

LA "FAMILIA DE HECHO" EN ITALIA: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION

MARIA E. ROVIRA SUEIRO
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad de La Coruña

SUMARIO: I. OPORTUNIDAD DE SU ESTUDIO. II. EL SIGNIFICADO DEL CALIFICATIVO "DE HECHO" Y SUS CONNOTACIONES EN RELACION A LA FAMILIA. III. PRESENCIA DE LA "FAMILIA DE HECHO" EN EL DERECHO POSITIVO Y SU REFLEJO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA. IV. MARCO JURIDICO ACTUAL DE LAS RELACIONES DIMANANTES DE LA "FAMILIA DE HECHO". 1. *Régimen jurídico de las relaciones personales*. 2. *Régimen jurídico de las relaciones patrimoniales*. 3. *Supuestos de cese de la "familia de hecho"*. A) Separación de los convivientes. B) Muerte del conviviente. V. PERSPECTIVAS DE REFORMA.

I. OPORTUNIDAD DE SU ESTUDIO

Al igual que en otros muchos países europeos, en Italia se asiste en la actualidad a un profundo debate sobre la denominada "famiglia di fatto" que ya había comenzado con ocasión de la aprobación de la primera Ley del Divorcio (Ley n.º 898, de 1 de diciembre de 1970) (1) cuya finalidad, entre otras, era la de regularizar la situación de las convivencias *more uxorio* consolidadas en un régimen de indisolubilidad del

(1) Hoy modificada por la Ley de 6 de marzo de 1987, n.º 74.

vínculo (2). Posteriormente, también fue objeto de atención a propósito de la reforma del derecho de familia operada en el año 1975 (3) pero, no cabe duda de que, es en estos momentos cuando se presenta con mayor intensidad debido al paulatino incremento de este fenómeno pues cada vez son más no sólo las parejas que prescinden del matrimonio como instrumento idóneo para formalizar su situación de convivencia, sino también el número de matrimonios disueltos.

Desde esta última perspectiva, a pesar de que la disolución del vínculo matrimonial supone la libertad de la persona para contraer uno nuevo, no puede ignorarse que las consecuencias de un divorcio influyen de manera importante en el ánimo de quien lo sufre de tal suerte que éste termina por convertirse en un poderoso freno que inhibe el planteamiento de la formalización de una nueva relación de pareja y, por tanto, se erige en uno de los factores que contribuyen a la proliferación de la denominada "familia de hecho".

Por otra parte, el carácter eminentemente fáctico de la realidad descrita plantea un problema que trasciende lo que sería la dotación de un régimen jurídico adecuado, ya en sí mismo polémico y abarca también la idoneidad o no de proceder a su regulación y, en caso afirmativo, la elección del instrumento jurídico adecuado, lo cual tampoco está exento de conflictos.

Pero es que, además, en el ámbito en el que nos movemos, teniendo en cuenta las implicaciones morales, éticas e incluso religio-

(2) En este sentido, *vid.* BESSONE, M., FERRANDO, G., "Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto", *Dir. Fam. Pers.*, 1979, págs. 1301 y 1302.

(3) La reforma del Derecho de familia del año 1975 fue sin duda uno de los momentos en los que la reflexión de la doctrina acerca de la "familia de hecho" se hizo más patente, tal y como han puesto de relieve, entre otros, FINOCCHIARO, M., "Osservazioni sulla famiglia di fatto: in margine all'art. 570 n. 2 cp e all'art. 148 CC", *Giur. di mer.*, 1976, pág. 278, y FRANCESCHELLI, V., "La famiglia di fatto da deviant phenomenon a istituzione sociale", *Dir. Fam. Pers.*, 1980, pág. 1263.

En este sentido, han sido muy numerosos los Congresos celebrados a nivel nacional en los que, al hilo de la reforma o, con posterioridad a la misma, se trata de dilucidar el papel de la "famiglia di fatto" en el seno del Ordenamiento jurídico, siendo un punto de referencia básico las ponencias del Congreso de Pontremoli celebrado los días 27 a 30 de mayo de 1976. Las distintas opiniones vertidas al respecto son recogidas sintéticamente por DOGLIOTTI, M., "Famiglia di fatto: condizione di 'peccato' o formazione sociale meritevole di tutela? (A proposito di un recente Convegno)", *Dir. Fam. Pers.*, 1978, págs. 1462 y ss.

Concretamente, la conclusión del mencionado Congreso expuesta por JANUZZI ("Relazione di sintesi", cit. por DOGLIOTTI, pág. 1470) es la siguiente: atribución de un *status* a la "familia de hecho" como fuente de posiciones subjetivas tuteladas, tanto dentro del grupo como frente a terceros, y reconocimiento de la familia natural, la cual no es excluida por el legislador constitucional y es admitida de forma clara por el legislador ordinario.

sas que subyacen en este tipo de relaciones, perseguidas hasta hace relativamente poco tiempo, no es extraño que sean, asimismo, de muy diversa índole los posicionamientos adoptados al respecto y no sólo desde el Derecho, sino también por parte de otros estamentos sociales y poderes fácticos como por ejemplo la Iglesia Católica cuya influencia en la sociedad italiana es todavía muy notable (4).

En este sentido, si bien no podemos ignorar las mencionadas connotaciones extra y metajurídicas que sitúan al fenómeno en cuestión en el ámbito sociológico trataremos de limitar el objeto de nuestro estudio al significado y a las consecuencias de la "famiglia di fatto" en el Ordenamiento jurídico. Para ello utilizaremos a modo de guía tres parámetros diferenciados pero, no cabe duda que, íntimamente relacionados: la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, a la luz de los cuales se podrá determinar hasta qué punto esta relación calificada como "de hecho" es una auténtica relación de no Derecho.

II. EL SIGNIFICADO DEL CALIFICATIVO "DE HECHO" Y SUS CONNOTACIONES EN RELACION A LA FAMILIA

La cada vez más consensuada opción por el término "familia de hecho" es en sí misma significativa de la paulatina pérdida del carácter reprochable de la convivencia a la que se alude (5), al igual que ocurre con el empleo de expresiones como "familia paramatrimonial", "matrimonio de hecho" que, si bien no son expresivas sin más de su aceptación, pueden considerarse hoy como términos neutros —al igual que ocurre con la tradicional denominación de "convivencia *more uxorio*" (6)—, y, por tanto, carentes todos ellos del sentido negativo que le

(4) Sobre la relevancia del pensamiento católico en el texto del Código Civil italiano de 1942, *vid.* RESCIGNO, P., "Per una rilettura del Codice Civile", *Foro it.*, 1968, parte IV, pág. 215.

Asimismo, FRANCESCHELLI, V. (*Rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Edit. Giuffrè, Milán, 1984, pág. 53), afirma que "anzi, si può dire che la storia del matrimonio como istituzione religiosa e giuridica è la storia della sua lotta contro il concubinato, per l'affermazione della famiglia cristiana".

(5) Expresivo de la paulatina aceptación social del fenómeno al que se alude con la denominación "famiglia di fatto" es el trabajo de FRANCESCHELLI, V., "La famiglia di fatto da deviant phenonemon a istituzione sociale", *op. cit.*, págs. 1257 a 1298, especialmente elocuentes págs. 1260 a 1263, además del propio título del artículo.

(6) Sobre la evolución terminológica del fenómeno comúnmente denominado como "familia de hecho", *vid.* FRANCESCHELLI, V., *I rapporti di fatto. Ricostruzione*

atribuían las denominaciones “concubinato” (7), “convivencia adúltera” o “extramatrimonial” con las que, además de señalarse que la situación por ellas descrita estaba fuera de la institución y del Derecho, se ponía de relieve que estaban fuera del orden social (8).

Tomando como punto de partida el término mayoritariamente empleado de “familia de hecho”, se puede comenzar señalando que la utilización del sustantivo “familia” para individualizar la relación espontánea no basada en el matrimonio sirve, no sólo para circunscribir el inmediato punto de referencia jurídico-social de esta compleja realidad aproximando el fenómeno a la familia legítima, sino también, como ha puesto de manifiesto ALAGNA, para restituir la dignidad a un fenómeno que durante demasiado tiempo ha sido observado en clave de rechazo generalizado motivado, a juicio de este autor, exclusivamente por un excesivo sentido moralista y una rigurosa aplicación de los cánones de la doctrina católica más seguida (9).

Asimismo, la denominación “familia” permite delimitar con mayor precisión la realidad social a la que se hace referencia y, por ende, acotar el objeto de estudio. En este sentido, según el común sentir de la doctrina no todas las uniones libres son reconducibles al con-

della fattispecie e teoria generale, op. cit., págs. 58 y ss. Si bien, debemos hacer notar que este autor utiliza los distintos términos (concubinato, *ménage de fait*, convivencia *more uxorio*, “familia de hecho”, etc.) alusivos al fenómeno en cuestión como sinónimos.

Otros autores, como, por ejemplo, GAZZONI, F. (*Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milán, 1983, págs. 26 y 54), consideran que la utilización del término “*famiglia di fatto*” se refiere principalmente a la relación entre los convivientes, mientras que a la relación de éstos con los hijos se refiere fundamentalmente la expresión “*famiglia naturale*”. En el mismo sentido, *vid.* TRABUCCHI, A., “Natura, legge, famiglia”, *Riv. Dir. Civ.*, 1977, I, pág. 4.

En cualquier caso, respecto a la elección del término “familia de hecho” no puede menos que afirmarse como así lo hace QUADRI, E. (“Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione”, en *Dir. Fam. Pers.*, 1994, pág. 289), que “al di là di ogni possibile dissenso, risulta certo significativa di nuova scelta di principio in senso decisamente contrario alla passata emarginazione”.

Exponentes de la aceptación que se afirma en el texto también los encontramos en la jurisprudencia, en este sentido, *vgr.* la Sentencia del Tribunal de Nápoles de 27 de enero de 1985, *Giur. di merito*, 1986, págs. 1107 y ss., no valora de forma negativa la convivencia *more uxorio* a la hora de decidir acerca de la custodia de los hijos.

(7) No obstante, este término es considerado y utilizado por algún autor despojado del significado reprochable al que aludíamos en el texto; en este sentido, *vid.* STELLA RICHTER, G., “Aspetti civilistici del concubinato”, *RTDPC*, 1965, II, págs. 1118 y ss.

(8) Sobre la distintas denominaciones y el papel prejuzgador del lenguaje, *vid.* ALPA, G., *Istituzioni di Diritto Civile*, Edit. UTET, Turín, 1998, pág. 404.

(9) *Cfr.* ALAGNA, S., “La famiglia di fatto al bivio: rilevanza di singole fattispecie o riconoscimento generalizzato del fenomeno?”, *Giust. civ.*, 1982, II, pág. 26.

cepto de "familia de hecho" en su acepción más generalizada, sino sólo aquellas que reúnan los requisitos que la hagan semejante a la familia de derecho, por consiguiente, terminológicamente se excluyen ya en este contexto las relaciones entre personas del mismo sexo a las que comúnmente se alude con la expresión más amplia de unión libre, —que ha sido rescatada por algún autor de hoy con la intención de subrayar también las características de libertad y fragilidad, presentes en las mismas—, y, respecto de las cuales sólo un juicio histórico *a posteriori* podrá reconocerles su validez en el futuro (10).

Finalmente, la "familia" habrá que entenderla referida al modelo de familia nuclear consagrado por el legislador tras la reforma del año 1975 (Ley de 19 de mayo, n.º 151) con el consiguiente abandono del tradicional modelo patriarcal (11).

Sentadas las premisas anteriores, relativas al término "familia", surge entonces la necesidad de determinar cuál es el significado que a ésta confiere el calificativo "de hecho". En este sentido, y preliminarmente, se puede comenzar señalando que resulta innegable que entre hecho y derecho existe una continua relación de ósmosis (12), que bien podríamos calificar de bidireccional, por cuanto un hecho puede convertirse en jurídicamente relevante y viceversa. A la vez, esa relevancia puede ser de diverso signo, negativo o positivo según que el Ordenamiento lo tome en consideración para prohibirlo o lo asuma como permitido procurando la dotación de un régimen jurídico adecuado.

Profundizando un poco más en la idea anterior, el empleo desde el Derecho de la expresión "de hecho" evidenciaría en un primer lugar que éste le da la espalda y, ante todo que esa realidad que subyace carece de efectos jurídicos (13). Ahora bien, dicha afirmación debe

(10) *Ibidem*, pág. 27.

