

Nuevos modelos de separación y de divorcio en Italia

Vitulia IVONE*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Reglas del proceso de negociación asistida: los cometidos de los abogados. – 3. El procedimiento: los cambios en comparación con la primera versión de reglas. – 4. Las directrices de la Fiscalía de Milán sobre el tema de la familia y de la negociación asistida. – 5. Conclusiones

1. Introducción

En 2014, en Italia, con D. L. 132¹ en virtud de la reorganización del proceso civil y para reducir la acumulación de casos, han sido dictadas normas en materia de separación y divorcio. De hecho, a la pareja que quiere separarse o divorciarse por mutuo consentimiento las normas impiden de dirigirse necesariamente a la Corte. Los conyuges tendrán la oportunidad de elegir tres posibilidades: presentar una solicitud conjunta a la Corte y obtener el homólogo de la separación, la sentencia que pronuncia la disolución del matrimonio o de sus efectos civiles, o elegir entre dos nuevas opciones, que reducen considerablemente el tiempo del procedimiento: es decir, la negociación asistida por los abogados y la conclusión de un acuerdo con la oficina del Estado civil, en determinadas condiciones.

La norma tiene como objeto alentar a las partes a llegar a una separación personal, a la terminación de los efectos civiles del matrimonio o a la disolución del matrimonio y al cambio de las condiciones de la separación o del divorcio, sin contactar con la autoridad judicial²: la norma encarga el abogado de negociar o, solo en situaciones que no se refieran a

* Prof. Vitulia Ivone is Associate Professor of Private law, Faculty of Law, University of Salerno; Lecturer of Civil law at the Specialization School for Legal Professions; Chairman of the Scientific Committee of the *Fondazione Scuola Medica Salernitana*; Member of the academic board and professor in the Ph.D. Programme on "Legal Sciences", University of Salerno; Member of the Patent Commission of the University of Salerno; Member of the Scientific Committee of the *Observatory on Human Rights: Bioethics, Health, Environment*; Member of the Scientific Board of the journals *Biodiritto* (Aracne Rome) and *Cuadernos de Bioética* (UMSA, Buenos Aires); Recipient of a scholarship for the international mobility of researchers granted by the Province and the University of Salerno; Co-director of the International Summer School on Law, Bioethics and Health 2015, School of Law, University of Salerno. Email: vituliaivone@unisa.it <http://www.unisa.it/docenti/vituliaivone/index>

¹ Es el decreto ley del 12 de septiembre 2014, n. 132 titulado "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile" coordinado con la Ley de conversión del 10 de noviembre 2014, n. 162 y publicado en la *Gazeta Oficial* n. 261 del 10 novembre 2014.

² Sobre el complejo tema de la disponibilidad y la falta de disponibilidad de los derechos de la pareja cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, Milano, 1999; Id., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 69 ss.; L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Corr. giur.*, 2000, p.1023 ss.; E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p.303 ss.; G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, in *Famiglia*, 2001, p.245 ss.; E.

la protección de personas vulnerables como los hijos menores de edad, está prevista la participación directa de la Oficina Municipal.

Posteriormente, el Ministerio del Interior³, ha difundido la circular n.19 para proporcionar orientaciones sobre los requisitos necesarios para los abogados y registradores respecto a las convenciones de *negociación asistida* en materia de separaciones personales o de terminación de los efectos civiles o de disolución del matrimonio y de modificación de las condiciones de la separación, y en relación con los acuerdos de separación o divorcio.

Según este circular, el acuerdo negociado entre los cónyuges debe estar asistida por al menos un abogado por parte y necesita, en relación a la condición de los niños, de una autorización o de un permiso del jefe de la Fiscalía o del Presidente de la Corte.

El acuerdo autorizado luego debe ser enviada a la oficina de registro por el abogado, en un plazo de 10 días⁴.

No puede ser objeto de un acuerdo ni el uso de la vivienda conyugal, ni la manutención de los hijos y otros beneficios económicos entre los cónyuges.

A la luz de la reciente legislación, para hacer frente a este tema, se requiere una reflexión preliminar sobre la actualidad del matrimonio en Italia.

