

Algunas cuestiones actuales del Derecho de familia

SUMARIO: I. *La evolución del Derecho de familia en los últimos años.*—II. *Tres cuestiones planteadas:* 1. ¿Procede la promulgación de «Códigos de Familia»? A. Razones en pro y en contra. B. Países que han promulgado Códigos de Familia. C. Países que mantienen el Derecho de familia en los Códigos civiles. D. Orientación de la actual reforma española del Derecho de familia.—2. ¿Procede la creación de «Tribunales de Familia»? A. La posición favorable a los Tribunales de Familia en la doctrina extranjera. B. La posición favorable a los Tribunales de Familia en la doctrina española. C. Ensayos realizados en algunos países. D. Posibles orientaciones futuras del Derecho español.—3. ¿Cabe la categoría de los «negocios jurídicos del Derecho de familia»? A. Su admisión en la doctrina extranjera. B. Su admisión en la doctrina española.—III. *Conclusión* (*).

I. LA EVOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA EN LOS ULTIMOS AÑOS

El Derecho de familia es hoy acaso una de las ramas del Derecho civil más sujeta a cambios considerables en sus concretas instituciones e incluso en sus planteamientos generales. Ello no puede, en modo alguno, sorprender: si el Derecho—como afirma el maestro LEGAZ—«es forma de la vida social», y si existe «una correspondencia o correlación entre las formas jurídicas y la estructura social que las sustenta y para la que son dadas» (1), es natural que al variar aquella estructura a impulso de los cambios sociales, la evolución se traduzca, dentro de todo el Derecho, en modificaciones de las formas jurídicas. Pero en el marco concreto del Derecho de familia la proyección de la realidad se acusa de modo más

(*) El presente estudio se ha redactado como aportación al Homenaje a don RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE.

(1) L. LEGAZ LACAMBRA: *Socialización, Administración, Desarrollo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, pág. 113.

intenso. Esta rama está, en efecto, tan ligada a las costumbres y a las concepciones sociales, religiosas e incluso políticas, que por fuerza ha de tener especial sensibilidad para toda evolución que en estas concepciones o en aquellas costumbres se produzca.

De hecho, es fácil observar en el mundo de hoy el fenómeno de la realización de reformas extensas y profundas en las legislaciones positivas sobre Derecho de familia. Dichas reformas se llevan a cabo, en ocasiones, aprovechando la oportunidad de la promulgación de Códigos civiles nuevos; otras veces—las más—por el cauce de leyes que introducen modificaciones sobre la materia en los Códigos vigentes, remozándolos así en esta área, y a veces también—en número, como veremos, creciente—a través de la elaboración de «Códigos de familia», separados ya de los Códigos civiles generales y consagrados a la autónoma regulación de esta rama.

En todo caso, parece poder afirmarse que la reforma del Derecho de familia está en marcha en todo el mundo, mostrándose los legisladores muy activos y las legislaciones muy fluidas. No sin razón hablaba SAVATIER recientemente del «ímpetu renovador» que se manifiesta en el Derecho de familia (2).

Si en el plano legislativo la transformación es visible, en el doctrinal se han producido también cambios considerables y acelerados. De entrada se echa de ver un crecimiento sorprendente en poco tiempo de la bibliografía mundial sobre Derecho de familia. Todavía en 1954 se lamentaba PIÑAR con razón de la relativa penuria de la doctrina sobre esta materia: «Los estudiosos de Derecho privado—escribía—, seducidos por los problemas de tráfico jurídico y por la intensa actividad mercantil de nuestro tiempo, han descuidado un poco el estudio del Derecho de familia, hasta tal punto que la producción bibliográfica sobre esta disciplina puede considerarse de muy escaso volumen en comparación con la dedicada a investigar y exponer las otras ramas e instituciones del Derecho privado» (3). En los cuatro lustros transcurridos desde esta afirmación, el panorama ha cambiado de modo notable.

En la actualidad, en efecto, la bibliografía sobre Derecho de familia ha llegado, dentro y fuera de España, a cotas muy altas por la cantidad y la calidad de los títulos. El profesor GARCÍA CANTERO observaba no ha

(2) «El ímpetu reformador—señalaba—nace de tres fuerzas conjugadas: la transformación de la economía familiar, la dinámica liberadora del individuo, el acercamiento científico a la biología humana. Y todo esto se agiganta hoy en día con una ola de contestación sistemática de las instituciones existentes» (R. SAVATIER: *La evolución actual del Derecho de familia*, traducción de RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, Universidad de Deusto, 1970, pág. 4).

(3) B. PIÑAR LÓPEZ: *La adopción y sus problemas jurídicos*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, pág. 3.

mucho que «nunca, probablemente, como en los momentos actuales, alcanzó el Derecho de familia, en el ámbito de la ciencia jurídica europea, un nivel científico tan elevado» (4). Y el profesor GITRAMA, muy recientemente ha podido señalar «el fulgurante renacimiento actual de los estudios del Derecho de familia», observando que «si el más señero de los precursores de aquel acontecer, el venerado maestro ANTONIO CICU, hubiese vivido hasta nuestros días exultaría en gozo ante el espectacular desarrollo que, especialmente en Europa, han adquirido los estudios jurídicos familiaristas» (5).

Cabría acaso añadir que también fuera de la Europa occidental se manifiesta aquel renacimiento, ya que el mismo es visible, por un lado, en la Europa del Este, a impulsos de las actuales reformas legislativas, traducidas ya en varios «Códigos de familia» socialistas, y, de otro, es perceptible también en Iberoamérica, a impulsos de un extenso movimiento doctrinal sustentado por un número considerable de especialistas, entre los que figuran no sólo los del Derecho de familia clásico, sino los de la naciente disciplina conocida por «Derecho del menor», que adquiere auge creciente en los países iberoamericanos.

La nueva y brillante doctrina mundial de Derecho de familia se va traduciendo en estudios, que unas veces preceden a las reformas legislativas y otras las siguen. En el primer caso, la doctrina crea el clima propicio para las reformas y las impulsa al darles la necesaria base; en el segundo, la doctrina aclara y complementa las reformas al darles interpretación. De una u otra forma, es hoy realmente amplia la bibliografía sobre cada una de las instituciones del Derecho de familia, y especialmente sobre aquellas que resultan más conflictivas por sus problemas prácticos o por la incidencia en ellas de tensiones ideológicas.

El presente estudio no aspira a contemplar ninguna institución determinada ni a señalar—como con su autoridad lo ha hecho recientemente SAVATIER en una obra que ya he mencionado—los factores de la evolución del Derecho de familia en nuestro tiempo. Tampoco pretende presentar un panorama—como lo han hecho algunos autores españoles en artículos también recientes—de las reformas posibles de nuestro ordenamiento (6). El propósito de este trabajo no es otro que el de tocar brevemente tres cuestiones que en el mundo actual se le plantean, entre otras, al Derecho de familia. La primera surge en el plano de la legislación y consiste en decidir si conviene promulgar «Códigos de familia» para la regulación independiente de aquella rama. La segunda aparece

(4) G. GARCÍA CANTERO: *El Derecho de familia y el proceso*, Santiago de Compostela, 1971, pág. 5.

(5) M. GITRAMA GONZÁLEZ: Prólogo al libro de VIDAL MARTÍNEZ, *El hijo ilegítimo*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1974, pág. 17.

en el plano de la jurisdicción y estriba en determinar si procede la creación de «Tribunales de familia». La tercera ha nacido en el plano doctrinal y se centra en saber si cabe aceptar la categoría de los «negocios jurídicos del Derecho de familia».

Distintas entre sí, las tres cuestiones tienen el común denominador de su pertenencia al Derecho de familia y de su actualidad en la hora presente. Por ello me he atrevido a integrarlas en este estudio, que constituye mi modesta aportación al merecido homenaje que los juristas españoles tributan a un privatista tan eminente como don RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE.

II. TRES CUESTIONES PLANTEADAS

1. ¿PROCEDE LA PROMULGACIÓN DE «CÓDIGOS DE FAMILIA»?

A) *Razones en pro y en contra.*—Desde hace algunos años, como ya recordé, la reforma del Derecho de familia se ha encauzado en varios países por la promulgación de Códigos independientes para esta rama del Derecho, que coexisten ahora con los respectivos Códigos civiles generales, de los que, por tanto, ha quedado desglosada la materia familiar, que antes venía en ellos incluida.

Varias son las razones teóricas y prácticas que pueden esgrimirse a favor de la existencia de Códigos de familia. En primer lugar, y para quienes aceptan la autonomía del Derecho de familia, resulta una consecuencia natural la existencia de Códigos independientes (7). La doctrina de Cicu—que tan conocida ha sido en Europa (8), aunque haya

(6) Así, E. FOSAR BENLLOCH: «La norma jurídica y el Derecho de familia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1974, págs. 787 a 859; y B. CAMY: «Ideas para un nuevo Derecho de familia en España», en *Revista de Derecho Privado*, octubre 1974, págs. 799 a 808.

(7) Acoge esta justificación el reciente Código de Familia de Costa Rica, al que luego me referiré, al informar el legislador de que la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea consideró «la circunstancia de que el Derecho de Familia ha cobrado fisonomía propia en los últimos decenios, pasando a formar una disciplina autónoma dentro del Derecho Civil, y con amplios y minuciosos estudios los juristas dedicados a su cultivo, entre los que se cuentan muchos de los más destacados sabios del Derecho, han brindado las bases para reunir en un cuerpo orgánico todo lo referente a la materia de su estudio, separándolo del conjunto tradicional del Derecho civil» (Asamblea Legislativa: *Dictamen de Mayoría Afirmativo sobre el Código de Familia*, en *Alcance* núm. 119, a *La Gaceta*, número 168, San José, Costa Rica, 7 septiembre 1973, pág. 4322).

(8) Sobre la repercusión de la teoría de Cicu en la doctrina europea en general y en la italiana en particular, *vid.* J. BELTRÁN DE HEREDIA: «La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del Derecho de familia», en *Revista de Derecho Privado*, octubre 1965, págs. 820 y ss.

sufrido críticas fundadas (9)—ha podido contribuir al fenómeno de la aparición de los Códigos de familia. Sin embargo, es de observar que donde ese fenómeno se acusa con mayor extensión, como veremos, no es en los países occidentales, cuyos juristas han estudiado ampliamente a Crcu, sino en los países socialistas, cuyos juristas han estado probablemente más ajenos al magisterio del profesor de Bolonia (10).