(11) Esta es la opinión mayoritaria, sin embargo, algunos autores consideran que existen numerosas normas en el Código Civil que mantienen el modelo tradicional de familia patriarcal, *vgr.* CARRARO, L., "Il nuovo Diritto di famiglia", *Riv. Dir. Civ.*, 1975, I, págs. 94 y 95; RODOTÀ, S., "La riforma del Diritto di Famiglia alla prova. Principi ispiratori e ipotesi sistematiche", en la obra colectiva *Il nuovo Diritto di Famiglia (Atti del Convegno organizzato da sindacato avvocati e procuratori di Milano e Lombardia)*, Edit. Giuffrè, Milán, 1976, págs. 20 y 21.

(12) *Cfr.* FRANCESCHELLI, V., "Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto", *Rass. Dir. Civ.*, 1981, II, pág. 668.

(13) Sin embargo, a juicio de LIPARI, N. ["Rapporti di cortesia, rapporti di fatto. rapporti di fiducia (Spunti per una teoria del rapporto giuridico)", *RTDPC*, 1968, págs. 434-435], la genérica e indistinta categoría de las relaciones de hecho asume una dimensión más precisa porque aísla la hipótesis de un contrato nulo que produce efectos diversos en presencia de una particular previsión normativa y reagrupa las hipótesis en las que, en el plano de la relación, se realiza el resultado propio del mecanismo con-

enseguida ser matizada porque, como ha evidenciado FRANCESCHELLI, cuando la expresión “de hecho” va precedida por el nombre de una institución típica y, por tanto, regulada, asume un nuevo significado autónomo que, no sólo califica, sino que también describe una particular categoría de fenómenos (14) que, por lo general, se asemejan a la institución a la que hacen referencia pero poniéndonos ya sobre el aviso acerca de la existencia de algún vicio o defecto, frecuentemente, de forma.

Ocurre así con la “familia de hecho” en la cual, si bien desde el punto de vista funcional la pareja de convivientes actúa como un matrimonio, sobre todo a los ojos de los terceros, falta precisamente ese acto que formalice la relación y lo haga penetrar en el mundo del Derecho con la consiguiente producción automática de los efectos jurídicos previstos.

Llegados a este punto, siendo la “familia de hecho” el resultado del ejercicio de un acto de libertad revalidado día a día —y en todo caso revocable en cualquier momento (15)—, en el que sus protagonistas excluyen voluntariamente las consecuencias jurídicas, podría pensarse que el legislador y, en general, el operador jurídico no debería inmiscuirse ni interesarse por la misma. Sin embargo, la práctica evidencia que la intención de los sujetos en tales supuestos no tiene por qué ser exclusiva o absolutamente negativa, sino parcialmente negativa tratando de evitar los efectos típicos de la situación de Derecho pero no todos (16), pues no puede ignorarse que son muchas, y de

tractual, por no ser individualizable ninguno de los modos típicos de formación del consentimiento. En el primer caso, nos encontraríamos siempre frente a una estructura contractual típica aunque también constitutiva de un supuesto de hecho distinto de aquél del contrato nulo. En el segundo caso, deberá, sin embargo, el intérprete positivamente averiguar si la relación constituída según un criterio aparentemente metajurídico es reconducible a esquemas jurídicos, con la advertencia de que en la formación de tal juicio se debe valorar el resultado antes que la formalidad del procedimiento de formación del acto que, a veces, solo arbitrariamente podría reconstruir.

(14) Cfr. FRANCESCHELLI, V., “Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto”, *op. cit.*, pág. 666.

(15) En este sentido se manifiesta de forma explícita el Tribunal Constitucional, *vgr.* Sentencia de 7 de abril de 1988, n.º 423, *Foro it.*, 1988, I, pág. 2514, al afirmar que la esencia de la convivencia *more uxorio* radica en la relación de afecto cotidiano —libremente y en todo caso revocable— por cualquiera de las partes.

(16) En este sentido, FRANCESCHELLI, V. (“Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto”, *op. cit.*, pág. 689), afirma que: “Essi intendono sí escludere gli effetti tipici del rapporto di diritto, ma non ogni effetto: in particolare i soggetti manifestano l'intento di escludere la giuridicità del rapporto di diritto —intento che si realizza nel fatto stesso di non porlo in essere—, ma mostrano di volerne escludere solo alcuni e di volere invece altri. Per questo preferirei parlare di intento solo parzialmente negativo”.

muy diversa naturaleza, las causas que concurren a la hora de evitar la formalización de una relación de pareja (17).

Así pues, el problema, tal y como hemos avanzado en la introducción, no se limita a conciliar la relevancia jurídica que *quieren darle los sujetos implicados* con la relevancia jurídica que *puede darle el Ordenamiento*, sino que alcanza también a la elección del medio a través del cual se haya de manifestar ésta.

En este último sentido, algunos autores, como GAZZONI, QUADRI o BUSNELLI se muestran contrarios a la intervención del legislador (18), entre otras razones, porque ello supondría la desnaturalización no sólo de la propia "famiglia di fatto", sino también de la institución del matrimonio. A su vez, dentro de esta posición doctrinal tampoco hay uniformidad de criterios y las soluciones propuestas se polarizan entre los que son partidarios de que el legislador se sustituya por la intervención del poder judicial, haciendo un llamamiento a la centralidad del papel de juez, es el caso de BUSNELLI y SANTILLI (19), mientras otros prefieren acudir a la autonomía privada, esto es, a la autorregulación por parte de los convivientes (20).

La postura defendida por quienes pretenden hacer descansar en el arbitrio judicial la regulación de esta situación, ha sido vivamente criticada por QUADRI quien afirma que bajo la exigencia de una búsqueda de soluciones adecuadas a las circunstancias concretas se acabaría con una intervención judicial más penetrante y grave que la que ya existe respecto de la familia legítima (21) y, paradójicamente, en relación a una figura que por definición está fundada en la libertad de

(17) Los diferentes motivos que pueden pesar a la hora de optar por la no formalización de la convivencia son recogidos con exhaustividad por ROPPO, E., "Convivenza more uxorio e autonomia privata (Ancora su presupposti e modalità di rilevanza giuridica della famiglia senza matrimonio)", *Giur. it.*, 1980, II, págs. 544 a 546.

(18) Cfr. GAZZONI, F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, op. cit., págs. 143 y 150; QUADRI, E., "Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione", op. cit., págs. 296 y 297; TOMMASINI, R., "Riflessioni in tema di famiglia di fatto: limiti di compatibilità e affidamento per la convivenza", *Riv. Dir. Civ.*, 1984, II, pág. 256.

(19) Cfr. BUSNELLI, F. D., SANTILLI, M., "Il problema della famiglia di fatto", en la obra colectiva *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Edit. ESI, Nápoles, 1988, págs. 130 y ss.

(20) Sobre esta posibilidad de autorregulación de las relaciones, *vid. infra* IV.2. Régimen jurídico de las relaciones patrimoniales.

(21) En relación al término legítima debemos hacer la siguiente salvedad: la palabra legítima ha sido utilizada para traducir la italiana "legittima" y en tal sentido, no debe ser interpretada con la connotación que tiene en nuestro idioma, sobre todo cuando se contrapone a ilegítima.

vínculos y en la exclusión de cualquier otra intervención heterónoma (22).

Finalmente, nos encontramos con otros autores, como ROPPO, que se declaran proclives a que dicho fenómeno social sea objeto de atención por parte del legislador dados los intereses y las expectativas que en él subyacen debiendo, tendencialmente, la hipotética legislación sobre la convivencia *more uxorio* positivizar un estatuto jurídico mínimo de las parejas convivientes (23).

Sea como fuere, es innegable la enorme presión que la "familia de hecho" está ejerciendo sobre el Ordenamiento jurídico en el transcurso de los últimos años, sobre todo después de habersele reconocido, jurisprudencialmente (24), una cierta trascendencia jurídica, por vía interpretativa, que algunos parecen entender confirmada o ratificada por el art. 317 *bis* Código Civil, introducido a raíz de la reforma de 1975 —que establece que si el reconocimiento del hijo natural se hace por ambos progenitores les corresponde conjuntamente el ejercicio de la patria potestad en el supuesto de que sean convivientes— (25), y en el cual residencian el fundamento de un auténtico reconocimiento de un *status* jurídico de la "familia de hecho".

Precisamente, en este contexto en el que se trata de averiguar el significado del calificativo "de hecho", la posición que asuma el legislador adquiere una particular trascendencia. La situación hasta ahora descrita lo coloca en una posición altamente delicada porque, a pesar de la importante labor hermenéutica llevada a cabo por la doctrina y la *jurisprudencia*, no se ha logrado dar una respuesta uniforme, sistemá-

(22) Cfr. QUADRI, E., *Famiglia e Ordinamento Civile*, Edit. Giappichelli, Turín, 1997, pág. 39.

(23) En este sentido, ROPPO, E., "Sul trattamento giuridico delle coppie che vivono fuori del matrimonio. Uno sguardo della California", *Dir. Fam. Per.*, 1982, págs. 1109 y 1110; MARINELLI, F., "Il diritto di famiglia venti anni dopo", *Giust. civ.*, 1995, II, pág. 42.

(24) Vgr. Corte di Appello di Roma —Decreto 6 de junio de 1992—, publicada en *Dir. Fam. Pers.*, 1993, págs. 151 a 155; Corte di Appello di Venezia —Decreto 26 de noviembre 1990—, publicada en *Dir. Fam. Pers.*, 1991, págs. 570 a 575; Tribunale per i minorenni di Bari —Decreto de 11 de junio de 1982—, publicada en *Dir. Fam. Pers.*, 1982; Pretura Genova, 17 de julio de 1979, publicada en *Giur. ital.*, 1980, II. Cass. sent. de 18 de enero de 1990, n.º 233, publicada en *Foro it.*, 1990, I. 1, págs. 455 a 457.

(25) Concretamente, el art. 317 *bis* establece que: "Al genitori che ha riconosciuto il figlio naturale spetta la potestà su di lui.

Se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi qualora siano conviventi. Si applicano le disposizioni dell'articolo 316 (...)".

tica e íntegra a las múltiples y novedosas cuestiones que suscita la realidad social de las *parejas de hecho* y en particular la "familia de hecho", sobre todo cuando los problemas relativos a la misma tienden a enfocarse como tutela de la persona que vive la relación familiar (26), como expresión de la amplia esfera de libertad que el Ordenamiento reconoce a todos en la elección del modelo de vida más idóneo para el desarrollo de su personalidad o, en definitiva, como exigencia de una libertad de la que el género, "unión de hecho" y la especie "familia de hecho" constituyen su máxima expresión.

Decimos esto porque si el legislador optase por afrontar la regulación de esta figura y la equiparase a la familia fundada en el matrimonio estaría, por una parte, contraviniendo el espíritu del constituyente, según la propia interpretación del Tribunal Constitucional y de la doctrina mayoritaria de los arts. 2 y 29 de la Constitución que, sin desconocer por ello el fenómeno, sostienen el principio *favor matrimonii*. Por otra parte, desistiría de la defensa de la institución del matrimonio e ignoraría una conciencia social que, sin juzgar negativamente a la familia de hecho, continúa distinguiendo netamente entre la posición del conviviente de hecho y del cónyuge (27). La única opción, por tanto que le queda al legislador, sería la de instaurar un régimen diferente y, por consiguiente, alternativo pero no de forma tal que supusiese la institucionalización de una suerte de familia de *segunda clase* que daría al traste con la protección de la dignidad de los interesados.

En cualquier caso, es seguro que con la recepción directa de la "famiglia di fatto" en una ley, la situación "de hecho" termina necesariamente para adquirir una dimensión jurídica plena, sin perjuicio de que se pudiera mantener o conservar el calificativo "de hecho" como una concesión que atiende a un uso terminológico arraigado (28).

(26) En este sentido, *vid.* BIANCA, M., *Diritto Civile*, 2. *La famiglia. Le successioni*, Edit. Giuffrè, Milán, 1998, pág. 24; QUADRI, E., "Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione", *op. cit.*, págs. 290, 296 a 297.

(27) En este último sentido, BIANCA, M., *Ibidem*, pág. 25.

En la misma línea, DE LUCA, G. (*La famiglia non coniugale*, Edit. Cedam, Padua, 1996, pág. 12), afirma que: "Probabilmente, non si é ancora compiuto nella coscienza collettiva il pieno rispetto e riconoscimento per quelle forme di convivenza poste al di fuori del matrimonio, che vengono comunque vissute, se non in termini negativi, al massimo como una fase di passaggio verso l'unione istituzionalizzata. È chiaro, quindi, che la convivenza *more uxorio* non può ancora aspirare, dal punto di vista giuridico, alla dignità riconosciuta alla famiglia legittima."

