



SECCIÓN DOCTRINA

EL PROCESO DE DESCODIFICACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ROMANO. UN CASO CONTINENTAL EUROPEO

Pablo Rafael Banchio

Índice

1. Introducción	5
2. La descodificación del Derecho	7
3. Origen de la descodificación en Italia	9
4. El Código Civil al final del fascismo	10
5. El Código Civil a prueba con los principios constitucionales.....	12
5.1 Derecho de familia	12
5.1.1 Reforma de 1975	12
5.1.2 Reformas posteriores	16
5.2 Derecho de propiedad	20
6. Ordenamiento europeo y empujes centrífugos hacia la descodificación	25
6.1 Derecho del consumidor. El llamado “Código del consumo”	26
6.2 Derecho societario. Reforma corporativa	27
6.3 Derecho societario europeo	31
6.3.1 Sociedad Europea -SE-.....	32
6.3.2 Sociedad Cooperativa Europea -SCE-.....	33
6.3.3 Agrupación Europea de Interés Económico -AEIE-	33
7. Conclusión	34
8. Bibliografía.....	35



Resumen

En el proceso de descodificación del Derecho, el Código Civil italiano de 1942 promulgado en medio del régimen fascista, pronto entraría en conflicto con los principios consagrados en el texto constitucional italiano que entró en vigor el 1º de enero de 1948. En este trabajo se analiza el impacto del texto constitucional, caracterizador del último período de la descodificación del Derecho, en las normas relativas al derecho de familia y de la propiedad.

La otra dirección que sigue para enmarcar el fenómeno descodificadorio se encuentra en la creciente influencia de la Unión Europea y la consiguiente adaptación de las disciplinas sustantivas de los Estados miembro a los principios consagrados en los Tratados y a la legislación especial resultante de las directivas y reglamentos en materia de derechos del consumidor que contribuye plenamente al proceso de la "descodificación" y que requiere una lectura sistemática del tema, ya que el Código Civil deja de ser la única fuente de regulación de esta y otras tantas disciplinas.

El trabajo finaliza con un enfoque del Derecho Societario a partir de las modificaciones producidas por la reforma de las empresas introducida por el Decreto Legislativo 6/2003 y las formas jurídicas societarias europeas y se concluye con la validez de una estrategia jurídica adecuada que permita sostener que el Derecho tiene que "venir" del "por-venir" -y sus normatividades contener no sólo "promesas" de que algo "será", sino "prescripciones" de algo que debe ser, especialmente para la realización de la justicia de llegada, para un mundo mejor que "debe ser".

Abstract

In the process of decoding, the Italian Civil Code promulgated in 1942, in midst of the fascist regime, would soon come into conflict with the principles enshrined in the Italian constitutional text of 1948. This paper analyzes the impact of the constitutional text, which characterized the last period of the decoding of law, on the rules relating to family and property law.

The other direction that follows to frame the decoding phenomenon lies in the growing influence of the European Union and the consequent adaptation of the substantive disciplines of the Member States to the principles enshrined in the Treaties and to the special legislation resulting from the directives and regulations on consumer law that fully contributes to the process of decoding



and requires a systematic reading of the subject, since the Civil Code is no the only source of regulation of this and many other disciplines.

The work ends with an approach to Corporate Law based on the modifications produced by the reform of companies introduced by Legislative Decree 6/2003 and the European corporate legal forms and concludes with the validity of an adequate legal strategy that allows us to maintain that the Law has to "come" from the "to come" -and its regulations contain not only "promises" that something "will be", if not "prescriptions" of something that must be, especially for the realization of the justice of arrival, for a better world that "must be".

Palabras clave

Descodificación – Código Civil italiano – Ordenamiento europeo – Derecho de familia – Derecho de propiedad - Derecho societario europeo

Keywords

Decoding - Italian Civil Code - European law - Family law - Property law - European corporate law

1. Introducción

El sistema jurídico romano es llamado también, en los países anglosajones, como de "derecho civil" -*civil law*-, por la influencia del sistema codificado inaugurado con el *Code Civil* napoleónico el 21 de marzo de 1804, un momento de esplendor del Derecho consagratorio de la supremacía de la dimensión normológica cristalizadora del mismo.

Pero como el Derecho se desarrolla dentro del marco de la temporalidad -aunque el eje está siempre en el porvenir como desarrollamos en la teoría del tetraedro- tanto el tiempo humano como el jurídico van mudando de la mano de su producción cultural a través de la ineludible importancia de la dimensión sociológica que lo mantiene "vivo" en su aptitud para resolver con justicia los problemas de la *polis* para lo que fue concebido (Banchio, 2018a).

En los últimos años, el Código Civil en Alemania -*Bürgerliches Gesetzbuch* -*BGB*- experimentó los cambios más importantes desde su codificación en 1900 con la modernización del derecho de las obligaciones -



Schuldrechtsmodernisierung- del 1º de enero de 2002. En Francia, luego de más de doscientos años, se realizó finalmente una reforma integral del *Code Civil* que entró en vigencia el 1º de octubre de 2016 y en Italia, *ex multis*, con la ley 4 del 11 de enero de 2018 se produjeron enmiendas a los Códigos Civil, Penal y Procesal Penal. Se evidencian así los cambios profundos que se produjeron en el Derecho al fenómeno histórico de la codificación que caracterizó a nuestra familia jurídica continental europea y que tanto deslumbramiento causó en gran parte de la doctrina -hoy agraria y mineral- que impuso con alcances mutiladores las normas del siglo antepasado.

En este proceso de descodificación del Derecho, un importante y avanzado modelo del mismo, el Código Civil italiano de 1942 sufrió diversos cambios, resultado de diferentes procesos sociales y jurídicos que han actualizado su contenido a las necesidades cambiantes de una sociedad cambiante (Banchio, 2018b, p. 11).

Promulgado en medio del régimen fascista, aunque a través de un proceso que VASALLI ha definido como "desfascistización" (Ferri, 1990) reflejó en más de un tema las concepciones básicas del régimen que lo había promulgado, como, por ejemplo, la centralidad del *pater familiae*, el corporativismo en el campo del trabajo, la discriminación por motivos raciales y la concepción de la propiedad.

Esta estructura pronto entraría en conflicto con los principios consagrados en el texto constitucional aprobado el 22 de diciembre de 1947 por la Asamblea Constitucional y que entró en vigor el 1º de enero de 1948. En este trabajo, nos centraremos en particular en el impacto del texto constitucional, caracterizador del último período de la descodificación del Derecho, en las normas relativas al derecho de familia y de la propiedad.

La otra dirección que seguiremos para enmarcar la evolución del Código Civil de 1942 se encuentra en la creciente influencia de la Unión Europea y la consiguiente adaptación de las disciplinas sustantivas de los Estados miembro a los principios consagrados en los Tratados y a la legislación especial resultante de las directivas y reglamentos de la asociación económica y política que nuclea los Derechos de, actualmente, veintiocho países.

Desde este punto de vista se debe encuadrar, entre otros, la cuestión del así llamado "Código del Consumo", que contribuye plenamente al fenómeno de la "descodificación" y que requiere una lectura sistemática del tema, ya que el Código Civil dejó de ser la única fuente de regulación de esta y de otras tantas disciplinas.



El trabajo finalizará con un enfoque del Derecho Societario a partir de las modificaciones producidas por la reforma de las empresas introducida por el Decreto Legislativo 6/2003 y las formas jurídicas societarias europeas.

Este es el *percorso* que intentaremos desarrollar como un esbozo propedéutico exclusivamente desde la perspectiva de la dimensión normológica del derecho italiano, con las restricciones y limitaciones propias del espectador externo y simple comparatista de ese ordenamiento.

2. La descodificación del Derecho

Dentro del horizonte de historia del derecho de la dimensión normológica, su propia Jurística caracteriza la cuarta fase de su desarrollo como el paso del estado de derecho legal -de conjuntos de normas codificadas- al constitucional donde se produjo el fenómeno conocido como “descodificación” del derecho (Banchio, 2018c, p. 92).

La consecuencia más marcada de este movimiento, demostrativo de su historicidad (Savigny, 1977, p. 43) fue la constitucionalización de muchos institutos que antes pertenecían al Derecho Civil que las nuevas constituciones europeas, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, pasaron a definir como principios básicos de la vida social consagrando normativamente las reglas fundamentales del orden jurídico, con carácter común a varias ramas del Derecho.

Esta tendencia general hacia la manifestación del Derecho que se originó en la segunda mitad del siglo XX vino de la mano de la diversidad de legislación separada de los Códigos mediante numerosas leyes especiales que hicieron perder la centralidad del Código Civil en el sistema de las fuentes del Derecho de nuestro sistema jurídico.

Este proceso fue socavando el espíritu orgánico rígido y sistematizador de las grandes codificaciones decimonónicas del sistema jurídico continental europeo (Banchio, 2014, p. 19) y motivó a CIURO CALDANI para la formulación -a la que adherimos- de la Teoría General del Derecho “común” a todos los fenómenos y “abarcativo” de ellos que incluye a todas las ramas del derecho, entendidas como áreas jurídicas con características sociológicas, normológicas y dikelógicas compartidas, que adquieren rasgos especiales temporo-espaciales interrelacionados como sistema jurídico, superadora de la Teoría General fragmentada verticalmente imperante aún en la actualidad, según expusimos en nuestra Tesis doctoral (Banchio, 2018a).