En la misma línea teórica cabe defender que la conveniencia de desglosar el Derecho de familia de los Códigos civiles es consecuencia de la tendencia doctrinal a la distinción entre los derechos patrimoniales y los extrapatrimoniales (11). Pero es de notar que en los Códigos de familia quedan también normalmente reguladas las relaciones patrimoniales de la familia, como son las referentes al régimen económico del matrimonio o al contenido patrimonial de la patria potestad o de la tutela.

Desde un punto de vista pragmático, y que es acaso el que prevalece en los ordenamientos socialistas, la justificación de los Códigos de familia puede radicar en el deseo de disponer de una fuente formal que, por la naturaleza misma de sus disposiciones, organice de modo directo las instituciones tocantes a los intereses de tipo familiar (12). Tiene, ciertamente, obvias ventajas prácticas desglosar de un Código civil general las instituciones del Derecho de familia en él dispersas e integrarlas en un Código de familia independiente, al que asimismo se lleven, al propio tiempo, otras normas que se refieren a la misma rama y que en

(9) Vid. las de A. HERNÁNDEZ GIL: «El concepto del Derecho civil», Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, págs. 160 a 172; J. JORDANO BAREA: «Derecho civil, Derecho privado y Derecho público», en *Revista de Derecho Privado*, 1963, pág. 875; E. FOSAR BENLLOCH, *op. cit.*, pág. 846; y muy recientemente, J. LÓPEZ MEDEL: *Ciencia Social, Derecho y Sindicalismo*, Madrid, 1975, pág. 92, nota 39.

(10) El profesor GARCÍA CANTERO apunta a este respecto que «la influencia de Crcu acaso pudiera rastrearse en países e ideologías en que, a buen seguro, nunca pudo pensar el maestro italiano», y que «sería curioso comprobar en qué medida, y acaso sin ser plenamente conscientes de ello, los legisladores socialistas han llevado a la práctica algunas de las ideas del maestro italiano sobre la esencia y la sistematización del Derecho de familia» (*El Derecho de familia y el proceso*, cit., págs. 6 y 7).

(11) El profesor LUIS MOISSET DE ESPANÉS, después de observar que «casi toda la labor legislativa de este siglo se encuentra marcada por el sello de la distinción fundamental entre derechos reales y personales», añade: «es cierto que esta división sólo sería válida para los derechos patrimoniales, y por ello en algunos sistemas se ha avanzado más por este camino, desmembrando del Derecho civil el Derecho de familia, que se regula en instrumentos legales separados, o en Códigos de la Familia» (*Notas sobre la metodología del Anteproyecto de Código civil para el Paraguay, y la del Código civil Argentino*, Córdoba [Argentina], 1968, pág. 4).

(12) Cf. W. CZACHORSKI: *Observations préliminaires concernant le droit de la famille*, en el vol. *Introduction aux droits socialistes*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1971, pág. 519.

todos los ordenamientos suelen existir diluidas en leyes especiales y al margen de los Códigos civiles.

Sin embargo, esta política legislativa no deja de ofrecer, a cambio de sus posibles ventajas, riesgos considerables. La ruptura de la unidad del Derecho civil comporta sus inconvenientes (13). Un Código civil general es, por naturaleza, el primer cuerpo legal civil de su país y puede resultar beneficioso para una materia su inclusión en él. Por otra parte, el peligro de envejecimiento de las normas se produce lo mismo si viven dentro de un Código civil que si forman parte de un independiente Código de familia; la prueba es que varios de los Códigos de este tipo promulgados en los últimos años en la Europa del Este han tenido que sufrir ya extensas reformas.

En definitiva, pues, no parece que quepa aceptar hoy por hoy como un axioma la necesidad de elaborar Códigos de familia. A través de los epígrafes siguientes trataré de agrupar algunas de las legislaciones que se han decidido por la promulgación de tales Códigos, frente a las que conservan el Derecho de familia incluido en el Código civil y encauzan la reforma de aquél por el sistema de modificaciones parciales al articulado de éste.

B) *Países que han promulgado Códigos de familia.*—El fenómeno de la promulgación de Códigos independientes para el Derecho de familia se viene dando especialmente desde hace años, como ya apunté, en los países socialistas de la Europa oriental.

En cada uno de aquéllos—según expone CZACHORSKI—, las fuentes formales del Derecho de familia abarcan: en primer lugar, los textos constitucionales del país; en segundo lugar, el Código de la familia o las leyes que hacen su vez, y, por último, las disposiciones complementarias del Código de la familia—como pueden ser, por ejemplo, las referentes al Registro civil—o las procesales relativas a la materia familiar (14). El examen de conjunto de estos ordenamientos ha permitido ya extraer de ellos algunos rasgos comunes (15), que constituyen su concepción general del Derecho de familia y en los que no voy a entrar ahora. Si quisiera, empero, señalar que el hecho de la promulgación de Códigos de la familia no supone necesariamente la ruptura del Derecho civil a los ojos de los mismos juristas del área socialista, entre los cuales se

(13) Vid. en nuestra doctrina, entre otros, A. HERNÁNDEZ GIL: *El concepto del Derecho civil*, cit., págs. 85 y ss., y J. M. PASCUAL QUINTANA: *En torno al concepto del Derecho civil*, Universidad de Salamanca, 1959, págs. 105 a 108.

(14) W. CZACHORSKI, *op. cit.*, págs. 518 a 522.

(15) Vid. W. CZACHORSKI, *op. cit.*, págs. 528 a 535.

sigue postulando, como entre la mayoría de los civilistas occidentales, la unidad del Derecho civil (16).

El cuadro de las legislaciones de la Europa del Este que cuentan con Códigos de familia o leyes equivalentes podría resumirse así:

- La URSS, pionera y modelo de ese bloque, promulgó leyes especiales, como es bien sabido, en 1918 y 1926, modificándolas, sobre todo, en 1944; actualmente cuenta con la Ley de Principios Generales de la Legislación de la URSS y de las Repúblicas Federadas sobre el Matrimonio y la Familia de 27 de junio de 1968 y con los Códigos sobre el Matrimonio y la Familia de las Repúblicas Federadas, cuyo ejemplo representativo es el de la República Federada Rusa, *scilicet kodeks o brakie i semie RSFSR*, de 30 de julio de 1969 (17).
- Yugoslavia dispone de los siguientes textos: la Ley Fundamental Concerniente al Matrimonio de 3 de abril de 1946 (modificada en 1948, 1951, 1955 y 1959); la Ley Fundamental sobre Tutela de 1 de abril de 1947 (modificada en 1959); la Ley sobre Adopción de 1 de abril de 1947 (modificada en 1952), y la Ley Fundamental sobre Relaciones entre Padres e Hijos de 1 de diciembre de 1947 (modificada en 1951, 1956 y 1957).
- Hungría tiene su Ley número IV sobre el Matrimonio, la Familia y la Tutela de la República Popular Húngara de 6 de junio de 1952 (modificada en 1957 y 1960).
- Rumania promulgó su Código de la Familia de la República Popular Rumana de 21 de diciembre de 1953 (18).
- Checoslovaquia promulgó su Código de la Familia por Ley de 4 de diciembre de 1963.
- Polonia tiene su Código de la Familia y de la Tutela de la República Popular Polaca de 25 de febrero de 1964 (19).

(16) Es significativo que WITOLD CZACHORSKI, profesor de la Univesidad de Varsovia y autor del estudio sobre el Derecho de familia en los países socialistas que vengo recogiendo, después de plantear el problema de las consecuencias de la separación de las fuentes formales y la posible ruptura del Derecho de familia, se pronuncia a favor de los partidarios de la unidad, frente a los de la separación y declara que estima justo el tratar las materias de las relaciones familiares como parte del Derecho civil en el sentido amplio del término (*op. cit.*, pág. 525).

(17) Edición soviética: *Iouriditcheskaia Literatura*, Moscou, 1969.

(18) *Vid.* T. R. POPESCU: *Dreptul Familiei Tratat*, Editura de Stat Didactica si Pedagogica, Bucuresti, 1960, vol. I, págs. 11 y ss.

(19) Un estudio de este Código puede verse en G. GARCÍA CANTERO: «El nuevo Código Polaco de la Familia y de la Tutela de 1964», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, junio 1967, y edición separada, Reus, Madrid, 1967.

(20) Se estudia este Código en el artículo sin firma: «El nuevo Código de la Familia de la República Democrática Alemana», en el *Boletín de la Comisión Internacional de Juristas* (Ginebra), diciembre 1967, págs. 14 a 28.

- Alemania del Este promulgó su Código de la Familia de la República Democrática Alemana en 20 de diciembre de 1965 (20); el muy reciente Código Civil de la República Democrática Alemana, aprobado por la Cámara del Pueblo el 19 de junio de 1975 (21), ha venido a afectar parcialmente al Código de la Familia (22).

Recientemente, el número de Códigos de familia pertenecientes a legislaciones socialistas se ha incrementado con otro de un país que, aunque también socialista, no pertenece al área de la Europa oriental: Cuba. El Código de Familia cubano de 1975 ofrece un notable interés porque dentro de su articulado coexisten normas de inspiración doctrinal marxista (que responden a los principios socialistas expresa y solemnemente afirmados en la Exposición de Motivos) con preceptos procedentes del Código civil español (que durante casi un siglo han estado en vigor en aquella isla). Sin entrar ahora en su contenido, señalaré solamente que el nuevo Código de Familia ha sido promulgado por la Ley número 1.289, de 14 de febrero de 1975, firmada por el Presidente, Osvaldo Porticos Torrado, y refrendada por el Primer Ministro, Fidel Castro Ruz, y el Ministro de Justicia, Armando Torres Santrayll (23). Precede al Código un preámbulo, no muy extenso, en el que se resume «el concepto socialista sobre la familia» (24), se hace historia de la elaboración del propio Código (25) y se indica por qué debe éste constituir un texto separa-

(21) Publicado en el folleto: *Volkskammer der Deutschen Demokratischen Republik, Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik*, Berlín den 30. mai 1975. Sobre el transcurso y los resultados de la discusión sobre el nuevo Código civil, la Cámara del Pueblo de la D. D. R. ha publicado también el folleto *Bericht über den Verlauf und die Ergebnisse der Diskussion des Entwurfs des Zivilgesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik*, Berlín, 30. mai 1975.