(28) *Cfr.* FRANCESCHELLI, V., "Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto", *op. cit.*, págs. 699-700.

III. PRESENCIA DE LA "FAMILIA DE HECHO" EN EL DERECHO POSITIVO Y SU REFLEJO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

En el análisis de la relevancia jurídica de la "familia de hecho" resulta ineludible partir de la búsqueda en el Ordenamiento jurídico de algún referente o indicio normativo relativo a la misma.

La disciplina del Codice Civile, al menos hasta la reforma del Derecho de familia, en la cual se introduce el ya mencionado art. 317 *bis* parecería dar la razón a quienes sostienen la ausencia de esta figura en un plano positivo. Sin embargo, la perspectiva cambia si se repara en la legislación especial que, aun de modo asistemático y fragmentario, sí toma en consideración dicho fenómeno; otra cosa será la valoración que después se haga de aquella presencia, pues mientras para unos supondrá un signo inequívoco de su relevancia jurídica, para otros se tratará, simplemente, del reflejo de la protección de intereses de distinta índole, como la educación de los hijos, el derecho fundamental a la vivienda, etc.

En concreto, por lo que se refiere al art. 317 *bis* CC las posturas adoptadas son muy dispares. Ahora bien, en términos generales la doctrina encuentra en el mencionado precepto un reconocimiento jurídico de la "famiglia di fatto" cuyo alcance es mayor del que pudiera parecer superficialmente toda vez que a partir de la misma resulta aplicable a la "famiglia di fatto" con prole conviviente lo dispuesto en el art. 316 CC, esto es, la entera disciplina de la potestad de los padres lo que comporta, como ha sido observado, la aplicación de normas en principio relativas sólo a la familia legítima. Desde este punto de vista, se concluye que el reconocimiento que ha tenido lugar por la Ley de Reforma del Derecho de familia del año 1975 plasmada en el art. 317 *bis* es realmente significativo sobre todo cuando se trata de "familia de hecho" con descendencia común reconociéndose, al mismo tiempo, que cuando se trate de simple convivencia *more uxorio* las normas de la reforma no ofrecen indicaciones, al menos, expresas (29).

Existen, no obstante, pronunciamientos en contra de tal reconocimiento pues si bien no se niega la toma en consideración de la situación fáctica de convivencia, ello es interpretado como algo accidental

(29) Por todos, *vid.* BESSONE, M.; ALPA, G.; D'ANGELO, A.; FERRANDO, G.; SPOLLAXOSSA, M. R., *La famiglia nel nuovo Diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Edit. Zanichelli, Bologna, 1997, págs. 71 y ss., especialmente 74 y 75.

porque el art. 317 *bis* en realidad no está protegiendo o promoviendo un vínculo pseudo-conyugal, sino el interés de los hijos (30). En esta línea PULEO, en el trabajo que dedica a combatir la posición de quienes ven en la posible aplicación de algunos preceptos del Código Civil una regulación efectiva de la "familia de hecho", señala que la exclusión de la relevancia de la llamada "familia de hecho" no implica negar la existencia en la realidad de situaciones similares a las que subyacen en la familia legítima, las cuales pueden ser tenidas en cuenta, a la vista de la relevancia social del fenómeno, mediante la atribución de derechos y de obligaciones que normalmente corresponden a la familia legítima, pero sin que ello comporte la admisión de la existencia de un vínculo jurídico entre los componentes de la "familia de hecho" (31).

Ahora bien, la afirmación de la presencia de la "familia de hecho" en el Derecho positivo, de la que se parte en el título de este epígrafe, no sólo resulta justificada por los términos del art. 317 *bis* del Código Civil, sino que existen numerosas referencias en la legislación tanto antes de la reforma del año 1975 como después.

Sin ánimo de exhaustividad se pueden citar, entre otras, por ejemplo, en materia socio-asistencial el D.L. de 27 de octubre de 1918, n.º 1726, que a los fines del disfrute de la pensión de guerra parifica a la viuda con la mujer que no había contraído matrimonio con el militar muerto si la causa fuese la del comienzo de la guerra y hubiese una situación anterior de convivencia. A su vez, la Ley de 13 de marzo de 1958, n.º 356, en su art. 6 prevé la asistencia a los hijos naturales no reconocidos por el padre muerto en la guerra cuando la madre y el presunto padre hubiesen convivido *more uxorio* en el período de la concepción. Asimismo, y anticipándose a la reforma del Derecho de familia en el sentido de parificar el tratamiento de los hijos naturales y los legítimos, nos encontramos con otras normas como el DPR de 30 de mayo de 1955, n.º 797; el DPR de 20 de febrero de 1954, n.º 64; el DPR de 30 de junio 1965, n.º 124; la Ley de 4 de abril de 1952, n.º 218, que al tratar los accidentes de trabajo, las pensiones, toman en consideración la situación de mera convivencia.

(30) En este sentido, *vid.* GAZZONI, F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, *op. cit.*, pág. 29; GIGLIOTTI, F., "Rottura della convivenza *more uxorio* e affidamento del figlio naturale: rilevanza dell'accordo parentale sulle condizioni della separazione", *Dir. Fam. Pers.*, 1995, págs. 616 a 620.

(31) PULEO, S., "Concetto di famiglia e rilevanza della famiglia naturale", *Riv. Dir. Civ.*, 1979, I, págs. 385 y ss.

Inmediatamente posterior a la reforma de 1975 es significativo el art. 30 de la Ley de 29 de junio de 1975, n.º 354, que concede al detenido permiso de ausentarse de la cárcel cuando ello se deba a la necesidad de asistir no sólo a los propios familiares, sino también al conviviente.

Por su parte, la Ley de 22 de mayo de 1978, n.º 194, sobre la interrupción voluntaria del embarazo en su art. 5 prevé en el proceso la participación de la persona indicada como padre del concebido.

El nuevo Reglamento del Registro Civil, que sustituye al DPR de 31 de enero de 1958, n.º 136, de 30 de mayo de 1989, n.º 223, explicita el concepto de familia, evidentemente a efectos registrales, incluyendo a las personas ligadas sólo por vínculos afectivos (32).

La nueva redacción del párrafo 3.º del art. 199 del Codice di Procedura Civile de 1988 extiende la facultad de abstenerse de testimoniar a quien no siendo cónyuge del imputado conviva con él.

En la legislación regional también se encuentran ejemplos así, el art. 3 de la Ley Emilia-Romagna de 14 de marzo de 1984, n.º 12, al regular la residencia de las personas considera que forma parte del núcleo familiar el conviviente *more uxorio*.

Más recientemente, el art. 17 de la ley de 17 de febrero de 1992, n.º 179, concede relevancia a la convivencia *more uxorio* a falta de cónyuge e hijos menores siempre que la misma hubiese comenzado dos años antes de la muerte del otro conviviente y se pruebe documentalmente mediante certificación del Registro o mediante acta de notoriedad.

También se encuentra una referencia en la Ley de 19 de febrero de 1992 que disciplina el seguro obligatorio de los vehículos de motor, cuyo art. 20 prevé, en el supuesto de lesiones mortales, el resarcimiento del daño patrimonial y moral al conviviente de la víctima que demuestre la concurrencia de los requisitos de unión y comunidad de vida, de mutuo afecto y de recíproca asistencia material y moral, por un período no inferior a cinco años.

Los ejemplos anteriores, que de una forma u otra contienen alusiones a la convivencia *more uxorio* o a situaciones dimanantes de la misma, confirman la presencia en el Derecho positivo de la "familia de hecho" ahora bien, a nuestro juicio teniendo en cuenta la disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales, ello no permite concluir sin más su relevancia jurídica.

En tal sentido, el significado de esa *presencia* como sinónimo de

(32) Concretamente, el tenor literal se refiere a "un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitante ed aventi dimora abituale nello stesso comune".

efectiva *relevancia* jurídica del fenómeno, si es que es tal, habrá que buscarlo en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y en la interpretación que resulta de lo dispuesto en los arts. 2, 29 y 30 de la Constitución.

Por lo que respecta a las resoluciones del Tribunal Constitucional, merecen una especial atención las relativas a la sucesión en el contrato de arrendamiento. Pues es ahí donde se sitúan dos pronunciamientos capitales, de signo claramente opuesto, que son el reflejo de una evolución jurisprudencial que indica, cuando menos, la pérdida del carácter reprochable de este tipo de convivencia. El primero de ellos lo constituye la Sentencia de 14 de abril de 1980, n.º 45 (33), que declara infundada la pretensión de inconstitucionalidad (34) en relación con el art. 2. *bis* 1 de la Ley de 12 de agosto de 1974, n.º 351, y el art. 1 de la Ley de 23 de mayo, n.º 253, en la parte en la que ambos no comprenden, a efectos de prórroga, al conviviente *more uxorio* del arrendatario fallecido.

Respecto de esta sentencia ha resultado visionaria, como se verá, la apreciación de DOGLIOTTI cuando señalaba que el Tribunal Constitucional había perdido la ocasión de acoger, conforme a un posicionamiento doctrinal y jurisprudencial que comenzaba a imponerse, la teoría de la plena relevancia jurídica de la "familia de hecho" y su equiparación para algunos efectos a la familia legítima, pues salda con un razonamiento excesivamente breve y sumario una cuestión que requería una mayor precisión y profundización. Es más, este autor confiere a la sentencia un carácter meramente interpretativo y así, aun reconociendo que se trata de una indicación autorizada la encuentra no vinculante para la forma de operar de la jurisprudencia que podrá continuar, como en el pasado, considerando superable la cuestión misma de la legitimidad de las normas impugnadas procediendo, por vía analógica, a la aplicación de la prórroga legal también al conviviente *more uxorio* (35).

(33) El texto de la sentencia referida se encuentra publicado en la revista *Dir. Fam. Pers.*, 1980, págs. 728 y ss.

(34) Pretensión de inconstitucional promovida por el Pretor de Génova con fecha de 16 de julio de 1977, *Gazz. Uff.*, n.º 347, de 21 de diciembre, y del Tribunal de Milán con fecha de 18 de enero de 1979, *Gazz. Uff.*, n.º 230, de 22 de agosto de 1979.

(35) Cfr. DOGLIOTTI, M., "Famiglia di fatto: orientamenti giurisprudenziali e costume sociale", *Dir. Fam. Pers.*, 1980, págs. 1059 y ss.

Asimismo, la sentencia referida en el texto es criticada por otros autores que la acusan de seguir un orientamiento que se podría definir de tradicional pero que niega toda relevancia a una relación de hecho; en este sentido, *vid.* CAMPI, S., "La famiglia 'di fatto' nella giurisprudenza della Corte Costituzionale", pág. 79.

El otro pronunciamiento de referencia es la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de abril de 1988, n.º 404 (36) que, al contradecir a la anterior, supone un salto cualitativo importante en un doble sentido. Por un lado, coloca el derecho social a la vivienda entre los derechos inviolables de la persona y, por otro lado, afronta el problema de la "familia de hecho" desde una óptica nueva respecto de un pasado, como se puede advertir, reciente. El resultado que se obtiene es la declaración de inconstitucionalidad del art. 6 de la Ley de 27 de julio de 1978, n.º 392, que regula los arrendamientos de inmuebles, en la parte en la que no recogía entre los sucesores en la titularidad del contrato de arrendamiento, para el supuesto de muerte del arrendatario, al conviviente *more uxorio*, en la parte en la que no prevé la subrogación del cónyuge separado de hecho, si así lo hubiesen convenido entre ellos y, por último, en la parte en que ignora la sucesión en el contrato del arrendatario en favor del conviviente cuando exista descendencia y haya cesado la convivencia.

Se trata, a juicio de la doctrina mayoritaria de un importante logro de la "famiglia di fatto" en la batalla por hacerse un hueco dentro del Ordenamiento. No obstante, existen autores que en este tipo de pronunciamientos no aprecian, al menos directamente, el reconocimiento de trascendencia jurídica del fenómeno, sino la tutela de otros intereses y así, por ejemplo, BONILINI considera que se trata de un reconocimiento, en términos de gran amplitud, del derecho social a la vivienda (37).

