

**FAMILY LAW COMMISSION
2015 CONGRESS IN VALENCIA
CASE STUDY**

Mary is Catholic. She meets, and falls in love with Ahmed, who is Muslim.

They wish to marry.

- 1. La pareja establece un acuerdo pre-nupcial. Acuerdan utilizar el Consejo de la Sharia para el arbitraje en caso de disputa o de divorcio.**

Para poder responder a esta cuestión de forma correcta, es necesario examinar brevemente la historia del divorcio y de las separaciones en Italia.

Hasta el 1975, el matrimonio en Italia no se fundaba en la paridad de los cónyuges. Antes de la reforma del 1975, en Italia que quiero recordar que es un país católico y la sede del papado, es decir donde se encuentra el Vaticano:

- El adulterio por parte de la esposa era considerado como un delito contra la familia y contra el matrimonio. La Ley distinguía el delito de adulterio cometido por la esposa del delito del de concubinato que perpetraba el marido.
La violación de la fidelidad conyugal que realizaba el marido, para que fuese castigada, tenía que adoptar la forma del concubinato, es decir que existiese una relación sexual habitual con una mujer que no fuese su esposa.
- Además el marido tenía la potestad sobre la esposa y podía fijar de manera exclusiva las actividades y la dirección de la familia.
- En consecuencia, la potestad parental estaba solo en manos del marido/padre.
- A cambio de esto, era deber del marido el mantener económicamente a su mujer, sin considerar la condición económica que su esposa tuviera (incluso administrando su dote) .

En aquel entonces se admitía solo la separación (no el divorcio), la cual se consideraba mas o menos como una sanción conexas a la culpa del cónyuge por haber violado los deberes conyugales (adulterio, injurias graves, etc.). La culpa, como se deduce de lo que he explicado, era diferente entre el marido y la esposa, de acuerdo con la violación de la obligación de la fidelidad (cfr. Art. 150 c.c. 1856).

En el 1970 se promulgo la Ley sobre el divorcio pero en el 1974 se propuso y se llevo a cabo un referéndum para su abrogación. La Ley del divorcio había, efectivamente, causado controversias y una fuerte oposición, en particular por parte de muchos católicos. Hay que recordar que la doctrina católica establece la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Los contrarios al divorcio, para obviar este aspecto, presentaron sus razones, motivando de forma laica sus posiciones. Es decir, separando de la esencia misma del matrimonio el derecho natural del sacramento. Me explico mejor, considerando el matrimonio como un instituto de derecho natural y no como un sacramento religioso.

Los partidarios del divorcio afrontaron su lucha en el sentido y argumentando que se trataba de una ampliación de las libertades civiles. Esto coincidió con una variación del cuadro político nacional, hasta

aquel momento de índole democristiana, con la incorporación de la izquierda. A la victoria del NO en el 1974, le siguieron importantes victorias electorales por parte de los partidos de la izquierda en el 75 y en el 76, que significó la formación de gobiernos que contaron con el apoyo del Partido Comunista Italiano en el 1976 y después en el 1978.

La reforma del 1975 - junto con el divorcio que no considera ya al matrimonio como indisoluble – se basa en la absoluta paridad de los cónyuges, tanto como pareja que como genitores.

En el año **2006**, la legislación cambió de nuevo. Se emana la Ley sobre la **custodia compartida** que modificó tanto las normas del procedimiento de separación y del divorcio como también algunas de mucha más importancia. En primer lugar se fija el principio de la BI-GENITORIA.

Además se concretizaron otras normas como las siguientes:

- **El menor** tiene que mantener una relación equilibrada y continuada con cada uno de sus padres
- **El menor** tiene que recibir de cada uno de sus padres:
 - o Atención
 - o Educación
 - o Instrucción
- **El menor** deberá conservar y mantener relaciones significativas con los abuelos y con sus parientes de cada una de las familias
- Ejercicio conjunto, exclusivo o separado por parte de sus genitores, de la **responsabilidad genitoria**.

Desde el punto de vista económico:

Se ha determinado el criterio de la PROPORCIONALIDAD (que en realidad era ya previsto en los art. 147 c.c. y 148, artículo 1) con una NOVEDAD, que consistía en el TIEMPO DE PERMANENCIA Y DE LAS MODALIDADES DEL CIUDADANO Y DOMESTICAS DE LA DEPENDENCIA (HIJOS), con un tipo de monetización de actividades que con anterioridad no habían sido consideradas.

