

La potestà genitoriale en el Derecho Civil italiano

por

JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ
*Profesora Contratada Doctora
de Derecho Civil
Universidad Católica San Antonio de Murcia*

SUMARIO

1. *LA POTESTÀ GENITORIALE:*
 - 1.1. PRINCIPIOS GENERALES.
 - 1.2. REGULACIÓN.
 - 1.3. COMIENZO DE LA PATRIA POTESTAD.
 - 1.4. CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA PATRIA POTESTAD.
 - 1.5. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y LAS CRISIS MATRIMONIALES.
2. DERECHOS RESPECTO DE LOS PROGENITORES:
 - 2.1. EL DERECHO AL MANTENIMIENTO.
 - 2.2. EL DERECHO A LA INSTRUCCIÓN.
 - 2.3. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.
 - 2.4. EL DERECHO AL RESPETO DE SU PROPIA PERSONALIDAD.
3. DEBERES RESPECTO DE LOS PROGENITORES:
 - 3.1. EL DEBER DE RESPETO.
 - 3.2. LA CONTRIBUCIÓN AL MANTENIMIENTO DE LA FAMILIA.
 - 3.3. EL ABANDONO DE LA CASA FAMILIAR.
4. LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR Y LA ADMINISTRACIÓN DE SUS BIENES: PODERES DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD.
5. EL USUFRUCTO LEGAL.
6. EL CONTROL SOBRE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD:
 - 6.1. LA DECADENZA DE LA PATRIA POTESTAD.
 - 6.2. LIMITACIONES Y CONDICIONES A LA PATRIA POTESTAD.
7. LA EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y SU RECUPERACIÓN.

1. LA POTESTÀ GENITORIALE

1.1. PRINCIPIOS GENERALES

A excepción de un limitado número de actos, el menor de edad está sometido en el Ordenamiento jurídico civil italiano a una situación caracterizada por una absoluta incapacidad de obrar en el ámbito patrimonial, especialmente en todo lo relativo a la celebración de negocios jurídicos, siendo sustituido y representado en tal actividad por sus padres, en cuanto titulares de la patria potestad (art. 316 CC) (1).

La razón en la que se fundamenta esta potestad consiste en un *munus* conferido por el Ordenamiento a favor de los progenitores, que en modo alguno puede considerarse discrecional, sino que debe ser entendido en un sentido o con un carácter instrumental, en cuanto dirigido a potenciar y desarrollar adecuadamente el proceso formativo y educativo del hijo menor (2).

La previsión que el Código Civil italiano establece es que el ejercicio de la patria potestad, atribuida a ambos progenitores, debe desarrollarse de común acuerdo entre ellos (art. 316.2 CC) (3). Esto no quiere decir que cada uno de los actos que realicen en el ejercicio de los poderes conferidos deba ser acometido conjuntamente, sino que, tratándose de una categoría de actos compleja, por confluir en su realización dos voluntades distintas, deben ser acordadas las líneas generales de actuación dentro de las cuales podrán proceder y desenvolverse separadamente.

En caso de desacuerdo sobre el ejercicio de la patria potestad en cuestiones de cierta trascendencia, el legislador italiano ha establecido, como regla general, que dicho desacuerdo sea resuelto por el Juez, pudiendo cada uno de los progenitores dirigirse al mismo sin necesidad de especiales formalidades, para informarle de la actuación que considera más idónea (art. 316.3 CC) (4). Esta regla general cuenta con una única excepción: cuando concurra una si-

(1) «*Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o alla emancipazione*». Vid. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2006.

(2) «*La potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori*». Vid. FERRI, «*La potestà dei genitori*», en *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1988. STANZIONE, «*Potestà dei genitore e diritti fondamentali del minore*», en *RaDC*, 1980.

(3) Dice SESTA, M., *Manuale di Diritto de Famiglia*, 2.^a ed., CEDAM, Padova, 2007, pág. 214, que las principales innovaciones aportadas por el legislador de 1975, que han conferido a la patria potestad una configuración nueva y más dinámica respecto de la anterior, fundada sobre la autoridad paterna, inciden particularmente sobre el ejercicio conjunto de las potestades (art. 316.2 CC), sobre la posibilidad de acudir al Juez (art. 316.3) y sobre su contenido.

(4) «*In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei*». VERONESI, S., *L'intervento del giudice nell'esercizio della potestà dei genitori*, Giuffre, Milano, 2008.

tución de riesgo o peligro que implique un perjuicio grave para el menor, la facultad de adoptar las medidas urgentes que no admitan ser diferidas es atribuida por ley al padre (art. 316.4 CC) (5).

En estos casos de desacuerdo, el Juez, oídos los progenitores y el hijo, siempre que sea mayor de catorce años, les sugerirá la determinación que considere más útil y beneficiosa para los intereses del menor. Si la situación de desacuerdo persistiese, el Juez atribuirá la potestad de decidir a aquel de los progenitores que, en el caso concreto, se presente como más adecuado para la tutela y cuidado de los intereses del hijo. La competencia funcional para conocer de estas situaciones corresponde al Tribunal de Menores (6), en concreto, a aquél en cuyo territorio tenga su residencia habitual el menor en el momento en que se plantea la cuestión (7). La jurisprudencia ha declarado que estas reglas presuponen la convivencia de los progenitores entre los que se plantea el conflicto, no pudiéndose invocar la norma contenida en el artículo 316 del Código Civil cuando esté pendiente entre los cónyuges un juicio de separación o exista una situación de separación de hecho. En este caso, la intervención del Juez se desarrollará según los términos del artículo 333 del Código Civil (8).

1.2. REGULACIÓN

Las normas contenidas en el Título IX no agotan la disciplina jurídica de las relaciones paterno-familiares, sino que se insertan en un amplio tejido normativo, en cuya base se encuentran los principios constitucionales (art. 30 de la Constitución).

En línea de principio, las reglas del Código Civil en materia de patria potestad se ocupan de la titularidad y ejercicio de la patria potestad sobre la persona del hijo (arts. 315 a 318 CC) y sobre su esfera patrimonial (arts. 320 a 329 CC), y del control judicial sobre el ejercicio de tales poderes (arts. 330 a 337 CC). Dichas normas se encuentran necesariamente inspiradas por aquéllas, de rango constitucional, que regulan los deberes de los progenitores para

(5) «Se sussiste un incombente pericolo di grave pregiudizio per il figlio, il padre può adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili». En opinión de SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 214, con esta medida se trata de evitar la implicación del menor en las posibles situaciones de crisis de la vida conyugal.

(6) Cass. 18-01-1990, n. 233, en *FI*, I, 455.

(7) Cass. 16-12-1977, n. 5487.

(8) Condotta del genitore pregiudizievole ai figli. «Quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'articolo 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il giudice, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore. Tali provvedimenti sono revocabili in qualsiasi momento». Trib. Min. Milano, 19-04-1977; Cass. 15-03-2001 n. 3765, en *GC* 2001, I, 2658.

cuyo cumplimiento son atribuidos los poderes sometidos a examen. Son, pues, de gran trascendencia el artículo 30 de la Constitución y los artículos 147, 261 y 279 del Código Civil que les imponen las obligaciones de mantener, instruir y educar a la prole; las obligaciones en sí mismas derivadas del hecho de la procreación y las obligaciones derivadas de la comprobación de la relación paterno-filial.