Además de los pronunciamientos puntuales del Tribunal Constitucional, la interpretación y la relación existente entre los arts. 2, 29 y 30 de la Constitución se nos presentan como los argumentos de referencia básicos para el debate en torno al reconocimiento constitucional de la familia de hecho. El art. 2 establece que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre sea como individuo sea dentro de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad. A su vez, las normas contenidas en los arts. 29. 1 y 30.3 establecen, respectivamente, que la República reconoce y garantiza los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio y que la Ley asegura a los hijos nacidos fuera de éste toda la tutela jurídica y social compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima (38).

(36) El texto íntegro de la sentencia se puede consultar en *Foro it.*, 1988, I, 2, págs. 2515 a 2521.

(37) Cfr. BONILINI, G., *Nozioni di Diritto di famiglia*, Edit. Utet, Turín, 1995, pág. 67.

(38) Concretamente, el tenor literal de los artículos mencionados en el texto es el siguiente: Art. 2. "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia

Es preciso advertir desde el principio que para el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de las puntuales concesiones a favor de la situación de los convivientes (39), y aun en tales casos, la familia fundada en el matrimonio goza de una posición prevalente que se acentúa cuando entra en conflicto con la familia de derecho (40).

En el ámbito doctrinal, sin embargo, la situación no puede describirse tan sumariamente pues son muy diversos los argumentos utilizados tanto para negar como para afirmar el efectivo reconocimiento constitucional de la realidad a la que se alude con la expresión "famiglia di fatto".

Uno de los máximos exponentes de la postura contraria a dicho reconocimiento es TRABUCCHI. Este autor señala que es difícil definir exactamente las características y los límites propios del tipo social de familia previsto en la Constitución y en la leyes, su esencia está presente en la experiencia común dada por aquella sociedad constituida por un núcleo no *preventivamente* limitado pero normalmente formado por miembros relacionados con un matrimonio. En este sentido, considera que el Derecho al ocuparse de la relaciones familiares, toma como base indiscutible la naturaleza. El Derecho debe regular ese hecho tal y como se presenta en la sociedad y así tenemos las leyes. En consecuencia, siguiendo ese orden, cuando un tipo de sociedad natural viene reconocida como familia ésta no es sólo la convivencia de personas ligadas por un vínculo puramente natural, es la expresión de una sociedad común entre personas ligadas por un vínculo jurídico de base que es el matrimonio. Por consiguiente, el significado de familia al que debe atenderse viene dado, para este autor, por tres elementos distintos a los cuales se refiere el orden jurídico: 1) la naturaleza, por las peculiares consecuencias que a toda situación humana se asocian; 2) las leyes, por las específicas reglas que contienen relativas a las situaciones humanas, y 3) la familia, como entidad reconocida por el orden jurídico para garantizar a sus miembros un complejo de dere-

come singolo sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"; el art. 29: "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. (...); el art. 30: "È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori del matrimonio... La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima".

(39) *Vgr.* Sentencia de 26 de mayo de 1989, n.º 310, *Gius. civ.*, 1989, I, págs. 1782 y ss.

(40) PIEPOLI, G., "Realtà sociale e modello normativo nella tutela della famiglia di fatto", *RTDPC*, 1972, pág. 1453.

chos y obligaciones y para asegurarle de modo exclusivo aquella precisa función que la misma Constitución le reconoce (41), familia que no es otra que la fundada en el matrimonio.

En una línea de pensamiento semejante PULEO considera que, entendida la relación entre "formación social" (art. 2 Constitución) y "sociedad natural" (art. 29.1 Constitución) como de género a especie, sólo de una forma muy forzada podrá sostenerse la absorción de la especie en el género. En este sentido, la referencia a la familia asociada al matrimonio que se contiene en el art. 29.1 es signo indicativo de diferenciación cualificante de la familia respecto de las formaciones sociales. El art. 29 recoge a un mismo tiempo el ser y el deber ser de la familia. Por tanto, si parece correcto encuadrar a la familia en las formaciones sociales intermedias entre el individuo y el Estado, levanta serias dudas y reservas la operación interpretativa que tiende a través del género "formación social" llevar al plano de relevancia jurídica la convivencia *more uxorio* (42).

Este tipo de interpretaciones son objeto de crítica, a nuestro juicio fundada, por GANDOLFI quien frente a aquéllos que sostienen que en el ordenamiento jurídico italiano no se puede concebir más familia que la fundada en el matrimonio —concretamente los que señalan la necesidad de coordinar el art. 2 con el 29 de la Constitución, entendiendo que el art. 29 es una especificación del art. 2—, afirma que ciertamente la familia, y dentro de ella la legítima sin ninguna duda, es tutelada en el art. 2 de la Constitución. Pero ahí lo es sólo en vía indirecta e implícita, en cuanto *formación social* en la que se desarrolla la personalidad del hombre y en función de su idoneidad para asumir esa función. Aquéllos que interpreten la locución "sociedad natural" en el sentido de formación social ligando la tutela a la prosecución de los fines enunciados en el art. 2 acaban por hacer pleonástica y vacía de significado la norma contenida en el art. 29.1 resultando ya la disciplina

(41) Cfr. TRABUCCHI, A., "Natura, legge, Famiglia", *op. cit.*, págs. 2, 27 y ss. Más recientemente, reafirma su opinión de considerar familia exclusivamente a la fundada en el matrimonio, en "Famiglia e Diritto nell'orizzonte degli anni '80", en la obra colectiva, *La riforma del Diritto di Famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive (Atti del Convegno di Verona, 14-15 giugno 1985, dedicato alla Memoria del Prof. Luigi Carraro*, Edit. Cedam, Padua, 1986, págs. 15, 32 y 34.

En el mismo sentido y en la misma obra se pronuncian PIETROBON, V., "Sull'essenza del matrimonio civile", pág. 223, y GRASSETTI, C., "Sulla convivenza 'more uxorio' e sul regime della separazione", págs. 225, este último específicamente está en contra de cualquier reconocimiento de efectos a la convivencia *more uxorio*.

(42) Cfr. PULEO, S., "Concetto di famiglia e rilevanza della famiglia naturale", *Riv. Dir. Civ.*, 1979, I, págs. 382 y ss.

constitucional de lo dispuesto en los artículos 2, 3, 29.2 y 30. En realidad, en el art. 29.1 la familia se tutela en cuanto sociedad natural, de forma directa y prescindiendo, ya sea del carácter de formación social en la cual el hombre desarrolla su personalidad, ya sea de los fines que a todo grupo social puede imponer el Ordenamiento (43).

En un sentido semejante, PERLINGERI no niega la relevancia jurídica pero dada la heterogeneidad de fenómenos que caben en la familia como formación social para el desarrollo de la personalidad humana, y los diversos fines que con ella se persiguen, sostiene la imposibilidad de gozar de una misma relevancia (44).

Asimismo, PROSPERI considera que si bien de la Constitución se desprende el principio del *favor matrimonii* éste no debe entenderse en términos tales que atribuya tutela exclusiva a la relación conyugal y que impida, por tanto, una amplia relevancia a la relación *more uxorio* especialmente cuando ésta no entre en conflicto con una familia legítima (45).

Por lo demás, y salvo excepciones, el común sentir de la doctrina considera que a tenor de lo dispuesto en los arts. 2, 29 y 30 de la Constitución no se puede afirmar que la tutela de la familia legítima se realice sólo de forma exclusiva de tal modo que implique necesariamente el sacrificio y la negación de aquellas situaciones de carácter familiar que no cumplen todos los requisitos de la familia legítima.

En suma, desde el punto de vista de la doctrina mayoritaria (ALPA, BESSONE, FERRANDO, etc.), la cuestión de si es posible deducir de las normas referidas a la familia directrices entendidas en el sentido de disciplinar la convivencia *more uxorio* debe ser respondida positivamente, razonándose al respecto lo siguiente: si se califica el adjetivo "natural" referido en la norma citada a la sociedad familiar como rasgo del grupo en su devenir histórico, está claro que el art. 29.1 puede extenderse de la familia fundada en el matrimonio, a la familia (sociedad natural) fundada en la simple convivencia, confiriendo a la operatividad de la norma un espectro bastante amplio que comprenda la familia legítima, la familia adoptiva, la familia natural o de hecho. De esta forma, la "familia de hecho" parece adquirir relevancia (tam-

(43) Cfr. GANDOLFI, G., "Alcune considerazione ('de iure condendo') sulla famiglia naturale", *Foro it.*, 1974, II, parte 5.ª, págs. 213 y 214.

(44) Cfr. PERLINGERI, P., "Sui rapporti personali nella famiglia", *Dir. Fam. Pers.*, 1979, págs. 1254 y 1260.

(45) Cfr. PROSPERI, F., en la obra colectiva *Diritto di famiglia: casi e questioni (Incontro sul nuovo Diritto di famiglia)*, Camerino, 25-27 febrero 1982, Edit. ESI, Nápoles, 1982, pág. 54.

bién en el plano de la normativa constitucional) no sólo como formación social, sino también como grupo vinculado por relaciones afectivas que son en definitiva el sustrato esencial no sólo del matrimonio sino de la convivencia *more uxorio*.

La tutela constitucional, sin embargo, encuentra un límite consistente allí donde se dispone *ex adverso* la prevalencia de la familia legítima sobre cualquier otra comunidad familiar. Los "derechos" de la familia de hecho, por tanto, no pueden en ningún caso ponerse en contraste con aquellos de la familia legítima, y, en caso de conflicto, deben necesariamente posponerse a estos. La "familia de hecho" recibiría una tutela, por así decirlo, residual, mientras, si ésa tuviese los rasgos de una relación adulterina, no podría recibir ninguna tutela, con exclusión de los casos en los que la presencia de hijos reclame el cumplimiento de obligaciones (y en correspondencia el ejercicio de derechos) previstos en la propia Constitución en los arts. 30 y 31, a favor de los menores. En particular porque la norma del art. 30 de la Constitución asocia el derecho y el deber de educar, mantener e instruir a los hijos al simple hecho de la procreación, existente aún en ausencia de matrimonio entre los padres, por ello se puede sostener que la norma se extiende a la "familia de hecho": los contenidos fundamentales de la relación familiar que liga a los padres y a los hijos de hecho no están subordinadas a la subsistencia de matrimonio desde el momento en que son afirmados y tutelados por el Ordenamiento jurídico también en relación a los hijos naturales.

Desde tal perspectiva, esta doctrina mayoritaria, sitúa lo dispuesto en el art. 317 *bis* en el ámbito de la tendencia a reconocer relevancia autónoma a la "familia de hecho" porque el haber conferido a los padres convivientes la potestad conjunta indica con claridad que ahora ya la familia de hecho es relevante como simple relación, ha superado las barreras que desde siempre la excluían del mundo del Derecho de familia, si bien su ingreso se ha llevado a cabo de modo discreto (46).

(46) Cfr. BESSONE, M.; ALPA, G.; D'ANGELO, A.; FERRANDO, G.; SPOLLA-XOSSA, M. R., *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, op. cit., págs. 77 a 79.

IV MARCO JURIDICO ACTUAL DE LAS RELACIONES DIMANANTES DE LA "FAMILIA DE HECHO"

La relación que se instaura entre dos personas convivientes afecta de manera plena a su vida tanto en el plano afectivo como en el económico (47). Esta realidad, sin embargo, choca con la atención fragmentaria y coyuntural que le dispensa el Ordenamiento.

Tal y como ha quedado sentado en el epígrafe anterior la regulación integral de la "familia de hecho" es todavía una cuestión pendiente. Así las cosas, no es extraño que nos encontremos ante una ausencia de referentes normativos, casi absoluta, a los que poder acudir a la hora de solucionar los principales problemas que se derivan de las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes sobre todo en momentos de crisis. Siendo esto así, no puede sorprender tampoco que los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia en este terreno puedan ser calificados de muy intensos (48).

1. Régimen jurídico de las relaciones personales

Es evidente que la constitución de una "familia de hecho" se produce como consecuencia del ejercicio del derecho de libertad de la persona garantizado en términos de gran amplitud en el art. 2 de la Constitución italiana. Esa libertad representa la huida de los convivientes del esquema típico previsto por el Ordenamiento jurídico, esto es, del matrimonio y conlleva, como se ha indicado, una total ausencia de referentes normativos, tanto más acusados en el ámbito atinente a las relaciones personales de la pareja, si no fuese por las consecuencias que se pueden derivar del art. 317 *bis* del Código Civil para el supuesto de que existan hijos comunes. En este sentido, el régimen jurídico de las relaciones entre los convivientes con descendencia común es el mismo que si se tratase de una familia legítima.