(22) Vid. el folleto, asimismo editado por la Cámara del Pueblo, *Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom Sindermann Vorsitzender des Ministerrates der Deutschen Demokratischen Republik*, Berlín, mai 1975, pág. 6.

(23) Publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 15 de febrero de 1975, págs. 71 a 86.

(24) «El concepto socialista sobre la familia—expone—parte de la consideración fundamental de que constituye una entidad en que están presentes e íntimamente entrelazados el interés social y el interés personal, puesto que, en tanto célula elemental de la sociedad, contribuye a su desarrollo y cumple importantes funciones en la formación de las nuevas generaciones y, en cuanto centro de relaciones de la vida en común de mujer y hombre, entre éstos y sus hijos y de todos con sus parientes, satisface hondos intereses humanos, afectivos y sociales de la persona» (Gaceta cit., pág. 71).

(25) El Proyecto del mismo fue elaborado por las «Comisiones de Estudios Jurídicos y su Secretariado» y sometido al examen de autoridades oficiales, funcionarios y organismos como la Central de Trabajadores de Cuba, la Federación de Mujeres Cubanas, la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños, la

do (26). El articulado se integra con 166 artículos, distribuidos, como los diversos libros del Código civil español, en títulos, capítulos y secciones. Se abre el articulado con un Título Preliminar destinado a tratar «de los objetivos de este Código» y compuesto de un solo artículo, el 1.º, que señala las materias reguladas y los propósitos de la regulación (27). Se cierra el Código con una disposición transitoria y tres disposiciones finales.

Tras esta visión panorámica de los Códigos de familia del mundo marxista cabe recordar asimismo algunos textos legales del mismo tipo, ya que no de los mismos principios, elaborados en el mundo occidental. En Europa no ha dejado de sentirse la tendencia hacia la agrupación del Derecho de familia en Códigos separados o leyes especiales equivalentes (28), y en Iberoamérica se van haciendo ensayos en esa línea.

Así, en Bolivia quedó ya en 1965 elaborado un «Anteproyecto del Código Boliviano de Familia» (29), dividido en libros, títulos, capítulos

Federación Estudiantil Universitaria de Cuba, la Federación de Estudiantes de la Enseñanza Media, y otros (*loc. cit.*).

(26) Se dice, en efecto, que la importancia que la sociedad socialista confiere a la familia aconseja «que las normas jurídicas relativas a ésta se consignen en texto separado de otras legislaciones y constituyan el Código de Familia» (*loc. cit.*). En un artículo de revista anterior al Código y dedicado al estudio del Proyecto que lo precedió, PERAL COLLADO dice que la familia que existía en Cuba «era una familia monogámica y patriarcal», y después de recordar que «el Manifiesto Comunista proclama que la familia burguesa se funda en el capital y en el lucro privado», afirma: «Iniciado en nuestro país el proceso de construcción de la sociedad socialista, se desarrolla paralelamente la familia socialista sobre la base de la propiedad social de los medios de producción, en la exclusión de la explotación del hombre por el hombre, de las relaciones de imperio y opresión del hombre en la vida familiar y de la desigualdad social entre los cónyuges y entre los hijos» (D. A. PERAL COLLADO: «El Proyecto del Código de Familia», en *Revista Cubana de Derecho*, núm. 8, junio-diciembre 1974, págs. 32 y 33).

(27) «Este Código regula jurídicamente las instituciones de familia: matrimonio, divorcio, relaciones paterno-filiales, obligación de dar alimentos, adopción y tutela, con los objetivos principales de contribuir: al fortalecimiento de la familia y de los vínculos de cariño, ayuda y respeto recíprocos entre sus integrantes; al fortalecimiento del matrimonio legalmente formalizado o judicialmente reconocido, fundado en la absoluta igualdad de derechos de hombre y mujer; al más eficaz cumplimiento por los padres de sus obligaciones con respecto a la protección, formación moral y educación de los hijos para que se desarrollen plenamente en todos los aspectos y como dignos ciudadanos de la sociedad socialista; a la plena realización del principio de la igualdad de todos los hijos» (art. 1.º).

(28) *Vid.* así, respecto de los países nórdicos, L. BLAS ZULETA: «El Código sueco de la Familia», en *Boletín de Información* del Ministerio de Justicia, número 879 (25 de mayo de 1971), págs. 3 a 6.

(29) Publicado en el vol. *Anteproyecto de Código Boliviano de Familia, elaborado por el Comisionado Especial Doctor Hugo Sandoval Saavedra, Sucre-Bolivia*, 1965.

y secciones. Se abre con un Título Preliminar regulador: «Del régimen jurídico de la familia, del parentesco y de la afinidad, de la obligación de alimentos y del patrimonio familiar», siguiendo cuatro libros, referentes, respectivamente, al matrimonio, la filiación, la autoridad parental y tutela y la jurisdicción y los procedimientos familiares. Comprende en total 485 artículos.

En Costa Rica se ha terminado en 1973 el Código de Familia, al que ya he tenido alguna ocasión de referirme (30). Posee un Título Preliminar de «disposiciones generales» y seis títulos, cuyas materias son: matrimonio, paternidad y filiación, autoridad parental o patria potestad, alimentos, tutela y curatela. Abarca en total 228 artículos. Es de notar que al desglosar del Código civil aquellas materias para integrarlas en el nuevo Código de Familia, se han incorporado, en cambio, al Código civil, llenando el hueco otras materias nuevas que se estimaba necesario legislar o reformar.

C) *Países que mantienen el Derecho de familia en los Códigos civiles.*—Si, como acabamos de ver, en varias legislaciones se han promulgado Códigos de familia, en otras muchas la reforma del Derecho de familia—que es algo que hoy está en marcha por doquier—transcurre por cauces distintos. Mencionaré, sin propósitos exhaustivos, algunas.

Hay, en primer lugar, países en los que aquella reforma ha sido llevada a término con ocasión de la promulgación de un nuevo y completo Código civil, dentro del cual vienen reguladas e integradas, como es tradicional, las instituciones del Derecho de familia. Este es el caso de Etiopía y Portugal. En efecto, el Código civil etíope—que fue redactado, como es bien sabido, por el eminente comparatista francés RENÉ DAVID y promulgado el 5 de mayo de 1960—regula el Derecho de familia, con el sucesorio, en el libro II (31). Por su parte, el nuevo Código civil portugués—debido, en buena parte, a los ilustres profesores lusos ANTUNES VARELA y PIRES DE LIMA y aprobado por Decreto-ley de 25 de noviembre de 1966—dedica un libro, el IV, al Derecho de familia (32).

Países hay también en los que al hacerse una amplia reforma del Código civil se ha aprovechado la oportunidad para modificar algunas

(30) Su texto se publicó en el *Alcance*, núm. 119 a *La Gaceta*, núm. 168, *Diario Oficial*, de 7 de septiembre de 1973, págs. 4324 a 4330.

(31) Dicho libro contiene dos títulos, el primero de los cuales es el regulador del Derecho de familia, incluyendo las *liaisons irrégulières*. Abarca el título los artículos 550 a 825.

(32) Sobre el Derecho de familia en este Código, *vid.* P. MARÍN PÉREZ: «El nuevo Código civil portugués», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre 1967, y ed. sep., Reus, Madrid, 1967, págs. 30 a 33.

de las normas del Derecho de familia. Ejemplo destacado en este sentido es Argentina: entre las extensas reformas introducidas al Código civil de Vélez Sarsfield por la Ley 17.711—publicada el 26 de abril de 1968 y debida, en buena parte, al conocido civilista argentino, a la sazón Ministro del Interior de su país, GUILLERMO A. BORDA (33)—hay varias que afectan a instituciones familiares (34).

En diversos países, por último, la reforma del Derecho de familia se viene haciendo por leyes especiales directamente encaminadas a ella y modificadoras parcialmente del Código civil en esa zona. Este es en Europa el caso, por ejemplo, de Francia e Italia.

Por lo que toca a Francia, la reforma del Derecho de familia se viene llevando a cabo por instituciones. Varias e importantes han sido las modificadas a lo largo de los diez últimos años. Así, se han hecho profundas reformas en materias de tutela (35), régimen económico matrimonial (36), adopción (37), patria potestad (38) y filiación (39). En cada uno de estos casos la ley respectiva vino a modificar los artículos del Código civil, variando profundamente su contenido y su sentido. Bien conocidas son, por lo demás, estas reformas, que van dejando sumamente transformado al viejo Código Napoleón.

Por lo que a Italia se refiere, la reforma del Derecho de familia se ha preparado con esmero a través de un elevado número de trabajos —promovidos muchos de ellos por el propio Poder legislativo (40)—y se

(33) Publicada en el opúsculo *Reformas al Código civil (Ley núm. 17.711)*, Víctor P. de Zavalia, editor, Buenos Aires, 1968.

(34) Vid. el folleto del Poder Ejecutivo Nacional: *Significado y alcance de las reformas introducidas al Código civil (Discurso pronunciado por el señor Ministro del Interior Dr. Guillermo A. Borda el 23 de abril de 1968)*, Buenos Aires, 1968, págs. 8 a 13. Según el profesor BORDA, cuyo Discurso constituye seguramente una pieza con valor de interpretación auténtica de la Ley, «muy importantes son también las reformas introducidas en el régimen jurídico de la familia» (pág. 8); afectan aquéllas especialmente al matrimonio y, más concretamente, a los temas de prohibiciones, oposición de los padres, separación y nulidad.

(35) Ley de 14 de diciembre de 1964. Vid., por todos, H., L. y J. MAZEAUD: *Leçons de droit civil*, t. I, 5.^a ed., por MICHEL DE JUGLART, Editions Montchrestien, París, 1972, págs. 633 y ss.

(36) Ley de 13 de julio de 1965. Vid. los MAZEAUD, *op. cit.*, págs. 475 y ss.

(37) Ley de 11 de julio de 1966. Vid., por todos, la obra de C. LAUNAY, M. SOULE y S. VEIL: *L'adoption*, Editions Sociales Françaises, París, 3.^a ed., 1968.

(38) Ley de 4 de junio de 1970. Puede verse mi crónica «La reforma de la patria potestad en el Derecho francés», en *Anuario de Derecho Civil*, 1971, páginas 971 a 992.

(39) Ley de 3 de enero de 1972. Vid. los MAZEAUD, *op. cit.*, págs. 290 y ss.