1.3. COMIENZO DE LA PATRIA POTESTAD

El artículo 316.1 del Código Civil establece que el hijo está sujeto a la patria potestad hasta que alcance la mayoría de edad o la emancipación, pero nada dice en cuanto al momento en que dicha patria potestad surge. En principio, puede considerarse que la patria potestad tiene su inicio en el momento del nacimiento del hijo, pero esto no siempre es absolutamente cierto.

Por una parte, no podemos olvidar que la patria potestad presupone la adquisición del estado civil de hijo, legítimo o natural reconocido, así que, antes de este momento, los padres no son titulares de tal potestad.

Por el contrario, también es cierto que la existencia de algunas normas que prevén la atribución a los padres del poder de representación del *nasciturus* (art. 320 CC), o del poder para aceptar la herencia o la donación deferidas a su favor [arts. 462 (9), 784 (10) CC], así como para administrar la herencia deferida a los *nascituri concepiti* [art. 643.2 (11) CC], ha inducido a otra parte de la doctrina a considerar que el inicio de la patria potestad tiene lugar en un momento anterior al nacimiento.

1.4. CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA PATRIA POTESTAD

El Código Civil italiano no define la patria potestad, sino que se limita a establecer que el hijo debe respetar a sus padres (art. 315 CC), estando sujeto a su autoridad hasta que alcance la mayor edad o la emancipación (art. 316 CC). El legislador, por tanto, no indica de manera orgánica el contenido de la patria potestad, así que corresponde al intérprete reconstruir sus caracteres y definir sus límites.

En orden a configurar una definición de la institución que nos ocupa, parece útil tomar en consideración su función instrumental, toda vez que

(9) «Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione».

(10) «L'accettazione della donazione a favore di nascituri, benché non concepiti, è regolata dalle disposizioni degli articoli 320 e 321».

(11) «Se è chiamato un concepito, l'amministrazione spetta al padre e, in mancanza di questo, alla madre».

la patria potestad se dirige al cumplimiento y actuación de los deberes atribuidos a los padres; desde esta perspectiva, la patria potestad no es sino la responsabilidad de los padres, que a tal fin tienen el derecho-deber de tener al hijo consigo, de cumplir las funciones que le atribuye el artículo 147 del Código Civil, protegiendo al hijo, apoyándolo en su proceso formativo y tutelando su seguridad, su salud y su moralidad, promoviendo en él su bienestar psicofísico y una progresiva adquisición de autonomía.

Hoy en día puede decirse que la patria potestad es el conjunto de poderes y deberes que ostentan los padres con el fin de potenciar el crecimiento espiritual y físico del hijo, ejercitándolos con pleno respeto a su capacidad, inclinaciones naturales y aspiraciones (art. 147 CC) (12). Con esta referencia a la capacidad, inclinaciones y aspiraciones del menor, es decir, a su específica e irrepetible personalidad y subjetividad, y con la supresión de toda referencia a parámetros objetivos extrínsecos o políticos, el legislador atribuye a los progenitores la función de guiar a su hijo para que sea él mismo quién vaya conformando su estructura personal.

Pese a que la reforma del Derecho de Familia había presentado al interés del menor como principio nuclear de toda la disciplina normativa de la patria potestad, la práctica cotidiana ponía de relieve que el menor seguía siendo considerado no como sujeto de derecho sino como destinatario incidental de las decisiones de otros. Esta situación de pasividad del menor era consecuencia de una normativa que, en todo caso, le consideraba privado de autonomía e inhábil para tomar cualquier decisión antes de alcanzar la mayoría de edad. De esta manera se hacía prevalecer la coartada de defender al menor del mundo exterior sobre la exigencia de una mayor responsabilidad y autonomía. Esta perspectiva, preocupada más por proteger al sujeto débil que por promocionar su libertad, terminaría por provocar una mutación en el enfoque de la disciplina reguladora de la patria potestad, interpretada, en última instancia, como una responsabilidad de los padres, a ejercer en un plano de paridad y de respeto a la personalidad del menor (13).

Ahora bien, a semejante resultado no podía llegarse con el único apoyo de los instrumentos normativos, sino que resultaba imprescindible la praxis administrativa y judicial, más atenta, en el caso concreto, al interés superior del menor, dispuesta a escucharle (14) y abierta a una mayor colaboración de

(12) En este sentido, dice SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 212, esta disposición constituye uno de los momentos de mayor innovación de la reforma de 1975 en relación con la normativa precedente, redactada en 1942, que establecía que la educación e instrucción debían ser conformes con los principios de la moral y con el sentimiento nacional fascista.

(13) DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, Giuffrè, Milán, 2007.

(14) En la misma dirección se mueve un reciente proyecto de ley, que propone incorporar al texto del artículo 315 del Código Civil la previsión de que el hijo tenga

los expertos en disciplinas psicopedagógicas, en particular de los agentes de los servicios sociales.

1.5. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y LAS CRISIS MATRIMONIALES

En el caso de separación personal de los cónyuges, debe examinarse la reforma jurídica introducida por la Ley 54/2006 (15) que, al modificar el artículo 155 del Código Civil, introduce en el párrafo 3.^º el principio de que la patria potestad sigue atribuida a ambos progenitores, como consecuencia lógica de la norma que establece la custodia de los hijos menores también para ambos progenitores (lo que se denomina *affidamento condiviso*). Esta disposición sigue siendo aplicable cuando, en la regulación de la separación, el Juez deba optar por atribuir la custodia de los hijos sólo a uno de los cónyuges. El pleno ejercicio de la patria potestad por parte de cada uno de los cónyuges separados constituye la verdadera novedad de la reforma, uno de los pilares del nuevo sistema, al menos en la intención del legislador, frente a la precedente formulación del Código Civil en la que el ejercicio de la patria potestad era fraccionado entre el progenitor custodio (*genitore affidatario*) y el no custodio, al que se dejaban residualmente poderes de vigilancia y control.

La nueva norma quiere, pues, mantener la correlación entre la titularidad de la patria potestad y su ejercicio, incluso con posterioridad a la separación conyugal, permitiendo a cada uno de los progenitores conservar la posibilidad de decidir y actuar en todo aquello que considere oportuno para su hijo, con tal que respete la esfera del otro. Es, pues, esencial precisar que se trata de un ejercicio *condiviso*, es decir, un ejercicio autónomo de la responsabilidad derivada de la patria potestad pero compartiendo los padres la filosofía y los principios educativos del menor.

Esto no obstante, la reforma prevé también la posibilidad de que en cuestiones distintas de aquellas que suscitan mayor interés, el ejercicio de la patria potestad pueda ser atribuido de modo distinto a los dos progenitores, siempre que el Juez perciba que concurre un desacuerdo entre los mismos o cuando así lo aconsejen las particulares circunstancias de la situación objeto de valoración. En estos casos puede admitirse que la patria potestad, referida exclusivamente a la actuación ordinaria, sea ejercida separadamente. Esto mismo ocurrirá en los casos de comportamiento de un progenitor contrario a los intereses del menor, de progenitores que residan en lugares diferentes o en

derecho, siempre que posea suficiente capacidad de discernimiento, a ser escuchado en todas las cuestiones y procedimientos que le incumban.