Ahora bien, cuando se analizan las relaciones personales en un plano horizontal, esto es, entre los convivientes, la ausencia de un marco jurídico específico nos lleva a una situación de simple convivencia de la que no pueden desprenderse deberes vinculantes, al menos

(47) Cfr. ROPPO, E., "La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle libere unioni", *RTDPC*, 1980, págs. 761 y ss.

(48) En este sentido *vid.* BESSONE, M.; ALPA, G.; FERRANDO, G.; SPOLLA-XOSSA, M. R., *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionale, riforme legislative, orientamente della giurisprudenza*, *op. cit.*, pág. 69.

en el plano jurídico (49). En este entendimiento, los deberes previstos en el Código Civil para los cónyuges en este plano, como son el deber de asistencia, fidelidad, colaboración *ex art. 143 CC* podrán ser constitutivos todo lo más de una obligación natural vigente en tanto en cuanto dure la relación. Eso sí, la existencia misma de la obligación natural en atención al deber moral y social denota una cierta relevancia que el Ordenamiento concede a estas situaciones (50).

La razón de fondo de la solución propuesta estaría en el diferente origen de la "familia de hecho" en relación con la familia legítima que impide la aplicación analógica de las normas relativas a las relaciones personales de los cónyuges, debiendo quedar la relación de los convivientes regulada sobre la base de la mera espontaneidad (51), si bien ahora matizada por la configuración de una obligación natural.

2. Régimen jurídico de las relaciones patrimoniales

La relación de convivencia diaria que se sitúa en la base de la "famiglia di fatto" no agota sus consecuencias en la esfera estrictamente personal, sino que se refleja con tanta o más intensidad en el ámbito patrimonial pues es un dato adquirido de la experiencia que la vida en común conlleva con frecuencia la existencia de una serie de operaciones inherentes a la propia dinámica del grupo familiar, como son el hacer frente al sostenimiento de las cargas económicas que el mismo comporta, la adquisición de bienes, etc., constituyendo un núcleo de imputación de relaciones jurídicamente relevantes con independencia del *status* jurídico del sujeto que las realiza.

En este orden de ideas, una de las cuestiones que se suscita, casi irremediablemente, es la relativa a la determinación del régimen aplicable en cuanto a la titularidad de los bienes adquiridos durante la convivencia. Así las cosas, no plantea problemas el supuesto de adquisición conjunta pues a ella es fácilmente aplicable lo dispuesto en los arts. 1100 y ss. del Código Civil.

(49) En este sentido, BESSONE, M.; FERRANDO, G., "Regime della filiazioni, parentela naturale, famiglia di fatto", *op. cit.*, pág. 1338.

(50) En este sentido, *vid.* Sentencia de 20 de enero de 1989, n.º 285, *Arch. civ.*, 1989, pág. 498.

(51) Esta es la opinión mayoritaria, por todos, *vid.* ROPPO, E., "La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle libere unioni", *op. cit.*, pág. 239. Sobre las opiniones discrepantes, *vid.* D'ANGELI, F., *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Edit. Giappichelli, Turin, 1995, págs. 71 y 72, nota 131.

La cuestión adquiere, sin embargo, otro cariz cuando se trata de bienes adquiridos por uno solo de los miembros de la pareja. Algunos autores, entre ellos BESSONE, son partidarios de la aplicación analógica de las normas dictadas en relación al matrimonio considerando que entre los convivientes existe un régimen de comunidad de adquisiciones que puede ser excluido por la voluntad expresa de los convivientes, cuyo fundamento se situaría en última instancia en el art. 3 de la Constitución (52). En un sentido semejante, ALAGNA considera adecuado circunscribir el núcleo esencial de la relevancia de la familia de hecho refiriéndose al principio de solidaridad social y económica (válido para todas las formaciones sociales intermedias) previsto en el art. 2 de la Constitución y confirmado explícitamente en el art. 143 CC en relación a la familia de derecho.

A la luz de esta particular construcción doctrinal, el deber de solidaridad se erige en el centro de gravedad de todo el sistema patrimonial asumiendo el papel y la función de un verdadero y propio sistema patrimonial primario en el cual van, por tanto, coordinados los diversos regímenes sectoriales. En este entendimiento, la solidaridad no es sólo un principio abstracto que uniforme genéricamente el comportamiento de los cónyuges (o en su caso de los convivientes), sino que deviene en un instrumento jurídico concreto desde la óptica de la reforma del Derecho de familia donde asume el papel y la función del lado pasivo del deber de contribución cuyo lado activo es, sin embargo, individualizable en el poder de iniciativa patrimonial de los cónyuges (en nuestro caso de los convivientes).

Y así, en sustancia mientras debe dudarse de la extensión de cualquier régimen patrimonial de la familia a la convivencia *more uxorio*, tratándose de institutos que encuentran su presupuesto en la tutela de una comunidad nacida institucionalmente con propósitos de estabilidad; ciertamente, análogas dudas no son legítimas en cuanto al principio de solidaridad por el propio hecho de que éste deriva de una regla general constitucionalmente sancionada y no ligada al criterio de la estabilidad de la familia de derecho, operante más bien por la exigencia de realizar con instrumentos jurídicos idóneos el interés común de los convivientes.

La aplicación del mencionado principio se obtendría también del

(52) En este sentido, *vid.* Sent. Trib. Bari, de 21 de enero de 1997, *Dir. Fam. Pers.*, 1979, págs. 1186 y ss., con comentario favorable, en la misma revista, de BESSONE, M., "Favor matrimonii e regime del convivere in assenza di matrimonio", págs. 1187 y ss.

art. 1298 CC (53), interpretado *a contrario sensu*, en todos los casos en los cuales venga asumida una obligación en interés común y falte un precepto que excluya la naturaleza solidaria de la obligación (art. 1294 CC) (54). Este instrumento asume, por tanto, carácter de regla general aplicable a todas las hipótesis reconducibles al esquema legislativamente fijado y, por consiguiente, al igual que en él tienen cabida las obligaciones asumidas por los cónyuges entrarían también las asumidas por los convivientes.

En cualquier caso, el recurso al principio de solidaridad no es óbice para que los convivientes puedan autoregular, ya sea las relaciones personales ya sean las patrimoniales —las primeras con los límites legales en lo que respecta al mantenimiento, educación, etc., de la prole—, y donde ellos hayan asumido el modelo normativo familiar ciertamente habrán hecho propio el régimen de la comunidad, en otro caso, entienden que sería difícil poder hablar de “familia de hecho”, faltando uno de los requisitos esenciales para su individualización. Desde esta perspectiva, parece asociarse la “familia de hecho” (en sentido estricto y técnico-jurídico) a la vigencia en el ámbito comunitario del régimen de contribución y solidaridad.

Dentro del cuadro de referencia que se ha trazado, encontrarían fácil solución numerosos problemas relativos a las relaciones patrimoniales de los convivientes *more uxorio*. La regla general de la solidaridad y sus concretas formas de operar justificarían el poder de cualquiera de los sujetos a actuar en interés de la comunidad y a asumir obligaciones que graven incluso al conviviente extraño al acto.

Estaríamos ante una operatividad relevante no sólo desde el punto de vista interno de los convivientes, en sus relaciones recíprocas, sino que también resultaría de gran utilidad en relación a los terceros, cuando éstos asuman una obligación con uno de los convivientes ya que en ese momento no saben o no pueden saber si el sujeto que actúa ha contraído matrimonio o no con el otro conviviente, pues el juicio formado por el tercero se emite en base a lo que parece, o sea, en base a los comportamientos externos, tendentes todavía por definición a asociar la convivencia *more uxorio* a la familia de derecho (55).

(53) Específicamente este art. 1298 establece que: “Nei rapporti interni l’obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori o tra i diversi creditori, salvo che sia stata contratta nell’interesse esclusivo di alcuno di essi. Le parti di ciascuno si presumono uguali, se non risulta diversamente.”

(54) Concretamente, el art. 1294 establece que: “I condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente.”

(55) ALAGNA, S., “La famiglia di fatto al bivio: rilevanza di singole fattispecie o riconoscimento generalizzato del fenomeno?”, *op. cit.*, págs. 38 a 40.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria no participa de tales argumentos y valora negativamente la solución anterior debido a la ausencia de una regulación y de principios generales de los que poder deducir explícita o implícitamente el régimen de la comunidad de bienes. Antes al contrario, el art. 29 de la Constitución positiviza la preferencia de la familia legítima negando al mismo tiempo originalidad y autonomía a las formaciones sociales atípicas "familia de hecho". Por consiguiente, mayoritariamente se concluye que cualquiera de los convivientes mantendrá en línea de principio la propiedad exclusiva de los bienes adquiridos en su propio nombre en relación a los cuales el otro no podrá pretender su cotitularidad. Con ello, de todas formas, no se debe entender que queda privado de protección quien (generalmente la mujer) haya contribuido al funcionamiento de la familia con la propia actividad o con otros específicos aportes. En realidad, la exigencia de equidad y de justicia obligan a buscar en el ámbito de las instituciones generales del Derecho común instrumentos jurídicos destinados a asegurar un mínimo de tutela de esta dirección (56).

Animados por este espíritu de búsqueda, lo primero que se pondera también es la posibilidad de dar entrada a la autonomía privada. Por consiguiente, desde este otro posicionamiento doctrinal se considera plausible *ex art.* 322 CC la autorregulación (57) de las relaciones patrimoniales, de tal modo que los convivientes estipulen entre ellos pactos de convivencia jurídicamente vinculantes y opten por un régimen económico de separación o de comunidad durante la convivencia.

En este sentido, QUADRI exalta el recurso a la autonomía de la voluntad huyendo de la intervención heterónoma, cualquier que sea su procedencia —ya sea ésta del Poder Judicial o del legislador—, y apuesta por la promoción del campo de la autodeterminación de los interesados a través de instrumentos negociales que, además de evitar tipificaciones innaturales, resultan muy idóneos para evitar empeorar las relaciones en los momentos de crisis de la pareja (58).

Asimismo, BONILINI es partidario de acudir a los pactos como

(56) Por todos, *vid.* D'ANGELI, F., *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, *op. cit.*, págs. 84 y 85.

(57) Sobre el siempre controvertido juego de la autonomía privada en el ámbito del Derecho de familia, *vid.* MULIERI, A.; RAITI, N., "Limiti costituzionali, ordine pubblico e buon costume nel nuovo Diritto di famiglia", en la obra colectiva *Il nuovo Diritto di Famiglia. Contributi notarili*, Edit. Giuffrè. Milán, 1975, págs. 4 y ss.

(58) QUADRI, E., *Famiglia e Ordinamento Civile*, Edit. Giappichelli, Turín, 1997, págs. 42 y 43.

ocurre en la práctica de otros países con los llamados *contrats ménage* o los *cohabitation contracts*, acuerdos a los que se podrían aplicar las normas relativas a las convenciones matrimoniales arts. 162 CC y concordantes, siempre y cuando no fuesen contrarios al orden público y respeten los derechos sucesorios, pues no debe olvidarse que el art. 458 CC prohíbe los pactos sucesorios (59).

Ahora bien, admitida como primera posibilidad la virtualidad de la autonomía privada el auténtico *quid iuris* se suscita cuando los convivientes no hayan previsto la autorregulación de su relación algo, por lo demás, muy frecuente dada la naturaleza y las características de este tipo de uniones.

Así las cosas, en tales supuestos se acude a un instrumento indirecto pero adecuado para la protección patrimonial de los convivientes: el enriquecimiento injusto *ex art.* 2041 CC (60) en virtud del cual se podrá reconocer a favor de cualquiera de los convivientes una potestad sobre las eventuales adquisiciones que se puedan considerar fruto de la contribución de ambos. Para valorar la entidad real del enriquecimiento de uno y el empobrecimiento del otro se deberá atender a la efectiva contribución (teniendo en cuenta también la duración de la convivencia), a la realización de las adquisiciones (de las condiciones y de los ahorros) y, en el caso de que ambos convivientes dispongan de medios económicos, puede resultar de ayuda la presunción *iuris tantum* de la derivación común del dinero utilizado para las adquisiciones sobre todo para aquellas conectadas con la satisfacción de las necesidades primarias del núcleo familiar como por ejemplo la exigencia de disponer de una casa sede de la convivencia (61).

De tal valoración deberá excluirse el concepto de una eventual mayor aportación de cualquiera de ellos que, además de ejercitar una actividad profesional o de trabajo dependiente, haya desplegado en el ambiente familiar una actividad doméstica porque ésta una vez completada representa la contribución a la satisfacción de las necesidades comunes en el ambiente de la familia, que como ya se ha puesto de

(59) BONILINI, G., *Nozioni di Diritto di Famiglia*, Edit. UTET, Turín, 1995, pág. 66.