De hecho, en los últimos años, sobre todo después de la reforma de la filiación (la L. 10 diciembre de 2012, n. 219 y la posterior Leg. 28 de diciembre 2013, n. 154)⁵, el tema de la familia ha conocido una notable evolución: por lo tanto, no puede ser ignorada la identificación del alcance jurídico que justifica el vínculo entre los cónyuges. En los últimos años, la doctrina italiana, sobre la base del nuevo marco regulatorio, ha puesto de manifiesto la progresiva privatización de la relación matrimonial, que la Corte Suprema italiana ha confirmado en repetidas ocasiones cuando ha establecido que cada uno tiene el derecho subjetivo a separarse, divorciar y reconstruir su familia⁶.

Este fenómeno de la privatización del vínculo matrimonial ha recibido una confirmación importante por la ley sobre la filiación que ha declarado un único *status* de

AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, p.990 ss.; E. QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, p.6 ss.; R. DANOVÌ, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 10, p.949 ss.

³ Se trata del Departamento de Asuntos Internos y territorial, tras la conversión en ley de 10 de noviembre 2014, n. 162 del Decreto Ley 12 de septiembre 2014, n. 132. El documento en cuestión incorpora la circular anterior n.16 de 1° de octubre de 2014.

⁴ La pena prevista para el curso de este período se ha reducido de un mínimo de € 2.000 a un máximo de 10.000 €.

⁵ La L. 10 diciembre de 2012, n. 219 modifica el Código Civil y las disposiciones de aplicación del Código Civil y las disposiciones transitorias en los siguientes puntos: 1) reconocimiento de los niños, con el cambio del art.74 c.c.; 2) reglas de reconocimiento de los niños; 3) situación jurídica de los niños; 4) derechos y deberes de los niños; 5) nombres de los hijos. Con el Decreto Legislativo de 28 de diciembre de 2013, n. 154 publicada en la Gaceta Oficial del 8 de enero de 2014, n. 5, se cambia la legislación vigente con el fin de eliminar cualquier discriminación residual permaneció en el sistema italiano entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, lo que garantiza la plena igualdad jurídica de ellos.

⁶ E. AL MUREDEN, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà postconiugale e principio di "autoresponsabilità"*, in *Dir. e fam.*, 2014, p.1043.



hijo, así negando la distinción histórica entre los hijos legítimos y los naturales. Es evidente que, de esta manera, el matrimonio ha perdido su objeto principal, que era dar legitimidad a sus hijos y luego colocarlos en la familia legítima.

Las nuevas normas dictadas por la Ley n.132 de 2014, justo en la línea de la privatización en las relaciones familiares, dan a los cónyuges el derecho a disponer de su vínculo matrimonial, incluso si hay hijos menores de edad o más discapacitados o no autosuficientes económicamente. Es tan cierto lo que escribió hace años un estudioso estadounidense: «marriage is not really: the important issue, children are»⁷.

2. Reglas del proceso de negociación asistida: los compitos de los abogados.

Si el matrimonio es un asunto privado de los cónyuges, que afecta la esfera pública sólo si afecta a los intereses de los hijos a cargo, es coherente que puedan negociar la cuestión, con un acuerdo mutuo, sobre las formas de su modificación y también de su terminación fuera del proceso y en virtud de un acto de autonomía privada entre los conyuges interesados. En este marco, las reglas de la Ley n.132 son de gran importancia porque hablan de la fin de la concepción del matrimonio como acto lejano de la autonomía de la pareja⁸.

Tal como están definidos en los artículos 2, 3 y 4 de la Ley, el proceso de negociación asistida de los abogados se inicia con la firma de un acuerdo o con la invitación a negociar.


El art.4 aclara que la invitación a la negociación es una solicitud para entrar en el acuerdo a la negociación asistida indicando el objeto de la controversia con la advertencia de que si falta una respuesta dentro de los treinta días o sea negativa, puede ser evaluada por un juez como costos de una eventual sentencia. Según una primera interpretación propuesta por el CNF⁹, a los procedimientos de separación se aplicaría la referencia a la negociación asistida, pero sin la advertencia sobre las consecuencias de la falta de respuesta: el CNF ha expresado algunas dudas sobre el funcionamiento de la Ley sobre la negociación asistida.