(15) De esta cuestión nos ocuparemos más detenidamente en el capítulo siguiente, por lo que simplemente se esbozan aquí las innovaciones esenciales introducidas por la Ley 8 de febrero de 2006, n. 54.

aquellos supuestos en que se viva una situación de alta conflictividad, en los que la praxis impondrá la custodia exclusiva.

En última instancia, en el ejercicio de la patria potestad se atribuyen a los padres poderes en atención a los intereses personales del menor, pero sobre todo en atención a sus intereses patrimoniales (16).

2. DERECHOS RESPECTO DE LOS PROGENITORES

El menor tiene derecho, respecto de sus padres, a obtener una adecuada aportación en su itinerario formativo y en su desarrollo como persona, aportación que contribuya eficazmente a la construcción de una completa personalidad individual y social.

El Ordenamiento italiano hace expresamente referencia a una triple clasificación de derechos, al mantenimiento, a la instrucción y a la educación, pero parece evidente que estos derechos tan solemnemente proclamados no son sino articulaciones o manifestaciones de un único y global derecho del menor a obtener, en todo su desarrollo formativo, el apoyo, la guía y la protección para estructurarse adecuadamente como persona. La responsabilidad de los padres se asume, pues, a través de diversas funciones de promoción positiva del desarrollo psicofísico de menor, de tutela y de protección del mismo.

2.1. EL DERECHO AL MANTENIMIENTO

Siguiendo la dicción del artículo 30 de la Constitución italiana, el mantenimiento es la primera de las obligaciones de los padres. El progenitor tiene, ante todo, el deber de mantener al hijo y de proveer a las exigencias de su vida, atendiendo no sólo sus necesidades primarias (alojamiento y comida, vestido, atención médica) sino también todas aquellas que se dirijan a procurarle un adecuado desarrollo de su persona (libros, juegos, vida social).

El mantenimiento de los hijos recae sobre cada uno de los progenitores, llamados a contribuir, en proporción a su capacidad de trabajo, profesional o doméstico, a la satisfacción directa de las necesidades del hijo, propiciando un ambiente idóneo para su crecimiento (17). El cónyuge que haya cumplido

(16) Respecto de los intereses personales ha precisado la jurisprudencia que los padres tienen, en relación con los derechos de su hijo, una potestad y un deber (*potere-dovere*) de cuidado y vigilancia. Ellos representan al menor, ejercitando las acciones y los derechos de los que es titular, también frente a terceros, siempre con una función de protección del hijo, llevando la representación incluso a la tutela de los derechos personales (Cons. St. 02-05-1953, en *FI*, 1953, III, 1987; Cass. 14-03-2006, n. 5445).

(17) SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 216, expone que esta obligación se diferencia de la de alimentos en varios aspectos: *a)* la prestación debida a título de mantenimiento tiene un

íntegramente con su obligación de mantenimiento, podrá hacerse cargo de la cuota correspondiente al otro, sin perjuicio de su legitimación para reclamarle judicialmente el reintegro de dicha cuota, incluida la correspondiente al periodo anterior a la interposición de la demanda (18). En caso de incumplimiento, podrán resultar de aplicación las limitaciones de la patria potestad contempladas en los artículos 330 a 333 del Código Civil; incluso podrá procederse a la declaración de estado de adoptabilidad si concurriesen las condiciones de abandono del menor.

Es opinión generalizada que el deber de mantenimiento recae sobre los progenitores independientemente de la atribución formal de la patria potestad e incluso, a la vista del artículo 279 del Código Civil, de la comprobación del *status* de filiación. Esta consideración aparece confirmada por lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil, que impone a los ascendientes, legítimos o naturales, la obligación de proporcionar a los progenitores indigentes los medios necesarios para el cumplimiento de sus deberes respecto de sus hijos. Debe hacerse notar que los ascendientes, aun siendo obligados, no tienen la patria potestad; la prestación de los ascendientes está dirigida a los padres y no directamente a los hijos. Se percibe aquí una diferencia sustancial con relación a la normativa anteriormente vigente. Así, mientras en la regulación primitiva la insuficiencia de medios de los padres determinaba una especie de transferencia de los deberes de mantenimiento de estos últimos a los ascendientes, que asumían así una obligación directa respecto de sus descendientes menores, en la actualidad los ascendientes están obligados a proporcionar los medios para el sostenimiento a los padres. De este modo, el legislador ha pretendido evitar toda intromisión de los ascendientes en el ejercicio de la patria potestad, tutelando, de una parte, a los padres, a quienes corresponde en exclusiva determinar cómo va a ser empleada la contribución de los abuelos y, de otra parte, a los menores, a los que se garantiza el mantenimiento de los vínculos familiares en todos sus aspectos, incluso en las situaciones de dificultad económica.

Por último, conviene matizar que la obligación de mantenimiento de los hijos no cesa cuando éstos hayan alcanzado la mayoría de edad, sino que se

contenido más extenso, no limitándose a satisfacer las necesidades elementales de la vida sino comprendiendo también cualquier otro gasto necesario para enriquecer la personalidad del beneficiario; b) el mantenimiento no está subordinado al estado de necesidad del beneficiario y emana automáticamente de la condición de miembro de la familia, prescindiendo de cualquier otra consideración; c) el obligado para ser exonerado debe demostrar, además de la falta de medios, la imposibilidad de procurárselos por circunstancias ajenas a su voluntad.

(18) Además apunta SESTA, *op. cit.*, 2007, págs. 218-219, que la violación de los deberes que cada uno de los progenitores tiene respecto de los hijos puede hacer surgir una responsabilidad extracontractual y la consiguiente obligación de resarcirle el daño ocasionado.

mantendrá hasta que el hijo se encuentre capacitado por sí mismo para satisfacer sus propias exigencias de modo adecuado (19). Hoy, el artículo 155 *quinquies* del Código Civil establece explícitamente la subsistencia de la obligación de mantenimiento de los hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica. Aunque la norma se circunscriba a la situación de separación de los cónyuges, no cabe duda de que el principio afirmado en ella tiene validez en otros supuestos. De la combinación de los artículos 30 de la Constitución, 147 y 155 *quinquies* del Código Civil, puede desprenderse la regla de que los padres están obligados al mantenimiento de los hijos no sólo hasta que alcancen la mayoría de edad, sino hasta que logren su independencia económica, hecha siempre la salvedad de aquellos casos en los que el hijo, pese a haber concluido su periodo de formación, no emprenda voluntariamente una actividad laboral coherente con el mismo.

2.2. EL DERECHO A LA INSTRUCCIÓN

Sobre el progenitor pesa también la obligación de instruir al hijo y de proporcionarle los medios necesarios para que pueda desarrollar regularmente sus actividades escolares o profesionales, no obstaculizando injusta o arbitrariamente las tendencias del hijo hacia un determinado tipo de instrucción más coherente con sus aspiraciones profesionales o vocacionales (20).

En este sentido, la Constitución reconoce y tutela un derecho a la instrucción, no tanto en el ámbito de las relaciones paterno-familiares (art. 30.1 de la Constitución) como en otro más amplio referido a la relación entre los menores e instituciones externas a la familia (art. 34 de la Constitución). Se trata, en definitiva, de una misma función, sólo que atribuida a distintos sujetos y realizada a través de distintos instrumentos (21).