(40) Vid. la obra *Ricerca sul diritto di famiglia*, Quaderni di Studi e Legislazione, Camera dei Deputati, Roma, 2.^a ed., 2 ts., 1969.

ha consumado con la promulgación de la reciente e importante Ley número 151, de 19 de mayo de 1975 (41), que modifica buen número de artículos del Código civil (42), deroga no pocos (43) e introduce algunos nuevos (44), cambiando también los epígrafes de algunas secciones (45). Algunos de los preceptos reformados son de Derecho sucesorio y su modificación es consecuencia natural de la sufrida por ciertas instituciones familiares. No todas las normas afectadas lo han sido, por supuesto, en igual grado: mientras algunas sólo han sufrido leves retoques, otras han experimentado un cambio profundo. Pero, en conjunto, esta reforma italiana de 1975 es muy importante; por el número de normas a que afecta, por la importancia de los temas que toca y por los cambios de sentido que introduce es acaso una de las reformas del Derecho de familia más interesantes entre las varias que se han realizado o están a punto de realizarse en la legislación comparada. Si su preparación fue precedida, como he observado, de detenidos estudios, no es aventurado predecir que su exégesis será también larga y brillante, prolongándose probablemente a lo largo de los próximos años mediante un alto número de monografías de los civilistas italianos, cuya producción viene siendo tan extensa.

En Iberoamérica, finalmente, no faltan también reformas del Derecho de familia realizadas a través de modificaciones parciales del Código civil. Una reciente, por ejemplo, es la llevada a cabo en México, con ocasión del Año Internacional de la Mujer y justo en su víspera, por el Decreto publicado el 31 de diciembre de 1974, que afecta a varios cuerpos legales de ese país, entre ellos al Código civil federal, en cuyo articu-

(41) Publicada en el folleto *Riforma del diritto di famiglia* (Legge 19 maggio 1975, n. 151), Casa Editrice Stamperia Nazionale, Roma, 1975.

(42) Concretamente, los artículos 45, 51, 81, 84, 87, 89, 90, 100, 107, 111, 117, 119, 120, 122, 123, 128, 129, 139, 140, 143 a 151, 154 a 160, 162 a 165, 167 a 171, 177 a 197, 210, 211, 215, 217 a 219, 232 a 235, 238, 244 a 248, 250 a 254, 256, 258, 261, 262, 264, 269, 270, 273, 274, 277 a 281, 283 a 285, 287 a 290, 293, 297, 301, 303, 310, 315, 317, 318, 320 a 328, 330, 332 a 334, 336, 337, 347, 405, 406, 409, 411, 433, 436, 467, 536 a 538, 540, 542, 544, 548, 565, 566, 571 580 a 585, 692, 696, 737, 738, 740, 741, 2.647, 2.685 y 2.817.

(43) Concretamente, los artículos 118, 121, 152, 153, 189 a 209, 212 a 214, 216, 220 a 230, 259, 260, 271, 272, 275, 319, 331, 338 a 341, 352-3.º, 359, 435, 539, 541, 543, 545 a 547, 574 a 576, 593, 595, 693-3.º, 716, 780, 2.140, 2.832, 2.833 y 2.849.

(44) Así los artículos 129 bis, 143 bis, 143-3.º, 156 bis, 166 bis, 230 bis y 317 bis.

(45) Vid el folleto *Riforma del diritto di famiglia*, cit., págs. 18, 20, 27, 28, 29, 33, 34, 43, 50, 55 y 60.

lado introduce importantes reformas (46), modificando algunas normas (47) y derogando otras (48).

D) *Orientación de la actual reforma española del Derecho de familia.*—No es España de los países que han optado por desglosar del Código civil el Derecho de familia para integrar sus instituciones en un Código independiente. Nuestros juristas se han inclinado siempre, en su mayoría, a mantener unidas en el mismo cuerpo legal las normas correspondientes a las cuatro clásicas ramas del Derecho civil. Y cuando se plantea la posibilidad de alguna escisión, no suele ser referida al Derecho de familia (pese a los diversos estudios doctrinales producidos en torno a su supuesta autonomía), sino más bien a alguna otra parcela, como el Derecho de obligaciones. Así, el maestro GARRIGUES ha formulado la propuesta de que el futuro Derecho privado español se codifique en tres cuerpos legales: un Código civil, un Código de las obligaciones y un Código de Comercio; el Código civil, en este esquema, «comprendería la reglamentación y las instituciones relativas a la persona, la familia, las sucesiones, la propiedad y demás derechos reales»; la opinión de don JOAQUÍN GARRIGUES la comparte hoy el profesor BROSETA (49).

No se ven, ciertamente, razones suficientes para suscitar en nuestro país el tema de la promulgación de un Código de familia. La elaboración de los cuerpos legales de ese tipo ofrece, como ya me esforcé en señalar, inconvenientes reales a cambio de sus posibles ventajas. Integrado el Derecho de familia español en el Código civil desde la misma promulgación de éste—como antes lo estuvo en todos los proyectos oficiales o privados que le precedieron—, esta tradicional adscripción no deja de serle beneficiosa. El Código civil es, después de todo, el primer cuerpo legal y el de más abolengo; BALLARÍN, con expresiva metáfora, lo ha calificado como «la Cámara Alta del Derecho» (50). El solo Título Preliminar del Código civil tiene por sí cierto valor constitucional, que

(46) Un interesante análisis crítico de este Decreto puede verse en el estudio de R. SÁNCHEZ MEDAL: *La reforma de 1975 al Derecho de familia con ocasión del Año Internacional de la Mujer*, México, 1975. Observa el profesor SÁNCHEZ MEDAL que «con el Decreto en cuestión se modifica y adiciona el Código civil en materia de familia de manera tan importante que en realidad constituye un verdadero cambio sustancial del Derecho de familia» (*op. cit.*, pág. 10), y formula serios reparos de índole moral o jurídica a varias de las reformas realizadas.

(47) Así los artículos 162, 164, 165, 168, 169, 174, 175, 259, 260, 267, 273, 282, 284, 287, 288, 322, 323, 372, 418, 423, 490, 569, 581, 582 y 1.368.

(48) Así los artículos 166, 167, 170, 171, 214, 373 y 2.275.

(49) M. BROSETA PONT: *La empresa, la unificación del Derecho y el Derecho mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1965, pág. 250.

(50) A. BALLARÍN MARCIAL: *Derecho agrario*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, pág. 343.

la doctrina ha puesto recientemente de relieve (51). Acaso pudiera suscribirse en España la afirmación que en Argentina ha hecho el profesor BORDA, al decir desde el Gobierno, y en ocasión legislativa solemne, que «el Código civil es más importante que la propia Constitución Nacional» (52). Dejemos, pues, al Derecho de familia dentro de nuestro Código civil. Tanto más cuanto que sin salir de él se le puede poner al día y está ya siendo, de hecho, transformado.

Es, en efecto, notorio que en España está desde hace años en curso la actualización del Código civil por el sistema de reformas parciales. Entre las ya efectuadas, varias han sido de la esfera del Derecho de familia, ya fuera abarcando varias instituciones (recuérdese la Ley de 24 de abril de 1958), ya fuera centrándose en una institución concreta (recuérdese la Ley de 4 de julio de 1970 sobre adopción). La reforma del Derecho de familia está, pues, en nuestro país, como en tantos otros, en marcha. Pero, además, a partir de 1970 se han dado importantes pasos para asegurarla y acelerarla. Así, el 5 de octubre de 1970, el entonces Ministro de Justicia, don Antonio María de Oriol y Urquijo, señaló a la Comisión General de Codificación, como tema de trabajo, entre otros, el estudio de las incidencias que los cambios sociales pueden haber producido en el Derecho de familia y la formulación de la correspondiente propuesta. Y el 22 de diciembre de 1972, el mismo Ministro comunicó al Presidente de la Comisión General de Codificación que para imprimir celeridad al estudio, y haciendo uso de la autorización prevista en las normas reglamentarias de aquel organismo, constituya con carácter temporal en el mismo una Sección Especial para la Reforma del Derecho de Familia (53). Dicha Sección comenzó inmediatamente

(51) *Vid.* M. HERRERO DE MIÑÓN: «Aspectos constitucionales del Título Preliminar del Código civil», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 198 (noviembre-diciembre 1974), págs. 89 y ss.

(52) «Sé que esta afirmación—añade BORDA—parecerá herética a quienes no ignoran que la Constitución es el cimiento de nuestro edificio jurídico, sirve de sustento a nuestras instituciones y, por consiguiente, todas las leyes deben adecuarse a ella y le están subordinadas. Pero ésta, precisamente por ser el vértice del ordenamiento jurídico, está más alejada de la vida cotidiana del hombre. En cambio, el Código civil lo rodea constantemente, es el clima en el que el hombre se mueve y tiene una influencia decisiva en la orientación y conformación de una sociedad» (*Significado y alcance de las reformas*, cit., pág. 5).

(53) Se designaba Presidente de la Sección al de la Comisión General, don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, y Secretario, al de la misma Comisión, don MARCELINO CABANAS. Como Vocales se nombraban a los de Subsección de Derecho civil de la Sección 1.ª (a la sazón, don FRANCISCO BONET, don JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA, don Pío CABANILLAS, don LUIS Díez-PICAZO, don FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ, don AMADEO FUENMAYOR, don PABLO JORDÁN DE URRÍES, don SANTIAGO PELAYO, don ANTONIO REVERTE y el autor de estas notas), más cuatro mujeres juristas (doña BELÉN LANDABURU, doña CARMEN SALINAS, doña CONCEPCIÓN SIERRA y doña MARÍA TELO), que han sido, por cierto, las primeras llamadas a la Comisión de Codificación en la historia centenaria de este organismo. Posterior-

sus trabajos, que se orientaron inicialmente en una triple dirección: la capacidad jurídica de la mujer casada, la filiación y el posible «trasvase» de instituciones familiares forales al Derecho común. Habiéndose pronto advertido que de estas vertientes de trabajo ofrecía especial urgencia la primera, se concentraron en ella las tareas de la Sección, actuando de ponente el profesor Díez-PICAZO, y fruto de estos esfuerzos fue un Anteproyecto de ley, que una vez remitido por el Gobierno como Proyecto a las Cortes y discutido y aprobado en éstas, se convirtió en la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. Ley que, como es notorio, ha constituido un paso importante en el camino hacia la actualización del Derecho de familia español.