Con el objetivo de la liquidación de un **cheque para los hijos**, que la Ley define como **perequativo (ecualización)**, es necesario tener en cuenta según la nueva legislación:

1. De las actuales exigencias del hijo;
2. Del nivel de vida que ha disfrutado el hijo durante la convivencia de sus padres;
3. Del tiempo de permanencia que tendrá con cada uno de sus genitores;
4. De los recursos y disponibilidad económica de ambos genitores;
5. Del valor económico de los deberes domésticos y de cuidados que cada genitor debe asumir.

Divorcio breve: Ley n. 55 del 2015

En Italia, excepto en pocos casos, para poder divorciarse es necesario antes obtener la declaración de separación.

La Ley 898 del 1970 preveía que entre la autorización del juez para vivir separados y la demanda de divorcio, tenía que haberse cerrado la causa de separación y también transcurrir un mínimo de **cinco años**. En el 1987 este periodo se redujo a **tres años** y finalmente en el 2015, se ha **reducido a un año en el caso de separaciones judiciales y a seis meses, en el caso de separaciones por mutuo acuerdo**.

En la legislación italiana, los procedimientos de separación y de divorcio, en realidad son dobles. (es decir hay que efectuar todo el procedimiento por separado)

Al procedimiento, la Ley ha querido atribuir una solemnidad particular porque en la audiencia, es necesaria la presencia de ambos cónyuges frente al Presidente del Tribunal. Desde el año 2014, para los divorcios solicitados conjuntamente y de mutuo acuerdo, ya no es necesario acudir al Tribunal: Pero para los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores, o sean incapacitados o inválidos graves o bien no

sean económicamente autosuficientes, el divorcio se puede obtener mediante una declaración conjunta y común ante el Alcalde, que actúa como oficial del Registro Civil del municipio, pudiendo los cónyuges estar asistidos por un abogado.

Para los otros casos como son cónyuges con hijos menores o bien que sea mayores de edad pero que sin que sean económicamente autónomos, se puede obtener tanto la separación como el divorcio a través de un proceso de negociación asistida por al menos un abogado para cada una de las partes. En este caso no es necesario acudir frente a un juez.

Con todas estas premisas, que pienso eran necesarias para comprender la situación en Italia, voy a responder al caso que se plantea del acuerdo pre-matrimonial.

En Italia no son válidos los llamados acuerdos pre-matrimoniales. Las relaciones entre Mary y Ahmed, en consecuencia, se regularían por la Ley italiana, en el caso que los dos tuviesen la ciudadanía italiana.

En el caso que hayan ciudadanía diversas, Mary y Ahmed pueden, tanto antes como después del matrimonio, y de acuerdo con el artículo 30, de la parte segunda de la Ley 218/1995 (Ley D.I.P), elegir la ley que se aplica a su matrimonio.

La elección puede ser entre una de las Leyes de sus respectivas ciudadanía, o incluso otra Ley, por ejemplo la vigente en el país en el cual residen.

En el caso que la Ley que regulara su matrimonio, prevea los acuerdos pre-matrimoniales, es evidente que ambos cónyuges podrán estipular un acuerdo pre-matrimonial.

Sin embargo, existe un problema. ¿Cuál es?

Lógicamente, el de la jurisdicción. Si, el tribunal competente para poder sancionar su separación y posteriormente el divorcio, es un tribunal italiano, el juez deberá aplicar la Ley que han elegido la pareja en el momento de casarse. Probablemente el juez no conocerá dicha Ley, y por lo tanto es obligación de las partes facilitar al juez toda la documentación pertinente.

2. Ahmed informs Mary that his Uncle is an Imam and can arrange their marriage. She leaves the arrangements to him. On the day she goes to a bookshop in London where Ahmed's Uncle carries out the ceremony. Ahmed tells her that they are now married

En Italia existen dos modalidades de matrimonio: el civil y el religioso. Este último tiene efectos civiles. Los matrimonios religiosos, que son reconocidos civilmente por el Estado italiano, son los celebrados frente a **un ministro del culto (sacerdote, pastor, etc.) de una confesión religiosa, siempre y cuando esta fe religiosa haya establecido un acuerdo con el Estado italiano.**

En la actualidad se reconocen civilmente los matrimonios que se celebran frente a un ministro de las siguientes confesiones religiosas: Iglesia católica (matrimonio concordado), Iglesia Valdesa, Unión Italiana de las Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo día, Unión de las Comunidades Hebraicas Italianas, Asamblea de Dios en Italia (ADI), Unión Baptista e Iglesia Evangélica Luterana en Italia. Dichas celebraciones del matrimonio están reguladas por normas específicas que prevén diversas modalidades y documentaciones. En estos casos, el Ministro del culto celebrará el matrimonio después de haber obtenido la autorización del Oficial de Estado Civil (El Registro Civil), a quien le transmitirá el certificado de matrimonio para que este sea escrito y anotado en el relativo registro.