Por lo que se refiere al ámbito interno de la familia, los hijos deben ser instruidos en las formas y con los límites connaturales a las posibilidades de sus padres y, al mismo tiempo, se les debe permitir que ejercent su derecho a la instrucción en una sede distinta de la familia.

Al Estado le corresponde el deber de ofrecer las estructuras necesarias para que los padres puedan cumplir la función que se les ha encomendado.

(19) BESSONE, «Diritto al mantenimiento del figlio maggiorenne e direttive dell'art. 30 comma 1, Cost.», en *Giur. It.*, 1975, I, 2, pág. 621. DOGLIOTTI, «Diritti del figlio maggiorenne al mantenimento e obblighi del genitore in applicazione dei principi costituzionali», en *Giur. Merito*, 1976, I, pág. 200.

(20) NUTINI, M. y PALLANTE, R., *La riforma Moratti e le autonomie scolastiche e locali: aggiornato al d.lgs. 19 novembre 2004, n. 286, sul servizio nazionale di valutazione del sistema d'istruzione e al d.lgs. 19 febbraio 2004, n. 59, sulle norme generali per la scuola dell'infanzia e del primo ciclo*, 3.^a ed., 2005.

(21) CARINGELLA, F., *Il riparto di giurisdizione*, 2.^a ed., Giuffrè, Milano, 2008.

Incumbe igualmente al progenitor la obligación de controlar que el hijo concluya, como mínimo, el periodo de escolarización básica, siendo penalmente sancionado el incumplimiento de este deber (art. 731 CP). Este precepto, concretamente, viene a exigir responsabilidad por la instrucción del menor hasta los catorce años, a todo aquél que ostente autoridad sobre él o que se encargue de su vigilancia.

En este sentido, es importante dejar constancia de que el derecho del menor a la instrucción no puede, en la mayoría de los casos, considerarse culminado con la fase de escolarización básica obligatoria. En caso de conflicto entre la exigencia del progenitor de obtener una contribución económica del hijo que se encuentre en edad laboral y la exigencia del menor de formar adecuadamente una personalidad que le permita desarrollar en la vida social una actividad para la que él esté más capacitado, es esta segunda exigencia la que debe recibir un tratamiento privilegiado (22).

2.3. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Incumbe también al progenitor el deber de educar a su hijo, poniéndose junto a él en el difícil camino de adquirir una completa identidad y de construir una adecuada personalidad social. Ahora bien, el análisis de este deber resulta sumamente complejo, pues el contenido de la educación se encuentra estrechamente vinculado a la evolución de los estudios sociales y pedagógicos y de la sociedad en general.

El Ordenamiento ha considerado oportuno renunciar a toda definición de un modelo educativo general, que los padres deban seguir o al que deban ajustarse en la educación de sus hijos, pues esta postura supondría el reconocimiento de una incapacidad formativa por parte de aquéllos.

Es evidente, pues, el cambio de óptica bajo la cual se mira hoy la función educativa. El legislador no considera oportuno definir los cánones precisos que, una vez seguidos, permitirían considerar automáticamente buena una determinada educación; no considera que deba basarse en un criterio puramente formal ajeno a las peculiaridades de las relaciones entre dos personas; no se limita a intervenir en el solo caso en que se constate un resultado negativo, a la vista de la conducta del menor, de la función educativa (23).

(22) En relación con este punto, precisa SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 219, que corresponde a los órganos educativos y a los entes locales la función de ofrecer la estructura adecuada para garantizar una asistencia regular a la escuela.

(23) BUSNELLI, «Due diverse concezioni del rapporto educativo», en *Dir. Fam.*, 1982, pág. 71. GIARDINA, «I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia», en *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1977, pág. 1352. ZATTI, «Rapporto educativo e intervento del giudice», en DE CRISTOFARO e BELVEDERE, *L'autonomia del minore tra fa-*

El artículo 147 del Código Civil se centra particularmente en el sujeto respecto del cual debe ser realizada la función educativa, obligando a los progenitores a tener en cuenta su capacidad, sus inclinaciones y sus aspiraciones personales. Centrada la atención en la personalidad del menor y en las ayudas que deben prestársele para desarrollar en él todas las potencialidades positivas, la función educativa confiada a los padres asume connotaciones particularmente significativas y deviene, por ello, más participativa, más comprometedora. La intervención correctora de los poderes públicos se limita sólo al caso en que los derechos fundamentales del desarrollo humano puedan ser comprometidos debido a un insuficiente o defectuoso desempeño de la función educativa (24).

Lógicamente, la acción de los padres en el proceso educativo será distinta según la edad del menor y su respectiva madurez. A medida que el hijo crece, los progenitores deben saber encontrar el modo en que el menor tenga la posibilidad de experimentar, en el marco de la seguridad que le brinda el afecto de sus padres, su propia autonomía. Es esencial que los padres reconozcan que el hijo pertenece a un contexto temporal diferente al suyo, que está dentro de su vida pero, simultáneamente, inicia una vida autónoma; en consecuencia, no es posible pretender en los hijos una continuidad repetitiva de las experiencias de los padres: deben saber aceptar las novedades de las que cada generación es custodia (25).

La jurisprudencia, por su parte, viene reconociendo desde hace tiempo el deber de los padres de respetar las decisiones de sus hijos, sobre todo, en lo relativo a sus estudios, formación profesional, funciones políticas o sociales y creencias religiosas (26). En relación con el empleo de medios de correcc-

miglia e società, Milano, 1980, pág. 215. ROPPO, «Ruolo del giudice nei rapporti familiari e interesse minorile», en *Dir. Fam.*, 1982, pág. 284.

(24) SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 221, entiende que la libertad educativa encuentra su primer límite en los principios fundamentales del Ordenamiento, derivados tanto de las disposiciones constitucionales como de la legislación penal, que ponen de manifiesto un mínimo ético en orden a la convivencia social. Sería contradictorio, dice el autor, considerar que la acción pedagógica pueda lícitamente desarrollarse en contra de los valores en los que se fundamenta el Ordenamiento que rige la sociedad de la que el menor forma parte.

(25) Los deberes inherentes a la patria potestad —ha afirmado el Trib. Min. Génova, 5 de diciembre de 1978, en *Giur. Merito*, 1980, pág. 305— se concretan esencialmente en la promoción de la personalidad del hijo, con la satisfacción de sus exigencias materiales, morales y afectivas.

(26) Ya en 1959, el Tribunal de Menores de Génova reconoció que un joven de diecisiete años estaba preparado para decidir autónomamente sus creencias religiosas, sin que los padres pudieran emplear medios coercitivos para cambiar la voluntad del hijo. En algunas decisiones del Tribunal de Menores de Bolonia, la atención se dirigió a los intereses del menor en sus relaciones con sus padres afirmando que, a la luz de los principios constitucionales, la patria potestad no comprendía el derecho a contradecir, incluso mediante restricciones personales, las decisiones ideológicas y culturales del hijo menor, sino

ción en el ejercicio de la función educativa, la Corte casacional ha establecido que las normas del Código Penal que regulan los abusos de los medios de corrección (arts. 571 y 572 CP) deben ser interpretadas a la luz de la Constitución y del artículo 147 del Código Civil, teniendo también en cuenta lo establecido por la Convención de los Derechos de Niño de 1989, ratificada por Italia por Ley n. 176/1991, y por la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos del niño, ratificada por Ley n. 77/2003 (27).