En el texto final de la ley, en el art.6, párrafo 3, segunda parte, entonces se añadió que "en el acuerdo se reconoce que los abogados han intentado conciliar a las partes y han

⁷ H. D. KRAUSE, *Marriage for the New Millenium: Heterosexual, Same Sex – Or not at All?*, in *Family Law Quarterly*, n.34, 2000, p.271: «Marriage should be seen for what it has become: one lifestyle choice among many. A pragmatic, rational approach would ask what social functions of a particular association justify extending what social benefits and privileges. Legal benefits and obligations would be tailored according to the realities of the parties' relationship. Legislative irrationality. Two examples illustrate the legislators' careless disregard for functional rationality: federal income tax law and the social security system».

⁸ A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914; rist. Bologna, 1978; M. SESTA, *Lo spirito del diritto di famiglia nella teoria generale di Antonio Cicu*, in *Il diritto di famiglia di Antonio Cicu cent'anni dopo (1914-2014): un insegnamento anacronistico?*, 2014.

⁹ El Consejo Nacional de Abogados (CNF) es el organismo de representancia institucional de los abogados y representa a toda la clase forense. El Consejo es la institución apical del sistema de los abogados y regula, en Italia como en la mayoría de países de tradición continental, la Abogacía. La nueva ley de los abogados (Ley 31 diciembre de 2012, n 247) confirma - no sin profundidad significativa - el compito central desempeñado por el CNF en la profesión de la abogacía, que siempre se ejerce con plena conciencia de la responsabilidad social por los abogados, como segura guarnición para la protección de los derechos, en colaboración constante y fructífera con los órganos de gobierno y el poder judicial.



informado de la posibilidad de llevar la mediación familiar. También se da acto que los abogados han informado a las partes sobre la importancia para los niños de pasar un tiempo ajustado con sus padres ". A pesar del esfuerzo, hay que decir que el plan elegido por el legislador no podría haber sido meno innovador. En primer lugar, el deber de los abogados a reconocer en el acuerdo de haber intentado de "conciliar" las partes.

En verdad, no parece claro qué se entiende con este verbo, y el legislador no se muestra estar al tanto del debate (probablemente excesivo), que durante mucho tiempo se cultivó en doctrina (pero también en la jurisprudencia) italiana en similares fórmulas contenidas en artículos. 708 del Código de Procedimiento Civil y art. 4, párrafo 7, l. div. sobre el intento de la reconciliación de los cónyuges por el Presidente de la Corte¹⁰.

Dudas también avanzan sobre nuevos deberes prescritos para el defensor. De hecho, la inclusión en el acuerdo del deber para que el abogado tiene que informar a las partes de la posibilidad de llevar la mediación familiar, puede ser un fórmula meramente programática, pero se presenta bastante incompleta. No es sin alivio, ni responsabilidad del legislador el hecho de que hoy, la mediación se convirtió en forma general en el sistema, con un texto legislativo que seguramente será refinado pero que finalmente representa el marco de referencia para los operadores, la mediación familiar sigue siendo tal vez el único en el civil sigue sin estar regulada por ley¹¹.

3. El procedimiento: los cambios en comparación con la primera versión de reglas.

El procedimiento de negociación asistida comienza con un un acuerdo por el cual las partes se comprometen a cooperar de buena fe y con lealtad para resolver una disputa entre ellos: este acuerdo debe hacerse por escrito, bajo pena de nulidad y debe contener la

¹⁰ El ajuste inicial estaba en el sentido de que el Presidente siempre debía ententar, en lugar de una conciliación legal en el sentido estricto, una verdadera reconciliación de la vida haciendo prevalecer el *favor matrimonii* (la norma de separación se había preparado en un clima cultural y social y en el cual el divorcio no estaba contemplado para el prevalecer del dogma de la indisolubilidad del matrimonio). Este asunto, con los años ha llegado desvaneciéndose gradualmente, hasta ahora adonde se considera superado. Este proceso de adaptación, junto con la consideración que incluso la práctica ha demostrado que la posibilidad concreta de una reconciliación entre los cónyuges y una recuperación del *consortium vitae* se reduce en gran medida, ha influido en la original interpretación, induciendo a preferir una actividad para obtener una solución judicial de los intereses y por lo tanto poner en marcha un cambio de rito de separación desde litigiosos en consensual. Así F. CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali «nell'interesse dei coniugi e della prole»*, Napoli, 1970, p.135 ss.; R. BARCHI, *Il procedimento di separazione personale dei coniugi*, Padova, 1987, p.35; E. VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, I, Bologna, 2011, p.122.