El jurista italiano Natalino IRTI, señala tres períodos en la evolución del Derecho Civil rumbo a la descodificación. El primero de ellos, comprendido en el interregno existente entre la publicación de los grandes Códigos, en especial, el *Code Civil* -1804-, y el comienzo de la Primera Guerra Mundial -1914-, denominado de apogeo de la codificación. Este primer período es llamado por Irti "*mondo della sicurezza*" -mundo de la seguridad- en el que la contingencia del desarrollo histórico del idealismo kantiano y el liberalismo económico se manifestó en sobrias formulaciones legales que colocaban al individuo como centro de las relaciones sociales, un sujeto que corre riesgos para triunfar o fracasar y se hace responsable de sus actos (Irti 1999, p. 615).

El Código Civil mantuvo su dogma de unidad, pero las demandas sociales impuestas por la realidad exigieron una legislación más dinámica, y adecuada a fin de asistir a los nuevos grupos sociales emergentes; surgieron las leyes especiales que regulan institutos ignorados por el sistema del Código o disciplinan de modo diverso una cierta categoría de relaciones. Se trata de un período intermedio, en el cual el Código aún conserva su prestigio, pero no ya como regulador exclusivo y unitario de las relaciones privadas, sino como Derecho Común que regula supuestos fácticos más amplios y generales (Irti, 1999, p. 619).

El segundo período, una fase intermedia rumbo a la descodificación, se inició con la modificación radical que produjo la primera posguerra mundial, cuando a la inmutabilidad del período precedente le siguió una agitada aceleración de la historia, fruto de la realidad social totalmente distinta a la existente en el siglo anterior.

Teniendo en cuenta las miserias -humanas, sociales, políticas y económicas- traídas por la guerra, la estructura jurídica sufrió una alteración importante por cuanto el Derecho dejó de ser un espectador del libre juego del mercado, que dejaba a la población de posguerra sin amparo. La ley, nacida como excepcional o especial, conquistó de a poco mayor amplitud de destinatarios obedeciendo a una lógica propia y autónoma -v.g. el contrato de locación de servicios-. La relación entre Código y ley, antes caracterizada en términos de general y especial, pasó a ser de general -la ley externa- a residual -Código-. Según IRTI, el Código Civil por regular supuestos fácticos más amplios ... y, por tanto, teóricamente generales, se ve reducido, en lo concreto de la captación de repartos de la dimensión sociológica, a derecho residual. (Irti, 1999, p. 636).



El último período es el de la descodificación del Derecho, que se inició, para el autor italiano, a partir de la derrota militar de las potencias totalitarias del eje, pero cuya época de incidencia varía de país en país, dadas las condiciones políticas y sociales imperantes en cada Estado.

3. Origen de la descodificación en Italia

En Italia, el fenómeno tiene, como anticipamos en la Introducción, una fecha precisa, el 1º de enero de 1948, con la entrada en vigor de la nueva Constitución y que puede ser caracterizado de la siguiente manera:

a) Primero, el Código Civil dejó de constituir el centro geométrico de todo el ordenamiento jurídico constituido. En esta fase de la historia de la dimensión normológica, la primacía de la ley cedió su lugar a la Constitución al sentar las bases para una nueva sociedad ideológicamente comprometida.

b) Segundo, aumentó, en cantidad y se modificó, en calidad, la legislación especial separada de los Códigos. Muchas materias que antes estaban regladas por el Código Civil salieron de su esfera para ser reguladas por leyes especiales que no buscaban su adecuación con los principios fundamentales del Código, sino que se ordenaban bajo los nuevos principios programáticos de la Constitución italiana que muestra rápidamente su nueva vocación para orientar el desarrollo de la legislación infraconstitucional.

De esta manera se produjo, como profundizaremos *infra*, una radical mutación de las leyes antes vigente en la época del Código liberal de PISANELLI (Banchio, 2014, p. 69) y aquellas surgidas en el período postconstitucional, ya que éstas últimas, desplazando las anteriores, dejaron de ser meras fuentes formales de libre elección para alcanzar los fines elegidos por las partes, pasando a señalar los fines e indicar el objetivo consagrado en la Carta Magna por ese Derecho que ahora se considera reconocido y no creado por el ordenamiento constitucional.

c) Tercero, la nueva legislación especial se caracteriza por una significativa alteración en el cuadro de sus destinatarios "... como satélites autónomos que buscan regiones propias en la órbita sin control del ordenamiento jurídico" -que nosotros llamamos una especie de derecho a la carta o "commonlawización" del Derecho-. IRTI tiene una clara posición sobre el asunto y manifiesta que "la norma ya no se limita al esquema hipotético, que une determinada consecuencia jurídica al acontecimiento de un hecho, sino que indica los objetivos a perseguir,



describiendo los destinatarios de la norma, un cierto orden económico y un proyecto de sociedad" (Irti, 1999, p. 624).

d) Cuarto, en el plano dogmático existe una gran novedad entre la antigua legislación especial y las actuales nuevas leyes especiales que consiste en la desvinculación total con los principios elementales del Código Civil de 1942, que, ahora quedará más en evidencia con la normativa europea que patentiza que ni el constituyente ni el legislador pueden dictar la ley si ello implica violar el Derecho.

4. El Código Civil al final del fascismo

Si bien es cierto que toda manifestación humana debe ser leída con las lentes de cada tiempo para comprender mejor su esencia, esto se hace aún más necesario cuando se analizan, como este caso, las leyes de un país. Aunque un cierto sentido de fijación está asociado a la dimensión normológica, especialmente a la ley, y si queremos también tradición jurídica en cuanto a las características de un derecho, como el italiano la estabilidad de una sociedad depende como lo caracterizó IRTI del estado de *sicurezza* que pueda disfrutar, de las necesidades cambiantes de la comunidad que hacen que la actividad de la maquinaria legislativa sea incesante y, por lo tanto, también los cambios en el panorama jurídico que se derivan de ella.

Si bien el Derecho, no es para la historia ni se legitima por ella, es un elemento fundamental y visible de la misma, y, por lo tanto, analizar el Código Civil italiano desde un punto de vista histórico es un ejercicio exigente para cualquiera que no ubique en los años de la joven República Italiana que le dio origen y las importantes transformaciones sociales, culturales y políticas que la han atravesado.

El punto de partida del análisis sólo puede ser el Real Decreto Ley nº 25, del 20 de enero de 1944, que, al derogar una serie de decretos que contenían medidas contra los judíos y en defensa de la raza italiana, expurga del Código Civil cualquier referencia a la raza, privándola así de una de las partes en las que el régimen fascista había dejado huellas más marcadas.

En particular, *ex multis*, fueron modificados:

a) El artículo 1 del Código Civil italiano, que establecía limitaciones a la capacidad jurídica derivada de la pertenencia a una raza determinada, así como de la legislación especial.



b) El artículo 91 del Código Civil, que limitaba los llamados "matrimonios mixtos", es decir, entre ciudadanos de diferentes razas y delegaba la especificación de estos límites en una legislación especial que vinculaba la norma con la Declaración sobre la raza, del 6 de octubre de 1938, y el Real Decreto nº 1728, del 17 de noviembre de 1938, convertido en la Ley nº 247, del 5 de enero de 1939, que prohibía los matrimonios con "no arios".

c) El artículo 155 del Código Civil italiano relativo a la custodia de los hijos, considerando principalmente la preferencia del progenitor ario en caso de separación entre cónyuges de "matrimonios mixtos".

Una vez que el Código fue despojado de sus características más eminentemente contradictorias con la estructura democrática emergente, fue objeto de un debate doctrinal en relación con su posible derogación. En particular, la discusión se centró en si debía mantenerse en vigor, aunque con los cambios ya observados o simplemente derogarse.

La primera opción era defendida por quienes, como Filippo VASSALLI, habían participado en la redacción del Código Civil y reivindicaban su carácter neutral, en oposición a la posibilidad de emitir un nuevo Código desde cero, que fue percibida por algunas fuerzas políticas como la única solución capaz de actuar como una línea divisoria entre un pasado que debía olvidarse y una república democrática que debía construirse (Banchio, 2018b, p.13).

Con referencia a la primera hipótesis, era usual que la doctrina se refiriera a ella como el llamado "proceso de defascistización", defendido por el jurista romano, uno de los principales protagonistas de la vida académica de aquellos tiempos.

Finalmente, la postura contraria a la derogación del Código Civil se expandió ampliamente y con el tiempo prevaleció. CALAMANDREI, particularmente, subrayaba el alto carácter técnico del Código que, una vez "purificado" de "... todas las disposiciones, aisladas o fácilmente aislables, que se había agregado a la superficie de los Códigos para darles el color del régimen, y que podían borrarse sin alterar la estructura legal de las instituciones dentro de las cuales habían tomado lugar" (Banchio, 2018b, p. 14).