No existe ningún acuerdo entre las organizaciones musulmanas o islámicas en Italia con el Estado italiano para atribuir efectos de carácter civil a los matrimonios celebrados según el rito islámico.

En el derecho civil italiano, el **matrimonio concordatario** es el matrimonio canónico **transcrito**, al que el Estado reconoce efectos civiles. Actualmente está reglamentado por el art. 8 de la Ley n. 121 del 25 de marzo del 1985 y por el art 4 del Protocolo adicional que constituye una parte integrante del acuerdo (Concordato entre el Estado Italiano y la Iglesia Católica??). En ambos casos, ya sea por la forma civil como por la forma concordataria, otorgan a los cónyuges los mismos derechos y deberes. En realidad, por efecto de las Leyes concordatarias, el matrimonio religioso tiene también valor civil si cuando termina la

ceremonia religiosa, el sacerdote que ha oficiado el matrimonio, lee algunos artículos del código civil relativos a los derechos y deberes de los cónyuges y posteriormente, dicho matrimonio se inscribe en el Registro Civil.

La elección del régimen patrimonial de los bienes deberá ser comunicada al párroco que la inscribirá en el certificado del matrimonio. Hay que aclarar que el régimen patrimonial ordinario en Italia es el de la comunión de bienes. Existe evidentemente también el régimen de separación de bienes, que normalmente es la opción de aquellas personas que poseen patrimonio, aunque sea de pequeña entidad.

En el caso específico que no se inscriba en el Registro Civil, el matrimonio, este tendrá solo validez para la Iglesia. Es lo que se denomina el matrimonio canónico.

El matrimonio religioso concordatario y también el solamente religioso, deben celebrarse en la parroquia de pertenencia de uno o de los dos esposos, o bien en aquella que será su parroquia. (es decir en la parroquia del lugar que será su residencia común).

Antes de conceder la autorización para celebrar el matrimonio religioso, la Iglesia Católica, prevé la verificación de la confesión de fe de ambos esposos y también verificar las motivaciones por las que han decidido casarse. Para ello, las parroquias organizan y efectúan cursos y seminarios de preparación al matrimonio, que son gratuitos y a los que los futuros esposos deben obligatoriamente asistir.

Por lo que respecta al matrimonio religioso, es necesaria la presencia de testigos. La Ley prevé dos, pero la tradición permite hasta cuatro. Los testimonios tienen que elegirse y nombrarse al menos, dos meses antes de la fecha del matrimonio.

Los testigos firman la acta del matrimonio junto con los esposos, por lo que se atribuye al acto un carácter legal.

En conclusión, en Italia, Mary y Ahmed podrían solo casarse civilmente, frente a un Oficial del Registro Civil, que puede ser un alcalde, juez o un funcionario del Registro Civil.

3. What difference would it make if Mary and Ahmed travelled to Pakistan for the ceremony?

El sistema judicial del Pakistán se basa en la Common Law Británica y en la Sharia, impuesta en el 2009 en algunos distritos noroccidentales.

El **matrimonio** y más genéricamente, el denominado “*derecho de familia*” en los países islámicos está reglamentado por un código de leyes (qanun) que deriva de la **Sharia**.

El matrimonio islámico es normalmente un instituto conyugal **monoandrico poliginico** (en el que se prevé la poligamia) y también un negocio formal, (acto de autonomía privada en el que son necesarias determinadas modalidades de manifestación).

El matrimonio islámico, a diferencia del matrimonio católico, no tiene **carácter de sacramento**.