¹¹ Los mediadores civiles surgen de una tradición cultural europeísta. En Italia, con la predicción de la Ley 18.06.2009 n° 69 (G.U. 19.06.2009), se trató de poner fin a la justicia enferma que no puede dar una respuesta a los numerosos casos de personas que han tenido problemas con la justicia, que no hay soluciones inmediatas (las personas esperan demasiado tiempo para la seguridad jurídica) a los problemas planteados. El propósito de la mediación civil es dar respuestas inmediatas y en un plazo razonable. Esta Ley permite, sin embargo, que un resultado (positivo o negativo) tiene que llegar en un plazo máximo de cuatro meses de la solicitud de conciliación. M. SPADARO, *La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2008, p.209 s.; C. CILIBERTO, *Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione familiare*, in *Fam. e dir.*, 2009, p.293 ss.



provisión de un plazo no inferior a treinta días y no más de tres meses - que podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes treinta otras días - dentro del cual se concluye o no el acuerdo. El artículo 2 afirma que objeto del acuerdo pueden ser sólo derechos disponibles. El abogado certifica la autenticidad de las firmas de las partes que participan a la convención, así como la fecha en que estas firmas se han colocadas, para el funcionamiento de tiempo dentro del cual llegar a un acuerdo.

El art. 6, habla de la Convención de negociación asistida por uno o más abogados para soluciones consensuales de separación, de terminación de efectos civiles o de disolución del matrimonio, de modificación de las condiciones de la separación o el divorcio.

En comparación con la primera versión del artículo 6, se introdujeron cambios significativos: con la promulgación del decreto, para iniciar el proceso de negociación asistida se necesita de un abogado para cada parte. Además en pasado, el acuerdo firmado después de la negociación, simplemente tuvo que ser enviado a la oficial del estado del municipio donde se transcribió el matrimonio. Con la nueva Ley se necesita el paso obligatorio del acuerdo a la oficina de la Fiscalía en la Corte¹².

Importante es que estos acuerdos no se aplicaban cuando estaban hijos menores de edad, hijos adultos con discapacidades graves o no autosuficientes económicamente: con la promulgación del Decreto, incluso los cónyuges con hijos menores de edad, no autosuficientes o con discapacidades severas, pueden tener acceso al procedimiento.

Quién tiene la carga de probar la existencia de los requisitos es el abogado y por lo tanto es conveniente incluir en el preámbulo de la Convención, la afirmación de que las partes declaran bajo su propia responsabilidad, de estar en las condiciones que permiten los beneficios de la negociación asistida.

Después de la redacción de la Convención, se procede a la redacción de un acuerdo que contiene las condiciones de separación y divorcio: esto es tanto en relación con la custodia de los hijos, cuanto en relación con la pensión alimenticia para el cónyuge o las transferencias patrimoniales en las crisis matrimoniales¹³.

Los deberes y las funciones del abogado son muy importantes¹⁴. De hecho, sus tareas son proteger los derechos de los cónyuges, incluso fuera de un procedimiento judicial que se

¹² Sobre la figura e sobre los compitos del p.m. en el proceso civil se vean E. ALLORIO, *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, p.212 ss.; F. CARNELUTTI, *Mettere il pubblico ministero al suo posto*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, p.257 ss.; A. PROTO PISANI, *Del pubblico ministero, sub art. 70 c.p.c.*, in *Commentario del c.p.c.* diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, p.800 ss.; V. VIGORITI, *Il pubblico ministero nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 296 ss.; E. GRASSO, *Il pubblico ministero. II) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1991, p.2 ss.; M. VELLANI, *Pubblico ministero nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVI, Torino, 1997, p.140 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 6° ed., Napoli, 2014, p.292; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, nozioni introduttive e disposizioni generali*, 23° ed., I, Torino, 2014, p.479.

¹³ F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 126; P. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Separazione personale (dir. priv.)*, p.1397; C.M.BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, Milano, 2014, p.188.

¹⁴ Según F. DANONI (*I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e dir.*, n.12, 2014, p.1148) es necesario preguntar si el requisito dispuesto por la ley no puede ser la causa de problemas éticos y en la relación entre colegas. No es evidente, por ejemplo, si puede ser considerado como



lleva a cabo ante un juez. En el proceso él no es simplemente el abogado de una parte, pero debería ayudar a reconciliar a los cónyuges. La Ley atribuye al abogado el compito de ser un negociador.