Por lo tanto, se consideró que haber adoptado un enfoque formalista había limitado la influencia del régimen en la redacción del Código Civil, especialmente si se analizaba contra el enfoque altamente ideológico del Código Penal -"Código Rocco"- emitido durante el mismo período fascista de esos años.



Por lo tanto, aunque hasta la fecha el Real Decreto nº 262/1942 sigue vigente en Italia, se han realizado numerosos cambios en la disciplina sustancial del Código Civil para alinearla con los nuevos principios constitucionales y las cambiantes contingencias sociales del país peninsular.

5. El Código Civil a prueba con los principios constitucionales

El 22 de diciembre de 1947, más de un año después de su elección, una Asamblea Constituyente que representó a las más diversas fuerzas políticas italianas aprobó el Proyecto Constitucional elaborado por la "Comisión de los 75" que entraría en vigor el 1º de enero de 1948. Dentro de la Constitución, se regulan así dos instituciones, que hasta entonces habían encontrado una amplia protección en el marco legal del derecho privado: la familia -ahora reconocida explícitamente en el artículo 29 de la Constitución- y la propiedad -artículo 42 de la Constitución-.

5.1 Derecho de familia

5.1.1 Reforma de 1975

La decisión de incluir a la familia en la Constitución no fue decidida por la Asamblea de manera unánime, aunque terminó siendo prevaleciente. El presidente de la Cámara de Diputados de aquel entonces Vittorio Emanuele ORLANDO presentó una agenda, apoyada por una variada representación política, con la que pidió la supresión de los artículos relativos a la familia, ya que, afirmaba, carecían de un contenido normativo efectivo. Luego de amplio debate esa agenda no fue aprobada, llegándose el enfoque actual, que contempla los siguientes preceptos del derecho de familia incluidos en la Constitución de Italia: artículo 29 -igualdad entre los cónyuges-, artículo 30 -equiparando a los niños nacidos dentro y fuera del matrimonio- y artículo 31 -apoyo financiero para la familia-.

Estas disposiciones testimonian un cambio radical de perspectiva, consagrado en la Constitución, donde el individuo se encuentra en el centro de la norma jurídica, regulando las relaciones como tal y en función de las "formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad", según dice el artículo 2 de la Constitución, de los cuales la familia es un claro ejemplo.

El artículo 29 de la Constitución reconoce los derechos de familia como una sociedad natural fundada en el matrimonio. El matrimonio se ordena sobre



la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley, para garantizar la unidad familiar. Aunque la Constitución entró en vigor en 1948, en particular, los derechos otorgados a la familia tuvieron que esperar hasta 1975 para ver la implementación de los principios innovadores que trajeron consigo.

Este "congelamiento de la Constitución", tal como lo definió Livio PALADIN (Banchio, 2018, p. 17), se debió a la alta conflictividad que causó el tema y las diversas sensibilidades sociales y políticas con las que colisionó, lo que se reflejó en el trabajo preparatorio de diez años que precedieron a la reforma. El camino gradual que llevó a la reforma de 1975 estuvo marcado por los fallos del Tribunal Constitucional en la declaración de inconstitucionalidad en 1969 de la regulación del adulterio de manera diferente si era una mujer quien lo cometía y el asunto de la Ley n° 898/1970 que establece por primera vez el divorcio en Italia reformando el artículo 149 del Código Civil y el subsiguiente fracaso de derogación por el referéndum abrogatorio, eventos que sin duda contribuyeron a la creación de un *humus* cultural receptivo de los principios de igualdad e igualdad de trato entre hombres y mujeres que informarán la nueva legislación.

El 19 de mayo de 1975, con gran mayoría y con la única abstención del Movimiento Social, se aprobó la Ley n° 151 para adaptar el Código Civil a los principios constitucionales antes mencionados. El trabajo de reforma se realizó de acuerdo con las siguientes directivas:

a) igualdad de los cónyuges según lo establecido en el artículo 29 de la Constitución,
b) igualdad del tratamiento de hijos naturales e hijos legítimos nacidos durante el matrimonio, en la implementación del artículo 30 de la Constitución. Para comprender mejor el alcance innovador de la ley, baste recordar que el modelo familiar inspirado en el Código Civil de 1942 se basó en el papel predominante del *pater familiae* como único titular de la patria potestad y en la naturaleza indisoluble del matrimonio.

Esta última atribución resultó en la ausencia de la institución del divorcio y en fuertes limitaciones a la institución de la separación, donde se observó una diferencia contra las mujeres -el adulterio del marido encontraba la culpa a los efectos de la separación solamente "cuando circunstancias en las que el acto constituye una injusticia grave para la esposa" de conformidad con el artículo 151 del Código Civil de 1942, y era delito solo si el marido tenía "una concubina en el hogar conyugal o notoriamente en otro lugar" en virtud del artículo 560 del



Código Penal en similitud con el Código Penal argentino en el que requería que el marido tuviera "manceba" dentro o fuera del hogar conyugal. Finalmente, la Corte de Casación resolvió, en 1997 que el adulterio no debía considerarse causal de divorcio por cuanto las relaciones extramatrimoniales no son la causa sino una consecuencia del deterioro del matrimonio.

Había normas que reflejaban cierta desconfianza del legislador en relación con los asuntos extramaritales, ya que socavaban la unidad de la familia que inspiró toda la legislación y respondió a esas necesidades de armonización de los conflictos sociales a través de una lógica de centralización del poder, v.g. del padre, en el caso de la familia, del "Duce" con respecto al estado.

Esto se reflejó en fuertes limitaciones a la declaración de paternidad natural y en diferencias de trato, por ejemplo, de derechos sucesorios, entre hijos legítimos e hijos "ilegítimos", es decir, nacidos fuera del matrimonio.

Las innovaciones más importantes contenidas en la reforma se refieren a:

a) mayor edad como requisito para contraer matrimonio conforme al artículo 84 del Código Civil. El Código Civil de 1942 exigía, respectivamente, una edad mínima de 16 años para los hombres y 14 para las mujeres con el fin de contraer matrimonio. El nuevo Código, al introducir el requisito de mayoría de edad, que mientras tanto se redujo de 21 a 18 años como resultado de una ley del mismo año, muestra una clara valorización del matrimonio como un acto de importancia individual y social que requiere un cierto nivel de discernimiento, aunque con las debidas excepciones.

b) sociedad familiar basada en la plena igualdad entre cónyuges. El nuevo artículo 143 del Código Civil establece que "por matrimonio, el esposo y la esposa adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio se deriva la obligación recíproca de fidelidad, de la asistencia moral y material, de la colaboración en interés de la familia y de la convivencia. Se requiere que ambos cónyuges, cada uno en relación con su propia naturaleza –"*sostanze*" es la palabra empleada- y su capacidad para trabajar profesionalmente o en el hogar, contribuyan a las necesidades de la familia. La figura del jefe de familia, dominante en el antiguo Código, se elimina así, y con ello los conceptos de "poder conyugal" y de "patria potestad".

El nuevo artículo 144 del Código Civil otorga a ambos cónyuges el poder de establecer la residencia y la vida familiares; en caso de desacuerdo, será el juez, si lo solicita cualquiera de los cónyuges, el encargado de arribar a una solución acordada. La patria potestad relativa a los hijos se atribuye a ambos



padres en virtud del artículo 316 del Código Civil. También en este caso se prevé que, cuando surja un conflicto, se pueda recurrir a un juez, quien sugerirá las determinaciones que considere más útiles para los intereses del niño y de la unidad familiar. En caso de que persista el conflicto, el juez otorga el poder de decisión al padre que, de acuerdo con las circunstancias del caso, se considera más adecuado para cuidar el interés del niño.

c) régimen patrimonial familiar de comunidad de bienes -sociedad conyugal-. El artículo 159 del Código Civil establece la sociedad conyugal como el régimen de propiedad legal entre los cónyuges, a menos que estos últimos hayan acordado otra cosa. A esta regla le sigue una serie de disposiciones puntuales en las que el legislador indica los bienes que se considerarán parte de la comunidad de bienes y otros que, por su relación directa con uno de los cónyuges, se consideran bienes personales.

Esta presunción legal debe considerarse para proteger el papel de la ama de casa y su trabajo que, aunque no es materialmente cuantificable, corre el riesgo de que quede desprotegida en el momento de la separación o muerte del cónyuge, privándola de los bienes de la familia que con su trabajo dentro de ella había ayudado a crear.

d) disolución del matrimonio. Hasta la entrada en vigor de la Ley nº 898/1970 sobre la regulación de los casos de disolución del matrimonio - comúnmente conocida como ley de divorcio-, la estabilidad del vínculo matrimonial estaba garantizada en el sistema italiano por el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial. De hecho, el primer párrafo del artículo 149 en el Código Civil de 1942, establecía que "el matrimonio no se disuelve con la muerte de uno de los dos cónyuges". Tras la aprobación de la ley que establece el divorcio, el nuevo artículo 149 formula el precepto del siguiente modo: "el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y en otros casos previstos por la ley".

e) equiparación de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Con vistas a la aplicación de la disposición constitucional del artículo 30 y teniendo en cuenta el rol preeminente que debe asignarse a la dignidad de la persona humana, el nuevo Código Civil establece que: a) a los efectos del reconocimiento, igualar a los hijos adúlteros con los hijos naturales, manteniendo la prohibición únicamente para los hijos incestuosos; b) abolición de la prohibición de investigar la paternidad y la maternidad, manteniéndola en vigor solo para niños incestuosos; c) posibilidad de confiar el hijo natural también al padre casado y



asimismo la posibilidad de una inserción del hijo natural en la familia legítima del padre y d) equiparación completa de hijos naturales con hijos legítimos para sucesiones de herencia.