2.4. EL DERECHO AL RESPETO DE SU PROPIA PERSONALIDAD

En el marco del respeto a la personalidad del menor debe subrayarse cómo el Ordenamiento jurídico impone a los padres el deber de cumplir todas las obligaciones que le son impuestas para el desarrollo personal y humano de su hijo, teniendo en cuenta y respetando siempre «la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones del hijo» (art. 147 CC).

Los deberes previstos por el artículo 147 no pueden ser reducidos por los padres a meras obligaciones pecuniarias sino que implican una tarea continua da para lograr el adecuado desarrollo de la persona del menor, haciéndolo capaz, a través del proceso educativo, de asumir con plena madurez sus propias responsabilidades en el marco social. No es una competencia formal la que se atribuye a los padres; no es una función que se pueda cumplir limitándose a firmar un cheque o a delegar en otros la propia e irrenunciable responsabilidad. Es una función que implica una labor moral de la persona, que solamente se traduce y reduce a obligaciones económicas cuando sea absolutamente imposible el desempeño personal de la compleja tarea de ser padres.

3. DEBERES RESPECTO DE LOS PROGENITORES

3.1. EL DEBER DE RESPETO

Los deberes de solidaridad intergeneracional no solamente recaen sobre los padres respecto de sus hijos, sino también sobre estos últimos en relación con los primeros. Sin embargo, hay que poner de manifiesto que, mientras el bino-

que debía ser ejercitada con pleno respeto a las libertades fundamentales y a los derechos inviolables de la persona.

(27) En modo alguno puede considerarse lícito el uso de la violencia con fines educativos, ya sea, como señala SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 223, por la prioridad que el Ordenamiento atribuye a la dignidad de la persona, aunque sea menor, ya sea porque no puede pretenderse, como meta educativa, un armónico desarrollo de la personalidad, sensible a los valores de paz, tolerancia y convivencia, utilizando medios violentos, contradictorios con tales fines.

mio «derechos-deberes» está sólidamente afincado en lo que se refiere a los padres, incluso a nivel constitucional (art. 30 de la Constitución), no puede decirse lo mismo respecto de los hijos, en los cuales resulta muy acentuado el aspecto de sus derechos y un poco abandonado el relativo a sus deberes (28).

Existe una norma, el artículo 315 del Código Civil (29), que contempla los deberes de los hijos, pero de manera claramente insatisfactoria. Primero de todo, porque aparece absurdamente inserta en el Título del Código Civil relativo a la patria potestad, lo que implica que tales deberes son considerados como funciones relativas al ejercicio de la patria potestad y no como aspectos de la solidaridad vertical en el seno de las relaciones de filiación (30). Después, porque entre los deberes de naturaleza no patrimonial solamente está previsto el deber de respeto a los progenitores, basado más en una actitud pasiva que activa. Desde el punto de vista de las relaciones personales, esta norma presenta una importante innovación con respecto al texto precedente al sustituirse la expresión *honrar y respetar* por el simple deber de respetar, lo que refleja que la posición de los hijos respecto de sus padres no debe concebirse ya en términos de sujeción y obediencia, sino de simple respeto hacia aquéllos que ostentan la patria potestad (31).

3.2. LA CONTRIBUCIÓN AL MANTENIMIENTO DE LA FAMILIA

Desde el punto de vista patrimonial, el deber de mayor entidad reconocido a cargo del hijo es el de «*contribuir en proporción a su patrimonio y a su renta al mantenimiento de la familia mientras convive con ella*». Viene así reconocida, junto a la obligación tradicional, fundada en las relaciones de filiación, de prestar alimentos al ascendiente, la obligación de contribuir al mantenimiento de la familia, participando en los gastos necesarios, satisfaciendo así no sólo las necesidades individuales sino las del grupo familiar considerado en su conjunto. Esta innovación debe considerarse como el corolario de la transformación experimentada por la concepción de la familia y, en particular, de la posición del hijo en el seno de la misma (32).

Constituyendo la normativa vigente un considerable paso adelante, debe ponerse de manifiesto que la condición exigida de convivencia atenúa el valor

(28) AIMERITO, F., *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno: la centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità*, Torino, 2008.

(29) «*Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa*».

(30) MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2002, pág. 178.

(31) RUSCELLO, F., *La potestà dei genitori: rapporti personali*, 2.^a ed., Giuffre, Milano, 2006.

(32) RUSCELLO, F., *La potestà dei genitori: rapporti patrimoniali*, Giuffre, Milano, 2007.

solidario que debería derivarse de la relación de filiación. No se comprenden las razones de un diferente concepto de la solidaridad en el ámbito de las relaciones conyugales y en el ámbito de las relaciones paterno-familiares: en el primer caso el deber de contribución permanece, aunque no haya convivencia, mientras en el segundo tal deber se desvanece cuando el hijo abandona la casa familiar.

Queda a cargo del hijo solamente una obligación de alimentos, pero exclusivamente si el progenitor carece de los medios necesarios para su sustento. No obstante, mientras la obligación de contribuir al mantenimiento de la familia tiende a eliminar todas las diferencias entre el nivel de vida del sujeto obligado y del sujeto beneficiario, la obligación de alimentos tiene la finalidad de cubrir las exigencias más esenciales del sujeto necesitado.

3.3. EL ABANDONO DE LA CASA FAMILIAR

En última instancia, el hijo menor tiene también el deber de permanecer en la casa familiar o con el progenitor custodio: el Ordenamiento prevé que, en el caso de que se aleje sin permiso, pueda ser reclamado por los progenitores recurriendo éstos, si fuera necesario, a la autoridad judicial (art. 318 CC) (33). El progenitor podrá, además, obligar al hijo a volver a la vivienda familiar empleando la fuerza física; consiguientemente, las conductas constitutivas de los delitos a los que se refieren los artículos 605 CP (secuestro) y 610 (violencia privada), en línea de principio, podrán estar justificadas cuando se realicen en ejercicio de este derecho de los padres. Sólo se recabará la intervención judicial cuando los progenitores no consigan por sí solos que el hijo vuelva a la casa familiar.

4. LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR Y LA ADMINISTRACIÓN DE SUS BIENES: PODERES DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD

Particular interés ha demostrado el legislador italiano en la regulación de todos aquellos aspectos relativos a la administración del patrimonio del menor y a la representación del mismo en el ámbito de sus derechos patrimonia-

(33) «*Il figlio non può abbandonare la casa dei genitori o del genitore che esercita su di lui la potestà né la dimora da essi assegnatagli. Qualora se ne allontani senza permesso, i genitori possono richiamarlo ricorrendo, se necessario, al giudice tutelare*». La jurisprudencia ha estimado que el Juez no puede ser considerado un mero instrumento al servicio de la potestad de los padres (Trib. Min. Bologna, 23-10-1973, en *Dir. fam.*, 1974, pág. 1063) y que el recurso de los padres al Juez deberá ser rechazado si la decisión del menor de alojarse con otras personas obedece a razones relacionadas con el desarrollo de su personalidad (Pret. Génova, 22 de abril de 1978, en *Dir. Fam.*, 1979, pág. 1236).

les. Los padres son los representantes legales del hijo menor y administran y gestionan su patrimonio, pudiendo éste ser adquirido como consecuencia de una donación o sucesión o por la indemnización de los daños y perjuicios sufridos (34).