El abogado debe, de hecho, notificar a las partes la posibilidad de traer a la mediación familiar y tiene que tratar la reconciliación de los cónyuges. En el caso de hijos menores de edad, él debe recordar a las partes la importancia de que los niños tiene que pasar tiempo suficiente con ambos sus padres. Estas actividades deben ser reconocidos en el texto del acuerdo elaborado después de la negociación.

Por último, el abogado debe declarar bajo su responsabilidad que los acuerdos no sean contrarios a las disposiciones obligatorias de la ley y el orden público, o que no existen condiciones que afectan negativamente a los derechos que se consideran no disponible.

El acuerdo deberá ser enviado a la Fiscalía en el tribunal competente, pero el camino puede cambiar.

El parrafo 2 del art. 6 establece que para las parejas sin hijos, el abogado es responsable para enviar el acuerdo firmado a Fiscalía en la Corte competente. No hay límite de tiempo dentro del cual transmitir este acto.

La ley no especifica si debe ser enviado junto con el acuerdo también la convención y cuáles son las formas de envío y la forma para determinar la competencia de la Fiscalía.

4.Las directrices de la Fiscalía de Milán sobre el tema de la familia y de la negociación asistida

El 16 de diciembre 2014, la Fiscalía de Milán ha emitido directrices a través de las cuales se anuncia el procedimiento para el depósito de los acuerdos de separación o divorcio logrados mediante negociación asistida con los abogados de las partes, en conformidad con el art. 6 del Decreto n. 132/2014.

Las directrices incluyen todos los datos necesarios en este nuevo procedimiento y son: las condiciones; la documentación requerida; la oficina de presentación; la liberación del procedimiento del p.m.; la contribución unificada y el período de vacaciones.

Después de señalar que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo. 6, D. L. n. 132 del 2014 el acuerdo debe ser firmado por las partes y al menos por un abogado de las partes, el fiscal señaló que "En el acuerdo los abogados deben actuar específicamente, del tentativo de conciliar a las partes, de tenerlos informados de la posibilidad de llevar la mediación familiar, y de tenerlos informados, en presencia de los hijos menores de edad, sobre la importancia de que el niño pase un tiempo adecuado con cada padre. Los abogados también deberán acreditar, de conformidad con el art. 5, co. 2: la autenticidad de las firmas y que el acuerdo va a cumplir las normas obligatorias y del orden público".

válido un acuerdo entre dos abogados del mismo estudio, o entre colegas que aunque manteniendo cuota de autonomía (como sucede a menudo) sean en el local profesional. La nueva fórmula non da ninguna garantía que estaba en su intención, porta peso en el procedimientos y plantea una serie de preguntas que así se habría evitado permitiendo a las partes de ser asistidas por un único legal.

5. Conclusiones

Un juicio final sobre esta reforma no logra ser tan benevolente: más allá de las quejas sobre el medio (el uso ahora indiscriminadamente por el Gobierno italiano de el instrumento de los decretos de emergencia), numerosas son también las dudas.

Como se ha mencionado, el Gobierno italiano ha entendido claramente desatar separaciones y divorcios (sin hijos menores de edad) de la necesidad de un control judicial: esta intervención, sin lugar incisiva para los tiempos y las necesidades de la justicia italiana. Ahora, de hecho, se ha abolida la sola audiencia ante el presidente del tribunal, pero añadió la necesidad de un "filtro del Ministerio público".

Además, el texto publicado indica la ausencia de una reflexión meditada y una opera de coordinación con las medidas reglamentarias ya previstas: el riferimento es al ejemplo de la reforma llamada "Divorcio rápido", aprobada en la Cámara en mayo pasado y todavía "Estacionado" en el Senado, o la de los nuevos tribunales familia, a su vez, pero no in pectore aún definido.

El derecho de los individuos y de la familia es, por definición, entre los sectores del sistema legal, el que en su mayoría permanece afectado por los cambios en el la sociedad y en sus costumbres; pero en Italia, por muchas razones los ciudadanos están desde hace mucho tiempo acostumbrados a una legislación sin valor, que no es digna de un País, lugar de nacimiento del derecho.