5.1.2 Reformas posteriores

Aunque la reforma de 1975 ya había producido un duro golpe a las profundas diferencias en el trato entre los hijos naturales y legítimos, es con la Ley nº 219/2012 que se afirma el principio de unicidad del estatus legal del hijo, eliminando así las últimas distinciones residuales. Los principales cambios al Código Civil se realizan por el artículo 1 de la Ley nº 219/2012 que:

a) interviene sobre la disciplina del parentesco, especificando en el art. 74 del Código Civil, que existe un vínculo entre las personas que descienden de la misma estirpe, independientemente de la naturaleza legítima o natural de la filiación (párrafo 1). La redacción, que excluye el parentesco en casos de adopción de personas mayores, está destinada a permitir la creación de relaciones de parentesco entre el hijo natural y la familia del padre. Con los mismos fines, el apartado 4 del artículo 1 de la Ley nº 219/2012 en referencia a la redacción, el artículo 258 del Código establece que el reconocimiento no se limita a producir efectos para el padre que lo llevó a cabo, sino que extiende su efectividad también a todos los parientes de los padres;

b) modifica el artículo 250, quinto párrafo, del Código Civil para moderar la prohibición de reconocimiento de los padres menores de dieciséis años con la posibilidad de que el juez autorice al menor, evaluando las circunstancias y teniendo en cuenta el interés del niño;

c) reformula el artículo 251 del Código Civil, ampliando la posibilidad de reconocimiento de hijos incestuosos. Así, el requisito de la falta de conocimiento, en el momento de la concepción, del vínculo paterno existente entre ellos y la necesidad de la declaración de nulidad del matrimonio del cual se deriva la afinidad se elimina completamente para los padres;

d) reformula el artículo 276 del Código Civil sobre la legitimación pasiva en la solicitud de una declaración de paternidad natural (párrafo 5). La disposición regula el caso -anteriormente no previsto por la ley- en el cual, el padre falleció y faltan sus herederos, también legitimados pasivos con respecto a la demanda. En este caso, el hijo natural puede proponer una acción contra un curador designado por el juez ante quien debe promoverse la sentencia;



e) reescribe el artículo 315 del Código Civil afirmando el principio inspirador de toda la disposición que es que "todos los niños tienen el mismo estatus legal";

f) integra el título del Título IX del Libro I del Código Civil, sobre la responsabilidad parental, en lo que respecta a los derechos y deberes del niño, refiriéndose al nuevo artículo 315-bis del Código Civil. Esta es la disposición que sustituye al anterior artículo 315 y junto con los deberes del hijo hacia los padres -respetar a los padres y contribuir, mientras cohabitán, al mantenimiento de la familia en relación con sus ingresos y sus capacidades-, los derechos paralelos a ser mantenidos, educados, instruidos y asistidos moralmente por los padres, respetando sus capacidades, sus inclinaciones naturales y sus aspiraciones; crecer con la familia y mantener relaciones significativas con los familiares; ser escuchado en todos los asuntos y procedimientos que le conciernen, si tiene 12 años o incluso menos, si es capaz de discernir;

g) introduce el artículo 448-bis al Código Civil, que sustraе a los hijos del cumplimiento de la obligación de proporcionar alimentos a los padres cuando operó la caducidad de la patria potestad y les permite excluirlos, con ciertas excepciones, de la sucesión;

h) deroga las disposiciones sobre la legitimidad de los hijos naturales y prevé la sustitución de las palabras "hijos legítimos" e "hijos naturales", dondequiera que aparezcan en el Código Civil, por la palabra "hijos".

El artículo 2 de la Ley n° 219/2012 también incluía una delegación al gobierno con respecto a la filiación, que sin embargo se retomará recién en la próxima legislatura, con Enrico LETTA como presidente del Consejo, mediante la promulgación del Decreto Legislativo n° 154/2013, vigente desde el 14 de febrero de 2014. Los principales cambios introducidos por el decreto se refieren a:

a) la creación de un único *corpus* común para las relaciones de los padres con los hijos mediante la derogación de artículos 155-bis y 155-sexies, reemplazándolos con los nuevos art. 377-bis y 377-octies. Las nuevas reglas se convierten en una referencia general para todas las disputas de los padres, ya sea separación, divorcio o interrupción de la convivencia entre parejas no unidas por matrimonio;

b) sustitución completa del término "patria potestad" por "responsabilidad parental";

c) modificación del artículo 317-bis del Código Civil, mediante la introducción de la posibilidad de que los ascendientes promuevan acciones



judiciales en caso de que se le niegue mantener contacto significativo con los nietos menores;

d) escuchar al niño se convierte, de hecho, siempre en una obligación en todos los procedimientos judiciales en los que deban adoptarse disposiciones concernientes a él, a menos que el juez considere que está en conflicto con los intereses del niño o que sea manifiestamente superfluo -artículo 336-bis párrafo I, del Código Civil-; por ejemplo en los procedimientos en los que se reconoce un acuerdo parental sobre la custodia del menor cuando tenga doce años o aún menos -artículo 337-octies, párrafo I del Código Civil- o donde el juez debe designar un tutor para el menor -artículo 348, párrafo III del Código Civil-.

e) introducción del instituto de custodia familiar -artículo 337-ter párrafo III del Código Civil- en el caso de que haya una imposibilidad temporal de confiar el niño a uno de los padres.

El camino de la continua adaptación de la legislación italiana a las demandas cambiantes de la sociedad y la conformación continua de los ahora frágiles límites de conceptos como familia y matrimonio, que en época de la codificación eran muy institucionales, obedeció a las presiones de la Unión Europea, provenientes en particular, de otros países europeos en los que las soluciones legislativas se prepararon más rápidamente para situaciones que estaban fuera del enfoque jurídico y cultural italiano cuya dimensión sociológica es notablemente diferente.

Estos modelos legales conocidos por esos otros sistemas jurídicos para regular las relaciones interpersonales llevaron al Parlamento italiano a aprobar la Ley nº 76/2016, también conocida como "ley Cirinnà" por el nombre de su proponente. Esta ley introduce una novedad sustancial al derecho de familia y, en consecuencia, también al derecho civil, en particular a través de los decretos de implementación posteriores, en un área donde hasta ese momento la única forma familiar que había encontrado espacio en Italia era la del matrimonio tal cual estaba consagrado por los arts. 79 y ss. del Código Civil.

El enfoque de esta innovación no puede dejar de leerse a la luz de la controvertida jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - también conocido como Tribunal de Estrasburgo- sobre el tema, y en particular de una condena, por ese entonces reciente, del año 2015 a Italia en el caso "Oliari y otros" por violación del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -CEDH-.



En particular, el Tribunal había declarado en ese caso que el Estado italiano no respetaba la obligación positiva de garantizar el respeto de la vida privada y familiar de los solicitantes -tres parejas homosexuales- al no proporcionar un marco legal que les permita establecer una relación reconocida y protegida por la legislación nacional y, por lo tanto, las obligaciones positivas derivadas del derecho a la privacidad protegido por el artículo 8 del Convenio mencionado anteriormente no estaban tuteladas y ponía a Italia en una insólita lista de los países más injustos en un área vital de los derechos civiles, pese a que la Corte de Casación italiana había fallado a su favor el 15 de marzo de 2012.

Como resultado de la intervención en tal asunto, las posibilidades reconocidas por el sistema legal italiano resultan ser:

- a) el matrimonio,
- b) la unión civil, que regula las uniones entre personas del mismo sexo que adquieren el estatus de civilmente unidas,
- c) convivencia, que concierne a las relaciones que se establecen entre dos personas unidas permanentemente por lazos afectivos de pareja y asistencia mutua moral y material. Sin embargo, la calificación de "conviviente" no constituye un estatus familiar.

Otra innovación normativa que ha tenido lugar en los últimos años se refiere a la llamada ley de "divorcio express" –"breve" en la locución utilizada-, contenida en la Ley nº 55/2015 y que forma parte de las diversas medidas de aceleración relacionadas con la separación y el divorcio destinadas a permitir la negociación asistida y, por lo tanto, el logro de un acuerdo fuera de las salas de audiencias.

La ley hace dos cambios sustanciales:

a) enmienda al artículo 3 párrafo 1, letra "b" nº 2 de la Ley nº 898/1970 de divorcio, y reduce el tiempo para acceder a la separación judicial de 3 años a 12 meses y a las de mutuo consentimiento, en la que solo se requieren seis meses de separación ininterrumpida.

b) modifica el artículo 191 del Código Civil lo que implica la inclusión de la opción de disolución adelantada de la sociedad conyugal, anticipándola, en caso de separación judicial, cuando el presidente del tribunal autoriza a los cónyuges a vivir por separado y en caso de separación por mutuo consentimiento, desde la fecha de la presentación del proceso oral de separación de los cónyuges ante el presidente del tribunal, siempre que sea homologado posteriormente.