En concreto, tratándose de actos de administración ordinaria sobre los bienes del menor, a excepción de los contratos a través de los que se transmitan o se adquieran derechos personales de disfrute, pueden ser realizados por cada uno de los progenitores (art. 320 CC) (35).

Los padres no pueden enajenar, hipotecar o dar en prenda los bienes que el menor hubiese adquirido por cualquier título, incluso *mortis causa*, aceptar o renunciar herencias o legados, aceptar donaciones, disolver comunidades de bienes, celebrar el contrato de mutuo o de arrendamiento por periodo superior a nueve años o realizar cualquier otro acto que exceda de la administración ordinaria, ni promover, transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a tales actos, sino en los casos de necesidad o utilidad evidente para el hijo y con autorización judicial (art. 320.3 CC) (36).

Del mismo modo, sin dicha autorización, no podrán cobrar cantidades (art. 320.4 CC) (37); tampoco podrán continuar el desarrollo de una actividad empresarial sin la autorización del Tribunal, una vez escuchado el parecer del

(34) El ejercicio de la acción directa para obtener el resarcimiento del daño causado al menor, en aras de reintegrar su patrimonio lesionado como consecuencia del acto dañoso, pertenece a los actos de administración ordinaria y, por tanto, puede ser realizado por el progenitor que ejerce la patria potestad sin autorización judicial (Cass. Sez. III, 11-01-1989, n. 56, *GC* 1989, f. 1; Cass. 17-04-1972, n. 1214, en *DF* 1972, 986; Cass. Sez. III, 30-01-1982, n. 599, en *RD* 1982).

(35) «*I genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, rappresentano i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni. Gli atti di ordinaria amministrazione, esclusi i contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento, possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore.*

Pone de relieve la jurisprudencia que pueden ser considerados como actos de administración ordinaria los que presentan estas tres características: *a)* que sean objetivamente útiles para la conservación del valor y de las características objetivas esenciales del patrimonio en cuestión; *b)* tener un valor económico particularmente elevado en relación con el valor total del patrimonio; *c)* comportar un margen de riesgo asumible en relación con las características del patrimonio. En cambio, se considerarán de administración extraordinaria aquellos actos que no presenten estos tres caracteres (Cass. Sez. III, 15-05-2003, n. 7546, en *GC* 2003, F.5).

(36) «*I genitori non possono alienare, ipotecare o dare in pegno i beni pervenuti al figlio a qualsiasi titolo, anche a causa di morte, accettare o rinunziare ad eredità o legati, accettare donazioni, procedere allo scioglimento di comunioni, contrarre mutui o locazioni ultranovennali o compiere altri atti eccedenti la ordinaria amministrazione né promuovere, transigere o compromettere in arbitri giudizi relativi a tali atti, se non per necessità o utilità evidente del figlio dopo autorizzazione del giudice tutelare.*» Vid. MORO, *op. cit.*, Bologna, 2002.

(37) «*I capitali non possono essere riscossi senza autorizzazione del giudice tutelare, il quale ne determina l'impiego.*»

Juez (art. 320.5 CC) (38), si bien éste podrá autorizar el ejercicio provisional de la actividad empresarial aunque el Tribunal no se haya pronunciado.

Por lo que se refiere a la transacción, como regla general, la facultad de transigir, cuando se refiere a actos de mera conservación y mejora del patrimonio, puede ejercitarse sin autorización judicial; sin embargo, en el caso de que la transacción tenga por objeto una controversia relativa a la indemnización de daños en interés del hijo menor, constituye un acto de extraordinaria administración cuando tenga por objeto un daño que, por su propia naturaleza, pueda incidir profundamente en la vida del menor lesionado. En este caso es necesaria, para la validez de la transacción, la autorización del Juez (art. 320 CC).

En todo caso, la jurisprudencia ha considerado que el ejercicio de una acción judicial en representación del menor de edad por parte del progenitor titular de la patria potestad no constituye un acto que exceda de la administración ordinaria cuando su finalidad sea la conservación del patrimonio del menor (39). También el ejercicio de la acción para la constitución de una servidumbre de paso a favor del predio sin salida a la vía pública debe entenderse como un acto de administración ordinaria, en cuanto redundante en la conservación o mejora de los bienes; en el caso de que éstos pertenezcan a un menor, podrá ser promovida sin necesidad de la preceptiva autorización.

El Código Civil prevé, finalmente, que los padres no podrán, ni siquiera en pública subasta, ser adquirentes, directamente o por medio de otras personas, de bienes o derechos del menor. En caso de contravención de este deber, la acción de anulabilidad de tales actos corresponderá al hijo y a sus herederos. Tampoco podrán los progenitores convertirse en cesionarios de un crédito en contra del menor. El Código Civil, a través de una norma que viene a subrayar el principio de solidaridad intrafamiliar, contempla que los padres que ejerzan la patria potestad sobre sus hijos menores pueden percibir el usufructo de los bienes de sus hijos, pudiendo destinar los frutos al mantenimiento de la familia así como a la instrucción y educación de sus hijos (art. 324 CC) (40). No obstante, el Ordenamiento (art. 326 CC) impone una prohibición general de enajenar dicho usufructo y prescribe que, en caso de nuevo matrimonio del progenitor, éste pueda conservar el usufructo, poniendo a disposición del hijo todo cuanto excede de los gastos de mantenimiento, educación e instrucción (art. 328 CC).

(38) «*L'esercizio di una impresa commerciale non può essere continuato se non con l'autorizzazione del tribunale su parere del giudice tutelare. Questi può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa, fino a quando il tribunale abbia deliberato sulla istanza».*

(39) Cass. 06-08-1999, en GC 1999, I, 838; Cass. 12-04-1988, n. 2869.

(40) De este precepto nos ocuparemos, con más detenimiento, en un epígrafe posterior, dedicado al usufructo legal.

En el caso de conflicto de intereses patrimoniales entre los hijos sujetos a la patria potestad o entre éstos y los progenitores o el progenitor que ejerza la misma, se prevé (art. 320.6 CC) que el Juez nombre a los hijos un curador especial dotado de los mismos poderes y funciones que los padres, aunque con una intervención limitada al acto o actos a realizar (41).

En todo caso, debe también especificarse que el conflicto de intereses puede ser indirecto si los padres están ligados por vínculos afectivos o negociales con otra persona que, a su vez, se encuentre en conflicto de intereses con los hijos, siempre que estos vínculos sean de tal naturaleza que permitan considerar que los padres comparten plenamente sus intereses con esta tercera persona (42).

La ley establece, finalmente, que en aquellos casos en los que los padres no quieran o no puedan realizar, en beneficio del interés del hijo menor, uno o más actos de los que excedan de la administración ordinaria, el Juez, a petición del hijo, del Ministerio Fiscal o de un pariente titular de algún interés, oídos a los padres, podrá nombrar al menor un curador especial autorizado para la realización de tales actos, tutelando al hijo en los supuestos de rechazo inmotivado (art. 321 CC) (43).

5. EL USUFRUCTO LEGAL

El artículo 324 del Código Civil dispone que los progenitores que ejerzan la patria potestad tienen el usufructo de los bienes de su hijo.