Una interpretación coránica, de declinación pakistaní, considera **legítimos los matrimonios entre un hombre musulmán y una mujer cristiana o hebrea, que se efectúan dentro de los límites de Dar al-islam** (concepto de califato que designa los lugares en donde se aplica la ley islámica). Mientras que un matrimonio como el descrito, que se celebre en el Dar al-Kufr (expresión que se utiliza para indicar los territorios de mayoría kafirun, es decir no creyente) serían considerados como makruh tanzihan (ligeramente reprehensible). Un matrimonio celebrado en Dar al-Harb (territorios hostiles) serían makruh tahriman es decir, prohibidos, reprehensibles, próximos al haram, casi na'jaiz, que quiere decir ilegales.

En el Pakistán un Imán habría podido celebrar un matrimonio entre Mary y Ahmed, que sin embargo, no sería válido en Italia, porque se habría celebrado sin las modalidades y las fórmulas previstas para los matrimonios religiosos que el Estado italiano reconoce.

- 4. 3 years later Ahmed announces that he has divorced Mary, through the pronouncement of talaq. He has remarried. Mary is devastated as she doesn't believe in divorce.**

En Italia este tipo de divorcio no tendría ninguna validez. Para la Ley italiana, aunque se hayan casado en el extranjero, deberán haber registrado su matrimonio en Italia. Por lo tanto Mary y Ahmed deben obligatoriamente, separarse para poder posteriormente divorciarse.

5. What if, instead of pronouncing talaq, Ahmed agreed with Mary that there should be no divorce, but they wished to formalise their separation.

El procedimiento correcto en Italia sería el siguiente:

Mary y Ahmed podrían separarse allí donde se encuentren, según la Ley italiana y posteriormente divorciar siguiendo los siguientes procedimientos:

- **Separación de mutuo acuerdo/divorcio con demanda conjunta** (recurso presentado conjuntamente y de mutuo acuerdo al tribunal en el cual declaran de desear la separación, así como señalar sus acuerdos, al menos en los siguientes puntos:
 - o Custodia de los hijos, con la fijación del lugar de residencia, prevalente de los menores y el calendario de las visitas de los menores al genitor que no convive con ellos;
 - o Asignación de la residencia conyugal (el genitor conviviente tiene derecho también en el caso que la casa conyugal sea de propiedad del otro cónyuge, a vivir gratuitamente en la casa conyugal hasta que los hijos menores o mayores de edad que no sean autónomos económicamente, vivirán con dicho cónyuge.
 - o Contribuir al sostén de los hijos, fijando en proporción a los ingresos de los dos cónyuges la cantidad. (Debe considerarse que en Italia solo el 46,1% trabaja, y en las regiones del Sur de Italia, las mujeres ocupadas y con trabajo representan el 30,5%.
 - o Contribuir a la manutención del cónyuge económicamente más débil (En Italia esto corresponde básicamente a la mujer).

- **Separación/divorcio mediante la negociación asistida por dos abogados:** el acuerdo alcanzado con la asistencia de un abogado por cada una de las partes, se presenta a la Fiscalía, que en el caso que no tenga nada que objetar, se envía directamente al Registro Civil para su inscripción.

- **La separación/divorcio frente al Alcalde** (puede efectuarse solo en el caso que sean parejas sin hijos o con hijos mayores de edad y económicamente autónomos, o también en el caso que no se deban realizar transferencias patrimoniales). Según la circular del Ministerio del Interior del 28 de noviembre 2014 se entiende *¿????????“cualquier valoración de carácter económico o financiera en la redacción del acta de competencia del oficial del Registro Civil”*. Dicha circular añade que *“ en ausencia de indicaciones normativas específicas, se excluye del acuerdo frente al oficial del Registro Civil, cualquier cláusula que tenga carácter dispositivo en el ámbito patrimonial como por ejemplo, la utilización de la casa conyugal, el cheque de manutención, y también cualquier utilidad económica entre los cónyuges declarantes”* .

- **Si las partes no se ponen de acuerdo en relación a los puntos que he indicado, pueden solicitar la separación/divorcio judicial**, y será el Tribunal el encargado de autorizarlos a vivir separados y a decidir sobre los hijos, casa y cheque (importe) de manutención.

6 Mary brings proceedings against Ahmed for financial relief. He refers her to the pre-nuptial agreement which contained an agreement that they would refer all disputes between them to arbitration by the Sharia Council.