Hasta ahora, la sociedad conyugal se disolvía con la sentencia firme de la separación judicial o la homologación del decreto de la separación consensual. Por lo tanto, la enmienda legislativa permite la rápida definición de las relaciones de propiedad entre los cónyuges tenían bajo una asociación legal de comunidad de bienes -sociedad conyugal-.

5.2 Derecho de propiedad

El artículo 832 del Código Civil dice lo siguiente: "El propietario tiene derecho a disfrutar y disponer de las cosas de una manera completa y exclusiva, dentro de los límites y con el cumplimiento de las obligaciones establecidas por el sistema legal".

La disposición, incluida en el Título II, Libro III, completamente dedicada a la propiedad, ofrece innumerables reflexiones sobre las transformaciones sociales y normativas de las que se ha observado el concepto de propiedad y que requieren una lectura necesariamente sistemática.

De hecho, se debe abandonar, como anticipamos en la Introducción, la concepción totalizadora del Código como una fuente única y perfecta de regulación de los institutos ubicados allí. La propiedad ejemplifica este proceso de diversificación de las fuentes y nos obliga a realizar un esfuerzo hermenéutico y sistemático para captar el derecho de propiedad en Italia en sus configuraciones actuales, no solo a la luz del Código Civil sino también de la numerosa legislación especial, y especialmente de la Constitución y la ley europea e internacional.

El primer aspecto a subrayar es el cambio de enfoque que surge de los datos normativos y que se convierte de una perspectiva objetiva a una subjetiva de la ley. Si en el Código de inspiración liberal de 1865 (Banchio, 2014, p. 69) era una propiedad que debía definirse, ahora es el poder del propietario el que encuentra la regulación, de acuerdo con una lógica que ya se usó en la redacción del Código Civil en Alemania -*Bürgerliches Gesetzbuch -BGB-* de 1900.

Esto refleja un alejamiento de la concepción de la propiedad del siglo XIX en favor de un fortalecimiento gradual del papel del individuo, que también encontramos en la segunda parte de la norma, la que designa los límites dentro de los cuales se identifica el ejercicio del derecho. También en este caso se desarrolla una tensa oposición con la legislación anterior, que se ampliará aún más con la promulgación de la Constitución y los artículos de referencia para la cuestión, de modo que el carácter absoluto no puede considerarse más el atributo principal del derecho de propiedad.



Por el contrario, el derecho real por excelencia, codificado en la legislación anterior, ahora tendrá que leerse a la luz de una serie cada vez mayor de limitaciones destinadas a asegurar su armonización entre la ley subjetiva y el interés general. Esta funcionalización de la propiedad, que ya encontramos en la legislación alemana de la época, es aceptada por el Código Civil fascista, ya que estaba bien adaptada a las demandas expresadas en la Carta del Trabajo del régimen de Benito MUSSOLINI.

En particular, la política fascista consideró que la propiedad debía estar dirigida a la producción, con miras a un superior interés del Estado que prevalece sobre el individuo y que la actividad del particular solo trae beneficios en cuanto la organización privada de la producción debe considerarse una función de interés nacional.

Si entonces el Código Civil del '42 ya había hecho una importante reducción de la centralidad de la propiedad privada, tal como fue concebida por la sociedad liberal de la primera mitad del siglo XIX, será con la promulgación de la Constitución que la función social de la propiedad se afirmará como un criterio interpretativo del Código y modelador de la próxima legislación del derecho de dominio.

Si el “Estatuto Albertino” -también llamado Código- (Banchio, 2014, p. 66) había dedicado un solo artículo, el vigésimo noveno, al concepto de propiedad, principalmente para reafirmar su carácter inviolable, la Constitución dedicará cuatro: el artículo 42 a la propiedad en general, el artículo 43 que permite la conservación por sus propietarios originales o la transferencia de ciertas empresas, el artículo 44 que dispone el establecimiento de obligaciones y restricciones a la propiedad privada de la tierra y el apoyo a las propiedades pequeñas y medianas y el artículo 47 que protege las propiedades favoritas: la propiedad de la vivienda, aquella del cultivador directo y la inversión accionaria en los grandes complejos de producción del país.

Es además interesante analizar la ubicación de estos artículos dentro del sistema constitucional: no solo están ubicados en el Título III sobre relaciones económicas que siguen a las secciones anteriores sobre relaciones civiles -Título I- y relaciones ético-sociales -Título II-, sino que incluso dentro del mismo Título III no ocupan una posición central (Artaria, 2012).

El Título que regula las relaciones económicas comienza con la protección ante todo del trabajo, la organización sindical y la iniciativa económica, y solo entonces se dedica a la propiedad. Esto refleja la centralidad del valor de la



persona humana de que el documento constitucional está impregnado, con una visión que apunta a proteger al hombre en primer lugar a partir de los "derechos inviolables" que le son propios como individuos y en relación con las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad -familia, comunidad, estado, etc.-

Los artículos relacionados con la propiedad contenidos en la Constitución se refieren a la noción previa de propiedad establecida en el artículo 832 del Código Civil, pero aportando elementos de novedad fundamental no expresados anteriormente, en particular con referencia a la valoración de la impronta de solidaridad de la propiedad que hoy orienta la interpretación del Código y la acción legislativa.

No constituía una novedad absoluta ya que la Constitución alemana de la República de Weimar de 1919, había enmarcado la propiedad como un bien común e incluso el Código Civil del '42, como vimos anteriormente, tenía la intención de asignarle un papel funcional, aunque vinculado a los intereses de producción y de la empresa sin una referencia explícita a su "función social".

La inclusión de esta última fórmula en el texto constitucional constituye el inicio de una discusión fuertemente ideológica y que, en cumplimiento de un acuerdo entre las diversas fuerzas políticas que conformaron la Asamblea Constituyente, termina por desprenderse de la concepción funcionalista fascista, sellando la legislación con una visión dirigida al bien común. Por lo tanto, las semillas de una nueva Italia se habían plantado, asegurando su crecimiento en líneas firmes capaces de orientar su renacimiento democrático y el desarrollo de la naciente República Italiana (Banchio, 2018b, p. 28).

El concepto de propiedad fue convertido gradualmente ampliándose en una densa red de fuentes internacionales. En primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la que leemos en su artículo 17 que "toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente y nadie será privado arbitrariamente de su propiedad". La disposición se utilizará primero a nivel del Consejo de Europa, durante las discusiones sobre si incluir o no los derechos de propiedad en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -CEDH- y que inicialmente se resolverán en forma negativa.

El clima internacional de la guerra fría en el que se estaba frenando la institución europea para proteger los derechos humanos, con las repúblicas socialistas por un lado y un sistema de economía de mercado por el otro, hizo particularmente difícil alcanzar un acuerdo sobre una definición común de la



institución, así como otros derechos económicos y sociales. Solo más adelante, a través del Protocolo nº 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -CEDH-, encontraremos una referencia a la propiedad -artículo 1-, aunque se prefiere mayormente una fórmula más amplia de "respeto a la propiedad" que una afirmación abierta de una protección de los derechos de propiedad.

Esto último, sin embargo, encuentra espacio en el artículo 1, cuyo segundo párrafo establece que nadie puede ser privado de su propiedad, aunque no se especifica qué se entiende por esta noción, ni tampoco es posible hacerlo analizando el Convenio con una interpretación sistemática. En cualquier caso, el Tribunal ha declarado repetidamente que el concepto de propiedad al que se refiere debe considerarse autónomo de las definiciones contenidas en las leyes nacionales (Banchio, 2018b, p. 29).

Esto significó que encontraron refugio bajo el paraguas del artículo 1 una gama más amplia de derechos que, de otro modo, estarían excluidos del concepto de propiedad según la legislación nacional -como, por ejemplo, propiedad intelectual, buena voluntad comercial y clientela de una empresa profesional, el derecho a la exención de impuestos y contribuciones -si así lo requiere la legislación nacional- el derecho a obtener beneficios sociales, en la medida en que lo prevea la legislación nacional.

El reglamento del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -CEDH- es fundamental para reconstruir el concepto de propiedad, inicialmente regulado solo por el Código Civil, a la luz del dictado constitucional; esto se encuentra en la sentencia 348/2007 del Tribunal Constitucional, que ha consagrado las disposiciones del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -CEDH-, por lo que incluye el mencionado Protocolo nº 1, como norma interpuesta de conformidad con el artículo 117 de la Constitución.

Este último artículo, al vincular el poder legislativo con las restricciones derivadas del derecho comunitario y de las obligaciones internacionales, -conforme la cuarta etapa ya referida del horizonte de historia de la dimensión normológica- provoca un derecho positivo italiano contrario a la interpretación dada por el Tribunal de Estrasburgo del artículo 1 Protocolo nº 1 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -*ECHR* por sus siglas en inglés- que puede ser sancionado como inconstitucional, de acuerdo al *supra* citado artículo 117 de la Constitución.