Otros pasos serán dados seguramente en un futuro próximo. La filiación, la patria potestad, la tutela..., son, de modo más acusado, materias que exigen hoy regulaciones distintas, al menos en parte, a las que el Código civil les dio en el siglo pasado. No faltan bases ni orientaciones para afrontar el trabajo: las proporcionan los muchos trabajos doctrinales últimamente publicados, las varias e importantes sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros sobre aquellas materias, los avances realizados en la legislación social y en la del Registro civil, las pautas del Derecho comparado y el estímulo de alguna convención europea. Y aunque las materias reformables son realmente delicadas, cabe esperar que sus respectivas reformas, preparadas con serenidad, pongan al Derecho de familia español, sin salir del Código civil, en la línea de las legislaciones más perfectas de la hora presente.

La citada Ley 14/1975 contiene en su Exposición de Motivos, redactada por los profesores HERNÁNDEZ GIL y Díez-PICAZO, algunas palabras que resumen bien la razón de ser y el plan de la reforma del Derecho de familia español: «Las profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad hacen aconsejable y conveniente una revisión del Derecho de familia. Tal propósito, sin embargo, sólo debe acometerse de manera prudente, tras un atento y detenido estudio de las posibles soluciones, un análisis de la realidad y de las necesidades verdaderamente sentidas, con la guía también de los elementos que puede aportar el Derecho comparado y sin desconocer en ningún caso las exigencias éticas que de modo muy particular inciden sobre este sector del Derecho.»

mente se incorporó a la Sección, participando intensamente en la preparación de la Ley de 2 de mayo de 1975, el nuevo Secretario General de la Comisión, don PEDRO GONZÁLEZ BOTELLA.

2. ¿PROCEDE LA CREACIÓN DE «TRIBUNALES DE FAMILIA»?

Cuestión que ha atraído en los últimos años la atención de los especialistas en Derecho de familia y suscitado alguna bibliografía en Europa e Hispanoamérica (54), es la referente a la posibilidad de atribuir a una jurisdicción especial o especializada el conocimiento de los diversos asuntos que perteneciendo al ámbito del Derecho de familia hayan de llegar hasta los Tribunales.

En el plano doctrinal, no faltan autores favorables a la organización de «Tribunales de Familia», ya sea fundidos con los Tribunales o Jueces de Menores, hoy existentes en casi todas las naciones, ya sea coexistiendo con éstos, y ejercitando ambos sus respectivas y diferenciadas competencias.

Resumiré seguidamente algunas opiniones de juristas españoles y extranjeros a este respecto:

A) *La posición favorable a los «Tribunales de Familia» en la doctrina extranjera.*—El procesalista uruguayo ADOLFO GELSI, que dedicó hace años un ensayo al tema, se inclinaba por razones prácticas a «la especialización en materia familiar», afirmando: «No se puede negar, en tal sentido, que los asuntos de familia y de menores forman en todos los países una masa muy importante, tanto por su complejidad como por su cantidad; es difícil que el resto de los asuntos judiciales les superen en número, al menos en forma considerable. La base constante para una pluralidad de Tribunales radica, ante todo, en la existencia de tantos asuntos a resolver, que imponen la existencia de muchos Jueces para atenderlos. En consecuencia, si los juicios de una misma materia son tantos como para absorber totalmente el tiempo de algunos Magistrados, no se ve inconveniente en canalizar la actuación de una parte de los Tribunales que se creen en ese sentido especializado» (55).

No dejaba el profesor GELSI, sin embargo, de señalar algunos problemas que ofrecería la integración de los Tribunales de Familia y de Menores: uno sería el de escoger, a la hora de organizarlos, entre el sistema de Juez único y el de órgano colegiado (56); otro, el de decidir

(54) Vid. A. GELSI BIDART: *Enfoque procesal de la familia*, Montevideo, 1958; G. GARCÍA CANTERO: *El Derecho de familia y el proceso*, Santiago de Compostela, 1971; y G. FEDOU: «La experiencia francesa de la Cámara de la Familia», en el vol. *Cursos de especialización de Jueces Menores*, Instituto Interamericano del Niño - U. N. I. C. E. F., Montevideo, 1973, págs. 93 a 112.

(55) A. GELSI BIDART, *op. cit.*, pág. 22.

(56) Frente a este problema, GELSI pone de relieve las ventajas que, sobre todo en asuntos relacionados con menores, ofrece el tribunal unipersonal, al

si dichos Tribunales habrían de integrarse total o parcialmente con miembros no juristas (57).

En cuanto a la concreta competencia de los posibles Tribunales de Familia, GELSI hacía una enunciación analítica de asuntos pertenecientes al orden familiar, donde incluía: los relativos al estado civil de los miembros (acciones de reclamación o contestación de filiación legítima); los referentes al matrimonio y a la situación de los cónyuges (separación, nulidad, divorcio); los que versan sobre el cumplimiento de los deberes familiares (alimentos, suspensión o pérdida de patria potestad, negativa arbitraria de licencia para el matrimonio, etc.); los nacidos en casos de sustitución de la acción familiar natural (tenencia de menores, derecho de visita, tutela); los referentes a la integración artificial de la familia (adopción, legitimación adoptiva); los complementarios de la capacidad para realizar ciertos actos (enajenación de bienes, procesos de incapacidad, etc.), y los de investigación de paternidad y demás referentes a la filiación ilegítima (58).

En la misma línea favorable a los Tribunales de Familia se ha situado asimismo, más recientemente, el también jurista uruguayo JOSÉ PEDRO ACHARD, quien abiertamente afirma inclinarse «a la nueva solución de hacer una Magistratura especializada para el Derecho de familia» (59).

B) *La posición favorable a los «Tribunales de Familia» en la doctrina española.*—Entre nosotros ha dedicado un ensayo al tema el profesor GARCÍA CANTERO, quien aboga también por la creación de Tribunales especializados. Parte GARCÍA CANTERO de que «la metodología que han de utilizar el intérprete en general, y el Juez en particular, en los procesos del Derecho de familia es muy diversa de la que utilizan en los procesos patrimoniales». «El intérprete—añade—se enfrenta con la norma con una óptica necesariamente diferente de los demás procesos civiles: está o puede estar en juego el estado civil, la capacidad de obrar de la persona en su plena integridad, y no meramente su patrimonio. Ni

serle más fácil a un Juez conocer la personalidad del menor y adoptar medidas inspiradas en criterios de «buen padre de familia» (*op. cit.*, pág. 25).

(57) Ante esta cuestión, GELSI defiende el papel fundamental del Juez-jurista: «Quien garantiza el derecho de la persona que es el menor, como de toda persona, es el Juez-hombre de derecho. El maestro podrá enseñar; el psicólogo comprender mejor el modo de ser del joven; el médico señalar las enfermedades que lo aquejan. El Juez es quien lo coloca en su posición de sujeto de derecho, de persona humana en el conjunto social. Lo que hace falta no es sustituir al Juez por dichos técnicos (en materia no jurisdiccional), sino aprovecharlos justamente en la zona de su aptitud como peritos» (pág. 25).

(58) A. GELSI BIDART, *op. cit.*, págs. 14-16.

(59) J. P. ACHARD: «La adopción», en el vol. *Cursos de especialización de Jueces Menores*, cit., pág. 134.

siquiera cuando se discuten aspectos patrimoniales familiares, la relación jurídica deja de estar adornada de los caracteres que ostenta el Derecho de familia» (60). Aquellas afirmaciones le conducen a otra: «la necesaria especialización del órgano jurisdiccional». No se trata—advierte—de crear una jurisdicción especial, sino de racionalizar la distribución del trabajo, manteniendo el principio de la unidad de jurisdicciones. La existencia de un Juez o Tribunal para todas las cuestiones relacionadas con el Derecho de familia permitiría, a juicio de GARCÍA CANTERO, realizar objetivos como los de ofrecer un criterio sistemático de clasificación a la Ley de Enjuiciamiento Civil y al Código civil; plantear la posibilidad de un proceso especial por razón de la materia; unificar, simplificar y perfeccionar la jurisdicción voluntaria en este campo, y permitir la implantación de la tutela de autoridad, que podría atribuirse al Juez de Familia. Aceptadas estas premisas, GARCÍA CANTERO se pregunta qué órgano de los que actualmente ejercen funciones jurisdiccionales en España convendría especializar en materia familiar. En su opinión, «tanto podrían ser los órganos de la Justicia Municipal como los Jueces de Primera Instancia», y una «problemática tercera vía sería transformar a los actuales Tribunales Tutelares de Menores en Tribunales de Familia, pero ello exigiría alterar sustancialmente la concepción que les ha hecho nacer». «En cualquier caso—concluye—, la especialización del órgano debe ser lograda no sólo a través de un estudio en profundidad de los aspectos civiles, penales, canónicos, procesales, internacionales, etc., sino mediante amplios conocimientos auxiliares de Sociología y Medicina, que hoy resultan imprescindibles en esta rama del Derecho civil» (61).

En una línea similar se ha situado con posterioridad FOSAR BENLLOCH, quien afirma que «la organización del Cuerpo de Jueces Especiales de la Familia sería un engranaje más en la compleja máquina que el Derecho administrativo familiar debería crear para promover el bienestar de la familia», aunque no deja de reconocer las dificultades que la reforma ofrece por los medios materiales que exigiría (62).

C) *Ensayos realizados en algunos países.*—Las razones que se aducen, como hemos visto, en pro de la creación de Tribunales de Familia han pesado ya en algunos ordenamientos positivos y—aunque la mayoría siga atribuyendo el conocimiento de los litigios de la esfera del Derecho de familia a la jurisdicción ordinaria—no faltan los que han agrupado, con mayor o menor amplitud, materias de dicha esfera confiriéndolas

(60) G. GARCÍA CANTERO: *El Derecho de familia y el proceso*, cit., pág. 20.

(61) G. GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, págs. 22-24.

(62) E. FOSAR BENLLOCH: *Notas para una introducción al Derecho de familia*, cit., págs. 1151-1152.

a una jurisdicción especializada, sea ésta o no la de los Tribunales de Menores. No faltan tampoco países en los que el tema está, al menos, en estudio. Aludiré, sin propósitos exhaustivos, a varios de los unos y de los otros.

