al artículo 143 se destaca en particular el principio de igualdad entre cónyuges y se realiza un atento comentario de los deberes de fidelidad, asistencia, colaboración y cohabitación, los cuales *grosso modo* se encuentran contemplados legalmente en sentido muy parecido a los vigentes preceptos de nuestro Código Civil. Lo contrario ocurre con el conocido tema del apellido de la mujer casada, pues para los españoles (o, al menos, para este «españolito de a pie» que suscribe) ha resultado siempre llamativo que la mayor parte de los sistemas jurídicos del globo terráqueo establezcan que el matrimonio conlleva la pérdida del apellido de la mujer y la necesaria asunción del apellido del marido. Este era también el planteamiento del *Codice Civile* italiano de 1942, cuyo artículo 144 preveía la asunción obligatoria por la mujer del apellido del marido. De tal forma, el apellido del marido, incluso en el uso social de muchos otros países, acaba por convertirse en el «apellido familiar» o en el «apellido de la familia».

La reforma del Derecho de Familia en Italia conllevó en su día un debate sobre el particular, primando finalmente la idea de que la desaparición del apellido de la mujer por causa de matrimonio carecía de sentido. Alcanzado dicho punto, la doctrina especializada debatió en pasadas décadas sobre si el apellido paterno debía anteponerse o posponerse al propio apellido de la mujer casada. El actual

artículo 143-*bis* establece finalmente que «la mujer añade al propio apellido el de su marido y lo conserva durante el estado viudal, hasta que contraiga nuevas nupcias». Con todo, personalmente, creo que sigue siendo preferible el sistema de apellido característico de nuestra propia cultura y legislación.

Desarrolla igualmente con brillantez el profesor Finocchiaro el tema de la nacionalidad de la mujer casada, regulado en la actualidad por el artículo 26 de la Ley número 91 de 5 de febrero de 1992, que ha derogado el contenido del artículo 143-*ter*.

Con ocasión del comentario del artículo 147 (deberes respecto de los hijos), se pone de manifiesto en la obra comentada que la doctrina italiana, todavía hoy, sigue hablando de *familia legítima* o de filiación legítima (en la que se incluiría a la adoptada de forma especial) y, de otra parte, de filiación natural. Verdaderamente, también en este punto, a mi entender, debe resultar preferible el quiebro lingüístico del que ha hecho gala la doctrina española contemporánea hablando de filiación matrimonial y extramatrimonial, pues verdaderamente el mantenimiento de la *legitimidad familiar* sólo tiene verdadero sentido en un sistema normativo en el que los hijos, cualesquiera hijos, no sean iguales ante la ley y en relación con sus progenitores. Abandonada semejante pauta de regulación (tan injusta por otra parte, hablando en términos morales), la expresión o la idea de filiación *legítima* verdaderamente carece de fundamento.

La parte final de la obra, conforme a lo dicho antes y naturalmente, está dedicada al análisis del correspondiente capítulo (el V) del libro I del Código italiano: «*De la disolución del matrimonio y de la separación de los cónyuges*» (arts. 149 a 158). Para quien no esté familiarizado con la legislación italiana, sin embargo, debe advertirse que bajo tal sede normativa, el *Codice Civile*, propiamente hablando, sólo regula en exclusiva lo que deberíamos denominar el «régimen de la separación matrimonial», pues verdaderamente la regulación del divorcio no ha sido objeto de incorporación formal al Código italiano desde la instauración normativa de aquél a través de la Ley de 1 de diciembre de 1970, núm. 898, en contra de cuanto —una década después— ocurriera en nuestro propio sistema.

La introducción del divorcio en Italia constituyó una verdadera *batalla campal* entre los partidarios y los adversarios de dicha institución, que deja en mantillas a los debates habidos en nuestra nación, determinando la necesidad de un reiterado pronunciamiento por la *Corte Costituzionale* sobre diversos aspectos de la Ley indicada (SSCC de 8 de julio de 1971, núm. 169; de 23 de enero de 1972, núm. 10; y de 11 de diciembre de 1973, núm. 176) y, a la postre, de un referéndum popular, celebrado finalmente, con resultado positivo respecto de su instauración, en mayo de 1974.

Sin embargo, de forma expresa, el primer párrafo del artículo 149 del Código sólo sigue disponiendo literalmente que «el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y en los otros casos previstos en la Ley». Por tanto, nuestro autor no desenvuelve la materia relativa al divorcio, que en el *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* es objeto de un volumen especial, escrito por L. Barbiera e intitulado *Supplemento all'art. 149*, al que el profesor Finocchiaro

nos remite gustoso (*vide* p. 342), para centrarse en la exposición de los artículos relativos a la separación propiamente dicha.

Bajo el artículo 150, tras exponer que —al igual que en la mayoría de los restantes sistemas contemporáneos— resulta fundamental la distinción entre la separación judicial y la convencional o consensual, se analiza la separación de hecho, respecto de la cual se mantiene la tesis tradicional de que la separación de hecho es irrelevante para el Derecho. Llega a afirmar, en dicha línea el profesor Finocchiaro que «incluso el deber de cohabitación, incumplido precisamente por la separación de hecho, se encuentra vigente incluso si el cónyuge que ha permanecido en la residencia familiar tolera o consiente su vulneración» (p. 351). No obstante ello, una vez salvada la pervivencia de los derechos y deberes fundamentales dimanantes del matrimonio, reconoce nuestro autor que la separación de hecho «no se encuentra privada de relevancia para el Derecho», señalando algunos datos normativos, de carácter ciertamente marginal, al respecto.