El derecho de propiedad también está regulado, a nivel de fuentes europeas, por el artículo 17 de la Carta Fundamental de los derechos de la Unión Europea, que asume el mismo valor de los Tratados según el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea luego del Tratado de Lisboa.

El hecho de encontrarse entre las “libertades” y la falta de una referencia a la función social de la propiedad, reemplazado por una alusión más genérica al interés general que no necesariamente trae consigo una impronta de solidaridad que ha llevado a algunos autores a hablar sobre un retorno a la concepción liberal de la propiedad.

Un elemento de novedad de la norma de la Unión Europea se caracteriza por el segundo párrafo, que da cobertura explícita a la propiedad intelectual bajo el ámbito de la protección del dominio otorgada por el artículo 17, párrafo 1. Esto significa que la Unión Europea estará obligada, en este asunto, a la mayor protección que ofrece la Carta de los Derechos Fundamentales con respecto al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -CEDH- y los sistemas legales nacionales de sus países miembro.

En cualquier caso, debe recordarse que, aunque la legislación europea goza de la supremacía supranacional, el alcance de la Carta solo se aplica a las áreas de competencia de la Unión; en las áreas restantes, la legislación nacional y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -CEDH- seguirán siendo aplicables (Banchio, 2014, p. 201).

La convergencia de la protección multinivel de los derechos hacia el modelo del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -CEDH- empuja a los diferentes sistemas jurídicos de los estados miembro, pertenecientes al Consejo de Europa, en dirección a extender la protección ofrecida a la propiedad. La extensa interpretación que da el Tribunal de Estrasburgo del *“Droit au respect de ses biens”* del artículo 1 del Protocolo nº 1, incluyendo cualquier derecho o interés de naturaleza patrimonial a la regulación de objetos de propiedad, que de acuerdo con el sistema legal italiano recibiría una protección diferente, son el resultado de extender el alcance aplicativo de la lógica del derecho de propiedad más allá del Código Civil interpretado constitucionalmente.



6. Ordenamiento europeo y empujes centrífugos hacia la descodificación

Como ya anticipamos, el proceso, por primera vez definido por Natalino IRTI en *"L'età della decodificazione"* (Irti, 1999), en el cual la unidad jurídica representada por el Código Civil monolítico de inspiración liberal es gradualmente desmantelada por la prolífica aparición de leyes especiales con sus propios principios que no están relacionados con el Código.

Como vimos *supra*, las leyes especiales por sí mismas no constituyen una novedad absoluta; lo que cambia es la naturaleza de las mismas, así como su número progresivo. En la era liberal, en la que el sistema giraba en torno al Código Civil, se podían encontrar normas excepcionales, cuya aplicación está limitada por la prohibición de analogía *legis* y analogía *iuris*, y reglas especiales, que no eran más que especificaciones de los principios generales contenidos en el Código Civil.

Se puede decir que la descodificación ya comienza con la promulgación misma del nuevo Código Civil del 42, paralelamente a la difusión del Estado en una cantidad creciente de sectores de la actividad económica. Este Estado protagonista, del cual el modelo fascista se convertirá en portavoz ejemplar, comienza a resaltar los límites de una codificación rígida que, por su naturaleza, no logra prever todos los modelos jurídicos cuya captación repartidora necesitará una nueva cobertura y regulación normológica, con el avance de la actividad estatal en sectores inicialmente inexplorados.

La tendencia centrífuga del sistema se ve acelerada por el paso del estado legal al constitucional con la entrada en vigor del texto constitucional, que reemplaza el centro del sistema -hasta ahora ocupado por el Código Civil- por la Constitución a lo que más tarde se sumarán las directivas europeas y las obligaciones derivadas en los países que son sus miembros.

Para todas aquellas reglas que encuentran protección en el dictado constitucional, el Código Civil se ha desplazado al carácter de una "norma especial", junto con muchas otras de igual naturaleza, pasándose así de un mono-sistema a un poli-sistema que probablemente podría explicarse a la luz de los intereses reflejados en la legislación.

Si el Código liberal de PISANELLI era esencialmente el Código de la burguesía de los terratenientes, dice IRTI, y por lo tanto reflejaba las necesidades de una sola clase social, con la progresiva articulación de las relaciones sociales



y jurídicas, numerosos intereses "específicos" se asoman, requiriendo normas apropiadas capaces de saber interpretar el carácter peculiar (Irti, 1999).

6.1 Derecho del consumidor. El llamado "Código del consumo"

Se pueden encontrar ejemplos de legislación especial, que termina constituyendo un microcosmos de valores y términos técnicos que corresponden al sector regulado, en el Estatuto de los trabajadores, en la ley sobre alquileres y en todas las disciplinas que se encuentran actualmente bajo el título de "Texto Único" o, si se me permite, más atrevidamente "código", que, aunque no lo sean, conservan la fuerza que la voz en el uso del siglo XIX le atribuye. Esta última palabra se usó para incorporar la legislación de protección al consumidor, conocida hoy bajo el título de "Código del consumo".

Emanado del Decreto Legislativo n° 206/2005, el Código de Consumo representa el primer intento de unificación de la materia en el sistema legal italiano, que con el tiempo se enriqueció con numerosas y ocasionales reglas sobre el Derecho del consumidor como una transposición de las respectivas y esporádicas directivas europeas sobre tutela de los consumidores y usuarios.

El Código se compone de ciento cuarenta y seis artículos que devinieron en ciento setenta después de las modificaciones de 2007, divididos en seis partes:

a) la Parte I contiene la enunciación de los derechos fundamentales, como la protección de la salud, la seguridad y la calidad de los productos y servicios, la información adecuada y la publicidad correcta, la educación del consumidor, las relaciones contractuales justas, transparentes y correctas, la promoción y el desarrollo del asociacionismo gratuito a través de ONGs, la prestación de servicios públicos de acuerdo con los estándares de calidad y eficiencia, así como las nociones de consumidores y profesionales,

- b) Parte II: educación e información al consumidor,
- c) Parte III: contratos de consumo,
- d) Parte IV: regulaciones de seguridad del producto y responsabilidad del productor debido a productos defectuosos,
- e) Parte V: normas relativas a las asociaciones de consumidores y métodos alternativos de solución de controversias y
- f) Parte VI: disposiciones finales.



6.2 Derecho societario. Reforma corporativa

Antes de 2003, el derecho societario basado en el Código Civil había sido modificado solo por las regulaciones del sector, como en el caso del Decreto Legislativo n° 58 del 28 de febrero de 1998 que regulaba la conducta de la actividad de las empresas cotizantes, ofreciendo mayores garantías a los ahorristas gracias al aumento de los poderes de la Consob -*Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*-.

La reforma general del derecho societario se lleva a cabo, precisamente, a partir de esta última intervención legislativa y se considera una "finalización natural" de ese decreto para revisar completamente la regulación de las estructuras de gobierno de los tipos societarios codificados hasta ese momento.

El proyecto, tomado por la siguiente legislatura, ve la luz con la aprobación de la Ley Delegada n° 366/2001 y, posteriormente, el Decreto Legislativo n° 6 el 17 de enero de 2003. La normativa reforma en muchos aspectos el Título V del Código Civil, titulado "*Del Lavoro*", que regula las diversas formas que puede adoptar la actividad económica: empleo subordinado, autoempleo y profesiones liberales y, en modo principal, la empresa. También en este caso, como ya sucedió con la propiedad que se describió a partir de la definición de propietario, la empresa se define a partir del empresario en el artículo 2082 del Código Civil.

El Código de 1942 reconoce y regula la actividad de la empresa única, así como la ejercida en forma colectiva que se traduce principalmente -aunque no exclusivamente- en la regulación de las empresas.

El hilo conductor de la innovación legislativa que entró en vigor el 1° de enero de 2004 se encuentra en el impulso hacia una autonomía más acentuada de las partes para regular sus relaciones corporativas, relegando la intervención del legislador y sus reglas, antes obligatorias, a meras disposiciones suplementarias.

Tal como se expresa en la Ley Delegada, el fundamento de toda la reforma se encuentra en la necesidad de alinear la legislación societaria italiana con la normativa, para favorecer la constitución, el crecimiento y la competitividad de las empresas, incluso a través de su acceso a los mercados de capitales interno e internacionales. También tuvo como objetivo su sanción, definir claramente las tareas y responsabilidades de los organismos corporativos, para simplificar la regulación de las empresas, teniendo en cuenta las necesidades de las empresas y el mercado competitivo, ampliando así las áreas de autonomía, pero teniendo



en cuenta los intereses opuestos y, finalmente, creando nuevos instrumentos financieros disponibles para las diversas necesidades de las empresas.

El alcance de la innovación legislativa será más claro al analizar los dos tipos principales de la sociedad, la sociedad anónima -SpA- y la sociedad de responsabilidad limitada -SRL-, que resultan radicalmente modificados.