(60) Concretamente, el art. 2041 CC prescribe que: "Chi senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale (...)".

(61) D'ANGELI, F., *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, op. cit., págs. 86 y 87. Además, esta misma autora entiende que el enriquecimiento injusto presenta la ventaja de poder ser utilizado también por los convivientes *more uxorio* unidos por un vínculo matrimonial a otro sujeto, siendo irrelevante en estas circunstancias la naturaleza lícita o ilícita de la relación familiar (nota 161, pág. 87).

relieve, es objeto de una obligación natural, viniendo así a menos los presupuestos de la acción de enriquecimiento injusto. Y lo mismo cabe decir en relación al conviviente que sólo realiza las tareas del hogar.

En definitiva, para valorar las aportaciones efectuadas por los convivientes durante la relación de convivencia se deberá llevar a cabo la siguiente distinción: 1) prestaciones directas a la satisfacción de las necesidades normales de la contribución a los deberes familiares y como tales irrepetibles, y 2) atribuciones que teniendo en cuenta las condiciones económicas y sociales de los convivientes va más allá de la contribución normal y sólo en relación a éstas se podrá utilizar los presupuestos del instrumento del enriquecimiento injusto (62).

Si seguimos en el terreno de las relaciones patrimoniales de los convivientes, otra de las cuestiones que, generalmente, se presentan es la del sostenimiento de las cargas económicas ligadas al hecho de la convivencia.

En este sentido, nuevamente en un plano vertical, esto es, el relativo a la relación padres e hijos, existe un deber *ex lege* de mantenimiento de la prole derivado del principio fijado en el art. 148 CC (63) aplicable por reenvío del art. 261 CC (64) también a los padres naturales, deberes que estarán repartidos en función de su capacidad de trabajo profesional y doméstico.

Sin embargo, el panorama cambia ostensiblemente si se analiza desde un plano horizontal, esto es, atendiendo a las relaciones de los convivientes toda vez que, en principio, no son jurídicamente concebibles las obligaciones que vinculan a los cónyuges *ex art. 143 CC* de la recíproca asistencia moral y material, comportamiento, por lo demás indispensable para poder hablar, en puridad, de una estructura paraconyugal.

Siendo esto así, ¿cómo se podría instrumentar entonces el sostenimiento de las cargas económicas? La respuesta de la doctrina y jurisprudencia es clara, la "familia de hecho" mientras dura implica para los convivientes la asunción recíproca del deber moral y social de asistir constituyendo una obligación natural que, como tal, sólo produce los efectos de la *soluti retentio* (no repetición de lo pagado) (65), tal y

(62) D'ANGELI, F., *La famiglia di fatto*, Edit. Giuffrè, Milán, 1989, págs. 428 y 429.

(63) Por lo que aquí interesa el art. 148 del CC establece que: "I coniugi devono adempiere l'obbligazione prevista nell'articolo precedente in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo (...).

(64) El art. 261 CC establece literalmente que: "Il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri e di diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi".

(65) Opinión comúnmente aceptada, si bien, por ejemplo, STELLA RICHTER, G., "Aspetti civilistici del concubinato", *op. cit.*, págs. 1123 y ss., cree que sólo cabe hablar

como se recoge en el art. 2034 (66), subordinada, eso sí, a la doble condición de que la prestación se haya realizado espontáneamente, siendo irrelevante el error acerca de la coercibilidad de la obligación, y que el *solvens* sea un sujeto capaz.

La aplicación de la *soluti retentio*, desde el punto de vista interno de la relación de los convivientes, responde satisfactoriamente a la respuesta demandada por este tipo de fenómenos, pero desde el punto de vista de los terceros, ¿cuál sería la garantía de éstos al contratar con una pareja de hecho? Para responder a esta pregunta damos por reproducido lo afirmado al tratar la cuestión anterior. Consiguientemente, fuera de los casos en los que exista un convenio entre los convivientes en el que se estipule el régimen económico de la convivencia, al que habrá que atender siempre y cuando los acuerdos fuesen públicos, en los demás supuestos, esto es, si falta la publicidad o si falta el acuerdo, el régimen será el de la responsabilidad solidaria (67) porque, si bien no sería posible al amparo del principio general del Derecho de que cada uno responde de las obligaciones asumidas personalmente a excepción de los casos especialmente previstos en la Ley, la protección de los terceros de buena fe que contraen obligaciones con uno de los convivientes creyendo erróneamente que la persona está casada, justificaría el recurso a la apariencia jurídica toda vez que la convivencia *more uxorio* constituye una situación idónea para crear la apariencia de un *status* análogo al conyugal, en tanto en cuanto los convivientes socialmente se comportan como tales. Así, sólo de forma excepcional y en atención a la necesidad de proteger a los terceros de buena fe impone la reconstrucción de una responsabilidad análoga a la de los

de deber moral y social de asistencia en el supuesto de matrimonio concordatario no transcrito.

En la jurisprudencia se recoge vgr. en la Sent. de Cass. de 8 de febrero de 1977, n.º 556, publicada en *Dir. Fam. Pers.*, 1977, I, págs. 515 y ss.

(66) Concretamente, el art. 2034 del *Codice Civile* establece que: "Non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestatato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace.

I doveri indicati dal comma precedente, e ogni altro per cui la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato, non producono altri effetti".

(67) Este problema ya se planteaba antes de la reforma en relación a las parejas casadas en régimen de separación de bienes, la solución arbitrada por la doctrina y la jurisprudencia se extendía igualmente a los convivientes y así se entendía que las obligaciones contraídas por uno de los miembros de la pareja en beneficio de la familia vinculaban al otro miembro en cuanto que aquél había actuado como representante en virtud de un mandato tácito o presunto. En este sentido, *vid. D'ANGELI, F., La famiglia di fatto, op. cit.*, pág. 412.

cónyuges *ex art.* 186 CC. Por lo demás, la propia *ratio* de la aceptación de la responsabilidad solidaria en lo que respecta a las relaciones con los terceros excluye su operatividad entre los convivientes que, en definitiva, se traduce en la ausencia de la acción de regreso en favor del conviviente que no hubiese contratado (68), valiendo aquí la observación del carácter natural de la obligación asumida por los convivientes para satisfacer las necesidades de la vida en común.

Una cosa distinta es que esa obligación moral pueda asumir un valor ulterior en el contexto de los reflejos externos de la relación paracónyugal cuando uno o ambos convivientes estén ligados a una familia legítima todavía existente o, vinculados por una relación de carácter patrimonial derivada de un anterior matrimonio disuelto (69).

A la existencia de tal deber se ha referido también aunque indirectamente la jurisprudencia al valorar la posición del cónyuge, separado o divorciado, obligado por el correspondiente acuerdo de separación o divorcio o, beneficiario del mismo.

Por lo que respecta al hecho de la separación, se ha dicho que la convivencia *more uxorio* del cónyuge separado que tiene derecho a una pensión como consecuencia del acuerdo de separación, pone en un estado de aquiescencia tal pretensión sobre la base de la relevancia que, el mantenimiento adecuado y duradero del cónyuge separado por su conviviente, en cumplimiento del deber moral y social de asistencia y solidaridad recíproca subsistente entre los convivientes, excluye el estado de necesidad del mismo y hace, por tanto, cesar temporalmente la obligación de alimento del cónyuge (70).

(68) En este sentido, *vid.* D'ANGELI, F., *La famiglia di fatto*, *op. cit.*, págs. 414 a 416.

Con razonamiento diverso, pero que produce el mismo resultado, ALAGNA, S., "La famiglia di fatto al bivio: rilevanza di singole fattispecie o riconoscimento generalizzato del fenomeno?", *op. cit.*, pág. 40, señala que la exclusión de la posibilidad de repetición de las sumas gastadas por uno de los convivientes en favor del otro resulta no del régimen de las obligaciones naturales, sino más bien de aquella contribución familiar voluntariamente acogida y vivido por las partes con el fin de realizar los intereses comunes de la propia unión.

(69) D'ANGELI, F., *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, *op. cit.*, págs. 79-80.

(70) Sent. de 8 de febrero de 1977, n.º 556, publicada en *Dir. Fam. Pers.*, 1977, págs. 514 y ss., con nota crítica de Liotta; en contra, Sent. Cass. 20 septiembre 1978, n.º 4224, publicada en *Dir. Fam. Pers.*, 1978, pág. 48. Asimismo, más recientemente, la Casación se ha pronunciado sobre este tema en la sentencia de 11 de abril de 1986, n.º 2569, señalando al respecto que "a los efectos de la determinación de la asignación de mantenimiento del cónyuge separado o del acuerdo de divorcio, la circunstancia de que el cónyuge al que se refiere el derecho conviva *more uxorio* con un tercero puede tener relevancia en cuanto se traduzca en una obligación natural del conviviente cuyo cumplimiento reduzca o excluya la situación de necesidad del cónyuge separado o divorciado ...", en *Massimario Foro it.*, 1986.

Abundando en esta idea, se afirma que la obligación de asistencia se instrumenta en torno a la existencia de una situación de necesidad y, en este sentido, es ciertamente una condición social que excluye el estado de necesidad la circunstancia de que el cónyuge separado conviva con otro sujeto quien *affectionis causa* atiende esa necesidad (71).

Ahora bien, diferente es el caso de que sea uno de los convivientes el que resulte obligado al cumplimiento del acuerdo pues entonces ese mismo deber moral y social de asistencia que vincula a los convivientes debe ser considerado irrelevante. Es evidente que, en tales supuestos, se produce un conflicto de intereses que tiene que ser resuelto a la luz del principio *favor matrimonii*. Por consiguiente, los deberes en relación al cónyuge separado serán siempre privilegiados respecto del conviviente (72), con lo que el cónyuge obligado no podrá acudir a la nueva situación familiar de la convivencia con la finalidad de eximirse o de obtener una reducción.

No obstante, alguna sentencia contradice lo afirmado anteriormente en el sentido de dar relevancia, en el momento de valorar comparativamente las condiciones económicas de los dos cónyuges para cuantificar el montante del acuerdo, a los gastos gravantes del cónyuge obligado por el mantenimiento de una conviviente, poniendo así sobre el mismo plano la obligación *ex lege* y la obligación natural (73).

Finalmente, otra de las cuestiones capitales que se pueden suscitar en el ámbito patrimonial de la convivencia *more uxorio* lo constituye la determinación de la naturaleza jurídica de las atribuciones que tienen lugar por parte de uno de los convivientes en favor del otro, sobre todo si se repara en que, en los momentos de crisis de la pareja, es frecuente que aquél que realizó la aportación pretenda recuperarla con la correlativa oposición de quién la recibió.

En una primera fase, superada la posición más represiva coincidente con la reprobación moral de las uniones libres, se consideraba nulo por causa inmoral cualquier acto de liberalidad efectuado entre convivientes. Admitida en tiempos más recientes la licitud de las relaciones *more uxorio* entre personas no vinculadas por matrimonio precedente, la jurisprudencia se mueve en el sentido de considerar posible

(71) En este sentido, FINOCCHIARO, M., "Osservazioni sulla famiglia di fatto: in margine all'art. 570, n.º 2 cp e all'art. 148 CC", *op. cit.*, pág. 280.

(72) PROSPERI, F., "Convivenza more uxorio e tutela della famiglia legittima: i limiti della rilevanza della famiglia di fatto", *Rass. Dir. Civ.*, 1981, I, pág. 186.

(73) En este sentido, *vgr.* Sentencia de 11 de mayo de 1983, n.º 3253, publicada en *Dir. Fam. Pers.*, 1983, págs. 934 y ss., y la Sentencia 17 de octubre de 1989, n.º 4158, *Giur. it.*, 1990, I, 1, págs. 587 y ss.

esa atribución teniendo valor de donación si tal contrato cumplía los requisitos de sustancia y forma, excluyéndose la liberalidad que constituía la contraprestación a una atención sexual y también aquella que estaba inequívocamente inspirada en la obtención de prestaciones del mismo tipo.

Concretamente, en esta materia, como en las otras, la evolución hacia la aceptación social de la "familia de hecho" se traduce también en un cambio progresivo de la doctrina y la jurisprudencia a la hora de calificar el título de atribución. Así, en un primer momento, de clara hostilidad hacia las relaciones familiares irregulares se distinguían, como ha sistematizado FERRARA tres categorías: 1) las promesas o prestaciones para comenzar o mantener relaciones sentimentales; 2) las promesas o prestaciones para resolver antiguas relaciones amorosas, y 3) las promesas o donaciones realizadas a modo de compensación. En este sentido, se mantenía la nulidad de las primeras, la licitud de las terceras y despertaba dudas la valoración de las segundas (74).