A mi entender, sin embargo, dicha concepción del mantenimiento de los derechos y deberes del matrimonio es más voluntarista que real y posiblemente no encuentra fácil aplicación en la jurisprudencia cotidiana, pues la separación de hecho, pero consentida —antes o después— por los cónyuges, no permite (o debería permitir) la eventual reclamación de derechos o de deberes matrimoniales que presuponen la convivencia efectiva (la propia cohabitación, el deber de fidelidad, etc.): *contra factum proprium no venire*.

Analiza, en cambio, con gran rigor, el profesor Finocchiaro la «separación imputable a uno de los cónyuges», con ocasión del estudio del precepto fundamental dedicado a la separación judicial (el art. 151). Con la expresión entrecomillada, pretendo hacer referencia al supuesto contemplado en el segundo párrafo del artículo 151, que limita o pone en duda el carácter abstracto de la separación en los modernos ordenamientos.

Sin duda, con carácter general, la idea de culpa o el carácter sancionador que constituían presupuestos propios de la separación matrimonial han desaparecido en los textos legales contemporáneos, fruto de las reformas habidas en las últimas décadas en los distintos países europeos. El propio Finocchiaro adopta como punto de partida del comentario al artículo 151 un epígrafe doctrinal de gran agudeza: «de la separación por culpa a la separación por intolerabilidad de la convivencia».

No obstante, el artículo 151.2 establece textualmente (aunque ya se sabe aquello de *traduttore traditore*) que: «El juez, al pronunciarse sobre la separación, cuando concurren circunstancias y sea requerido para ello, declara a cuál de los cónyuges sea imputable la separación, atendiendo a su comportamiento contrario a los deberes que derivan del matrimonio». La expresión literal del texto es «... *sia addebitabile la separazione*», por lo que, en general, la doctrina italiana —también el propio Finocchiaro (p. 362)— ha dado en hablar de *separazione con addebito*. La determinación judicial de tal tipo de separación, en el fondo culposa, en cuanto imputable a uno de los cónyuges, es de una extraordinaria importancia dadas las consecuencias patrimoniales que puede comportar. Dejando aparte las consecuencias sucesorias que lleva aparejadas (cfr. arts. 548 y 585), me limitaré a subrayar cómo Francesco Finocchiaro (ahora en p. 437) pone de manifiesto la profunda diferencia existente

entre la mera declaración de separación y la *separación imputable*, pues en este caso el cónyuge responsable de la quiebra matrimonial sólo tiene, en caso de necesidad, derecho a alimentos, pero no al mantenimiento o pensión por desequilibrio que detentaría en el supuesto de que la separación no hubiera sido declarada con *addebito*.

La consideración de tal tipo de separación, generalmente —y, a mi entender, con razón— considerada como una hipótesis excepcional en la doctrina italiana, ha merecido juicios de muy diferente signo y, sin duda, merecerá un absoluto rechazo por parte de todos cuantos se han deshecho en elogios respecto de la independización de la separación o del divorcio de la idea de culpa o responsabilidad en la ruptura matrimonial. Sin embargo, es innegable que, al menos, en ciertos casos la pura consideración objetiva del desequilibrio económico postmatrimonial (tal y como ha de ser interpretado el sistema vigente en España, dada la regulación de la denominada *pensión compensatoria*) arroja resultados más alejados de la común idea de justicia y más perniciosos que los males evidentes que supone *causalizar* el proceso de separación.

Para finalizar, aunque posiblemente sea innecesario, debe resaltarse que la obra comentada, como cualquiera otro de los volúmenes del *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, está editado con las intachables pautas tipográficas y de presentación características del mismo. Por lo demás, la relación bibliográfica general (limitada a las monografías y las obras generales y situada al principio de la obra) y el conjunto del aparato bibliográfico citado a pie de página dan cuenta de la especialización del profesor Finocchiaro, a quien corresponde felicitar por su culminación del empeño. Asimismo debe resaltarse, como es usual en el *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, la existencia de un índice analítico que facilita la consulta de la obra y que, en todo caso, manifiesta una tradición italiana que, lamentablemente, nunca se ha impuesto con carácter general en las publicaciones españolas, salvados los *Studia Albornotiana* dirigidos por el profesor Verdera y Tuells.

CARLOS LASARTE

DE LEÓN, ENRIQUE, *La cognatio spiritualis según Graciano*, Pontificio Ateneo de la Santa Croce, Giuffrè Editore, Milano 1996, 310 pp.

El gran interés científico de esta obra no dimana sólo de sus aportaciones al mejor conocimiento histórico sobre la razón constitutiva y el alcance de un impedimento matrimonial —*la cognatio spiritualis*— no recogido ya en el CEC83 —aunque se mantenga en el CCEO—, sino que, centrada su atención en el tratamiento que hace Graciano de esta figura canónica, progresa también en un trabajo de filología jurídica sobre este núcleo del Decreto hasta ofrecernos un texto crítico de trabajo de la C. 30, q. 1, 3 y 4, gracias a su previo estudio crítico de los textos que el Decreto contiene y de los modos como los transmiten los manuscritos