6.3 Sociedad por Acciones -SpA-

Expresando la necesidad de una marcada autonomía estatutaria, la reforma de la ley relativa a las sociedades anónimas ofrece la posibilidad de adoptar en el estatuto social, además del régimen tradicional, dos sistemas alternativos de administración y control: el dualista, de inspiración alemana y el monista, similar al modelo angloamericano -artículo 2409-octies y ss del Código Civil-.

En la nueva sociedad por acciones, además, existe la posibilidad de recurrir a una amplia gama de instrumentos financieros, que ya no se limitan a la combinación anterior de acciones y bonos, sino que también se extienden a acciones sin voto completo, con un voto limitado a un máximo, o a sujetos particulares o subordinados bajo ciertas condiciones -artículo 2351 del Código Civil-, o con derechos relacionados con los resultados de una actividad específica de la empresa -artículo 2350, párrafo segundo, del Código Civil-, con diferentes derechos en relación con la distribución de beneficios -artículo 2350, primer párrafo, del Código Civil- o la incidencia de las pérdidas -artículo 2348, párrafo segundo, del Código Civil-.

La asamblea de accionistas puede considerarse válidamente constituida y, por lo tanto, puede adoptar las decisiones, también a través de las telecomunicaciones. Del mismo modo, el voto puede expresarse a través de mecanismos de correspondencia, así como para este tipo societario, la asamblea ordinaria de socios en el mismo contexto espacio-tiempo según se interpreta del artículo 2370, cuarto párrafo, del Código Civil.

La reforma también involucró el momento fundacional de la sociedad anónima, incorporando la figura de la sociedad unipersonal, que también encontraremos en la sociedad de responsabilidad limitada, mediante una escritura unilateral de constitución, lo que constituye una excepción a la bilateralidad del acto constitutivo de las figuras societarias. La *ratio* de innovación legislativa, claramente inspirada en Europa, se encuentra en el privilegio de



responsabilidad limitada, un privilegio que el empresario individual ahora también puede disfrutar.

6.4 Sociedad de Responsabilidad Limitada -SRL-

No prevista en los Códigos "preunitarios" (Banchio, 2014, p. 63) -donde hubo una tripartición del mundo societario en los tres subconjuntos de la sociedad en nombre colectivo, la sociedad anónima y la sociedad limitada, ni en los Códigos subsiguientes de 1865 y 1882 (Banchio, 2014, p. 68)- la sociedad de responsabilidad limitada ingresó en el Código Civil italiano solo en 1942 bajo la influencia de las experiencias emergentes de los sistemas jurídicos anglosajón, alemán, francés, portugués y austriaco.

Siguiendo el modelo de la regulación de la sociedad por acciones, había pocas características distintivas capaces de diferenciar la sociedad de responsabilidad limitada, aparte de reglas más flexibles que pueden explicarse a la luz de su imposibilidad de cotizar como una sociedad abierta en el mercado de capital de riesgo y una específica impronta personal fuerte (*intuitu personae*). Su principal característica radicaba en limitar la responsabilidad de los miembros por las obligaciones sociales en la medida de las contribuciones de aporte prometidas y, por lo tanto, mostraba, en este respecto, una completa afinidad con la sociedad anónima, de la que se distinguía por no tener el capital social dividido acciones, sino en "cuotas de participación".

Por lo tanto, la normativa de la sociedad de responsabilidad limitada antes de la reforma de 2003 se caracterizó por un pequeño número de reglas, que se inspiraron en las regulaciones de la sociedad por acciones o se referían directamente a ella con un reenvío directo.

En la Ley Delegada de 2003, el criterio rector de la reforma se encuentra en la búsqueda de un punto de equilibrio, por un lado, entre la ampliación del ámbito de la autonomía contractual en la regulación de las estructuras societarias -y la simplificación de las obligaciones- y, por otra parte, el mantenimiento de una tutela adecuada de los requisitos de protección de la integridad patrimonial de la empresa y de la seguridad de las relaciones jurídicas.

La necesidad se siente más que nunca en un escenario económico italiano que se compone, en su mayoría, de pequeñas y medianas empresas que conforman el 86 % del volumen total de facturación del PBI conformando un núcleo de 759.000 empresas sobre un universo total de 996.000 en 2018



(https://www.bancaifis.it/wp-content/uploads/2018/03/MWPMI_-Marzo-2018_h15.00.pdf).

Estas PMI -*piccole e medie imprese*- se caracterizan por una fuerte estructura personalista, que requieren una regulación de sus propias relaciones que tenga carácter independiente de la de las sociedades anónimas, concebida como el tipo societario característico de las grandes empresas.

La necesidad de elaborar una legislación basada en las necesidades de las PMI se traduce en un cambio de perspectiva: si antes la pertenencia tanto a una sociedad anónima como a una sociedad de responsabilidad limitada no se tenía en cuenta en el ordenamiento jurídico, que tendía a proteger a los acreedores y terceros, ahora -en un ámbito en el que se entiende que ser socio de una sociedad de responsabilidad limitada significa participar cotidianamente del trabajo- las garantías normativas se dirigen todas ellas a los intereses de esta última.

De forma complementaria, podemos encontrar un cambio de paradigma también en lo que se refiere a la autonomía estatutaria: si antes la legislación regulaba en detalle la vida de la sociedad en forma rigurosa e imperativa, luego de la reforma se sostiene que no sólo existen mayores espacios para el carácter supletorio de esta normativa, sino que incluso si no está prevista explícitamente, la norma debe entenderse como supletoria a menos que excluya principios superiores del ordenamiento jurídico italiano.

La autonomía estatutaria, ya reconocible en la normativa de la sociedad por acciones, tiene consecuencias aún más importantes en la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada inclusive, podemos ver que no hay límites a la transferibilidad de los bienes y, siempre y cuando estén sujetos a valuación económica, puede haber empresas con capital societario formado por aportes atípicos o de obras y de servicios.

El Estatuto o contrato social también podrá establecer excepciones al principio de proporcionalidad entre derechos sociales y obligaciones, atribuyendo derechos particulares en relación con la gestión de la sociedad o la distribución de utilidades. En lo que se refiere a la administración, el sistema colegiado tradicional, común a la sociedad anónima, puede sustituir al sistema de administración disociada o conjunta, típico de las sociedades de persona, y también puede establecer excepciones al método colegiado, sustituyéndolo por la consulta escrita a los socios o con el consentimiento expresado por escrito. La asamblea de socios también puede renunciar a la colegialidad y las decisiones de



los socios pueden resultar de una consulta escrita o del consentimiento expresado del mismo modo y hecho llegar a la asamblea.

6.3 Derecho societario europeo

En este renovado panorama -aún en plena formación- se fue creando un nuevo espacio jurídico que incide sobre el derecho societario italiano bajo los impulsos armonizadores de la normativa de la Unión Europea. Aunque no existe un texto único ni “codificación” del derecho societario europeo, se encuentra en los sistemas jurídicos internos de los Estados miembro, que con el tiempo han contribuido a dar forma a las directivas y reglamentos europeos que lo plasman.

Las normas dictadas por la Unión Europea en este ámbito responden a la necesidad de permitir el pleno disfrute de la libertad de establecimiento de las empresas, regulada en el Título IV del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -TFUE-, en todo el territorio de la Unión, en aplicación del derecho a la libertad de empresa que reconoce la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 16.

La técnica legislativa preferida por la Unión Europea en este ámbito, para armonizar la legislación, es imponer requisitos mínimos a las distintas legislaciones nacionales, dejando la posibilidad de ofrecer mayores garantías. La primera Directiva del Consejo data de 1968 y tenía por objeto facilitar el acceso a la información de las empresas.

Desde entonces, se han publicado otras directivas para regular diversos aspectos del derecho societario, como, por ejemplo, las ofertas públicas de adquisición -Directiva 2004/25/CE-, las garantías de los accionistas en el contexto de las fusiones de sociedades anónimas -Directiva 2011/35/UE- y las escisiones - inicialmente Directiva 82/891/CEE, modificada ahora por la Directiva UE 2017/1132-, la información contable -78/660/CEE, 83/349/CEE y 84/253/CEE sustituidas por las Directivas 2013/34/UE y 2006/43/CE-.

Un aspecto interesante, y que vale la pena destacar, es la puesta a disposición de personas jurídicas europeas, que no sustituyen los tipos societarios analizados *supra*, sino que se suman a ellos, ampliando el abanico de las figuras jurídicas que pueden constituirse para el ejercicio de la actividad mercantil en los actualmente veintiocho Estados miembros de la Unión Europea. Ellas son:



6.3.1 Sociedad Europea -SE-

Las normas que regulan la sociedad europea, denominada por su nombre tomado del latín "*societas europaea*", se establecen en el Reglamento CE nº 2157/2001, completado por la Directiva 2001/86/CE, que ha sido incorporada por los Estados miembros con el fin de regular la participación de los trabajadores en la constitución de la Sociedad Europea (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex:32001R2157>).