En Francia, según recientemente ha escrito el doctor GASTON FEDOU, Presidente del Tribunal de Niños y de la Cámara de la Familia de París, «los Tribunales de Familia no han sido establecidos aún por ningún texto legal o reglamentario»; pero «ante la necesidad y ante la presión de un conjunto de factores, se han creado Cámaras de la Familia en el seno de varios Tribunales: la primera nació en Burdeos en 1963, la segunda en Lille en 1965 y la tercera en París en 1969» (63). La competencia de dichas Cámaras, al no estar delimitada por la ley, «varía —dice FEDOU—según la importancia de los Tribunales y los conceptos de los magistrados», pero es relativamente amplia, abarcando en materia civil y penal los asuntos de la esfera familiar relacionados con los niños (64). A la vista de la experiencia de estos órganos, FEDOU concluye que «la delimitación del dominio de la Cámara de la Familia debe estar caracterizada por la elección de las especies, en las cuales la suerte y la orientación del niño exigen una atención especial y un trato particular favorecido por la relación del Juez y del justiciable» (65).

En Italia, donde la figura del Juez tutelar ofrece desde hace años algún relieve (66), la muy reciente e importante reforma del Derecho de familia por la Ley de 19 de mayo de 1975 (a la que ya antes he aludido) conserva en los artículos 337 y 406 del Código civil, que han sido retocados, las facultades que a dicho Juez venían ya atribuidas en materias de patria potestad y *affiliazione*. Uno de los preceptos interesantes incorporados al Código en esta reforma es el nuevo artículo 145, que contempla una hipótesis de intervención del Juez en la familia, disponiendo que, en caso de desacuerdo entre los cónyuges, cada uno de ellos puede pedir sin formalidades la intervención del Juez, quien, oídas las opiniones expresadas por los cónyuges y, si procede, por los hijos que hayan cumplido el decimosexto año, tratará de alcanzar una solución concordada; cuando ésta no sea posible y el desacuerdo concierna a la fijación de la residencia o a otros asuntos esenciales, el Juez, siempre que sea requerido expresa y conjuntamente por los cónyuges, adoptará, en acuerdo no impugnabile, la medida que considere más adecuada a las exigencias de la unidad y de la vida de la familia. La norma

(63) G. FEDOU: *La experiencia francesa de la Cámara de Familia*, cit., pág. 94.

(64) G. FEDOU, *op. cit.*, pág. 102.

(65) G. FEDOU, *op. cit.*, pág. 104.

(66) Sobre el origen del cargo y sus funciones, *vid.* J. M. LETE DEL RÍO: *La responsabilidad de los órganos tutelares*, Valladolid, 1965, pág. 118.

acepta, pues, la intervención del Juez, pero suavizándola al privarla de formalidades y encauzándola hacia una solución aceptable para las dos partes o, de no ser ello posible, hacia una solución de arbitrio judicial en función del interés familiar.

En otros países europeos se estudia la posibilidad de la creación de una jurisdicción especializada de familia (67).

Es acaso, empero, en los países iberoamericanos donde más se ha avanzado por este camino. Los doctores SAJÓN, ACHARD y CALVENTO, especialistas del Derecho del menor y dirigentes del Instituto Interamericano del Niño, después de presentar el actual cuadro de la jurisdicción especializada de menores en Iberoamérica, afirman: «En cuanto a la competencia de los Tribunales de Menores, existen en la legislación de los países americanos dos sistemas. Uno está integrado por aquellos países que le asignan una competencia restringida, referida solamente a los casos de conducta antisocial, abandono material y moral y situaciones de peligro (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México). El otro sistema, de competencia amplia, atribuye a los Tribunales de Menores, además de las materias mencionadas, aquellas cuestiones que tradicionalmente pertenecen al ámbito del Derecho de familia, como adopción, tenencia, guarda, tutela, patria potestad, investigación de la paternidad, etcétera (Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Uruguay y Venezuela). En aquellos países en que además de Tribunales de Menores existen Tribunales de Familia, como en Guatemala, la delimitación de competencia se efectúa atendiendo a los dos sistemas expuestos» (68). Por lo demás, en la mayoría de los países iberoamericanos se han integrado estos Tribunales en el Poder judicial (69).

El reciente Código de Familia de Costa Rica de 1973, al que ya he tenido ocasión de aludir, proclama en su Exposición de Motivos la necesidad de una Magistratura especial como complemento de toda promulgación de un Código de familia y para lograr la perfecta aplicación del mismo (70).

(67) Vid. G. FEDOU, *op. cit.*, pág. 93.

(68) R. SAJÓN, J. P. ACHARD y U. CALVENTO: *Menores en situación irregular (Aspectos socio-legales de su protección)*, Montevideo, 1973, pág. 30.

(69) «La mayoría de los países—informan los Drs. SAJÓN, ACHARD y CALVENTO—, atendiendo al principio de separación de poderes y a la función netamente jurisdiccional de estos tribunales, los han emplazado integrando el Poder Judicial (Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela). Otros países, siguiendo precedentes europeos, han organizado una especie de *justicia administrativa*, ubicándolos en el organismo ejecutivo de asistencia y protección de menores (Bolivia) o dependiendo del Poder central (México), situaciones que pueden suscitar problemas de constitucionalidad» (*loc. cit.*).

(70) Así, la Exposición de Motivos, después de poner de relieve la conveniencia de los «Códigos de Familia», recoge las opiniones que afirman que «al

D) *Posibles orientaciones futuras del Derecho español.*—¿Puede nuestro país llegar a constituir una jurisdicción especializada para el conocimiento de asuntos relativos al Derecho de familia? La tendencia favorable a esa posibilidad no parece estar de momento muy extendida, pero recluta partidarios de manera creciente. Antes he resumido los argumentos aducidos en esa línea por algunos de los todavía escasos, pero autorizados, autores españoles que se han planteado la cuestión. Al margen ya de la pura doctrina civilista, y como detalle muy reciente y sintomático, puedo ahora añadir la conclusión esbozada en este punto por el III Congreso Nacional de la Familia Española. Dicho Congreso, celebrado en Madrid durante el mes de junio de 1975, acordó, en efecto, a propuesta del profesor GARCÍA CANTERO, solicitar «la creación de Jueces o Tribunales de Familia que, salvando la unidad jurisdiccional, tengan competencia para el conocimiento de todos los pleitos civiles de naturaleza familiar».

Cabe acaso observar, sin embargo, que la solicitada creación de Jueces o Tribunales de Familia implicaría una reforma tan trascendental como compleja del Derecho español, que habría de traducirse en buen número de normas orgánicas, sustantivas y procesales. Actualmente, el conocimiento de los asuntos que pueden ser considerados como de Derecho de familia corresponde, según los casos, a la jurisdicción eclesiástica, a la jurisdicción ordinaria (ya a través de la Justicia Municipal, ya de los Juzgados de Primera Instancia) y a la jurisdicción de menores. Reconducir todos o parte de aquellos asuntos a un solo órgano jurisdiccional supone obvios problemas.

Por otra parte, cabe plantearse la duda de si aquel órgano nuevo estaría siempre en mejores condiciones para actuar con acierto: la especialización entraña también sus peligros y en los «procesos familiares» no dejan a veces de incidir cuestiones puramente patrimoniales, del mismo modo que con las instituciones del Derecho de familia se enlazan frecuentemente otras pertenecientes a distintas parcelas del Derecho civil. La atribución de competencia puede ser, pues, delicada.

El tema, con todo, está ya planteado, como hemos visto, en la actualidad jurídica española y cabe suponer que seguirá siendo objeto de ulterior estudio en un futuro próximo, tanto a nivel doctrinal como a nivel ya de posibles trabajos prelegislativos.

promulgarse un Código de Familia debe hacerse con la parte procesal debidamente estructurada, ya que en esta materia debe privar un procedimiento distinto para los otros aspectos del Derecho civil y comercial, y crearse Tribunales especiales de Familia o Jueces de lo familiar, como los hay en otros regímenes». Esta creación, por los problemas que entraña, «es de momento imposible» en Costa Rica, según el propio legislador, y, para no demorar la promulgación del Código de Familia, se ha lanzado éste sin reforma judicial simultánea.

Para una eventual creación de Tribunales de Familia parece preferible concebirlos como jurisdicción especializada que como jurisdicción especial (71). También podría considerarse la posibilidad de transformar y potenciar los actuales Tribunales Tutelares de Menores, convirtiéndolos en esos órganos judiciales de Derecho de familia cuya existencia se ha pedido. Ciertamente es que dichos Tribunales de Menores nacieron con una filosofía diferente y respondiendo a objetivos concretos más limitados, especialmente ligados a la corrección y reforma del menor (72), pero a lo largo del tiempo su intervención en la patria potestad por el ejercicio de la facultad protectora (reconocida en el art. 9.º de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 y traducida en los acuerdos por los que se suspende a los padres en sus derechos de guarda o educación de los hijos en diversos casos previstos en los Códigos civil y penal) ha ido dando algún relieve a estos Tribunales en materia civil y en unos temas concretos de evidente importancia familiar. Se podrá observar que esa competencia, aun limitada, no ha dejado de producir conflictos con la de la jurisdicción ordinaria (73); pero éstos están encauzados y la intervención de los Tribunales Tutelares parece tender a extenderse: a través de los últimos años se han formulado en la doctrina, e incluso se han traducido en trabajos prelegislativos, propuestas para extender la competencia de dichos Tribunales a diversos asuntos en materia de

(71) Cfr. los artículos 31 y 32 de la Ley Orgánica del Estado, que reducen las jurisdicciones especiales a la militar y la eclesiástica. Sobre la unidad jurisdiccional en base a tales normas, vid. P. MARÍN PÉREZ: «La Administración de Justicia en la Ley Orgánica del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, número 152 (marzo-abril 1967), págs. 215 y ss.

(72) Vid. el libro, ya clásico, de E. CUELLO CALÓN: *Tribunales para niños*, Madrid, 1917, y los estudios posteriores, entre otros, de A. BERISTÁIN: *Juristas y psicólogos ante la delincuencia juvenil*, Madrid, 1965; A. SABATER: *Juventud inadaptada y delincuente*, Barcelona, 1965; F. SALINAS QUIJADA: «La delincuencia de menores», en *Nuestro Tiempo*, núm. 161 (noviembre 1967); J. M. NIN DE CARDONA: *En torno al problema de la delincuencia juvenil*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1968; G. DE YBARRA: *Temas del Centro de Estudios del Reformatorio de Amurrio*, Madrid, 1969; J. R. PALACIOS: *Edad, Derecho penal y Derecho tutelar*, Madrid, 1969; F. VIVES VILLAMAZARES: «El proceso especial de los Tribunales Tutelares de Menores», en *Revista de la Obra de Protección de Menores*, junio 1971, págs. 5 y ss.; J. A. MAGAZ SANGRO: «Aumento de la delincuencia juvenil», en el vol. *Día Universal del Niño*, Madrid, 1972, págs. 65 y ss.; J. LÓPEZ ORUEZÁBAL: «Función rehabilitadora de los Tribunales de Menores», en el mismo volumen, págs. 69 y ss., y el reciente libro de L. MENDIZÁBAL OSES: *Introducción al Derecho correccional de Menores*, Instituto de la Juventud, Madrid, 1974.