Supongamos que el juez italiano se encuentre frente a una causa judicial de separación y que deba examinar un *acuerdo pre-matrimonial* estipulado por los cónyuges, que pero no será válido según el derecho italiano. ¿Qué es lo que hará?. Evidentemente no podrá, simplemente, pronunciar una sentencia de separación en base a los acuerdos que han establecido las partes, pero podrá utilizar dichos pactos del acuerdo matrimonial, que aunque no sea válido, servirá como elemento de juicio para valorar si los acuerdos entre las dos partes continúan siendo equilibrados para esa familia.

Hay que evidenciar que actualmente, ni siquiera se consideran validos los acuerdos efectuados en sede de separación y en vista del divorcio. El breve plazo para el divorcio (seis meses si se trata de una separación de mutuo acuerdo) permite hoy en día de hecho, el poder concluir de manera contextual la separación y proponer el divorcio con los mismos acuerdos de la separación.

7. What if the parties were both Jewish, and had obtained a civil divorce, but Ahmed's co-operation was required to obtain a Get.

En el derecho hebreo se puede sostener que el divorcio se tolera, pero se desaconseja, a menos que no sea en casos extremos en los que el rabino no haya podido, de algún modo, llegar a conciliar a los dos esposos.

El divorcio, como el matrimonio, en el derecho hebreo es un contrato. Por lo tanto es necesario el consenso y acuerdo de las dos partes para poder alcanzar el cierre de la cuestión.

Sin embargo, el marido puede conceder el divorcio a su mujer, pero no sucede lo mismo en el caso de la mujer hacia el marido. Según el derecho talmúdico, podría además volverse a casar.

A estas condiciones, se ha remediado en el derecho italiano???, situando al marido en una condición a través de la cual no puede rechazar el divorcio solicitado por parte de su mujer, amenazándolo con penas de prisión e incluso con la fustigación.

El Ghet es un documento de divorcio hebreo. Históricamente, en el hebraísmo, la presentación de un Ghet religiosamente valido por parte de un hombre frente a su consorte, implica el fin de sus deberes y sus derechos conyugales, determinándose en consecuencia, el divorcio.

Según el Talmud, el “agente legal” de una persona tiene la misma autoridad jurídica y responsabilidad del representado, y por lo tanto puede actuar en el Ghet en nombre y por cuenta de su propio cliente.

La convalidación de una sentencia de divorcio obtenida según el Derecho israeliito podría ser contraria al Orden publico (derecho italiano)¿??.

Es un caso que se ha debatido y que ha dividido la jurisprudencia en el Tribunal de Milán, que en el 1991, ha “reconocido” una sentencia de divorcio del tribunal rabínico de Roma, en relación a un matrimonio “hebreo” entre una mujer hebrea con ciudadano italiana y de un hebreo con doble nacionalidad (italiana e israeliita). Por lo tanto para el derecho italiano se le considera como “extranjero”. El marido había solicitado y obtenido de la autoridad competente, según la ley israeliita y de la propia autoridad religiosa (el tribunal rabínico de Roma). En este caso el marido obtuvo de nuevo el estado civil de soltero, ya que su esposa era italiana. Sin embargo, esta recurrió al Tribunal Civil de Milán, con el deseo de obtener de este, según la Ley italiana, el estado civil de soltera.

Las motivaciones de la sentencia, señalan que los jueces de Milán, han considerado el pronunciamiento de la autoridad religiosa de Roma, como simplemente un presupuesto de hecho para poder aplicar el artículo 3, n 2, letra e, de la Ley 898/1970, en base a lo que se dispone que tanto la disolución como el cese de los efectos civiles del matrimonio pueden ser solicitados por uno de los dos cónyuges, en el caso que uno de los cónyuges sea ciudadano extranjero, y haya obtenido en el extranjero la anulación o la

disolución del matrimonio o que haya contraído un nuevo matrimonio en el extranjero. Evidentemente, el Tribunal ha considerado, el no seguir el procedimiento de convalidación (delibacione) de las sentencias extranjeras que, antes de la ley que reformo el sistema italiano de derecho internacional privado, era prevista de los artículos 796 ss del código de procedimiento civil de la Ley del divorcio. De este modo se permite considerar los pronunciamientos de los tribunales rabínicos no como actos de carácter judicial, sino como simples presupuestos de hecho, de los que descende la situación de estado civil como soltero de uno de los dos cónyuges en su propio derecho y que por lo tanto, no serian censurables, según el perfil de su conformidad al orden publico del Estado italiano.