El Reglamento permite que una sociedad se constituya en territorio europeo como sociedad anónima bajo el nombre de *Societas Europaea* de cuatro formas distintas: fusión propia e impropia, holding, filial y transformación.

a) Fusión entre al menos dos sociedades anónimas de diferentes países de la Unión Europea,

b) creación de una sociedad holding de cartera europea por parte de sociedad por acciones y de responsabilidad limitada de varios países de la Unión Europea, o por parte de una sociedad que haya tenido una filial o sucursal en otro país de la Unión Europea durante al menos dos años,

c) constitución de una filial europea,

d) transformación en sociedad anónima por parte de una sociedad que haya tenido una filial o sucursal en otro país de la UE durante al menos dos años.

Los requisitos para la constitución de una *Societas Europaea* son los siguientes:

a) El domicilio y la sede sociales de la empresa se encuentran en el mismo país de la Unión Europea;

b) la empresa está presente en otros países de la UE o está regulada por otra legislación de la Unión Europea;

c) capital mínimo suscrito de ciento veinte mil -120.000- euros;

d) haber firmado un acuerdo con los trabajadores sobre su participación en los órganos de la empresa y sobre las modalidades de consulta.

Sin embargo, según un informe de la Comisión Europea esta forma jurídica está teniendo dificultades para despegar con éxito (Rescio, 2015). Se registraron escasas 595 Sociedad Europea en veintiuno de los treinta Estados miembro tanto de la Unión Europea como del Espacio Económico Europeo -EEE-, especialmente en la República Checa -Chequia- y Alemania, mientras que hay pocas empresas de este tipo en el sur de Europa. En Italia, los únicos casos registrados son los de dos *Societas Europaea* que abandonan el país de origen en Austria y Alemania,



mientras que no se ha creado ninguna *Societas Europaea* de capital propio en la península italiana (Banchio, 2018b, p. 42).

Entre las ventajas destacadas durante la consulta pública realizada por la Comisión Europea sobre el tema, se señalaban las relacionadas con la imagen europea que aporta la etiqueta *Societas Europaea*, especialmente en países pequeños y otros orientados a la exportación como Alemania; la posibilidad de poder trasladar el domicilio social de una empresa a otro Estado miembro sin recurrir a la liquidación y el carácter supranacional de la *Societas Europaea* que ayuda a no percibir las fusiones transfronterizas o las transformaciones internas del grupo como una "derrota nacional".

Por otra parte, los aspectos negativos que se desprenden de la encuesta se refieren al costo de constitución, a la duración del proceso y a la falta de experiencia al respecto por parte de los operadores del sector (Banchio, 2018b, p. 42).

6.3.2 Sociedad Cooperativa Europea -SCE-

Una vez más, la legislación de referencia es un Reglamento directamente aplicable en los Estados miembros, -el Reglamento CE nº 1435/2003 por el que se aprueba el Estatuto de la sociedad cooperativa europea- y la Directiva 2003/72/CE que regula la participación de los trabajadores, que deberán ser incorporados a nivel nacional por los distintos ordenamientos jurídicos (<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:207:0025:0036:IT:PDF>).

Estos nuevos instrumentos jurídicos permiten a las personas físicas y jurídicas que residen en diferentes Estados miembros crear una Sociedad Cooperativa Europea -SCE-. La nueva empresa tendrá, por tanto, una personalidad jurídica propia que le permitirá desarrollar actividades económicas en todo el mercado europeo.

6.3.3 Agrupación Europea de Interés Económico -AEIE-

La Agrupación Europea de Interés Económico -AEIE- es la forma prevista por la Unión Europea para que las personas jurídicas y los profesionales de diversos países europeos puedan colaborar de forma ágil y conjunta. La característica principal de este instrumento jurídico es que no tiene por objeto perseguir un beneficio, sino que tiende a "facilitar o desarrollar la actividad



económica de sus miembros, mejorar o aumentar los resultados de esta actividad".

7. Conclusión

El Código Civil italiano de 1942, tomado como ejemplo para graficar le fenómeno de la descodificación del derecho, marcó en su momento la cristalización de la etapa histórica de la dimensión normológica ya que unificaba bajo el rotulo de "civil", gran parte del derecho privado, incluyendo puntuamente las subramas laboral, societario y el actual derecho del consumo.

Los prolegómenos del cambio de era fueron marcando el paso del período de derecho "legal" -con normas codificadas- al "constitucional" de principios que se vieron testimoniados en este trabajo con la "constitucionalización" del derecho civil italiano que pasó de norma general a norma especial de los principios constitucionales consagrados en 1948 y luego de los comunitarios que fueron desmontado ese instrumento monolítico de normas cristalizadas a través de un Código, representación específica del momento histórico en que fueron dictados.

El derecho de familia y el derecho real de propiedad sufrieron esas variaciones del modo que graficamos en el trabajo de ambas subramas civiles, al igual que el derecho societario y el derecho del consumidor más fuertemente influidos ambos, además, por las normas europeas que operan como fuerza centrífuga de todos los sistemas jurídicos codificados de la familia del derecho continental europeo.

Esto demuestra nuestra posición de que el derecho es profundamente cultural y va acompañado del tiempo en sentido histórico y es a su vez el tiempo que indica que el preámbulo de lo venidero está en el presente, no solo como transcurso lineal del pasado sino dinámico de cambio y puede ser predictivo del futuro cuando hay indicadores en la realidad actual que así lo permiten.

Durante largo tiempo, como consecuencia de los puntos de partida limitativos, la ciencia jurídica se fue relegando a planteos limitados del saber jurídico que han desconocido que lo "micro" y lo "macro jurídico", lo particular y lo general y, como vimos en la última parte del trabajo, lo local y lo universal, se aclaran recíprocamente y si bien se presentan todavía hoy, como enfoques aislados, la globalización creciente está favoreciendo las visiones de conjunto del sistema jurídico como más "universal" según lo plantea el enfoque tridimensional



(Ciuro Caldani, 1989); que incorpora la posibilidad de compatibilizar esa ontología del Derecho a través del tiempo (Banchio, 2018a).

Si el pensamiento jurídico es una carga de memoria de las doctrinas anteriores, un recuerdo que vuelve a reiterarse, el Derecho queda anclado en un pasado “agrario”, simbolizado en este trabajo con la cristalización codificadora de ramas enteras bajo un mimo *corpus* de normas.

Pero como la dimensión normológica, con su propia dinámica, se va desprendiendo de esa carga “mineral” a la zaga de los cambios sociales, como creemos haber presentado en este trabajo, podemos proponer una estrategia jurídica adecuada que nos permita sostener que el Derecho tiene que “venir” del “por-venir” -y sus normatividades contener no sólo “promesas” de que algo “será”, sino “prescripciones” de algo que debe ser, especialmente para la realización de la justicia de llegada, para un mundo mejor que “debe ser” (Banchio, 2018a).

Solo así será posible que la ciencia jurídica lo coloque a la vanguardia de los cambios y no a la zaga de las fuerzas centrifugas que lo obligan a producir las modificaciones en la formulación de sus normas, como quedó explicado en este trabajo, con el ejemplo de la descodificación de las mismas en el ámbito del derecho privado en el país fundador de nuestro sistema jurídico romano.

8. Bibliografía

Artaria, R. (2012). La proprietà fra Costituzione e carte europee. Università degli studi di Milano Bicocca. Milano, Ciclo 2011/2012. Recuperado de [http://www.treccani.it/enciclopedia/la-forma-Codice-metamorfosi-e-polemiche-novecentesche_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero--Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/la-forma-Codice-metamorfosi-e-polemiche-novecentesche_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero--Diritto)/)

Banchio, P. (2014). *Sistemas Jurídicos Comparados*. Buenos Aires: Perspectivas Jurídicas.

Banchio, P. (2018a). *El tetraedro del Derecho. Aportes para una Teoría General del Derecho Privado Trialista*, inédito.

Banchio, P. (2018b). *Il Codice civile italiano post-1942*. Buenos Aires: Forum Accademico.

Banchio, P. (2018c). *Desarrollos trialistas*. Buenos Aires: Perspectivas Jurídicas.

Ciuro Caldani, M. A. (1989). Filosofía y método del Derecho Comparado. *La Ley*, 1989 (C), 1180-1190.



Ferri, G. B. (1990). *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine ataluni progetti del libro delle obbligazioni*. Padova: CEDAM.

Irti, N. (1999). *L'età della decodificazione* (4° edición). Milano: Giuffrè.

Nivarra, L., Ricciuto, V., Scognamiglio, C. (2017). *Istituzioni di diritto privato* (8° edizione). Torino: Giappichelli.

Rescio, G. (2015). La Società Europea: una società poco amata dagli italiani? Recuperado de <http://elibrary.fondazionenotariato.it/articolo.asp?art=21/2105&mn=3>

Savigny, F. (1977). *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta.

8.1 Fuentes de información

Relazione della Commissione europea al Parlamento e al Consiglio, Applicazione del regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE). Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex:32001R2157>

Decreto Legislativo 30 maggio 2008, n. 108. Recuperado de <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2008/06/17/008G0130/sg>

Panoramica sul mercato italiano. Recuperado de https://www.bancaifis.it/wp-content/uploads/2018/03/MWPMI_-Marzo-2018_h15.00.pdf

Direttiva 2003/72/Ce del Consiglio del 22 luglio 2003 che completa lo statuto della società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:207:0025:0036:IT:PDF>