Se considera que la previsión del usufructo legal de los progenitores está inspirada en el principio de solidaridad familiar; desde este punto de vista, la función del usufructo legal consiste en una contribución del hijo al mantenimiento de la familia. Esta interpretación resulta posteriormente confirmada por el deber general de contribución del hijo, previsto por el artículo 315 del Código Civil, respecto al cual el usufructo legal viene a configurarse como una manifestación concreta.

El artículo 324.3 del Código Civil indica algunas categorías de bienes sustraídos al usufructo legal. La primera de ellas está constituida por aquellos bienes que el hijo ha adquirido con las ganancias de su propio trabajo

(41) «*Se sorge conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa potestà, o tra essi e i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, il giudice tutelare nomina ai figli un curatore speciale. Se il conflitto sorge tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la potestà, la rappresentanza dei figli spetta esclusivamente all'altro genitore».* Cass. 16-09-2002, n. 13507, en *ND* 2004; Cass. Sez. U. 16-10-1985, n. 5073; Cass. 18-02-1985, n. 1357, en *FI* 1985, I, 2579.

(42) GAZZONI, *op. cit.*, Napoli, 2006.

(43) BUCCIANTE, «*La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*», *Tratt. Rescigno*, 4, t. III, Torino, 1982.

(art. 324.3.1 CC); en la segunda se incluyen los bienes dejados o donados al hijo para emprender su carrera o vida profesional (art. 324.3.2 CC). No forman parte tampoco del usufructo legal los bienes donados a los hijos o dejados en herencia, cuando el donante o causante los hubiese excluido expresamente del usufructo legal de los padres (art. 324.3.3 CC). Quedan también excluidos los bienes recibidos en herencia, legado o donación y aceptados en interés del hijo contra la voluntad de los padres que ejerzan la patria potestad (art. 324.3.4 CC). En tal caso, el hijo aceptará por medio de un curador especial, nombrado a través de la modalidad prevista por el artículo 321 del Código Civil, correspondiendo a los padres la administración de tales bienes, pero no su usufructo.

6. EL CONTROL SOBRE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

6.1. LA DECADENZA DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad, en cuanto institución a través de la cual los progenitores cumplen los deberes de mantenimiento, instrucción y educación de los hijos, está lógicamente sujeta a control, a fin de verificar la adecuación de su ejercicio a la finalidad para la que tales poderes han sido atribuidos.

Otras garantías posteriores, igualmente dirigidas a la tutela de los menores, vienen establecidas por las normas (arts. 322 y 323 CC) que establecen cuál es el comportamiento que los progenitores deben observar, comprendiendo no sólo los actos que les están prohibidos realizar sino también su posible remoción en caso de mala administración.

En aquellos casos en los que los padres vulneren o descuiden los deberes vinculados a la patria potestad, o abusen de su potestad, causando un grave perjuicio al hijo, el Juez puede determinar la extinción (*decadenza*) de la patria potestad misma.

La violación, el descuido o el abuso no necesariamente deben obedecer a dolo o culpa por parte de los progenitores; no son éstos los elementos fundamentales a tomar en consideración. Lo que verdaderamente importa es que la violación objetiva de los deberes inherentes a la responsabilidad paternofilial, de la que deriva un grave perjuicio para el menor, justifica la exclusión de la atribución de un poder que conlleva el riesgo de alterar significativamente el proceso formativo del hijo (44).

La jurisprudencia alberga una amplia casuística de comportamientos relevantes en orden a la extinción de la patria potestad, entre otros, la hipótesis en la que la conducta perjudicial del progenitor consiste no sólo en los abusos

(44) MORO, *op. cit.*, 2002.

y malos tratos cometidos directamente sobre la persona del menor, sino también aquéllos cometidos indirectamente, por ejemplo, por afectar a parientes próximos de aquél. También las manifestaciones de agresividad realizadas por un cónyuge en relación con el otro, con perjuicio para la esfera psicológica de los hijos menores, justifican la adopción de medidas extintivas de la patria potestad.

Desde un punto de vista procesal, la jurisprudencia considera que las decisiones modificativas, extintivas o restitutivas de la patria potestad de los progenitores, adoptadas por el Juez sobre la base de los artículos 330, 332, 333 y 336 del Código Civil, constituyen expresiones de la jurisdicción voluntaria, no contenciosa, porque no resuelven conflictos entre derechos situados en un plano de igualdad, sino que están reconocidos para atender a la exigencia prioritaria de la tutela de los intereses de los hijos.

6.2. LIMITACIONES Y CONDICIONES A LA PATRIA POTESTAD

En aquellas situaciones en las que, concurriendo una conducta del progenitor perjudicial para el hijo menor, no sea necesario adoptar medidas radicales, como es el caso de la privación de la patria potestad, el Juez podrá acordar, en orden a la tutela de los menores, alguna limitación a la misma. En estos casos, el artículo 333 del Código Civil, modificado por la Ley 28 de marzo de 2001, n. 149, prevé, como solución, no sólo el alejamiento del menor de la residencia familiar sino también la atribución al Juez de la posibilidad de disponer el alejamiento del progenitor o del conviviente que maltrata o abusa del menor (45). Establecer cuando el comportamiento de los progenitores constituye expresión de su discrecionalidad educativa y cuando, en cambio, vulnera los límites impuestos en interés del menor, es una tarea nada sencilla confiada, principalmente, a la sensibilidad del Juez.

En numerosas ocasiones, el Juez, en casos de negación injustificada por parte de los padres a autorizar tratamientos sanitarios necesarios para salvaguardar la salud del menor, ha recurrido al artículo 333 del Código Civil. Ha sido considerado también como perjudicial para el menor el comportamiento del progenitor que, sin justificación aparente, impide al hijo todo contacto con sus abuelos, reconociéndose a estos últimos la facultad de acudir al Juez,

(45) Las medidas aplicables en virtud del artículo 333 del Código Civil han sido invocadas para alejar al menor de la residencia familiar en orden a proteger sus propias convicciones ideológicas y culturales (Trib. Min. Bologna, 23-10-1973); para consentir al menor cultivar las relaciones con sus abuelos (Cass. 24-02-1981, n. 1115, en GC 1982, I, 742); para consentir una trasfusión de sangre negada por el progenitor por razones religiosas (Pret. Arezzo, 24-04-1963) o para permitir practicar sobre el menor las vacunaciones obligatorias a las que el progenitor era contrario por convicciones religiosas (Cass. 08-07-2005, n. 14384).

en aplicación de los artículos 333 a 336 del Código Civil, para conseguir una decisión que, limitando la potestad del progenitor, les asegure la posibilidad de mantener una relación asidua con el menor.

Las decisiones extintivas o limitativas del ejercicio de la patria potestad o de remoción de la administración son adoptadas a instancia del otro progenitor, de los parientes o del Ministerio Fiscal, y también, en la sola hipótesis de que se trate de revocar decisiones anteriores, del progenitor interesado. Cuando la decisión sea solicitada en contra de uno de los progenitores, éste deberá ser necesariamente oído por el Juez (46).

Respecto a la cuestión relativa a la competencia territorial, se establece que sea solamente la residencia de hecho del menor la que determine el Tribunal competente en materia de privación y limitación de la patria potestad (47).

7. LA EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y SU RECUPERACIÓN

La patria potestad tiene una duración limitada, estando destinada a extinguirse con el cumplimiento de la mayor edad o con la emancipación del hijo (art. 316.1 CC) (48).