La evolución se traduce, pues, en una calificación inicial de donación simple. Con posterioridad se acude al concepto de donación remuneratoria lo cual producía idéntico resultado que la primera, si bien plasmaba una mayor consideración de la idea de reciprocidad que en la pura se desconocía absolutamente (75). No obstante, en ambos casos el problema planteado por la ausencia de los requisitos de forma exigidos para su validez, seguía sin solventarse a pesar del paso de un tipo de donación a otra (76). Por consiguiente, el avance

(74) FERRARA, F., *Teoria del negozio illecito nell diritto civile italiano*, Milán, 1914, págs. 195 y ss., citado por D'ANGELI, F., *La famiglia di fatto*, op. cit., pág. 429, nota 157.

(75) Como donación remuneratoria, vid. Sent. Cass. de 17 de julio de 1949, n.º 1147, en *Foro it.*, 1949, I, págs. 951 y ss.; Sent. Cass., de 7 de octubre de 1954, n.º 3889, en *Foro it.*, 1955, I, págs. 847 y ss.

(76) Como ha puesto de relieve D'ANGELI, F. (*La tutela delle convivenze senza matrimonio*, op. cit., págs. 89 a 94), la solución adoptada con el paso sucesivo de la aplicación del esquema del contrato de donación simple a la remuneratoria tenía sobre todo presente la necesidad de tutelar a la mujer como objeto débil dada la posición de dependencia económica, etc., precisamente el problema se presentaba en los siguientes términos: si se admitía que lo aportado constituía donación simple o remuneratoria debía entonces respetarse so pena de nulidad del acto la forma fijada en el art. 782 del CC (documento público) y del art. 48 de la Ley de 16 de febrero de 1913 (presencia de un testigo) forma que, en la casi totalidad de los casos, no venía respetada ... por consiguiente se declaraba la nulidad del acto con la restitución de todo lo recibido frustrando así las expectativas de la mujer normalmente en situación de debilidad, precisamente la exigencia de tutela buscó otro instrumento y la jurisprudencia encontró en el esquema de la obligación natural configurada en el art. 2034 CC un eficaz instrumento de garantía y así configuró la atribución patrimonial a favor de la conviviente

verdaderamente relevante es el que sitúa tales atribuciones en el ámbito de las obligaciones naturales que, nuevamente, se revelan como el título más adecuado dada la espontaneidad de su cumplimiento y la ausencia, en principio, de formalidades.

A la luz de las consideraciones anteriores, una vez más, se puede concluir que el esquema de la obligación natural adoptado por la jurisprudencia para la solución del problema, al excluir toda forma de constricción dada la espontaneidad de su cumplimiento, se revela como el instrumento que mejor responde a las características propias de la "familia de hecho" que, libre de vínculos formales, encuentra su exclusivo fundamento en la espontaneidad de los afectos y de los deberes.

3. Supuestos de cese de la "familia de hecho"

Quizá, uno de los aspectos en los que la ausencia de una regulación específica de la "familia de hecho" reviste tintes más graves lo constituyen los supuestos de crisis de la convivencia *more uxorio*, ya sea ésta motivada por la voluntad de los convivientes, conjunta o unilateral, ya sea por la muerte de uno de los miembros de la pareja.

A) Separación de los convivientes

Dentro de los supuestos de crisis de la "familia de hecho" como consecuencia de la separación de los convivientes, la falta de una previsión legal adquiere la mayor trascendencia cuando ésta se produce por la voluntad unilateral de una de las partes.

En este sentido, se ha planteado la posibilidad de hacer recaer sobre el responsable de la ruptura una obligación de resarcimiento por las repercusiones negativas que ésta produzca en el otro integrante de la pareja, que se traducirá, por lo general, en una suma de dinero.

como prestación realizada en cumplimiento de un deber moral y social que surge en el hombre en relación a la mujer por razón de una relación estable de convivencia.

Esta obligación en los años setenta asumía una naturaleza resarcitoria de reparar el daño causado a la mujer como consecuencia de esa relación extramatrimonial y de descrédito...; sin embargo, los cambios socioeconómicos, el fenómeno de la emancipación femenina, etc., se traduce en que esa obligación asume una naturaleza solidaria que al final, es la orientación que concuerda mejor con el principio de igualdad de los convivientes.

Sin embargo, resulta una opinión consolidada de los autores la no viabilidad del instrumento de la responsabilidad civil, toda vez que de la convivencia no nace una obligación de continuidad del vínculo y, por tanto, su interrupción no es título para pretensiones resarcitorias ni alimentarias (77). Es bien sabido que la convivencia *more uxorio* se caracteriza precisamente por la libertad y espontaneidad de las relaciones de las partes sólo subsanable en la medida en que, en el ejercicio de tal libertad, éstas hayan previsto o estipulado las consecuencias económicas de la ruptura, solución que, por lo demás, aun sin estar prevista suele imponerse cuando la ruptura es fruto de la voluntad de ambos convivientes.

Por otra parte, la configuración de la hipótesis de una responsabilidad civil, con la obligación resarcitoria a cargo del que haya puesto fin a la convivencia, ha sido también rechazada por la jurisprudencia en consideración a la naturaleza misma del fenómeno de la convivencia; ninguna norma impone la prosecución de la relación de hecho y, por tanto, no se podría configurar un daño *contra ius* que justificara la pretensión resarcitoria en el sentido del art. 2043 CC (78).

De todas formas, la idea de la responsabilidad no ha sido del todo descartada por algunos autores, aunque sí el fundamento de la pretensión resarcitoria que se trasladaría de la responsabilidad aquiliana del art. 2043 CC (79) a la violación de un deber general de solidaridad social recogido en el art. 2 de la Constitución (80).

La aplicabilidad del artículo en cuestión a la "familia de hecho" hace surgir la pretensión de cualquier conviviente de mantener un comportamiento no dominado por la lógica del individualismo, sino atento a las necesidades del otro conviviente más débil, en el sentido

(77) En este sentido, *vid.* BIANCA, M. C., *Diritto Civile, La Famiglia e le successioni*, *op. cit.*, pág. 26.

En términos semejantes, STELLA RICHTER, G., "Aspetti civilistici del concubinato", *op. cit.*, págs. 1127; PROSPERI, F., "La famiglia di fatto tra libertà e coazione giuridica", en *Persona e comunità familiare*, Edit. Univ. de Salerno, 1985, pág. 306.

(78) En este sentido, *vid.* Sentencia de 15 de enero de 1969, n.º 60, publicada en *Foro it.*, 1969, I, págs. 1517 y ss.

(79) Específicamente, el art. 2043 CC señala que: "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona da altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

(80) Sobre la conexión que se puede dar entre el principio de solidaridad y la responsabilidad civil, *vid.* RODOTÀ, S., *Il principio della responsabilità civile*, Edit. Giuffrè, Milán, 1964, págs. 79 y ss.

Más recientemente, *vid.* LIUZZO, E., "Alcuni aspetti civilistici della convivenza 'more uxorio' alla luce dei più recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali", *Dir. Fam. Pers.*, 1991, págs. 807, 815 y ss.

de condenar aquellos comportamientos dolosos o simplemente desleales o reticentes de quien aprovechándose de la buena fe ajena ha generado en el otro conviviente una confianza razonable acerca de la estabilidad y duración de la relación.

Por consiguiente, se ha llegado a considerar plausible la tesis de configurar una responsabilidad por interrupción (imprevista e injustificada) de la convivencia en el entendimiento de que resulta más fácil, desde la óptica de la solidaridad, individualizar un daño del conviviente abandonado y, además, encuentra mejor justificación el sistema asistencial, fiscal, etc. (81).

Aún así, los que niegan cualquier juego a la idea de responsabilidad y de resarcimiento han tratado también de dar una respuesta satisfactoria. Para lo cual se ha partido de la premisa común de que, fuera de los supuestos de cumplimiento espontáneo de uno de los convivientes, calificable como obligación meramente natural, es preciso acudir a un mecanismo que permita paliar las consecuencias negativas que en el momento de la ruptura se producen en el patrimonio del conviviente débil. Nuevamente, la solución propuesta será la del enriquecimiento injusto por entender que, en situaciones de crisis, como la que aquí se contempla, el cumplimiento espontáneo por parte del conviviente para reparar la ruptura puede que no sea suficiente o simplemente que no sea —la jurisprudencia, de todas formas, no reconoce esta acción por entender que la voluntariedad de las prestaciones efectuadas por el conviviente excluirían la existencia de una justa causa de enriquecimiento—. Así las cosas, se ha puesto de manifiesto que, si bien la admisión de la acción de enriquecimiento injusto es contrario al fenómeno de la “familia de hecho”, ésta no se puede excluir *a priori*. Siendo así, su oportunidad o no dependería de las circunstancias concretas tendentes a averiguar si la reclamación de una indemnización es fundada (para evitar comportamientos maliciosos e interesados), examinándose, consiguientemente, si los fines perseguidos por el conviviente que ha incrementado el patrimonio del otro son merecedores de tutela, en cuanto destinados exclusivamente a satisfacer las exigencias de la “familia de hecho” y, si esos mismos fines han sido desatendidos en el curso de la convivencia.

Se trata, por tanto, de admitir la posibilidad de que de la conviven-

(81) ALAGNA, S., “La famiglia di fatto al bivio: rilevanza di singoli fattispecie o riconoscimento generalizzato del fenomeno?”, *op. cit.*, pág. 40. Lo cual, por otra parte, es perfectamente coherente con la postura mantenida por este autor en relación con el régimen económico aplicable a la “familia de hecho”.

cia, en particular de su cese, se pueda derivar un desequilibrio patrimonial entre los sujetos convivientes ciertamente no querido sino determinado por la concreta forma de desarrollarse las relaciones de pareja o de la falta de previsión de los mismos de los resultados del fin de la convivencia que legitima la tutela del art. 2041.

B) Muerte del conviviente

El cese de la convivencia por muerte de uno de los convivientes plantea, dependiendo de cuál sea la causa de ésta, dos cuestiones de gran alcance, una de ellas es la relativa al posible derecho del conviviente supérstite a un resarcimiento del daño en el supuesto de que esa muerte fuese ocasionada por el hecho ilícito de un tercero y, la otra, es la referente a los posibles derechos hereditarios del conviviente supérstite.

En materia de resarcimiento de daños por muerte del conviviente la jurisprudencia y la doctrina tradicional asumieron posiciones claramente antagónicas. Así, la jurisprudencia tomando como punto de referencia inexcusablemente el art. 2043 CC en el que se recoge la responsabilidad aquiliana, se mostró mayoritariamente contraria al reconocimiento de un derecho en favor del conviviente por la falta de un auténtico derecho subjetivo, siendo minoritarios los pronunciamientos favorables, pues éstos se correspondían con matrimonios religiosos en régimen preconcordatario, es decir, matrimonios carentes de cualquier efecto civil y en los cuales primaban evidentes motivos ideológicos inspirados en un trato de favor hacia la Iglesia católica (82). Por tanto, fuera de esos supuestos se negaba la pretensión del conviviente *more uxorio* razonándose, como en el caso de la Sentencia de 24 de enero de 1958, n.º 169, que a efectos de la aplicación del art. 2043 CC el daño resarcible es aquél que se verifica por la lesión de un derecho y quien pretendiese ser resarcido por el daño derivado de la muerte de la persona, acaecida por un acto doloso o culposo de tercero, con la que se convive y de la cual recibe el sustento u otras ventajas o prestaciones y lo evoque a tal efecto, debería ante todo demostrar la existencia del derecho a esas prestaciones, bien como derivado de la Ley o como

(82) Sobre la evolución jurisprudencial en esta materia, *vid.* D'ANGELI, F., *La famiglia di fatto*, *op. cit.*, págs. 527 a 544.

También resulta interesante en este sentido lo afirmado por GENTILI, A., "Sul risarcimento del danno da morte del convivente, nella giurisprudenza francese ed italiana", *Dir. Fam. Pers.*, 1985, págs. 1140 y ss.

derivado de una convención. Lo cual, en el caso de convivencia *more uxorio* no resulta posible en ninguno de los dos casos, porque el Ordenamiento jurídico no la considera y porque no puede por sí misma ser objeto de convención. En consecuencia, no se concebía un acción de daños fundada en semejante relación aunque hubiese perdurado en el tiempo y se hubiesen tenido hijos comunes (a salvo los derechos de estos últimos como hijos naturales) (83).