(73) Vid. el estudio de los profesores E. MADRUGA e I. SERRANO SERRANO: *Competencia de los Tribunales Tutelares de Menores y jurisdicción ordinaria, respecto a medidas previas y provisionales, en casos de separación y nulidad de matrimonio*, Valladolid, 1963.

patria potestad (74), adopción (75), tutela y otras del Derecho de familia (76). Por otra parte, la integración de los Tribunales Tutelares en la jurisdicción ordinaria está prevista en las Bases de la Ley Orgánica de la Justicia contenidas en la Ley 42/1974 (77).

En todo caso, la corriente favorable a la creación de órganos judiciales especializados en Derecho de familia responde a la importancia que hoy se reconoce a esta rama del Derecho civil y a la institución familiar misma, ya que es frecuente que el desarrollo de una rama jurídica se traduzca en el nacimiento de una jurisdicción especializada para ella: recuérdese, por ejemplo, la creación de la Magistratura de Trabajo en España, acorde con el desarrollo del Derecho laboral.

En ese sentido puede ser favorable para la familia disponer de Jueces o Tribunales especializados; pero en consideración también al interés familiar (78) y habida cuenta de que los conflictos que surgen en el interior de la familia son en extremo delicados, parece conveniente que la actuación de esos órganos, si llegan a existir, se reduzca a los casos de intervención imprescindible (79), procurando que en los restantes el

(74) Puede verse mi trabajo «La patria potestad de la madre en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 1957, pág. 532.

(75) Al prepararse la reforma de la adopción llevada a término en 1970, el Proyecto de Ley elaborado por la Comisión General de Codificación y remitido por el Gobierno a las Cortes Españolas había atribuido a los Tribunales Tutelares de Menores la competencia para la declaración del abandono previa a la adopción en ciertos casos; esta atribución fue desechada en la Comisión de Justicia de las Cortes.

(76) Sobre los Tribunales de Menores en general, su naturaleza y posibilidades, *vid.* F. FERNÁNDEZ BLANCO: «Análisis sobre un Derecho especial Tutelar de Menores», en *Revista de la Obra de Protección de Menores*, núms. 138, 151 y 155 (1971-72), y F. VIVES VILLAMAZARES: «La jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores en el ordenamiento procesal español», en el vol. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, Valencia, 1974, págs. 575 a 591.

(77) Sobre aquella integración, *vid.* L. MENDIZÁBAL OSES: «La transformación de las estructuras instrumentales de protección a los menores en función de las innovaciones legislativas», en *Boletín de Información* (Ministerio de Justicia), número 1.024 (25 mayo 1975), págs. 1 a 12.

(78) Sobre la importancia que hoy se atribuye al «interés familiar», *vid.* J. A. DORAL: «El fraude y la defensa del interés familiar en el Código civil», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1974, págs. 555 a 581, especialmente páginas 559 a 562.

(79) La doctrina pontificia a partir de LEÓN XIII da las bases de la lícita intervención del Estado y los límites a la misma, tanto en general como en particular, dentro de la familia. Según observa JOSÉ LUIS GUTIÉRREZ GARCÍA, «el enunciador primero del principio de la intervención del Estado es LEÓN XIII. Nada añaden, en lo sustancial, a este enunciado los papas posteriores. Ni tampoco el Concilio Vaticano II»; la actitud de reserva ante posibles extralimitaciones en el ejercicio de la intervención se advierte en varios pasajes de LEÓN XIII: uno de ellos, relativo a la familia, afirma que «querer que la autoridad penetre a su arbitrio hasta la intimidad de los hogares es un error grave y pernicioso» (*Rerum novarum*, 9, 10). *Vid.* J. L. GUTIÉRREZ GARCÍA: *La concepción cristiana del orden*

conflicto se solucione en la misma esfera interna de la familia y sin rupturas irreversibles. Porque, como recientemente ha escrito MANUEL DE LA CÁMARA, «la familia para sobrevivir necesita mucho más de la medicina preventiva que de la medicina curativa» (80). Y la intervención de un órgano estatal—por excelente que sea—en la familia tiene el peligro de asemejarse no ya a la medicina curativa, sino incluso a la cirugía.

3. ¿CABE LA CATEGORÍA DE LOS «NEGOCIOS JURÍDICOS DEL DERECHO DE FAMILIA»?

En los últimos tiempos, la doctrina civilista ha dedicado alguna atención a la posible integración de diversos actos de la esfera del Derecho de familia en una eventual categoría, que pudiera denominarse «acto jurídico familiar» o «negocio jurídico del Derecho de familia». Veamos brevemente cómo avanza la admisión de esta figura a través de algunos de los autores que la han estudiado.

A) *Su admisión en la doctrina extranjera.*—Ya VON TUHR había observado que «no sólo existen negocios de Derecho patrimonial y hereditario, sino también de Derecho de familia, en la medida en que en esta materia se admite la autonomía del individuo», señalando concretamente que «son negocios jurídicos los esponsales y su disolución, el matrimonio, la impugnación de la legitimidad y del reconocimiento, la instancia por declaración de legitimidad, la adopción...» (81). Y BETTI, por su parte, había tomado en cuenta los negocios de Derecho familiar dentro de su doctrina general sobre el negocio jurídico (82).

Ha sido, empero, en la doctrina argentina donde, a lo largo de los últimos lustros, se han hecho sucesivas e interesantes aportaciones a la configuración del «acto jurídico familiar». Esta posibilidad teórica—que se hallaba esbozada en trabajos de los profesores HÉCTOR LAFAILLE, AL-

social, B. A. C., Madrid, págs. 173 a 179, donde se realiza un iluminador estudio sobre la intervención del Estado según el magisterio moderno de la Iglesia.

(80) «Si la vida familiar evoluciona hacia situaciones gravemente patológicas —añade el ilustre notario y académico—, la enfermedad no tiene, casi nunca, remedio. Los estudiosos del Derecho hemos de conformarnos con buscar soluciones justas para supuestos no queridos, pero irreversibles. En presencia de esos supuestos es lícito afirmar, aunque la frase suene a paradoja, que el Derecho de familia empieza cuando la familia se acaba» (*Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, página 259).

(81) *Derecho civil* (trad. de Ravá), Buenos Aires, 1946-48, tomo II, pág. 165.

(82) *Teoría general del negocio jurídico* (trad. de Martín Pérez), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 212.

BERTO MOLINARIO y HUGO SPOTA—ha sido especialmente desarrollada por el profesor ENRIQUE DÍAZ DE GUIJARRO (83). A juicio de este autor, el acto jurídico familiar es figura con individualidad, aunque haya carecido de formulaciones legales en su enunciado y hubiera estado ausente de las clasificaciones de los actos jurídicos (84). De modo general, «son actos jurídicos familiares—dice—aquellos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares» (85). ¿Qué actos concretos del Derecho de familia serían incluibles en este concepto? El profesor DÍAZ DE GUIJARRO estudia los siguientes (señalando los pros y los contras de la inclusión de cada uno de ellos): los esponsales, el matrimonio, el reconocimiento de hijo legítimo y el de hijo natural, la legitimación, el convenio sobre el cuidado de los hijos, la adopción, la legitimación adoptiva, la emancipación, el convenio sobre el beneficio de la mayor edad, la impugnación del matrimonio, la separación entre cónyuges, la reconciliación, la impugnación de la legitimidad, la impugnación del reconocimiento, la instancia por declaración de legitimidad, el convenio sobre alimentos, la constitución de un peculio profecticio, el nombramiento de tutor, la ordenación de la tutela, las convenciones matrimoniales, las donaciones nupciales, la constitución de la dote y los llamados actos jurídicos familiares innominados (86). En definitiva, a juicio del mismo civilista, se observa todavía en este tema una anarquía de conceptos y una falta de sistematización que hacen «indispensable formular una teoría general del acto jurídico familiar para poder disponer de los principios comunes que rigen su naturaleza, sus categorías, sus características y sus efectos» (87).

Conviene notar, sin embargo, que no toda la doctrina argentina actual acepta la existencia del acto jurídico familiar como una categoría: BORDA, por ejemplo, parece rechazarla tácitamente (88), y MAZZINGUI se opone a ella de modo expreso al afirmar que «el acto jurídico familiar no

(83) En sus ensayos *El acto jurídico familiar y otros estudios*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1960; «Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo 1966, y «Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, tomo VI, págs. 189 y ss.

(84) E. DÍAZ DE GUIJARRO: *El acto jurídico familiar*, cit., pág. 11.

(85) E. DÍAZ DE GUIJARRO: *Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar*, citado, págs. 679 y ss.

(86) E. DÍAZ DE GUIJARRO: *Nuevos aportes*, cit., págs. 212 a 227.

(87) E. DÍAZ DE GUIJARRO: *Nuevos aportes*, cit., pág. 226.

(88) Se abstiene el profesor BORDA, en efecto, de mencionar el acto jurídico familiar e incluso niega ese carácter, concretamente, al reconocimiento de hijo extramatrimonial (*Tratado de Derecho civil argentino. Familia*, vol. II, 3.ª edición, páginas 55-56).

constituye un género diferente, sino que se encuadra en el concepto general de acto jurídico» (89).

En la doctrina italiana reciente, PIETROBON se ha planteado la cuestión de si existen «negocios del Derecho familiar», recogiendo algunas objeciones posibles contra la admisión de los mismos y observando que «es frecuente de la naturaleza negocial del reconocimiento del hijo natural o de la adopción, sobre todo teniendo en cuenta que los efectos de tales actos quedan sustraídos a la disponibilidad de las partes» (90). En definitiva, sin embargo, PIETROBON parece inclinarse a la admisibilidad de aquellos negocios: «Ciertamente—afirma—que el negocio se define como acto de autonomía privada y como regulación, pero sólo en cuanto pone fin, de modo jurídicamente relevante, a un conflicto de intereses. No es necesario, por tanto, que se dirija al futuro: baste pensar que de otro modo no serían negocios los contratos consensuales con eficacia real, en los que el efecto traslativo tiene lugar en el mismo momento en que se fija la regulación de intereses. Para que un acto sea negocio es suficiente que la nueva situación jurídica dependa de un acto libre de autonomía y tenga en él su origen» (91).