8.- Mary finds out that Ahmed has organised for their son, Bertie, to be circumcised. She objects as she wants Bertie to determine his own religious preferences when he is more mature.

En Italia, en los últimos años, se han producido profundas modificaciones sociales y culturales en las relaciones entre padres e hijos.

DE LA PATRIA POTESTAD A LA POTESTAD GENITORIA HASTA EL 1975

La **patria potestad** era atribuida al *padre*, y consistía en proteger, educar e instruir al hijo menor de edad y cuidar de sus intereses.

DEL 1975 AL 2012

En el derecho italiano, la transición de la patria potestad a la potestad genitoria se ha producido con la **reforma del derecho de familia del 1975**, que **ha equiparado en deberes y en dignidades la figura del padre con la de la madre**, aboliendo además de la patria potestad, la potestad marital.

DE LA POTESTAD GENITORIA LA RESPONSABILIDAD GENITORIA

- **Hasta el 2010**, en el nivel normativo, el término “cuidado”, se entendía genéricamente como la obligación de naturaleza afectiva de los genitores frente a los hijos. Esta aparecía en el artículo. 155 y por lo tanto se refería a los casos de crisis de la pareja genitoria y, a los relativos procedimientos de separación y de divorcio. Además, este término, se refería a los deberes del tutor en el art. 357.

El artículo 316 del código civil afirmaba que los hijos estaban sometidos a la **potestad genitoria** hasta su mayoría de edad, sin que se facilitase en dicho artículo de la ley, una definición de los contenidos que implicaba la potestad.

En consecuencia, la referencia a los artículos 30 Cost y 147 del código civil, se manifestaban como insuficientes, ya que al menos el derecho/deber de manutención no cesaba cuando el menor alcanzaba la mayoría de edad, sino con la autosuficiencia económica, a menos que dicha autosuficiencia económica no fuese posible por la responsabilidad del propio hijo.

Esta estructura jurídica se revelaba como totalmente inadecuada, sobre todo considerando las normativas internacionales. Especialmente la Convención ONU sobre los derechos de los menores, que efectivamente es mucho más rica y articulada por lo que respecta a la función genitoria. Dicha convención, establece por ejemplo el contenido **del derecho a la educación** y el **papel de los genitores como guía de los hijos en sus elecciones de carácter religioso y de la tutela de su derecho a la salud**. Se prevé el **derecho a la escucha del hijo menor de edad**, que evidentemente presupone, por parte de los genitores, el cuidado y la atención de sus hijos y constituye el presupuesto del correcto ejercicio del derecho y del deber a la educación.

- **En el espacio jurídico europeo, se era, por lo tanto, desarrollado el concepto de responsabilidad genitoria**, que se ha introducido en el derecho italiano mediante el Reglamento CE 2201/2001. La definición de responsabilidad parental- a la que el contenido del código italiano demostraba una escasa adecuación, eran varias.
- Los sistemas de responsabilidad genitoria de otros países europeos han sido reformados, armonizando y estructurando los deberes y poderes de los genitores en la perspectiva del interés de los hijos menores de edad, con reformas que contemporáneamente han racionalizado y reforzado e, sistema, articulándolo de forma unitaria.
- Nuestro Tribunal Constitucional, precisamente reclamando el criterio de interés superior de la persona menor de edad, había ya evidenciado como debía ser revisto el contenido de los derechos-deberes atribuidos a los genitores en la prospectiva de la responsabilidad genitoria, que no podía soportar ni incluir diferenciaciones en razón de la existencia del vinculo conyugal o no entre los genitores.

DESDE EL 2012:

- La **Ley del 10 diciembre 2012, n 219**, que ha proclamado el principio de la unicidad del estado civil del hijo, preveía que el legislador delegado pudiese proceder a la *“unificación de las disposiciones que disciplinan los derechos y los deberes de los genitores en relación a los hijos nacidos dentro del matrimonio y también de los hijos nacidos fuera del matrimonio, delineando la noción de responsabilidad genitoria como una función y ejercicio de la potestad genitoria* (art 2, comma 1, letra p).
- En línea con estas previsiones, el **decreto ley del 28 diciembre 2013, n 154**, ha introducido la disciplina de la responsabilidad genitoria y de los derechos y deberes del hijo, que presenta importantes perfiles nuevos respecto al sistema y reglas que existían anteriormente.