Ahora bien, poco a poco un ideal de justicia dio paso a un nuevo enfoque y llevó a la jurisprudencia a remediar los rigores de la aplicación estricta del art. 2043 CC y así se trató de superar el obstáculo de la lesión de un derecho subjetivo como fundamento de la responsabilidad aquiliana y anclar el concepto de injusticia del daño en parámetros más amplios identificándolo con la lesión de cualquier interés o situación jurídicamente relevante. Con lo que se acercó a la solución preconizada por la doctrina favorable a su reconocimiento, influenciada en tal sentido por la experiencia de los Tribunales franceses forjada en los años setenta (84).

En la actualidad la tendencia es, precisamente, a la confirmación de la posición favorable, así, vgr., en la Sentencia de 28 de marzo de 1994, n.º 2988, se afirma que tomando como premisa la denominada "familia de hecho" —entendida como relación interpersonal, con carácter de tendencial estabilidad, de naturaleza afectiva y parafamiliar, que se traduce en una comunión de vida y de intereses y en la recíproca asistencia material y moral—, la muerte del conviviente provocada por un hecho injusto ajeno da lugar al nacimiento en favor del otro de un derecho al resarcimiento del daño no patrimonial, *ex art.* 2059 CC (por una angustia análoga a la que se produce en la familia legítima) y al daño patrimonial, *ex art.* 2043 CC (por la pérdida de la contribución patrimonial y personal aportado en vida, con carácter de estabilidad, por el conviviente difunto, siendo irrelevante la falta sobrevenida de regalos episódicos o de meras y eventuales expectativas). Tanto el art. 2043 CC como el art. 2059 CC comprenden en el ámbito de la obligación resarcitoria el daño sufrido inmediata o directamente, en forma de disminución patrimonial o de daño moral, a otros sujetos ligados a la persona por

(83) El texto de la sentencia se puede consultar en el comentario de SBISÀ, G., "Rissarcimento di danni in seguito a morte di un 'familiare di fatto'", *RTDPC*, 1965, II, pág. 1255.

(84) Esta influencia ha sido puesta de relieve de forma casi unánime en la doctrina italiana; por todos, *vid.* D'ANGÈLLI, F., *La famiglia di fatto*, *op. cit.*, pág. 531 a 534, especialmente nota 145.

relaciones de naturaleza familiar o parafamiliar en cuanto perjudicados por un hecho injusto (85).

Mayores problemas se suscitan, sin embargo, cuando nos referimos a los posibles derechos hereditarios del conviviente supérstite. Una vez más y al margen de las concretas previsiones legales como en el caso del contrato de arrendamiento, o el del socio, sólo una disposición expresa del conviviente mediante testamento o legado, que en todo caso deberá respetar los derechos de los legitimarios, puede llevarnos a hablar de derechos sucesorios del conviviente pues, además, hay que tener presente la prohibición de los pactos sucesorios *ex art.* 458 CC que, únicamente, permitiría la contratación de un seguro de vida, pues los contratos en favor de tercero están al margen de la prohibición del pacto sucesorio (86).

La razón última de la negación de derechos sucesorios *ex lege* en favor del conviviente se encuentra en el principio *favor matrimonii* deducible de los arts. 29 y 30 de la Constitución de los que resulta la preferencia-preeminencia de la familia legítima que si bien no da lugar a una exclusividad de tutela, sí implica una exclusividad-especificidad de disciplina de tal modo que la extensión de la reglamentación de la misma a la "familia de hecho" sería contraria a la Constitución en cuanto vulneraría aquélla particular posición reservada a la familia *tout court* (87).

En este sentido, es clarísima la posición del Tribunal Constitucional en la Sentencia de 26 de mayo de 1989, n.º 310 (88), en la que se niega la equiparación del conviviente al cónyuge a efectos de sucesión legítima haciendo en todo caso un llamamiento al legislador puesto que actualmente los principios del derecho sucesorio están fundados exclusivamente en el *status* jurídico de cónyuge.

V. PERSPECTIVAS DE REFORMA

Como ya hemos indicado a lo largo de este trabajo es indudable la presión que la denominada "familia de hecho" ha ejercido y ejerce una

(85) La argumentación de esta sentencia se puede consultar en *Dir. Fam. Pers.*, 1996, págs. 873 y ss.

(86) En este sentido, *vid.* FRANZONI, M., "I contratti tra conviventi 'more uxorio'", en *RTDPC*, 1994, págs. 764 y ss.

(87) Cfr. D'ANGELI, F., *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, *op. cit.*, pág. 148.

(88) El texto de la sentencia se puede consultar en *Giust. civ.*, 1989, I, págs. 1782 y ss.

fuerte presión sobre el Ordenamiento jurídico, representado por el legislador. No resulta extraño, que a lo largo de los años hayan sido varios los intentos de acometer una reforma en la que se traduzcan positivamente las soluciones que por vía interpretativa han ido alcanzando y perfilando la doctrina y jurisprudencia. En este sentido, pueden citarse la Propuesta de Ley de 9 de octubre de 1987, n.º 1647, de los parlamentarios comunistas titulada "Nuevas normas en materia de derecho de familia", y la Propuesta de 12 de febrero de 1988, n.º 2340, titulada "Disciplina de la familia de hecho", presentada por los socialistas, y más recientemente la Propuesta del senador Sbarbati titulada "Disciplina de la convivencia *more uxorio*", presentada el 10 de mayo de 1996, n.º 682, que, por ser la última, es la que se recoge a continuación:

Art. 1. *Relevancia de la convivencia 'more uxorio'*. La convivencia no ocasional de dos personas de distinto sexo que tengan una comunión de vida material y espiritual, con la condición de que ambos no tengan pendiente un vínculo matrimonial o se encuentren separados legalmente, está regulada en las Disposiciones de la presente Ley.

Art. 2. *Inscripción del estado civil en los Registros*. 1. A instancia de los convivientes, con declaración entregada por ambas partes, el oficial del Registro Civil del Ayuntamiento del lugar de residencia procederá a la inscripción registral de la relación de convivencia *more uxorio*.

2. La declaración de convivencia *more uxorio* debe reunir todos los elementos del artículo 1.

3. En el caso de declaración del cese de la convivencia *more uxorio* pedida por una de las partes, el encargado del estado civil debe notificar mediante copia dicha declaración al otro conviviente en un plazo de 20 días.

4. El encargado del estado civil que se niegue a recibir la declaración prevista en los párrafos 2 y 3, debe hacerlo por escrito indicando los motivos.

Art. 3. *Relaciones patrimoniales entre los convivientes*. 1. Los convivientes *more uxorio* regularán libremente sus relaciones patrimoniales.

Art. 4. *Empresa familiar*. 1. El párrafo 3.º del artículo 230 bis del Código Civil será sustituido por el siguiente:

"A los fines de las disposiciones establecidas en el párrafo primero se entiende como familiar al cónyuge, al conviviente *more uxorio*, y los familiares hasta el tercer grado, y los afines hasta el segundo; por empresa familiar aquella en la que colaboran el cónyuge, el conviviente *more uxorio*, los familiares hasta el tercer grado y los afines hasta el segundo".

Art. 5. *Sucesión en el contrato de arrendamiento*. 1. El artículo 6 de la Ley de 27 de julio de 1978, n.º 392, será sustituido por el siguiente:

ART. 6. (Sucesión en el contrato).—1. En caso de muerte del arrendatario le sucederán en el contrato el cónyuge, el conviviente *more uxorio*, los herederos y los familiares y los afines con los que conviva habitualmente.

2. En caso de separación judicial, de disolución del matrimonio, o de cese de los efectos civiles del mismo, en el contrato de arrendamiento sucederá al arrendatario el otro cónyuge, si el derecho a habitar la casa le ha sido atribuido judicialmente a este último.

3. En caso de separación consensual o de nulidad del matrimonio sucederá al arrendatario el otro cónyuge si así se lo han convenido ambos.

4. En caso de cese de la convivencia *more uxorio* el conviviente tiene derecho a suceder en el contrato de arrendamiento siempre que haya sido comunicada al arrendador la situación de convivencia *more uxorio* existente en el sentido de esta Ley.

Art. 6. *Resarcimiento del daño*. 1. Corresponde al conviviente *more uxorio* el derecho al resarcimiento del daño derivado de acto ilícito que determine la muerte del otro conviviente, en concurso con los demás herederos.

2. La cuota que corresponde al conviviente *more uxorio* será determinada por el juez en relación a la entidad del resarcimiento, a la duración de la convivencia y a las necesidades de los beneficiarios.

Art. 7. *Derechos sucesorios del conviviente 'more uxorio'*. 1. Después del artículo 551 del Código Civil se añadirá el siguiente:

Art. 551 *bis* (Derechos del conviviente *more uxorio*).—Cuando la convivencia *more uxorio* haya durado al menos tres años, el conviviente superviviente tiene derecho al uso de la vivienda de los convivientes *more uxorio* y al uso de los muebles que están en ella sean de propiedad del difunto o comunes. Tales derechos gravan sobre la porción disponible y cuando ésta no sea suficiente, por lo que falte se gravará la cuota de reserva.

Es facultad de los herederos satisfacer el derecho del conviviente *more uxorio* mediante la asignación de una renta vitalicia o mediante la asignación de un capital determinado de común acuerdo, y a falta de acuerdo por el juez que ha conocido del caso.

Hasta que no se haya satisfecho sus derechos el conviviente superviviente conserva los derechos de uso y habitación.

Art. 8. *Malos tratos a la familia o a los niños*. 1. El primer párrafo del artículo 572 del Código Penal será sustituido por el siguiente:

“Cualquiera, fuera de los casos indicados en el artículo precedente, que maltrata a una persona de la familia, incluido el conviviente *more uxorio*, a un menor de catorce años o a una persona sometida a su autoridad, o a ella confiada por motivos de educación, instrucción, encargo, vigilancia o custodia, o por ejercicio de la profesión u oficio, será castigado con la pena de reclusión de uno a cinco años”.

Art. 9. *Extensión de la definición de parientes próximos*. 1. El párrafo cuarto del artículo 307 del Código Penal será sustituido por el siguiente:

“A los efectos de la ley penal, se entiende como parientes próximos los ascendientes, descendientes, el cónyuge, el conviviente *more uxorio*, los hermanos, las hermanas, los afines del mismo grado, los tíos y los sobrinos. No obstante, en la denominación de parientes próximos no se comprenden los afines cuando haya muerto el cónyuge y no exista prole”.

Art. 10. *Extensión de los casos de no punibilidad previstos en el artículo 649 del Código Penal*. Después del número 1 del párrafo primero del artículo 649 del Código Penal, se añadirá lo siguiente:

1-bis) del conviviente *more uxorio*.

Art. 11. *Custodia y mantenimiento de los hijos después del cese de la convivencia 'more uxorio'*. 1. En caso de cese de la convivencia *more uxorio*, para la custodia y el mantenimiento de los hijos menores las partes pueden acudir al juez el cual procederá según las disposiciones previstas en el artículo 155 del Código Civil.

2. La competencia para los procedimientos pertinentes será atribuida al Tribunal.

Art. 12 *Modificación del artículo 89 del Real Decreto de 9 de julio de 1939, n.º 1238*. 1. El artículo 89 del Real Decreto de 9 de julio de 1939, n.º 1238, después del número 8 se añadirá lo siguiente:

8-bis) la declaración de la convivencia *more uxorio* dada en el sentido de la ley.

Teniendo en cuenta las soluciones aportadas por vía interpretativa por la doctrina y la jurisprudencia es evidente que en el texto del Proyecto se da cuenta de buena parte de las mismas. Sea como fuere, puede ya adelantarse que la mera toma en consideración de este Proyecto de Ley sobre la “familia de hecho” y el de cualquier otro que se presente en el futuro más inmediato, será, seguramente y más que nunca —habida cuenta de la situación por la que atraviesa el Gobierno italiano, que aun no ha tenido tiempo a consolidarse—, una cuestión de oportunidad política.

En suma, tal y como se desprende de lo expuesto a lo largo del presente trabajo la situación actual de la "familia de hecho" en Italia poco se diferencia de la española, siendo una materia caracterizada por un alto grado de casuismo y, por tanto, fuente todavía de importante inseguridad jurídica.



COMENTARIOS Y NOTAS