B) *Su admisión en la doctrina española.*—En nuestro país, ya en 1959 el profesor GARCÍA CANTERO apuntó la posibilidad de los negocios jurídicos familiares, al afirmar que el matrimonio civil es «un negocio jurídico de Derecho de familia, idéntico a los esponsales, la reconciliación de los cónyuges separados, la adopción del mayor de edad, la emancipación por concesión del padre o de la madre, etc.» (92).

Especial atención ha dedicado al tema posteriormente el profesor Díez-PICAZO, quien a través de un sugestivo estudio (93) ha defendido la posibilidad de construir con carácter general la figura del negocio jurídico familiar. Dicho negocio puede definirse, a su juicio, como «aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar» (94). Dos clasificaciones pueden hacerse de estos negocios: atendiendo a la naturaleza de las relaciones sobre las que el negocio incide, cabe distinguir entre negocios matrimoniales, negocios de filiación y negocios tutelares; atendiendo al contenido del negocio, aparecen claramente

(89) J. MAZZINGUI: *Derecho de familia*, Buenos Aires, 1971, tomo I, pág. 49.

(90) V. PIETROBON: *El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. y notas de Mariano Alonso Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 679.

(91) V. PIETROBON, *op. cit.*, pág. 681.

(92) G. GARCÍA CANTERO: *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pág. 31.

(93) L. Díez-PICAZO: «El negocio jurídico del Derecho de familia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, junio 1962 y ed. separada.

(94) L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 12 de la ed. separada.

deslindados los negocios que versan sobre el estado civil y condición de las personas, los negocios que versan sobre la vida en común de los miembros de la familia y los negocios de contenido económico (95). En base al Derecho español, los actos jurídicos a los que, según Díez-PICAZO, cabe concretamente conferir la calificación de negocios jurídicos familiares son: la promesa de matrimonio o esponsales de futuro; el matrimonio; el acuerdo de los padres para proveer al cuidado de los hijos, al amparo del artículo 71 del Código civil; el reconocimiento de hijo natural; el convenio que entre el deudor y el acreedor de una obligación de alimentos se celebre respecto a su cuantía, reducción, aumento o forma de prestarlo; el acto de constitución de un peculio profecticio; la adopción; la disposición del padre o de la madre por la que se nombran tutor y protutor a los hijos menores o incapacitados y se establece, dentro de los límites legales, la ordenación de la tutela; los acuerdos y disposiciones del Consejo de Familia proveyendo a la misma ordenación; la emancipación por concesión del padre o de la madre; la concesión del beneficio de la mayor edad por el Consejo de Familia; el contrato de bienes con ocasión del matrimonio; las donaciones nupciales y el acto de constitución de la dote (96).

¿Hasta qué punto va penetrando la figura del negocio jurídico del Derecho de familia en la doctrina civil española? A nivel de las obras generales no parece haber todavía unanimidad en la admisión de dicha figura, aunque se tienda, siquiera sea incidentalmente, a darla por existente. Así, BONET RAMÓN (97) y CASTÁN TOBEÑAS (98) mencionan los *negocios familiares* como contrapuestos a los *patrimoniales*, y PUIG PEÑA (99) y ESPÍN (100) exponen la distinción entre *negocios personales* y *patrimoniales* (en el primer concepto cabe incluir, y así lo hace ESPÍN expresamente, las relaciones familiares). Por su parte, PUIG BRUTAU recoge las ideas de Díez-PICAZO sobre los caracteres de los negocios jurídicos de familia y acepta con él que éstos tienen su contenido limitado y a veces rígidamente tipificado, concluyendo: «En cuanto a la causa del negocio, no puede existir otra que la admitida y configurada en cada caso por la ley. Cabe afirmar que existe un sistema de número limitado

(95) L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 13. Sobre la estructura del negocio jurídico familiar, *vid. ibidem*, págs. 14 a 24.

(96) L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 4 a 8.

(97) F. BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, tomo I, pág. 616.

(98) J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, Madrid, tomo I, vol. 2.º, 11.ª ed., 1975, pág. 632.

(99) F. PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*, Ed. Nauta, Barcelona, 1966, tomo I, pág. 601.

(100) D. ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, vol. I, 4.ª ed., 1974, pág. 410.

de causas que no permite la existencia de negocios atípicos en el Derecho de familia. No cabe, pues, adaptar un negocio de Derecho de familia a un fin particular y toda divergencia entre la causa verdaderamente querida y la admitida por la ley significará que se incurre en un acto de simulación absoluta» (101).

En las monografías sobre el negocio jurídico, por otro lado, parece ir consolidándose la noción del familiar. Así, el profesor ALBALADEJO presenta, entre otras clasificaciones del negocio jurídico, una que contrapone los negocios *familiares* a los *patrimoniales*: «Son negocios familiares o de Derecho familiar—expone—los que persiguen el fin de constituir, modificar o extinguir relaciones familiares (o ampliando el concepto, cuasifamiliares), como el matrimonio, la adopción y el nombramiento de tutor»; junto a estas dos especies de negocios, ALBALADEJO admite una tercera, constituida por los negocios *patrimoniales familiares*, «entendiendo por tales los que regulan el régimen patrimonial basado en relaciones familiares: por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales» (102). El profesor DE CASTRO, por su parte, después de señalar que «se admite, en general, la existencia de negocios jurídicos dentro del ámbito del Derecho de familia», advierte que «lo íntimo de las relaciones familiares hace que esa su peculiar naturaleza haga presumir que conductas de las que normalmente se induciría la existencia de un negocio jurídico sean consideradas extrañas al ámbito de lo negocial» (103); por lo demás, y a lo largo de su monografía, DE CASTRO se refiere varias veces a los «negocios de Derecho de familia» para poner de relieve algunas peculiaridades de los mismos (104).

En artículos sobre puntos concretos de la problemática del negocio jurídico, se acepta de alguna suerte la sustantividad de los negocios familiares, cuyas diferencias con los de otras zonas del Derecho civil se ponen de relieve. Así, CALVO SORIANO critica la teoría unitaria del negocio jurídico, que «dibujaba éste sobre la figura fundamental del contrato, de ámbito eminentemente patrimonial, sin percibir o sin destacar la circunstancia de que el juego de la voluntad, aun entendido en el sentido soberano clásico, es fundamentalmente distinto en el negocio unilateral y en el bilateral, así como en el Derecho de obligaciones, en el de

(101) J. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, Ed. Bosch, Barcelona, tomo IV, vol. I, 1967, pág. 15.

(102) M. ALBALADEJO: *El negocio jurídico*, Lib. Bosch, Barcelona, 1958, página 70.

(103) F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 37.

(104) Así, lo peculiar de su causa (pág. 275) o su «resistencia para que se les aplique el sistema de anulabilidad» (pág. 502).

familia y en el sucesorio» (105). Y DE LA ESPERANZA, al estudiar la trascendencia de la autonomía de la voluntad en los distintos negocios jurídicos, distingue, por lo que se refiere al Derecho de familia, entre el Derecho de familia puro en el que «queda externamente limitado el juego de la voluntad y la función creadora de la autonomía privada», y el de Derecho de familia aplicado o patrimonial, «en el que la autonomía de voluntad tiene un campo de acción externamente limitado» (106).

Recientemente varios autores españoles han discutido, por otra parte, en torno al carácter negocial de algunos actos concretos pertenecientes a la esfera del Derecho de familia. De modo especial, en el tema tan actualizado de la adopción se han hecho nuevas aportaciones a la debatida cuestión de la naturaleza jurídica de este instituto (107), estudiándolo en base a la reforma operada por la Ley de 4 de julio de 1970, después de la cual afirma ARCE que la adopción es una «institución con base contractual» (108), y ALONSO PÉREZ que es «un negocio jurídico del Derecho de familia que tiene carácter bilateral» (109).

En resumen, parece que si se espiga por el Derecho de familia español, como por el de otros países, cabe encontrar ciertamente numerosos actos que encajan en el concepto de negocio jurídico, y la posibilidad de integrarlos en una figura—la del negocio familiar o del Derecho de familia—gana terreno por la base doctrinal y legal de los ensayos hechos en esa línea, aunque esta nueva categoría de los negocios jurídicos no esté todavía enteramente construida ni unánimemente aceptada.

III. CONCLUSION

A lo largo de las páginas precedentes he tratado de exponer brevemente algunas cuestiones de las que en la encrucijada actual se le presentan al Derecho de familia. Distintos entre sí, los tres temas que he tocado están vivos y son, por supuesto, opinables, no teniendo estas

(105) A. CALVO SORIANO: «Límites del negocio jurídico patrimonial», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, tomo V, pág. 167.

(106) A. DE LA ESPERANZA-RADIO: «La función de la voluntad en los negocios jurídicos», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, citado, tomo V, pág. 503.

(107) Vid. DE LA VALLINA: «Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción», en *Revista de Derecho Privado*, junio 1969, págs. 437 y ss.

(108) J. ARCE FLÓREZ-VALDÉS: «En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre 1970, pág. 616.

(109) M. ALONSO PÉREZ: notas a la obra de PIETROBON *El error en la doctrina del negocio jurídico*, cit., pág. 704.

notas ni siquiera la pretensión de predecir con seguridad los rumbos que a cada uno de ellos va a señalar el futuro.

Si de este breve examen hubiera de extraerse alguna conclusión de conjunto cabría acaso resumirla en una afirmación: la de la notable vitalidad del Derecho de familia en la hora presente. Porque esta rama del Derecho civil, si en el plano de la legislación renueva y actualiza sus fuentes, en el plano de la jurisdicción se esfuerza por asegurarse una aplicación más perfecta y en el plano doctrinal construye categorías propias dentro de los esquemas del Derecho civil. Con todo lo cual, el panorama actual del Derecho de familia es en verdad sugestivo, y la que fue hasta fechas recientes un poco cenicienta entre las ramas del Derecho civil pasa a ocupar un puesto de primera fila entre todas las disciplinas jurídicas.

JOSÉ M.ª CASTÁN VÁZQUEZ

Letrado del Ministerio de Justicia.
De la Carrera Fiscal