Quiero evidenciar que la responsabilidad genitoria existe en todos los casos en los cuales existan hijos, prescindiendo del hecho que estos hayan nacido dentro del matrimonio o fuera del matrimonio.

La responsabilidad genitoria, en consecuencia, ha substituido la vieja potestad de los genitores.

En la actualidad, los derechos y deberes de los hijos y de los genitores se han disciplinado en dos partes diferenciadas del Código Civil.

- o En el artículo 315 al artículo 337 octies
- o Del artículo 143 al 148, que disciplinan en general los derechos y los deberes que nacen del matrimonio, dentro de los cuales emergen aquellos hacia los hijos.

LA RESPONSABILIDAD GENITORIAL

El código no define tal poder-deber, a causa de una elección legislativa, ya que el concepto podrá desarrollarse en relación a la evolución social y jurídica de la sociedad.

- **La responsabilidad genitoria se ejercita de común acuerdo por los genitores.** Siempre de mutuo acuerdo se establece cual será la residencia habitual del menor.
En merito a la duración de la responsabilidad, esta no cesará como consecuencia de la separación, disolución, cesación de los efectos civiles, anulación o nulidad del matrimonio. Puede suceder que

uno de los dos genitores se vea imposibilitado a ejercer la responsabilidad (art. 317) a causa de su lejanía física, incapacidad o por otros motivos. En este caso, la responsabilidad será ejercida exclusivamente por el otro genitor.

- El artículo 316, en el segundo párrafo, dispone que en **caso de diferencias** en el ejercicio de la responsabilidad, **pero sobre en cuestiones de particular importancia**, cada uno de los genitores podrá recurrir, sin formalidades, al juez, indicando los procedimientos que retiene más idóneos. En estos casos, el juez, una vez que ha escuchado a los genitores y también al hijo menor si ha cumplido los doce años o incluso de edad inferior y que tenga la capacidad de discernimiento, efectúa las determinaciones que considera más útiles en el interés del hijo y de la unidad familiar. Sin embargo, si los contrastes entre los genitores permanecen, el juez atribuye el poder de decisión al genitor, que en cada caso, considera como el más adecuado para cuidar y proteger los intereses del hijo.
- El hijo puede haber nacido fuera del matrimonio. Teniendo en consideración que no existen ya diferencias entre hijos nacidos en el matrimonio y aquellos fuera del matrimonio, queda por definir a quien corresponde la responsabilidad genitoria. El cuarto párrafo del artículo 316 establece que el genitor que ha reconocido al hijo, ejerce la responsabilidad genitoria sobre su hijo. Si el reconocimiento del hijo, nacido fuera del matrimonio, ha sido efectuado por los genitores, el ejercicio de la responsabilidad genitoria corresponde a los dos.
- Pero cuando exista un genitor que no ejerce la responsabilidad genitoria, este tiene el derecho de vigilar la instrucción, educación y las condiciones de vida del hijo. De los casos de decadencia o de cesación de la responsabilidad genitoria nos ocuparemos más adelante.
La responsabilidad genitoria se exprime, concretamente, a través de una serie de derechos y deberes que gravan sobre los genitores que ejercen tales responsabilidades. Vamos a resumir dichas responsabilidades:

La Ley 219/2012 y el sucesivo Decreto legislativo 154/2013, incorporan los principios ya sancionados por el artículo 3 de la Convención de New York 1989 sobre los derechos de los niños (art 24 comma II) Y del art 8 de la convención europea de los derechos del hombre que ha modulado los derechos del niño, en el caso de crisis de la pareja genitoria, con el principio de la bi-genitoria.

El artículo 337 ter cc, dispone que la **responsabilidad genitoria va ejercitada por ambos genitores**. En el tercer punto, se prevé expresamente que *“las decisiones de mayor interés para los hijos, relativas a la instrucción, educación, salud y a la elección de la residencia habitual del menor, serán adoptadas de mutuo acuerdo, teniendo en consideración las capacidades, de la inclinación natural y de las aspiraciones de los hijos. En caso de desacuerdos, al decisión corresponderá al juez”*.

Limitándose a las decisiones de cuestión menor o de administración ordinaria, el juez puede establecer que los genitores ejerzan la responsabilidad genitoria de manera separada. En el caso que un genitor no respete las condiciones que ha dictado, el juez podrá valorar este comportamiento para modificar las modalidades de la custodia.