Causas de extinción de la patria potestad son, por otra parte, la muerte del hijo menor y la muerte de los padres; en caso de fallecimiento de uno solo de los progenitores, se concentrará la patria potestad en el supérstite (49).

La pérdida de la patria potestad está prevista como pena accesoria en el caso de comisión de delitos (arts. 19.6 y 34 CP). La suspensión de la patria potestad es una pena accesoria del delito de incesto (art. 564 CP). En aplicación de este precepto, la sentencia pronunciada contra el progenitor implica la pérdida de la patria potestad respecto de todos los hijos del condenado, no sólo respecto del menor víctima de los abusos.

En última instancia, el Juez puede reintegrar en la patria potestad al progenitor cuando cesan las razones por las que se le privó de aquélla, y una vez excluidos todos los perjuicios para el hijo menor (art. 332 CC). La recuperación implica la nueva adquisición de todos los poderes inherentes a la patria potestad, incluido el usufructo legal.

(46) Corte Cost. 22-11-2000, n. 528; Corte Cost. 20-01-2002, n. 1.

(47) Cass. 11-02-2005, n. 2877, en *DG* 2005; Cass. 23-01-2003, n. 1058, en *GC* 2003, 163.

(48) BONILINI, G., *Manuale di Diritto di Famiglia*, UTET, Torino, 2005, pág. 286.

(49) CERATO, M., *La potestà dei genitori: i modi di esercizio, la decadenza e l'affievolimento*, Giuffrè, Milano, 2000.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. DOCTRINA ITALIANA

- AIMERITO, F.: *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno: la centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità*, Torino, 2008.
- BESSONE: «Diritto al mantenimiento del figlio maggiorenne e direttive dell'art. 30 comma 1, Cost.», *Giur. It.*, 1975, I, 2.
- BONILINI, G.: *Manuale di Diritto di Famiglia*, UTET, Torino, 2005.
- BUCCIANTE: «La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione», *Tratt. Rescigno*, 4, t. III, Torino, 1982.
- BUSNELLI: «Due diverse concezioni del rapporto educativo», *Dir. Fam.* 1982.
- CARINGELLA, F.: *Il riparto di giurisdizione*, 2.^a ed., Giuffrè, Milano, 2008.
- CERATO, M.: *La potestà dei genitori: i modi di esercizio, la decadenza e l'affievolimento*, Giuffrè, Milano, 2000.
- DOGLIOTTI: «Diritto del figlio maggiorenne al mantenimiento e obblighi del genitore in applicazione dei principi costituzionali», *Giur. Merito*, 1976; «La potestà dei genitori e l'autonomia del minore», Giuffre, Milano, 2007.
- FERRI: «La potestà dei genitori», *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1988.
- GAZZONI: *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2006.
- GIARDINA: «I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia», *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1977.
- MORO: *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2002.
- NUTINI, M. y PALLANTE, R.: *La riforma Moratti e le autonomie scolastiche e locali: aggiornato al d.lgs. 19 novembre 2004, n. 286, sul servizio nazionale di valutazione del sistema d'istruzione e al d.lgs. 19 febbraio 2004, n. 59, sulle norme generali per la scuola dell'infanzia e del primo ciclo*, 3. ed., 2005.
- ROPO: «Ruolo del giudice nei rapporti familiari e interesse minorile», *Dir. Fam.*, 1982.
- RUSCELLO, F.: *La potestà dei genitori: rapporti personali*, 2.^a ed., Giuffre, Milano, 2006. *La potestà dei genitori: rapporti patrimoniali*, Giuffre, Milano, 2007.
- SESTA, M.: *Manuale di Diritto de Famiglia*, 2.^a ed., CEDAM, Padova, 2007.
- STANZIONE: «Potestà dei genitore e diritti fondamentali del minore», *RaDC*, 1980.
- VERONESI, S.: *L'intervento del giudice nell'esercizio della potestà dei genitori*, Giuffre, Milano, 2008.
- ZATTI: «Rapporto educativo e intervento del giudice», en DE CRISTOFARO e BELVEDERE, *L'autonomia del minore tra famiglia e società*, Milano, 1980.

RESUMEN

PATRIA POTESTAD

El menor de edad, salvo algunas excepciones, está sometido en el Ordenamiento jurídico civil italiano a una situación caracterizada por una absoluta incapacidad de obrar en el ámbito patri-

ABSTRACT

PARENTAL AUTHORITY AND DUTY

Save for a few exceptions, under Italian civil law a minor is absolutely incapable of taking action with regard to property, especially as concerns the conclusion of legal acts. A minor is substitu-

monial, especialmente en todo lo relativo a la celebración de negocios jurídicos, siendo sustituido y representado en tal actividad por sus padres, en cuanto titulares de la patria potestad.

La razón en la que se fundamenta esta potestad consiste en un munus conferido por el Ordenamiento a favor de los progenitores, que en modo alguno puede considerarse discrecional, sino que debe ser entendido con un carácter instrumental, en cuanto dirigido a potenciar y desarrollar adecuadamente el proceso formativo y educativo del hijo menor. La previsión que el Código Civil italiano establece es que el ejercicio de la patria potestad, atribuida a ambos progenitores, debe desarrollarse de común acuerdo entre ellos. Esto no quiere decir que cada uno de los actos que realicen en el ejercicio de los poderes conferidos deba ser acometido conjuntamente, sino que, tratándose de una categoría de actos compleja, por confluir en su realización dos voluntades distintas, deben ser acordadas las líneas generales de actuación dentro de las cuales podrán proceder y desenvolverse separadamente.

En caso de desacuerdo sobre el ejercicio de la patria potestad en cuestiones de cierta trascendencia, el legislador italiano ha establecido, como regla general, que dicho desacuerdo sea resuelto por el Juez, pudiendo cada uno de los progenitores dirigirse al mismo sin necesidad de especiales formalidades, para informarle de la actuación que considera más idónea. Esta regla general cuenta con una única excepción: cuando concurre una situación de riesgo o peligro que implique un perjuicio grave para el menor, la facultad de adoptar las medidas urgentes que no admitan ser diferidas es atribuida por ley al padre.

ted and represented in such activity by his or her parents, as the holders of parental authority and rights over the child.

The grounds on which this authority rests are a munus conferred by legislation to the parents. This duty or obligation can in no way be regarded as discretionary. On the contrary, it must be held to be instrumental in nature, as it is meant to strengthen and adequately implement the process of training and educating the child. The precaution that the Italian Civil Code establishes is that parental authority and rights must be exercised by both parents acting by common agreement. This does not mean that each and every act performed in the exercise of parental powers has got to be undertaken jointly by both parents. The category of acts at issue is complex, because two different people's wishes have got to be reconciled in the performance of acts of parental authority. The real point is that the general lines of action must be established by the parents together. Each parent can then go on and manage things on his or her own.

If there is any disagreement about the exercise of parental authority and rights in important issues, Italian legislation states as a general rule that the disagreement is to be settled by a judge. Either of the parents can take the issue to court without the need for any special formalities, to inform the judge of the action that parent regards as best. This general rule has got a single exception: when there is a situation of risk or danger that involves serious harm to the child. Then the father is given by law the faculty to take urgent measures that break no delay.

(Trabajo presentado el 22-01-09 y aceptado para su publicación el 20-03-09)