.....
La circuncisión es una práctica que corresponde a la esfera de la libertad religiosa y también a la médica.

En este sentido, por un lado Mary tiene razón en que se espere que Bertie manifieste su propia opinión a este respecto.

Sin embargo, el artículo 14 de la Convención ONU sobre los derechos del niño (New York 20.11.1989), dispone que:

1. Los estados respetan **el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia e di religión.**
2. Los estados respetan **el derecho y los deberes de los genitores**, o bien en el caso de los tutores legales, **de guiar el niño en el ejercicio de mencionado derecho en modo que corresponda al desarrollo de sus capacidades.**
3. **La libertad de manifestar su propia religión o convicciones puede estar sujeta solamente a las limitaciones establecidas por la Ley, necesarias al fin de mantener la seguridad pública, el orden público, la sanidad pública y de la moralidad pública, o bien de las libertades y derechos fundamentales del hombre”**

Se impone a los genitores el derecho y el deber de guiar al niño en el ejercicio del derecho a la libertad de religión.

La circuncisión ha sido definida por el Comité Nacional de Bioética como un “acto de naturaleza medica”. Los actos sobre el propio cuerpo que no tengan una finalidad terapéutica o profiláctica y que puedan producir una invalidez permanente no tienen, generalmente, ninguna legitimación bioética, además de estar prohibidos por el art.5 del vigente Código Civil italiano.

En consecuencia se ha de considerar que la circuncisión femenina no puede retenerse legal bajo ningún perfil, ni ético, ni jurídico. Por el contrario, por sus características específicas de carácter terapéutico o profiláctico, se considera legal la circuncisión masculina. Los pueblos y comunidades que, por su cultura específica, practican el ritual de la circuncisión y en particular la de los recién nacidos de sexo masculino, merecen el reconocimiento pleno de la legitimidad de dicha práctica y, en consecuencia de su plena tutela.

En Italia, *el Comité Nacional de Bioética, considera que “ en cuanto a un acto de naturaleza medica, porque produce una modificación anatómica y funcional del organismo, el de la circuncisión tiene que ser efectuada en el total respecto de las normas de sanidad, higiene y asepsia y obviamente deberá ser efectuada por un médico. Solo en el caso de la circuncisión ritual efectuada a los recién nacidos, considerando la simplicidad de la intervención, algunos miembros del Comité Nacional de Bioética consideran que puede ser efectuada por ministros (de culto), que deberán poseer la adecuada y reconocida capacidad y conocimiento.*

Otros miembros del Comité Nacional de Bioética consideran que para los recién nacidos, la intervención del médico sea imprescindible, para una total tutela de su salud. Entra en la responsabilidad de quien practica la circuncisión, garantizar personalmente la continuación de la asistencia, en el caso que sea necesaria después de la intervención o facilitar indicaciones completas y específicas para que su asistencia pueda ser eficaz.”

Continuando a existir un desacuerdo entre los genitores en relación a la práctica de la circuncisión- que entra, en consecuencia, no solo en el derecho de la libertad religiosa, pero también en el derecho a la salud del menor (y como tal “decisión de mayor interés para los hijos”), los genitores deberán dirigirse al Juez competente, para que provea, habiendo escuchado a los genitores y al menor, a la cuestión.

9.- Mary has registered Bertie to attend a Catholic school. Ahmed would like him to go to a non-religious school.

Continuando el desacuerdo entre los genitores sobre la cuestión de la elección de la escuela, que entra entre las decisiones de “mayor interés para los hijos”, los genitores deberán acudir al Juez competente para que prevea, para que provea, habiendo escuchado a los genitores y al menor, a la cuestión.

10.- What if Mary were a Jehovah's Witness and was adamant that Bertie should never receive a blood transfusion

El rechazo de los Testimonios de Jehová (la Congregación Cristiana de los Testimonios de Jehová ha sido reconocido por el Estado Italiano como una confesión religiosa de acuerdo con el art. 2 L n. 1159/1929 y del artículo 10 RD n 289/1930) a las transfusiones de sangre, que se motiva en virtud a sus propias convicciones religiosas, se si practican en una persona menor de edad por parte del genitor **se activan los procedimientos previstos por el art. 330 y 333 el código civil, con la relativa pronuncia de la ablación de la responsabilidad genitoria , per conducta del genitor perjudicial hacia el hijo.**

Torino, 16 dicembre 2015